

Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica

Laura M. VELÁZQUEZ ARROYO
Jorge Adame GODDARD
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ESTUDIOS DE DERECHO ROMANO Y DERECHO
CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA,
COMPARATIVA Y PRÁCTICA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 958

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Rosa María González Olivares
Edna María López García
Cuidado de la edición y formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de la portada

ESTUDIOS DE DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA, COMPARATIVA Y PRÁCTICA

LAURA M. VELÁZQUEZ ARROYO

JORGE ADAME GODDARD

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 25 de mayo de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-5981-7

CONTENIDO

El concepto jurídico de “bienes”	1
Jorge ADAME GODDARD	
Promesa y contrato	19
Gregor ALBERS	
Il problema d’origine della tutela dell’acquirente nel diritto romano: piccolo contributo	63
Stefano BARBATI	
<i>Superficies solo cedit</i> : il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale	113
Emanuela CALORE	
<i>Ius a iustitia appellatum est</i> . Considerazioni critiche sul c.d. “diritto puro” attraverso il diritto romano	171
Riccardo CARDILLI	
La insuficiencia del precedente judicial en el sistema jurídico de tra- dición romanística: una perspectiva diacrónica de la tradición del derecho romano, por el valor actual del jurista y de la <i>prudentia iuris</i> como elementos de resistencia.	225
José Félix CHAMIE	
El derecho de superficie. Una alternativa <i>real</i> para el estado de Vera- cruz, México	255
José Luis CUEVAS GAYOSSO	
Bertha Alicia RAMÍREZ ARCE	

La nueva regla de interpretación de los contratos conexos introducida por el Código Civil y Comercial argentino: una innovación en línea con la tradición	277
David Fabio ESBORRAZ	
El nuevo Código Civil chino y la realidad del mutuo	317
Antonio SACCOCCIO	
Roman Law in the Modern World	345
Adriaan Johan Boudewijn SIRKS	
De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano	357
Jakob STAGL	
Acuerdo de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir: ¿ <i>synallagma</i> innominado?	391
María del Rosario STOPPANI	
Fideiussione <i>in omnem causam e</i> pagamento degli interessi moratori del debitore principale. Dal diritto romano ai codici civili moderni . . .	409
Andrea TRISCIUOGGIO	
La posesión. Concepto y naturaleza jurídica.	429
Laura M. VELÁZQUEZ ARROYO	
Notas sobre la doctomía <i>contractus-delictum</i> y el mito del contrato-convencción en el derecho romano	461
Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND	

EL CONCEPTO JURÍDICO DE “BIENES”

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de “bienes” en el Código Civil Federal*. III. *El concepto de “bienes” en los códigos locales*. IV. *El derecho clásico romano*. V. *Apreciación crítica*. VI. *Propuesta para un régimen común*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es la primera parte de una obra de largo alcance que se está haciendo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que consiste en hacer un análisis crítico, institución por institución, de las prescripciones de los códigos civiles mexicanos referentes a las tres partes principales¹ del derecho privado: los “bienes” (libro segundo del Código Civil Federal), que comprende las reglas sobre propiedad, derechos reales y posesión de las cosas; las “sucesiones” (libro tercero), que incluyen las reglas sobre la sucesión legal y testamentaria, y las “obligaciones” (libro cuarto), que trata de las reglas generales sobre las obligaciones y de las de cada uno de los contratos. Se excluyó de este análisis el libro primero del Código Civil, que se refiere a las “personas”, porque las prescripciones de esta materia, que se refieren a la capacidad de las personas, al registro civil, al matrimonio, a la familia, a la patria potestad, así como a las tutelas y a la ausencia, son disposiciones más bien de orden público que de carácter privado o patrimonial.

El punto de vista con el que se emprende este análisis es de carácter comparativo y crítico. Se trata de analizar las instituciones civiles partiendo del análisis de las disposiciones del Código Civil Federal, que se supone es

¹ Se dejó aparte el libro primero del Código Civil, que se refiere a las personas, porque las prescripciones de esta materia, que se refieren al registro civil, al matrimonio, a la familia, a la patria potestad, a las tutelas y a la ausencia, son disposiciones más bien de orden público que de carácter privado o patrimonial.

el modelo común a todos los códigos locales, y luego se complementa considerando las variantes que hay en los códigos locales. El siguiente paso es analizar la institución correspondiente en el derecho romano clásico, que no fue, en muchos casos, el que estuvo en la base o tradición de los códigos civiles modernos, ya que el conocimiento del derecho de la época clásica (130 a.C. a 230 d.C.) se perfeccionó en la segunda mitad del siglo XIX y en la primera del siglo XX, es decir, después de la publicación de los códigos civiles. Una vez hecho el análisis romanista, se procede a la comparación entre el régimen civil y el régimen romano, con el objeto de precisar sus diferencias. Luego se procede a la parte crítica o de enjuiciamiento, que consiste en juzgar si el régimen civil es adecuado o no para regir la materia a la que se refiere, y se concluye con una propuesta de lo que podría ser un régimen de la institución analizada común a todos los códigos civiles de México.

En este primer trabajo se analiza un punto muy específico, la noción o concepto de “bienes” que dan los primeros tres artículos (747 a 749) del libro segundo del Código Civil. Es una noción fundamental de esta parte del derecho privado de la cual depende el contenido de las reglas sobre la propiedad, la posesión y los derechos reales.

De conformidad con el objetivo general de esta investigación colectiva en curso, este trabajo se divide en estas partes: “II. El concepto de “bienes” en el Código Civil Federal”, “III. El concepto de “bienes” en los códigos locales”, “IV. El derecho romano clásico”, “V. Apreciación crítica” y “VI. Propuesta para un régimen común”.

II. EL CONCEPTO DE “BIENES” EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Este Código, de acuerdo con el criterio tradicional romano,² está dividido en cuatro libros, que se refieren, el primero a las personas, el segundo a los bienes, el tercero a las sucesiones y el cuarto a las obligaciones.

El título primero del libro de bienes, denominado “Disposiciones preliminares”, contiene tres artículos (747 a 749) en los que indica qué debe entenderse por “bienes”.

² La consideración de los bienes o cosas como una de las partes en que se divide el derecho privado proviene de uno de los más antiguos juristas romanos, Quinto Mucio Escévola, “el Pontífice”, quien expuso el conjunto del derecho privado de su época en su libro *Ius civile*, publicado en los comienzos del primer siglo antes de Cristo, y dividido en cuatro partes: herencias, personas, cosas (o bienes) y obligaciones. Esa división sigue subsistiendo en los códigos civiles actuales.

El artículo 747 dice: “Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”. En estas palabras está implícita la definición de que los bienes son las cosas que pueden ser objeto de apropiación, y que no son bienes las cosas excluidas del comercio.

Conviene notar que el objeto de este trabajo es precisar el concepto de “bienes”, que son las cosas a las que se refieren las reglas sobre la posesión, propiedad y derechos reales contenidas en el libro segundo del Código Civil, y no el concepto más amplio de “bien jurídico”, en el que cabe cualquier objeto de protección jurídica, como la vida humana, los derechos subjetivos, la seguridad, la paz, o cualquier otro bien humano que deba ser jurídicamente protegido.

1. *Las cosas que son bienes*

La noción de que son bienes las cosas objeto de apropiación parece clara, pero no lo es, porque la palabra “cosa” tiene un significado muy general, y, por otra parte, la especificación de que se trata de cosas que puedan ser “objeto de apropiación” tiene un significado limitado a lo que puede ser objeto de propiedad. Ambos elementos de la definición deben explicarse.

En su acepción común, de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la palabra “cosa” significa “todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”, lo cual equivale a decir que cosa es todo lo que existe en la realidad material, en la imaginación o en la inteligencia humana; es casi como decir que cosa es sinónimo de ente; de acuerdo con este significado amplio de la palabra “cosa”, cualquier entidad real, imaginaria o intelectual podría ser considerado como uno de los “bienes”.

El Código Civil parece haber acogido ese significado amplio de la palabra “cosa”, pues considera (artículo 754) que “las obligaciones y los derechos o acciones” son bienes muebles, aunque no son cosas corporales, sino juicios, entidades intelectuales; la obligación es el juicio de que una persona tiene el deber, jurídicamente sancionado, de dar o hacer algo en favor de otra; el derecho es el juicio de que una persona puede exigir de otra, por medio de una acción judicial, una determinado cosa o conducta. Es cierto que la obligación o derecho puede constar en un documento, que sí es una cosa corpórea, pero la obligación o derecho es una entidad intelectual. De acuerdo con la posición de incluir como bienes las cosas corporales y las incorpóreas, se entiende que el libro segundo del Código Civil contuviera un título, el octavo, sobre los derechos de autor, que luego fue derogado,

en 1956, cuando se prefirió tratar esta materia, como debe ser, en una ley especializada.

El Código Federal añade (artículo 747) que las cosas que son bienes son aquellas que “pueden ser objeto de apropiación”. La palabra “apropiación” significa adquirir la propiedad. Conforme a esta precisión, no todas las cosas son bienes, sino únicamente aquellas sobre las que se puede tener el derecho de propiedad.

Respecto del derecho de propiedad en relación con la persona que la adquiere, el Código precisa (artículo 764) que los bienes pueden ser “de dominio del poder público o de propiedad de los particulares”. Parecería que hay una distinción entre el dominio y la propiedad, de modo que únicamente serían bienes aquellos que son objeto de apropiación por los particulares. Pero el Código también llama “bienes” (artículos 767 a 770) a las cosas que son objeto del dominio público, bienes que se regulan primariamente por leyes especiales y supletoriamente por el Código Civil (artículo 766). Debe entonces concluirse que el Código acepta que son bienes los que pueden ser objeto de apropiación por los particulares o de dominio por entidades públicas.

2. *Las cosas que no son bienes por estar fuera del comercio*

Como los bienes son las cosas que pueden ser objeto de apropiación, no son bienes las cosas que no pueden adquirirse, es decir, las que están fuera del comercio. El artículo 748 dice que “las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”. El siguiente artículo explica cuáles son las cosas que por su naturaleza o por la ley están fuera del comercio. Por su naturaleza, son aquellas “que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente”,³ y por ley, aquellas que “ella declara irreductibles a propiedad particular”.

A. *Las cosas que por su naturaleza están fuera del comercio*

Según el Código, son aquellas que “no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente”. Es de notar que el artículo hace referencia a la

³ Cabe notar aquí otra diferencia terminológica: el artículo 747 habla de cosas que sean susceptibles de “apropiación”, y el 749 de cosas que no puedan ser “poseídas”, sin advertir que hay cosas que pueden ser poseídas individualmente (como una tierra pública), pero no pueden ser objeto de apropiación.

posesión, porque realmente sólo las cosas corporales pueden ser poseídas, pero en la visión del Código la posesión puede recaer (artículo 794) en cosas o en derechos, siempre que sean “susceptibles de apropiación”. La ampliación de la posesión a los derechos es una consecuencia lógica de la inclusión de los derechos como bienes: si los derechos son bienes, como lo son las cosas corporales, los derechos pueden ser poseídos al igual que ellas, y más aún, continúa el Código, los derechos pueden ser objeto de apropiación; es decir, puede haber un derecho de propiedad sobre los derechos personales, lo cual es confundir la propiedad de una cosa con la titularidad de un derecho.

Considerando el criterio que da el Código sobre las cosas que están fuera del comercio, es necesario aclarar qué significa la expresión “no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente”. En primer lugar, ¿qué se entiende por “individuo”?

El Código, en el libro “De las personas”, distingue las “personas físicas” de las “personas morales”. Al hablar de las personas físicas, el artículo 22 afirma que al “individuo” recién concebido se le tiene como nacido y, por lo tanto, como persona física. Es claro que en ese artículo, “individuo” significa persona física. En cambio, cuando el Código trata de las personas morales (artículo 25) no usa la palabra “individuo”, sino las palabras “nación”, “estados”, “municipios”, “sociedades”, “asociaciones” y “corporaciones”. En todos los artículos⁴ donde el Código usa la palabra “individuo” se refiere a una persona física, a un ser humano individual.

Si “individuo” equivale a un ser humano individual o persona física, las cosas que “no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente” son aquellas que por su extensión o tamaño rebasan la capacidad de una persona física para tener control de ellas, que es lo que significa poseerlas. ¿Qué cosas pueden ser éstas?

En principio, todas las cosas corpóreas, como terrenos, animales, utensilios, máquinas, mercancías, etcétera, pueden ser poseídas por algún individuo, pero hay cosas muy extensas, como el mar, el aire, el espacio aéreo o la atmósfera, que no pueden ser poseídas individualmente. Quizá tampoco podrían serlo inmuebles de muy grande extensión, o grandes cantidades de mercancías, de granos, de automóviles o de maquinarias; pero esas cosas que un individuo no podría controlar sí podrían controlarse y poseerse por medio de una empresa o cualquier otra persona moral. Entonces, el criterio que da el Código no resulta claro, pues las cosas que no pueden poseerse individualmente no lo son por causa de su naturaleza, sino de su extensión o cantidad.

⁴ Véanse los artículos 21, 343, 546, 618, 625, 705, 716, 1298, 1389, 8865, 2670 y 2811.

Tampoco pueden ser objeto de posesión las aguas⁵ corrientes de los ríos o de las lluvias, por ser un fluido constante, pero si se represan o envasan, quien posee aquello que las contiene (el envase o el lecho de una presa) tiene un poder de uso y disposición sobre ellas, pero no un derecho de propiedad, puesto que no podría ejercer la acción reivindicatoria si las aguas se evaporaran o se filtraran, como sucede en muchas presas y lagos en tiempos de sequía.

Las cosas incorpóreas, como las ideas, las composiciones musicales, las intenciones, los juicios o los seres imaginarios, tampoco son susceptibles de posesión individual exclusiva, aunque los objetos en los que esas realidades espirituales se materializan, como los libros, las cintas musicales o los documentos, sí los son. Los entes intelectuales son cosas que por su naturaleza espiritual son universales; es decir, que pueden ser tenidos intelectualmente por muchas personas a la vez, e incluso se conciben para que muchos o todos los hombres participen de ellos, a diferencia de las cosas materiales, cuya corporeidad impone límites, por lo que se procura que cada cosa sólo tenga un poseedor. La universalidad propia de las cosas incorpóreas es evidente en el idioma, que es una obra intelectual que, aunque se materializa en documentos, libros, grabaciones, está destinado a que todos lo posean, y mientras más, mejor.

Actualmente, con el fin de proteger a los autores, pero sobre todo a los que lucran con las creaciones intelectuales, se ha construido el concepto de “propiedad intelectual”, por el que se afirma que una persona, ordinariamente el autor o el patrocinador de la obra intelectual, es su propietario; es lo que ocurre con los inventos de aplicación industrial, cuyo autor puede reclamar una patente, o con las composiciones musicales, literarias, artísticas o informáticas, cuyo autor puede reclamar derechos de autor. Tanto la patente como los derechos de autor consisten en un privilegio que el Estado otorga para que el autor protegido pueda cobrar dinero por el uso que otras personas hagan de su obra intelectual; no es que realmente sea propietario de una obra que, por su naturaleza inmaterial, puede ser aprovechada por muchas personas a la vez; es simplemente el beneficiario de un privilegio que el Estado le concede por un tiempo limitado, a diferencia del derecho de propiedad, que es por tiempo indefinido.⁶

⁵ El artículo 27 constitucional, párrafos 1, 3 y 5, considera que las aguas son propiedad de la nación, y que son inalienables. Como el agua es un fluido, no puede ser objeto de la acción reivindicatoria, ni ser realmente objeto de propiedad; puede alguien tener un poder de disposición de las aguas corrientes, pero no es un derecho de propiedad. Véase Adame Goddard, J., *La propiedad de la nación mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2018, pp. 64 y ss.

⁶ El llamar “propiedad intelectual” a los derechos de autor o de patente es una manera de ocultar su carácter de privilegio, porque todos los privilegios resultan odiosos.

Entre las cosas que no pueden ser poseídas exclusivamente por algún individuo caben también aquellas que son de propiedad pública y que están destinadas al uso común o a un servicio público. De acuerdo con el artículo 132 constitucional, los bienes inmuebles que se destinen al uso común o a un servicio público “estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión”. La expresión de que los bienes quedan sujetos a la “jurisdicción” de los poderes federales o, en su caso, de los poderes locales, no quiere decir que tales poderes sean los propietarios. En ese artículo, la palabra “jurisdicción” no puede significar su acepción propia de facultad o capacidad de resolver conflictos, ya que se aplica a todos los poderes y no sólo al Poder Judicial; la palabra “jurisdicción” tiene ahí el significado de gobierno o administración. Entonces, lo que dice el artículo no es que los poderes sean los dueños de esos bienes, sino que son los encargados de poseerlos y administrarlos, de conformidad con la ley que ha expedido el Congreso de la Unión, que es la Ley General de Bienes Nacionales; el nombre de la ley es significativo, pues indica que regula los bienes que son de la nación o pueblo, y no los bienes que son de la propiedad de los poderes del Estado federal o de los estados locales.

Aquí conviene distinguir entre la propiedad que corresponde al pueblo, considerado como persona jurídica con un patrimonio propio, y la que corresponde a las instancias del poder público, es decir, al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo o al Poder Judicial. El Código Civil reconoce (artículo 25) que la nación, los estados federados y los municipios tienen personalidad jurídica propia; es decir, que pueden ser titulares de bienes y derechos, y que cada uno constituye una persona jurídica distinta de la persona que corresponde a cada uno de los poderes federales o locales.

Las cosas que no puede poseer un individuo y que están fuera del comercio son las que son propiedad del pueblo, como las playas, los puertos, los caminos, las plazas públicas; pueden ser del pueblo de México o nación, del pueblo de un estado o del pueblo de un municipio. En cambio, los bienes que son de los poderes públicos, como los edificios donde tienen sus oficinas, pueden ser poseídos individualmente y son bienes que podrían estar en el comercio.⁷

Cabe advertir que el criterio que sigue el Código para definir cuáles son los bienes que por su naturaleza están fuera del comercio tampoco

⁷ La distinción entre los bienes del pueblo y los bienes de los poderes públicos se tratará más adelante, al analizar la clasificación de las cosas por razón de la persona que las adquiere.

resulta del todo claro en relación con los bienes públicos, ya que éstos, aun cuando estén destinados al uso común, como una carretera o una plaza pública, suelen ser objeto de posesión por personas privadas, individuales o colectivas, a las cuales se les da una concesión para poseerlos, usarlos e incluso para disfrutarlos.

En resumen, cabe afirmar que, de acuerdo con el criterio del Código, las cosas que por su naturaleza no pueden ser objeto de propiedad privada, porque no pueden poseerse individualmente, son las cosas comunes a todos los hombres, como el aire, la atmósfera, los mares, los entes y las creaciones intelectuales o imaginarias, cuyos autores o patrocinadores pueden ser protegidos mediante un privilegio que otorga el Estado, pero, por su propia naturaleza intelectual, son cosas que no pueden ser poseídas exclusivamente por algún individuo. Tampoco pueden ser poseídos exclusivamente por un individuo los bienes que son del pueblo y están destinados a un servicio público o al uso común, aunque sí pueden ser objeto de posesión individual por quien recibe una concesión o permiso para usarlos o usufructuarlos.

B. Las cosas que la ley declara irreductibles a propiedad particular

El criterio de que están fuera del comercio las cosas que la ley determina debe analizarse, en primer lugar, considerando las disposiciones que contiene la Constitución al respecto. En su artículo 27 excluye ciertos bienes de la propiedad particular, y los atribuye a la nación. Son bienes que están excluidos de la propiedad particular porque son bienes públicos.

Los bienes a que se refiere el artículo 27 constitucional son: los yacimientos, mantos o vetas de ciertos minerales, y los mantos de petróleo y los depósitos de hidrocarburos (párrafo cuarto); conviene notar que lo que está excluido de la propiedad particular son los yacimientos de minerales o los mantos de petróleo o los depósitos de hidrocarburos, pero no los minerales o el petróleo o gas extraído de ellos, que sí pueden ser objeto de propiedad particular; es distinto el tratamiento de los minerales radioactivos (párrafos sexto y noveno), que son siempre de la nación, sea en yacimiento o una vez extraídos. Son también bienes exclusivos de la nación (párrafo cuarto), los cauces de los ríos, los lechos los lagos y las riveras de los ríos.

Además de la Constitución federal, ha habido otras leyes que excluyen ciertos bienes de la propiedad privada. El Código Civil de 1870 consideraba los “bienes de propiedad pública” (artículo 796) y, por otro lado, los “bienes de uso común” (artículos 801 y 802). Los bienes de propiedad pública eran los bienes que pertenecían al gobierno federal o a los gobiernos locales, que

estaban sujetos a un régimen peculiar, definido por las leyes administrativas, pero seguían siendo susceptibles de propiedad privada. En cambio, los bienes de uso común eran bienes que estaban fuera del comercio, sobre los que no podía haber propiedad privada. En el Código Civil de 1884 se suprimió la mención de los bienes de uso común, por considerar que debían estar regulados por leyes administrativas, y posteriormente, en 1902, se publicó la primera Ley de Bienes Nacionales.⁸ Esta ley regulaba los bienes de propiedad o dominio público y los bienes de uso común, y llamaba a ambos tipos de bienes con el nombre de “bienes nacionales”. Actualmente, la Ley General de Bienes Nacionales vigente⁹ establece (artículos 3o. y 4o.) una lista de “bienes nacionales”, los cuales no están sujetos al régimen de propiedad privada, y, en cambio, están regulados por lo que llama el “régimen de dominio público”. Por lo anterior, cabe concluir que los bienes que la ley¹⁰ excluye de la propiedad privada son los llamados bienes nacionales.

La Ley General de Bienes Nacionales, que es reglamentaria del artículo 132 constitucional, contiene en su artículo 6o. una larga lista de bienes inmuebles, y también muebles, que son considerados bienes nacionales, a los que somete a un régimen especial denominado “régimen de dominio público”.

Entre estos bienes, además de los previstos en el artículo 27 constitucional, se mencionan las playas, los caminos, las plazas públicas, los terrenos baldíos, los monumentos históricos, arqueológicos o culturales, los templos que fueron nacionalizados, las tierras declaradas reservas naturales, y muchos otros más.

Cabe notar que estos bienes nacionales no pueden ser objeto de apropiación privada mientras sigan sujetos al régimen de dominio público, pero pueden salir de ese régimen, ser “desincorporados”, y entonces sí pueden ser objeto de propiedad privada.

El artículo 749 del Código Civil no precisa qué ley es la que puede excluir ciertas cosas del derecho de propiedad; no dice si tiene que ser una ley federal o si basta una ley aprobada por la legislatura de algún estado federado. La Constitución, en su artículo 27, párrafo tercero, dice que corresponde a la nación imponer a la propiedad privada “las modalidades que dicte el interés público”, pero imponer modalidades a la propiedad

⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de diciembre de 1902.

⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 2004, cien años después de la primera.

¹⁰ Cabe discutir la constitucionalidad de una ley federal o local que excluya que ciertos bienes sean objeto de propiedad privada, pues la Constitución únicamente da derecho a imponer modalidades a la propiedad privada.

no incluye la facultad de excluir que ciertos bienes puedan ser objeto de apropiación. ¿Acaso no se excede el Código cuando dice que la ley puede excluir del comercio cualquier cosa, cuando sólo la Constitución ha hecho algunas exclusiones, como la de las aguas, los yacimientos de minerales o los cauces de los ríos? Si una ley federal o local excluyera algunos bienes que actualmente son ya de propiedad privada, por ejemplo, las viviendas, esa ley no podría aplicarse retroactivamente¹¹ y, por lo tanto, las viviendas que ya eran de propiedad privada seguirían siéndolo, y la ley sólo podría tener efectos respecto de las viviendas que se construyeran después de que esa ley entrara en vigor. Si se quisiera privar de la propiedad sobre las viviendas actuales, tendría que hacerse una expropiación, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 constitucional.

Las cosas que la ley declara irreductibles a la propiedad particular son cosas que por su propia naturaleza material o corporal pueden ser objeto de propiedad, y que efectivamente lo podrán ser cuando se modifiquen las leyes respectivas.

III. EL CONCEPTO DE “BIENES” EN LOS CÓDIGOS LOCALES

Respecto del concepto de “bienes”, sólo diez de los 32 códigos locales tienen algunas diferencias respecto del Código Federal.

Hay varios códigos que, sin hacer cambios de fondo a la definición implícita en el Código Federal, hacen una definición expresa; por ejemplo, el de Guerrero dice: “Es bien, en sentido jurídico, todo lo que puede ser objeto de apropiación”.¹² El Código de Quintana Roo dice expresamente lo que en el Código Federal es sólo una afirmación implícita, que los “derechos” pueden ser objeto de apropiación, y por lo tanto son bienes.

Hay otros que cambian la noción de “bien”, como el de Coahuila, que dice (artículo 1273) que es un bien todo lo que puede ser objeto “de relaciones patrimoniales”, que es un concepto más amplio que el de “apropiación”, pues comprende, además de las relaciones de propiedad, las relaciones personales de contenido patrimonial, y, por lo tanto, pueden considerarse bienes, además de las cosas o derechos, los actos o servicios que pueden ser objeto de contratos, como los actos de reparar, construir, transportar, etcétera.

¹¹ Como lo prescribe el artículo 14 constitucional.

¹² Guerrero, artículo 652. De modo semejante: Quintana Roo, artículo 1731; Tamaulipas, artículo 660; Tlaxcala, artículo 725, y Zacatecas, artículo 58.

En el mismo sentido, aunque con diferentes palabras, el Código de Jalisco dice (artículo 796) que son bienes todas las cosas que puedan ser “objeto de derechos”, lo cual incluye como bienes las cosas, los derechos y los servicios.

El Código de Puebla amplía aún más el espectro de las cosas que pueden ser bienes, pues dice (artículo 941) que también son bienes “los derechos subjetivos cuando puedan valorarse en dinero”, lo cual hace que se incluyan como bienes, algunos derechos que, aunque no sean de contenido patrimonial, sí pueden ser valorados en dinero, como los derechos humanos, cuya violación genera una responsabilidad de pagar una cantidad de dinero a título de indemnización.¹³

La misma ampliación se da en el Código de Tabasco que dice (artículo 836) que son bienes las cosas que pueden ser objeto de apropiación “o constituir objetos de derechos”, y además afirma (artículo 838) que también son bienes los “derechos subjetivos, cuando son susceptibles de apreciación pecuniaria”.

La innovación introducida por esos códigos estatales se explica por el hecho de que consideran bienes no sólo las cosas materiales, sino también los derechos y obligaciones. Como estos últimos no pueden ser considerados realmente objetos de apropiación, se prefirió generalizar y decir que basta con que sean objeto de relaciones patrimoniales o de cualquier otro derecho.

Hay otras diferencias con el Código Federal en lo que se refiere a la definición de los bienes que están fuera del comercio. El Código del Estado de México (artículo 5.3) dice que están fuera del comercio, por su naturaleza, las cosas que no pueden ser poseídas “físicamente” por algún individuo, con lo cual se concluiría que son bienes que están en el comercio únicamente las cosas corporales o materiales, que son las que pueden poseerse físicamente, mientras que los derechos, por no poder ser poseídos físicamente, estarían fuera del comercio.

En los códigos de Tabasco (artículo 837) y Tlaxcala (artículo 728) se dice que están fuera del comercio por su naturaleza las cosas que “no tienen valor económico”; este criterio es relativo y no se refiere propiamente a la naturaleza de las cosas, porque el valor económico de las cosas depende de las posibilidades que haya de uso y explotación de las mismas, por lo que hay cosas que hoy tienen valor económico y antes no lo tenían, como el petróleo o el gas.

¹³ Así lo prescribe el artículo 1o. constitucional, párrafo tercero, que indica el deber de “reparar” las violaciones a los derechos humanos.

Me parece muy importante la exclusión que hace el Código Civil de Coahuila en su artículo 96: “El cuerpo humano, sus elementos y sus productos están fuera del comercio”. Esto supone una distinción fundamental entre el cuerpo humano y el resto de las cosas, que se fundamenta en la dignidad o superioridad de la persona humana respecto de las demás cosas, reconocida en el artículo 1o. de la Constitución mexicana.

IV. EL DERECHO CLÁSICO ROMANO

La consideración de los bienes o cosas como una de las partes en que se divide el derecho privado proviene de uno de los más antiguos juristas romanos, de Quinto Mucio Escévola, “el Pontífice”, quien expuso el conjunto del derecho privado de su época en su libro *Ius civile*, publicado en los comienzos del primer siglo antes de Cristo, y lo dividió en cuatro partes: herencias, personas, cosas (*res*) y obligaciones. Esa división sigue subsistiendo en los códigos civiles actuales.

1. El concepto de “bienes”

Las cosas (*res*) a las que se refieren los juristas romanos clásicos son aquellas cosas individuales, corporales y delimitadas que pueden ser objeto de propiedad o de posesión.¹⁴ También consideran como una cosa el conjunto (*universitas*) de cosas que interviene en un acto jurídico, como una casa con todos sus muebles, o una finca con sus animales, graneros y demás implementos.

Gayo, quien no era uno de los juristas clásicos, fue quien amplió el concepto de cosas mediante la inclusión de las “cosas incorpóreas”¹⁵ (*res incorporales*), es decir, de cosas que no pueden tocarse, entre las cuales mencionaba el derecho de usufructo, la herencia y las obligaciones. Con esta inclusión amplió desmesuradamente la noción de “cosa” (*res*), que dejó de ser la de cosas susceptibles de propiedad y posesión, para comprender cualquier cosa que pueda ser objeto de un derecho. La inclusión que hizo Gayo de las cosas incorpóreas fue luego recogida por Justiniano en sus *Instituciones*,¹⁶ y de ahí se difundió a la ciencia jurídica medieval y moderna.

¹⁴ Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1971, p. 376.

¹⁵ Gai, *Instituciones*, 2,12-14. Esta distinción, según dice D’Ors, *DPR*, § 131, depende de un tópico filosófico retórico.

¹⁶ Just., *Instituciones*, 2,2,1-3.

Los juristas llamaban “cosas” (*res*) a lo que era objeto de posesión o propiedad, y daban el nombre de bienes¹⁷ (*bona*) al conjunto de cosas que tiene una persona, es decir, a su patrimonio, el cual incluye, además de las cosas que se tienen en propiedad, los derechos personales, como los derechos de crédito o los derechos derivados de un contrato, y los derechos reales sobre cosas ajenas, como el usufructo o las servidumbres. Para expresar que algo, cosa o derecho, estaba en el patrimonio de una persona se usaba la expresión *in bonis esse*, es decir, estar o contarse entre sus “bienes”.

2. Las cosas que están fuera del comercio

Los juristas clásicos, como lo manifiesta Pomponio,¹⁸ hablaban de cosas respecto de las cuales hay comercio, y de cosas respecto de las cuales no lo hay (*res quarum commercium est o non est*). El jurista Gayo¹⁹ introdujo aquí un cambio terminológico: hablaba de cosas que están en nuestro patrimonio (*in nostro patrimonio*) y cosas que están fuera de nuestro patrimonio (*extra nostro patrimonio*); esta expresión es menos objetiva que la primera, pues hay cosas que ciertas personas no pueden tener en su patrimonio, pero otras sí. Justiano mantuvo en sus *Institutiones*²⁰ esa terminología gayana.

Los juristas reconocen que no todas las cosas que pueden ser susceptibles de una pertenencia privada son de alguien. Hay cosas que no tienen dueño, las llamadas *res nullius*, como los animales salvajes o los peces, pero se puede adquirir la propiedad sobre ellos en cuanto se toma posesión de ellos, es decir, cuando se cazan, se atrapan o se pescan. Y hay cosas que de momento no tienen dueño, las *res sine domino*, pero que están destinadas a tenerlo, como las que son parte de una herencia yacente.

El criterio de los juristas clásicos para señalar las cosas que están fuera del comercio no es una regla general conforme a la cual se deban discernir cuáles son, sino el señalarlas por su género. Están fuera del comercio las cosas que son de todos los hombres (*res communes omnium*), las que son de los dioses (*res sacrae* y *res religiosae*), y las que son del pueblo romano (*res publicae*).²¹

¹⁷ Es frecuente el uso de esta expresión en el edicto del pretor: “bonorum possessio, missio in bona, bonorum venditio”. Véase D’Ors, DPR, § 131.

¹⁸ Pomponio, libro 9 *ad Sabinum*, D 18,1,6 pr.

¹⁹ Gai, *Institutiones*, 2,1.

²⁰ Just., *Institutiones*, 2,1.

²¹ D’Ors, DPR, § 131, n. 3.

La noción de “cosas comunes a todos los hombres”, porque no tienen límites definidos, parece haber sido formada por influjo de la filosofía estoica, y comprende el mar, el aire y el agua.²²

Las cosas de los dioses son las cosas sagradas (*res sacrae*) esto es, las dedicadas mediante una ceremonia (*dedicatio*) al culto de los dioses superiores, como los templos y el lugar donde están edificados, los donativos y las ofrendas, y las cosas religiosas (*res religiosas*), que son las dedicadas a los dioses familiares o *manes*, principalmente las sepulturas y las tierras que las circundan; sobre ellas, el padre de familia tiene un derecho de sepultar a sus familiares, pero no es un derecho de propiedad sobre la sepultura.

Las cosas del pueblo romano son las vías, plazas, teatros, los ríos públicos, y también tierras y esclavos públicos; las murallas de las ciudades eran consideradas por los juristas clásicos como cosas públicas, aunque eran consideradas santas (*sanctae*), es decir, inviolables.²³

Gayo, en su afán de clasificar, dice que las cosas son de derecho divino (*res divini iuris*) o de derecho humano (*res humani iuris*).²⁴ Las cosas de derecho divino son las cosas sagradas y las religiosas, pero añade²⁵ que las cosas santas, como las murallas o las puertas de las ciudades, son, en cierto modo, cosas de derecho divino; las cosas de derecho divino no pueden adquirirse, están fuera del comercio.²⁶ Las cosas que se rigen por el derecho humano son públicas o privadas;²⁷ las públicas pertenecen a la colectividad (*universitas*), y se estima que son como cosas de nadie (*res nullius*). Gayo aproxima las murallas y puertas de la ciudad, que eran *res sanctae*, a las cosas sagradas, diciendo que son, en cierto modo (*quodam modo*), de derecho divino; esto hace que Justiniano clasifique las *res sanctae* como cosas de derecho divino, junto con las cosas sagradas y las religiosas.

V. APRECIACIÓN CRÍTICA

La noción de “bienes” al principio del segundo libro del Código Civil sirve o debe servir para indicar las cosas sobre las cuales recaen los derechos de propiedad, los otros derechos reales y la posesión jurídicamente protegida, que son los temas que se comprenden en ese libro.

²² Marciano, 3 *Institutiones*, D. 1,8,2 pr y 1.

²³ *Ibidem*, D 1,8,8,2, y Ulpiano, 68 *ad Edictum*, D 8,1,9,3.

²⁴ Gai, *Institutiones*, 2,2. Cfr. Ulpiano, libro 67 *ad Edictum* D 43,1,1 pr.

²⁵ Gai, *Institutiones*, 2,8.

²⁶ *Ibidem*, 2,9.

²⁷ *Ibidem*, 2,10.

Lo que puede ser objeto de apropiación o dominio son los bienes corporales, como un terreno, un automóvil o unas mercancías, pero el Código Civil Federal, de modo implícito, y algunos códigos locales, de modo explícito, proponen un concepto de “bienes” que va más allá de esa finalidad, pues comprende, además de cosas tangibles, los derechos personales de carácter patrimonial (en el Código Federal) y todos los derechos subjetivos en algunos códigos locales.

Si en el concepto de “bienes” entran también las obligaciones y los derechos personales, no tiene caso que el Código tenga un régimen propio, en el libro segundo, para los bienes, y otro, en el libro cuarto, para las obligaciones. La errónea asimilación de los derechos a las cosas corporales, con la consecuente aceptación de una “posesión” de derechos, lleva a la confusión más grave de la propiedad con la titularidad de un derecho personal, lo cual termina por eliminar la diferencia entre derecho real y derecho personal.

La ampliación del concepto de “bienes” en los códigos civiles coincide con la que hizo Gayo con su distinción entre cosas corporales e incorporeales, pero se contrapone con el punto de vista clásico, que limita la propiedad y la posesión a los bienes corporales, a las cosas (*res*).

La ampliación del concepto de “cosa” para incluir las incorporeales, con el consiguiente cambio terminológico de llamar “bienes” a todas las cosas y derechos que pueden ser objeto de apropiación, quizá se explique porque el Código Civil Federal no incluye un concepto de “patrimonio”.²⁸ Eso hace necesario indicar que los bienes de una persona son los derechos que tiene sobre las cosas, así como los derechos personales o créditos.

Por otra parte, la distinción entre cosas que están dentro o fuera del comercio es necesaria, porque no todas las cosas pueden ser objeto de derechos reales o de posesión. El criterio que da el Código de que hay cosas que por su “naturaleza” están fuera del comercio es incompleto, porque no precisa cuáles cosas son esas o cuáles los atributos de la naturaleza de esas cosas. El criterio clásico es más claro porque identifica la naturaleza de las cosas que están fuera del comercio, esto es, las que son comunes a todos los hombres, el agua, las cosas consagradas a Dios y las cosas que son propiedad del pueblo. Me parece un acierto del Código de Coahuila indicar que el cuerpo humano y sus componentes son cosas

²⁸ No hay tal noción en el libro primero del Código que trata sobre “las Personas”, en los artículos relativos a los atributos de las personas (artículos 22 a 34). Hay una referencia implícita en el artículo 1281 que define la herencia como “la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones”, lo que parece indicar que el patrimonio comprende los derechos reales sobre los bienes, así como los derechos personales y las obligaciones.

fuera del comercio, exclusión que se justifica por la dignidad o jerarquía de la persona humana respecto de las cosas, plantas o animales que sí pueden ser objeto de comercio.

El criterio adicional que da el Código, que quedan fuera del comercio las cosas que la ley determine, es un criterio meramente formal, que pretende dar al legislador la capacidad de excluir cosas del comercio por su propia decisión, sin importar el tipo de cosa ni la razón por la cual el legislador podría excluirlas del comercio. En la práctica, la Constitución y la ley de bienes nacionales han excluido del comercio las cosas que son de la nación o pueblo, es decir las cosas públicas. Resulta más claro excluir del comercio, no las cosas que el legislador excluya, sino las cosas que son propiedad del pueblo mexicano.

VI. PROPUESTA PARA UN RÉGIMEN COMÚN

La parte del ordenamiento civil que contenga las reglas sobre propiedad, posesión y demás derechos reales, debe indicar que las cosas sobre las que puede recaer la propiedad y los derechos reales son únicamente las cosas materiales o corporales, que pueden identificarse individualmente. Sólo las cosas de este tipo son las que pueden poseerse, es decir, tener bajo control físico, y, por lo mismo, las que pueden ser objeto de propiedad y derechos reales.

Las cosas corporales que no se han identificado individualmente, como diez litros de aceite, o veinte millones de pesos, pueden ser objeto de derechos personales derivados de alguna obligación o contrato, pero no pueden poseerse mientras no se individualizan, por ejemplo, marcando las diez botellas de aceite, de modo que se conozcan individualmente, o guardando el dinero en maletines o bolsas debidamente individualizados.

Esa noción de las cosas que pueden ser objeto de propiedad evidentemente excluye los derechos personales y también los entes intelectuales o imaginarios, como las obras literarias o artísticas, los inventos, los programas informáticos, los diseños y demás objetos intelectuales que hoy se agrupan bajo la categoría errónea de “propiedad intelectual”, y que merecen ser protegidos jurídicamente, no como objetos del derecho real de propiedad, sino como objetos tutelados por una protección temporal que otorga la comunidad a quien las ideó o inventó, en razón del beneficio social que producen.

Por la misma razón quedan excluidos de ser objetos de propiedad los llamados “datos personales”, que no son más que conocimientos acerca de una persona, que, en principio, no pueden ser divulgados sin su consenti-

miento. No es que la persona tenga la propiedad sobre los conocimientos o noticias que se refieren a ella, como su estado de salud, su DNA, su patrimonio o sus vicios o defectos. La divulgación de sus datos se impide por razón del respeto que merece su integridad moral (o buena fama), y, por eso, sólo ella puede autorizar su divulgación. El principio jurídico que rige esta materia no es la propiedad, sino el respeto a la integridad moral de todas las personas, lo cual es un principio de ley natural o, como se dice ahora, un derecho humano fundamental.

La delimitación de que las cosas objeto de propiedad son cosas materiales que pueden identificarse individualmente debe complementarse con la noción de que el patrimonio de la persona comprende las cosas que se tienen en propiedad, los otros derechos reales sobre las cosas, así como los derechos personales o de crédito.

La distinción entre cosas materiales que pueden ser o no ser objeto de propiedad privada es necesaria. Pero la expresión “cosas fuera del comercio” parece demasiado general y excluye demasiado, ya que hay ciertas cosas que no pueden ser objeto de propiedad privada por ser bienes públicos, como una carretera o plaza pública, pero sí pueden ser materia de una concesión y poseídos por un concesionario; o el agua, que no puede ser objeto de propiedad privada, pero sí objeto de un contrato de suministro de agua, o de una concesión de uso. De ese tipo de cosas se puede decir que no son objeto de propiedad privada, pero no cabe afirmar que están “fuera del comercio”.

Para hacer la distinción entre las cosas que pueden ser objeto de propiedad y las que no pueden serlo, debe indicarse, no una regla general que las distinga, sino los géneros o clases de cosas que no se pueden tener en propiedad privada, que serían las cosas que son comunes a toda la humanidad (actualmente se dice que son del “patrimonio de la humanidad”), las cosas que son del pueblo, las que no pueden identificarse individualmente, por ser fluidos, como el agua, la energía eléctrica, las ondas magnéticas y semejantes; las cosas consagradas a Dios o a los dioses,²⁹ y el cuerpo humano, sus partes y sus componentes.

²⁹ Respecto de las cosas “consagradas”, están excluidas de la propiedad privada por disposición del derecho propio de las agrupaciones religiosas, y no por el derecho que expide la comunidad política; por ejemplo, en México, los templos construidos antes de la reforma constitucional de 1992 son bienes de propiedad de la nación, por lo que no pueden ser objeto de propiedad privada, y los templos construidos después de esa fecha, en la que se reconoció personalidad jurídica a las iglesias, son bienes de las asociaciones religiosas, que son sociedades públicas, cuyos estatutos rigen esos bienes y, por lo general, prohíben su enajenación mientras estén consagrados.

Convendría mencionar que hay cosas que, aunque no pueden ser objeto de propiedad privada, como las cosas del pueblo o los fluidos, sí pueden ser objeto de posesión de otros derechos reales o de derechos personales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge, *La propiedad de la nación mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2018.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10a. ed., España, EUNSA, 2004.

KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1971.

PROMESA Y CONTRATO*

Gregor ALBERS

*Dedico este texto al recuerdo a mi amigo
Horacio Heredia*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo del contrato de promesa*. III. *Análisis del problema en el derecho comparado*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Para comprometerse voluntariamente, a nosotros los juristas el contrato nos parece el medio típico. Pensar en obligatoriedad de las promesas está bastante lejos de la mente de los profesionales del derecho alemanes. La palabra hablada en sí misma puede ser poderosa, y recordar este hecho nos ayuda a estimular otras disciplinas. A la inversa, nosotros los juristas tal vez podamos contribuir a una mejor comprensión de la autoridad prejurídica de las promesas y los contratos, llamando la atención sobre el hecho de que el derecho sólo obliga a las promesas en un grado limitado.

1. Contract theory y las promesas

Desde los años ochenta, los juristas anglosajones han vuelto a discutir cada vez más sobre la relación del contrato con la promesa.¹ En el marco

* El texto se basa en mi artículo “Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich”, en Albers, Gregor *et al.* (eds.), *Wortgebunden. Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2021, pp. 29-88. Le agradezco mucho la invitación a esta edición conmemorativa y la traducción del manuscrito a mi amiga Laura Velázquez. Asimismo, agradezco la traducción de las notas a pie de página a Franziska Jäger y Caroline Schön.

¹ Con vision de conjunto: Benson, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2001; Klass, Gregory *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations*

de la teoría del contrato, éste suele considerarse una práctica jurídica, y la promesa una práctica no jurídica. Se discute sobre todo la cuestión de si existe un imperativo moral para cumplir la promesa y cómo se relaciona el derecho con esto. Así, Charles Fried, defensor del compromiso adquirido con la promesa, quiere devolver este principio moral a la institución jurídica del contrato.² Mientras que su oponente, Patrick Atiyah, por otra parte, niega la existencia del vínculo moral de la promesa, con el fin de rechazar la idea de que la mera voluntad establezca una obligación contractual.³ Ambos autores vinculan así el efecto legal de los contratos y el efecto moral de las promesas y, por lo tanto, consideran que contrato y promesa tienen la misma naturaleza.⁴ Otros, en cambio, hacen hincapié en la diferencia entre contrato y promesa que resulta de la diferencia entre el derecho y la moral: la promesa profundiza una relación personal, precisamente porque no es legalmente exigible; el contrato permite una cooperación fluida entre extraños. Así, el vínculo moral de la promesa y el vínculo legal del contrato están disociados.⁵ Sin embargo, las dos prácticas se distinguen únicamente por su

of *Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Rödl, Florian, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, Baden-Baden, Nomos, pp. 275-329.

² Fried, Charles, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, 2a. ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2015, ix y *passim*; Cohen, Morris R., “Basis of Contract”, *Harvard Law Review*, Cambridge (USA), núm. 46, 1933, p. 571, descartó esto como “the common man’s theory”. Shiffrin tiene una opinión similar, pero exige menos requisitos morales al derecho contractual (“the law should accomodate moral agency, but neither directly reflect nor entirely ignore interpersonal morality”, p. 711); en sentido diverso, véase Fried, pp. 710 y s., nota 2), pero constata un mayor “Divergence of Contract and Promise” (de ahí el título del artículo) y, de ello, deriva la exigencia de un cambio en la situación jurídica. Fried replica en “Contract as Promise in the Light of Subsequent Scholarship – Especially Law and Economics”, en Fried, Charles, *Contract as Promise*, pp. 142 y ss. (“The Ambitions of Contract as Promise”, en Klass *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations*, cit., pp. 17-41, pp. 25 y ss.).

³ Atiyah, Patrick, *Promises, Morals and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1981, pp. 2-6 y *passim*. Así, Atiyah defiende el requerimiento de una *consideration* en el derecho contractual anglosajón; para más detalle sobre este punto véase I.3. En su opinión, promesas y contratos solamente pueden revalidar obligaciones que tienen otras causas.

⁴ Como Atiyah, también Raz, Joseph, “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review*, Cambridge (USA), núm. 95, 1982, p. 921; más certero, Kimel, Dori, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2003, p. 2: “his approach should in fact be labeled «promise as contract»”. Se considera que Atiyah discute el requisito de promesa y contrato conjuntamente, por ejemplo pp. 20 y s.

⁵ Concuerdan de manera sustancial Kimel, Dori, *From Promise to Contract...*, cit., p. 80 y *passim*; Bagchi, Aditi, “Separating Contract and Promise”, *Florida State University Law Review*, Tallahassee, núm. 38, 2011; Rödl, Florian, *Gerechtigkeit*, cit., pp. 301-304. En sentido contrario véase Seana Valentine, “Are Contracts Promises?”, en Marmor, Andrei (ed.), *Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York-Abingdon, 2012, pp. 241-258. La relación personal también caracteriza el contrato jurídico cuando se concentra en *relational contracts* —contratos

función, no por su estructura. Sólo ocasionalmente se comparan de hecho promesa (*promise*) y acuerdo (*agreement*), como formas diferentes de asumir voluntariamente las obligaciones,⁶ para responder a la pregunta de si el contrato jurídico corresponde más a una u otra.⁷

Por otra parte, la promesa y el contrato se entienden en este artículo como hechos realmente diferentes, para los que, en principio, la obligatoriedad en el ámbito del derecho y en el de la moral se consideran con el mismo valor. Un intercambio de opiniones da esperanza de una respuesta interdisciplinaria a la pregunta de con cuál de los dos fenómenos se debe empezar si se quiere describir y justificar el compromiso voluntario.

2. Delimitación del tema y definiciones

Como contribución jurídica a este entendimiento se intentará esclarecer la compleja relación entre contrato y promesa en el derecho.⁸ Para ello se examinarán las raíces de esta interrelación, que se remontan a la anti-

que contribuyen a relaciones de confianza a largo plazo—. Interesantes reflexiones al respecto se encontrarán en Kimel, Dori, *From Promise to Contract...*, cit., pp. 80-86.

⁶ *Voluntary obligation* como concepto general de promesas: cfr. Raz, Joseph, *Promises...*, cit., pp. 930 y s., pero, sin yuxtaponer contrato y promesa.

⁷ Cfr. Penner, James, “Promises, Agreements, and Contracts”, en Klass *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, en particular pp. 117-121, que caracteriza *agreements* contrariamente a *promises* de multilateral, pero no focaliza en la exigencia de una aceptación (pp. 118 y s.) ni en la obligación de prestación mutua (p. 199, nota 9), sino —como yo entiendo— en la pregunta, si se trata de un asunto unilateral o bilateral. Hay una explicación breve en Smith, Stephen, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 180-183, con el resultado de “relative unimportance, from a theoretical perspective, of the distinction between promises and agreements”.

⁸ Hace algunos años, Zimmermann, Reinhard, “Vertrag und Versprechen – Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich”, en Lorenz, Stephan *et al.* (eds.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2005, llamó la atención sobre esta pregunta en el derecho alemán, Hogg, Martin, *Promises and Contract Law. Comparative Perspectives*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2011, se le dedicó un estudio histórico y comparativo. Para los orígenes históricos, cfr. Carro, Valeria, *La promessa unilaterale. Studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, Napoli, 2012; Huang, Meiling, *La promessa unilaterale come fonte di obbligazione. Dai fondamenti romanistici al prossimo codice civile cinese*, Napoli, 2018 (con la mirada puesta en China), y de Lisboa la tesis doctoral de João de Oliveira Gerales y su artículo “Sobre a promessa pública”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 2020, núm. 415-446. Para el derecho italiano, cfr. Benedetti, Guiseppe, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; para una comparación económico-legal entre Inglaterra y Alemania, Sigmund, Henriette Karoline, *Bindung durch Versprechen oder Vertrag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2018.

güedad romana. Sin embargo, en primer lugar, es necesario introducir los conceptos que permitan distinguir entre contrato y promesa, incluso desde una perspectiva puramente jurídica.

Me gustaría explicar a la promesa como un compromiso vinculante de realizar algo dirigido, al menos, a otra persona, pero que no es necesariamente recibida por esta última. De esta consideración se pueden deducir afirmaciones de declaraciones según las cuales algo es, fue o será sin ninguna acción del promitente. Sin embargo, ninguna promesa, en el sentido que se trata aquí, sería la promesa de que lloverá mañana (a menos que el promitente afirme tener una influencia en ello). Se trata de promesas de hacer algo; promisorias, no promesas asertóricas.⁹

En general, defino el contrato como el acuerdo de varias personas para generar un cierto efecto a través de este acuerdo. La yuxtaposición con la promesa requiere una restricción a ciertos contratos: sólo nos interesan los que tienen por objeto hacer que al menos una de las partes se vea obligada a cumplir en el futuro (contratos vinculantes). Por lo tanto, las transacciones ejecutadas inmediatamente, como las compras en efectivo en una tienda, quedan excluidas de la consideración.¹⁰ Se trata más bien de contratos que contienen al menos una promesa, la cual se convierte en contrato cuando la otra parte la acepta. Así que si prometo dar a otro un caballo y éste me dice que está feliz de aceptarlo, esta promesa aceptada también puede ser analizada como un contrato.¹¹

⁹ La diferencia ya fue elaborada por Tomás de Aquino en su tratamiento del juramento en: *Summa Theologica II-II*, Roma, 1894, qu. 89 art. 7o. resp. (p. 646 s.). Tomás atribuye fuerza obligatoria al juramento, excluyendo el *juramentum assertorium* (*quod est de praesenti, vel de praeterito*) y el *juramentum de his, quae sunt per alias causas fienda*, de la consideración. Él también usa la lluvia como ejemplo. Queda el *juramentum promissorium*; cfr. art. 9o. (649).

¹⁰ Son excluidos en su componente real y jurídico-obligacional, aunque hoy en día la opinión predominante lo interpreta, como si se prometiera un “segundo jurídico” antes de su ejecución. Crítico para el derecho alemán, Ehmann, Horst, “Zur Causa-Lehre”, *Juristenzeitung*, Tübingen, 2003, p. 705; Bremkamp, Till, *Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 254-260.

¹¹ La concepción del contrato como una promesa aceptada se encuentra en los códigos influenciados por el derecho natural; cfr. en el Código Civil Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten o ALR*) de 1794, parte 1, título 5: “§ 2. Die Erklärung, einem Andern ein Recht übertragen, oder eine Verbindlichkeit gegen denselben übernehmen zu wollen, heißt Versprechen... [La declaración de que se desea transferir un derecho a otro o asumir una responsabilidad hacia el mismo se denomina promesa]... § 4. Zur Wirklichkeit eines Vertrages wird wesentlich erfordert, daß das Versprechen gültig angenommen worden [La realización de un contrato requiere esencialmente que la promesa haya sido válidamente aceptada]”. El Código Civil General Austriaco (ABGB) de 1811 todavía dice en § 861 1: “Wer sich erklärt, daß er jemanden sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben,

El ejemplo muestra que la distinción entre contrato y promesa no se entiende aquí como excluyente: una misma transacción puede denominarse promesa y contrato al mismo tiempo. Por esta misma razón, la cuestión es determinar qué es más apropiado, si realizar el análisis como promesa o como contrato.

Si el contrato tiene por objeto crear obligaciones recíprocas, puede entenderse como un intercambio de promesas, las cuales siempre están sujetas a la condición de que también se haga la contrapromesa. Por ejemplo, prometo entregarle una tonelada de limones si usted promete pagarme 5.000 euros, y usted promete pagar 5.000 euros si se le promete entregar una tonelada de limones.¹²

Por último, queda por aclarar qué se entiende aquí por el efecto vinculante de las promesas o contratos. Jurídicamente se pueden distinguir diferentes niveles de obligatoriedad: se llega a un grado bajo cuando una persona que promete intencionalmente o por negligencia algo que no cumple posteriormente se ve obligada por el sistema jurídico a indemnizar el daño sufrido por la otra persona porque confía en la validez de la palabra (el

daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande [Quien declara que transferirá su derecho a otra persona, es decir, que le permitirá hacer algo, le dará algo, hará algo por él o se abstendrá de hacer algo en su nombre, hace una promesa; pero si la otra persona acepta válidamente la promesa, entonces por la voluntad concurrente de ambos partes, nace un contrato]”.

¹² Las preocupaciones sobre este diseño parecen superables. Smith sostiene que por esta condición ninguna de las partes puede inicialmente exigir el cumplimiento de la otra (Smith, Stephen, *Contract Theory*, cit., pp. 63 y s., p. 181). Desde su punto de vista, no se refiere la condición a la promesa de otra parte, sino a su posterior prestación. Por el contrario, Penner sostiene que la prestación real no puede tenerse en cuenta en la medida necesaria: La construcción de la promesa no puede dar cuenta del hecho de que ninguna de las partes del contrato debe cumplir a menos que la otra también lo haga (Penner, James, “Promises...”, cit., pp. 119-121). Con esto, Penner subestima la posibilidad de otras condiciones implícitas. La construcción que se propone aquí es antigua. Incluso los escolásticos tardíos lo presupusieron cuando discuten sobre si las promesas gratuitas también tienen una estructura condicional en virtud de la cual exigen su aceptación. Compárese, especialmente, Lessius, Leonardus, *De Iustitia et Iure*, lib. II cap. 18 dub. 6 Nr. 39, Antverpia 1632, p. 220: “Sicut promissio vel obligatio onerosa, qua quis se obligat, habet tacitam conditionem, nempe, Si alter vicißim se velit obligare; ita etiam promissio & donatio habent tacitam conditionem, Si acceptentur”. En cuanto a la promesa onerosa, Molina probablemente esté de acuerdo, Molina, Ludovicus, *De Iustitia et Iure*, Tomus Secundus, Moguntia, 1614, tract. 2, disp. 263, núm. 13 (col. 48). A la disputa, cfr. Diesselhorst, Malte, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, Böhlau, 1959, pp. 109-111; Decock, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (c. 1500-1650)*, Leiden-Boston, Nijhoff Publishers, 2013, pp. 187-192; Chiodi, Giovanni: “The Binding Force of Unilateral Promises in the Ius Commune before Grotius”, *Grotiana*, núm. 41, 2020, pp. 40-58.

llamado *Vertrauensschaden*; *das negative Interesse* [daños de confianza e interés negativo]).¹³ Ejemplo: hasta la entrega de los limones, se alquila un contenedor para su posterior transporte. Porque he sobrestimado mis capacidades, no tengo suficientes limones para todos mis clientes y no te entrego ninguno. El hecho de que en este caso pueda pedirme que le reembolse el coste del contenedor podría justificarse por el principio general de no dañar a otra persona (*neminem laedere*):¹⁴ se podría argumentar que debo asumir las responsabilidades porque le causé daño al hacer que confiara en mi palabra.¹⁵ De hecho, a menudo se dan situaciones en las que, tras iniciarse la celebración de un contrato, no se llega a la concertación de un contrato jurídicamente válido —por ejemplo, porque una de las partes ha incurrido en un error jurídicamente relevante—, pero una parte debe compensar a la otra por este interés negativo, porque es responsable del hecho de que el contrato no sea válido.¹⁶

El concepto de “obligación” implica un mayor grado de responsabilidad.¹⁷ Si una promesa o contrato es vinculante, el deudor no sólo está

¹³ Para una distinción entre el interés negativo y el positivo fundamental, véase Mommsen, Friedrich, *Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 106-108; Mommsen, Friedrich, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, pp. 139 y s.; terminológico, Jhering, Rudolph, “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, núm. 4, pp. 16 y s.; en el derecho anglosajón, Fuller, Lon L. y Perdue, William R., “The Reliance Interest in Contract Damages”, *The Yale Law Journal*, núm. 46, 1936/1937, pp. 52-96 y pp. 373-420; *cfr.* Dedek, Helge, *Negative Haftung aus Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, especialmente pp. 65-80 (sobre Fuller/Perdue), pp. 144-160 (sobre Mommsen), pp. 161-176 (sobre Jhering).

¹⁴ *Cfr.* Ulpiano (1 *regularum*) D. 1,1,10,1 (y unánime, Inst. 1,1,3): “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”).

¹⁵ Sin embargo, hay daños permitidos también. En este sentido, dicha responsabilidad también presupone que la otra persona puede confiar en mi palabra y yo tengo que responder por ella. *A fortiori*, hay que atribuir un determinado efecto a la transacción en la obligación, si se quiere vincular la responsabilidad no a la imprudencia de la promesa, sino a su posterior incumplimiento. Esto es un argumento contra el intento de reducir la vinculación de promesa a una prohibición de enriquecimiento o de daño; según Fried, Charles, *Contract as Promise*, *cit.*, pp. 7-12; Rödl, Florian, *Gerechtigkeit...*, *cit.*, p. 291. En algunas situaciones incluso se rechaza la responsabilidad sobre el interés negativo; por ejemplo, la revocación de ofertas en Inglaterra y la revocación de promesa pública de recompensa en Alemania.

¹⁶ En este contexto está el concepto del interés negativo con Mommsen y Jhering; *cfr.* nota 13. La obligación de pagar una indemnización también es posible en Francia e Italia cuando se revocan las ofertas.

¹⁷ Por el contrario, el libro de Köndgen, Johannes, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, trata de los supuestos de responsabilidad en el interés negativo. Por eso su aproximación armoniza bien con la de Stoll, Hans,

obligado a compensar el daño causado por la confianza decepcionada. Más bien, se ve obligado a no defraudar la confianza en absoluto; es decir, a cumplir la deuda o, al menos, a poner al acreedor financieramente en la misma situación que si la deuda se hubiera cumplido. Debe reponer el interés en el cumplimiento o el interés positivo. En el ejemplo esto significa que si pudieras revender los limones con una ganancia de 1.000 euros, entonces debo compensarte por esta ganancia perdida, incluso si nadie más que yo hubiera ofrecido limones a un precio tan bajo, por que sin mi promesa de entrega demasiado optimista, nunca habrías tenido la oportunidad de realizar tal margen (lucro cesante en el derecho mexicano). El derecho obliga al cumplimiento o coloca al acreedor en la posición de haberla recibido. Este efecto obligatorio se entiende cuando, a partir de ahora, las promesas y los contratos se denominan jurídicamente vinculantes.

3. *La cuestión de la gratuidad (no remuneración)*

Una diferencia entre una promesa y un contrato es obvia: al ser medidas unilaterales, las promesas sólo pueden comprometerse unilateralmente, es decir, siempre sólo el promitente, nunca su destinatario. Sin embargo, esto no significa que las promesas sólo puedan servir para el establecimiento de concesiones unilaterales. Como muestra el ejemplo de la compra de limones, al añadir una condición a la promesa, ésta puede condicionarse a que la otra persona prometa también algo, por lo que todo contrato recíproco vinculante puede describirse como un par de promesas.¹⁸ De la misma manera, en lugar de hacer que la promesa dependa de una contrapromesa, la promesa también puede hacerse depender de una consideración de hecho de parte del otro: pagaré si cumples (sin que tengas que prometerme nada).¹⁹ Por el contrario, no sólo una promesa, sino también un contrato puede ser de carácter gratuito, incluso generoso, como el mencionado acuerdo de que le daré un caballo sin que tenga que dar nada a cambio.

No obstante, las promesas frecuentemente se asocian con negocios gratuitos, y los contratos con negocios onerosos. Esto puede estar relacionado con el hecho de que a menudo imaginamos que las relaciones de intercam-

“Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen”, en *Festschrift für Werner Flume*, Köln, 1978, vol. 1, 741-773.

¹⁸ Véase la nota 12.

¹⁹ *Cfr.* más adelante, el punto 3.4 sobre la promesa de recompensa.

bio se basan en negociaciones, cuyo resultado puede analizarse fácilmente en forma de contrato. Por otra parte, existe la tendencia a atribuir los regalos gratuitos a decisiones espontáneas que no se pueden tomar fácilmente en el esquema contractual. Esta asociación de las promesas con la gratuidad es muy importante porque el derecho sólo otorga una protección limitada a las transacciones gratuitas suscitando una desconfianza absoluta en ellas.²⁰

Los derechos continentales tratan a las asignaciones gratuitas de bienes como donaciones. Incluso si las donaciones se ejecutan efectivamente, pueden revocarse por determinadas condiciones, por ejemplo, en caso de ingratitud del donatario, nacimiento de hijos después de la donación o de empobrecimiento del donante.²¹ Para que las donaciones sean efectivas, los sistemas jurídicos romanos generalmente requieren que sean notariadas.²² Sin embargo, si la donación se ha hecho efectivamente, a menudo se considera que es eficaz por esa sola razón.²³ La legislación alemana no exige la legalización notarial para una donación como tal, sino sólo para

²⁰ Cfr. los estudios 1-13 en Gordley, James (ed.), *Enforceability of Promises*, Cambridge University Press, 2001. El hecho de que 13 de los 15 estudios tratan del problema de la contraprestación ilustra la asociación de las promesas y la gratuidad.

²¹ Artículo 953 del Code Civil: “La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d’inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d’ingratitude, et pour cause de survenance d’enfants”; unánime artículo 800 del Codice Civile: “La donazione può essere revocata per ingratitudine o per sopravvenienza di figli”. Los códigos de derecho romano no regulan la reclamación por empobrecimiento propio. § 528, párrafo 1, BGB: “Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm... gesetzlich obliegende Unterhaltungspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern...”; § 530, párrafo 1, BGB: “Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht”. Falta una reglamentación sobre el caso de hijos póstumos en el BGB.

²² Artículo 931 del Code Civil: “Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité”. Artículo 782 del Codice Civile c. 1: “La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità...”.

²³ El artículo 931 del Code Civil no se refiere a la donación directa, de mano a mano (*don manuel*), por la jurisprudencia y la doctrina. Más bien, el *don manuel* se considera válido sin más debido a su estructura contractual real (cfr. Peterka, JCl Code Civil, artículo 931, fasc. 30, núm. 1-6). Sobre la donación de bienes muebles de valor moderado, artículo 783 del Codice Civile dice expresamente: “La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l’atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione”.

una transacción en la que uno se compromete a hacer una donación para el futuro.²⁴ El resultado es el mismo.

Según el entendimiento continental, estos requisitos formales tienen por objeto asegurar que el donante haya considerado cuidadosamente su compromiso y desee realmente comprometerse para el futuro. Es importante señalar que el concepto de regalo no abarca todos los beneficios que se proporcionan gratuitamente, sino sólo la salida de los activos. En Alemania, por ejemplo, es fácil asumir un encargo gratuito; en otras palabras, comprometerse a hacer algo por otra persona.²⁵

El derecho inglés, como parte del derecho de propiedad, tiene ciertas reglas especiales para la transferencia de bienes de forma gratuita (regalos).²⁶ Sin embargo, una vez que estas reglas se han aplicado, ya no son de interés para las donaciones.²⁷ En cambio, se centra en la cuestión de las circunstancias en las que las promesas son vinculantes.²⁸ En principio, exige una contraprestación por parte del receptor de la promesa (*consideration*).²⁹ Sin embargo, el derecho inglés también hace una excep-

²⁴ § 518, párrafo 1, frase 1, BGB: “Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich... [Para la validez de un contrato por el que se promete una prestación a título de donación, la promesa debe ser certificada notarialmente...]”; párrafo 2: “Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt [El defecto de forma se subsana con la realización de la prestación prometida]”.

²⁵ Sin embargo, por norma, el contratista puede rescindir el mandato en cualquier momento (*cf.* § 671, BGB). Dawson, John P., *Gifts and Promises. Continental and American Law Compared*, New Haven-London, Yale University Press, 1980, p. 222, duda la ocurrencia de una responsabilidad por el interés en el cumplimiento. En principio, apoyado en una limitación de la responsabilidad al interés negativo, Grundmann, Stefan, “Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 198, 1998, 457-488, especialmente pp. 473-483.

²⁶ En general, la transferencia gratuita en la relación entre las partes solamente tiene validez bajo las condiciones que también deben respetarse en otras transacciones para que se aplique la norma *erga omnes*: Lawson, F. H. y Bernhard Rudden, *The Law of Property*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 70 y s. Detallado Hyland, Richard, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, pp. 403-465.

²⁷ Especialmente no reconoce ninguna disposición para solicitar la devolución; *cf.* Hyland, Richard, *Gifts...*, *cit.*, pp. 526 y s., pp. 541 y s., p. 560.

²⁸ *Cf.* Dawson, John P., *Gifts and Promises...*, *cit.*, *passim*; en resumen, p. 223. De la fijación del continente en las donaciones, responsabiliza a la prohibición romana de las donaciones entre cónyuges y al deseo de preservar el patrimonio para transmitirlo a los herederos legales (especialmente pp. 14 y ss., pp. 29 y ss.).

²⁹ Sobre la *consideration*, véase Treitel, Guenter H. y Peel, Edwin, *The Law of Contract*, 14a. ed., London, Sweet&Maxwell, 2015, 3-001 hasta 3-175; comparando derecho, Zweigert, Konrad y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3a. ed.,

ción para ciertos actos jurídicos formales, los *deeds*. En el pasado, éstas tenían que ser selladas; actualmente, las firmas del emisor y de un testigo suelen ser suficientes.³⁰ Así que es más fácil en Inglaterra que en el continente comprometerse efectivamente con una donación. Pero la gente habla de ello de forma diferente: en el continente, todo contrato es válido, pero sólo tiene que cumplir con una cierta forma; en Inglaterra, las obligaciones son inválidas sin *consideration*.

Por consiguiente, todos los ordenamientos jurídicos examinados suelen considerar que las promesas no son vinculantes simplemente porque se ha de contraer una obligación a título gratuito. Sin embargo, este problema quedará excluido en lo siguiente: no se trata de saber si las transacciones gratuitas son vinculantes o no y por qué, sino más bien en qué medida la promesa y el contrato desempeñan un papel en las transacciones cuyo reconocimiento jurídico se presupone de otro modo.

II. DESARROLLO DEL CONTRATO DE PROMESA

Una mirada a la historia del derecho contractual se centra, en primer lugar, en el derecho romano. Constituye el punto de partida del desarrollo jurídico europeo en dos aspectos. En primer lugar, por vez primera en Roma hubo juristas profesionales que discutieron la solución de casos y cuestiones dogmáticas en un lenguaje especializado y escribieron libros sobre ellos. En segundo lugar, las universidades estudiaron el derecho antiguo, que se percibía como perpetuo. Este fue el caso desde Bolonia hasta la codificación del derecho civil por los Estados nacionales. Todo desarrollo jurídico durante este periodo, en el que participaron juristas eruditos, consistió en un análisis del derecho romano.³¹

En nuestro tema, la visión retrospectiva de Roma es particularmente apropiada. La obligatoriedad jurídica de los acuerdos, incluso los formales, no es algo natural, sino un logro cultural.³² Los romanos utilizaron el con-

Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, § 29 (382-395), y el comentario al artículo 2:101 PECL, especialmente nota 3 (a).

³⁰ Treitel, Guenter H. y Peel, Edwin, *Contract*, cit., 3-170 y 3-171.

³¹ Respecto a “Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt” [importancia del derecho romano para el mundo moderno], cf.: Jhering, Rudolph von y Erster Theil, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5a. ed., 1891, § 1 (1-16); Koschaker, Paul, *Europa und das römische Recht*, 2a. ed., München-Berlin, Biederstein Verlag, 1953.

³² El proceso de este logro es presentado de un modo impresionante por Durkheim, Émile, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, París, 1950, pp. 206-243.

cepto de “obligación” (*obligatio*, de *ligare*: vincular) en un sentido jurídico general para describir las relaciones en base a las cuales alguien puede exigir a otro una prestación que éste le debe.³³ Según la opinión de los romanos, esas obligaciones ya podían acordarse (*contrahere*, en realidad: atar) mediante un contrato (*contractus*), que en la época republicana podía, en determinadas circunstancias, ser todavía objeto de un acuerdo sin forma.³⁴

Sin embargo, no son los contratos sin forma los que merecen especial atención aquí, sino el viejo y formal contrato de promesa o estipulación. La estipulación como “contrato de promesa” (*Versprechensvertrag*) se sitúa entre los ideales modernos de una promesa hecha unilateralmente y vinculante, por un lado, y un contrato hecho conjunta y recíprocamente vinculante, por el otro. Por lo tanto, me gustaría describir el desarrollo del pensamiento jurídico sobre la promesa y el contrato como una especie de despliegue de la estipulación romana hacia sus dos polos. A continuación intentaré esbozar este desarrollo en unas pocas líneas.

1. *El sistema clásico de contratos*

El antiguo derecho romano se extiende a lo largo de un milenio, desde la Ley de las Doce Tablas hasta la codificación completada en el 533 d.C. por el emperador romano de Oriente, Justiniano. Los siglos I y II d.C. se consideran el periodo clásico de la jurisprudencia. Nuestro conocimiento

³³ La valoración del derecho romano de las obligaciones realizada por Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1951, Rn. 796 (462 s.) (con la cualificación como “a great and unique achievement in the history of human civilization”) es actual todavía. Sobre la magnitud del impacto, incluso más allá de Europa continental, cfr. Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannisburg, Oxford University Press, 1990.

³⁴ Por el contrario, el antiguo derecho griego exigía la responsabilidad de una de las partes, generalmente, en caso de que la contraparte hubiera cumplido por adelantado y lo justificaba con la idea de que la parte que recibía se estaba apropiando indebidamente de esta prestación anticipada frustrando el fin acordado. El derecho contractual no se emancipó del derecho de daños; el derecho por sí solo no imponía obligaciones. A lo sumo, se podría fingir la prestación real de mutuo acuerdo. Así, la interpretación actual predominante de Wolff, Hans Julius, “Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung), Wien, núm. 74, 1957, 26-72 (especialmente pp. 63 y s., con la caracterización del negocio obligacional como “Zweckverfügung”; pp. 67 y s. sobre el origen delictual; p. 68 sobre el término “obligación”; notas 89, 64 y s., sobre las diferencias a la doctrina *consideration* inglesa); en concordancia, Thür, Gerhard, “Antikes Griechenland”, en Ulrich Manthe (ed.), *Die Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich*, München, C.H. Beck, 2003, 191-238, pp. 235-238. Sobre la garantía, cfr. con motivo de la garantía de Poseidon la introducción al volumen mencionado en nota *.

del derecho contractual romano clásico también constituye el punto de partida para las conjeturas sobre el periodo anterior. Pero también los escritos de los clásicos nos han sido transmitidos en su mayoría sólo por la mediación de Justiniano, en extractos y en parte adaptados a cambios posteriores. Sin embargo, tenemos una visión del derecho contractual de la segunda mitad del siglo II d.C. Procede del libro de texto de Gayo, que fue encontrado en 1816 como palimpsesto en la Biblioteca de la Abadía de Verona, por lo que nos habla independientemente de la codificación bizantina.³⁵ Gayo, que como didáctico le gusta usar esquemas de clasificación,³⁶ explica que toda responsabilidad surge ya sea por contrato o por delito.³⁷ Además, distingue los contratos según la forma en que se celebran: en reales (*re*), verbales (*verbis*), literales (*litteris*) o consensuales (*consensu*).³⁸

En el caso de un contrato real, la entrega de los bienes crea la obligación de devolverlos. Esto incluye el préstamo (*mutuum*); por ejemplo, un agricultor romano da un poco de grano a otro agricultor, que debe devolver la misma cantidad de grano en el momento acordado. La obligación se limita a la restauración del estado anterior. También podría entenderse como un efecto secundario de la relación original con las cosas dejadas al otro. La existencia de tales obligaciones de devolución debe ser fácilmente comprensible para todo aquel que reconozca una cesión exclusiva de las cosas. Por lo tanto, se supone generalmente que este tipo de contrato es muy antiguo.³⁹

Para los otros contratos, el obstáculo es mayor. Para dar fuerza vinculante a la mera palabra, se necesitaba una forma especial. Gayo escribe que la obligación verbal “surge de la pregunta y la respuesta” (*aus Frage und Antwort*).⁴⁰ Para concluir tal negocio, un romano tenía que preguntar a otro si éste le prometía una actuación descrita con más detalle, y la perso-

³⁵ Sobre la relevancia para los estudios romanistas, Avenarius, Martin, “Das «gaiozentrische» Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall”, en Avenarius, Martin (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 97-131.

³⁶ Cfr. Fuhrmann, Manfred, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1960, pp. 104-121, pp. 183-188.

³⁷ Gayo, 3,88: “*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. Sobre la consecuencia, véase abajo la nota 129.

³⁸ Gayo, 3,89: “*aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*”.

³⁹ El hecho de que los contratos reales sean más antiguos que los contratos consensuales es puesto en duda por Fögen, Marie Theres, “Zufälle, Fälle und Formeln. Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags”, *Rechtsgeschichte*, núm. 6, 2005, pp. 84-100, p. 87, nota 20.

⁴⁰ Gayo, 3,92: “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione*”.

na preguntada repetía la palabra de la pregunta afirmativamente: *centum dari spondesne? spondeo!* El antiguo *spondere* fue sustituido más tarde por otros verbos cuyo uso estaba abierto no sólo a los romanos, sino también a los extranjeros: *dabis? dabo, promittis? promitto*. Se habló en general de la *stipulatio*.⁴¹ La formalidad del negocio consiste en la presencia personal de ambas partes y la respuesta inmediata del interrogado a la pregunta. Por lo tanto, los sordomudos no pueden concluir una estipulación; las considerables interrupciones hacen que la transacción sea ineficaz.⁴²

Según nuestras definiciones y la terminología romana, la respuesta (*spondeo!*) es una promesa, pero el negocio en su conjunto es un contrato, aunque sólo el demandado está obligado a ello. Parece notable que el papel principal se asigne, sin embargo, al interrogador, el posterior acreedor. Es él quien toma la iniciativa con su pregunta y da forma al negocio formulándola.⁴³ Esto se refleja en la forma de hablar. *Stipulare* significa dejarse prometer, por lo que la *stipulatio* se refiere principalmente a la pregunta del acreedor. Se suele mencionar en los textos, ya que describe la ejecución y debe ser interpretada en caso de controversia en una fecha posterior. Sólo *pars pro toto* significa *stipulatio* de todo el negocio.⁴⁴ En la estipulación, por lo tanto, las características del contrato y la promesa se combinan de una manera peculiar.

Dado que las estipulaciones tienen un contenido muy diferente y podrían estar vinculadas a condiciones, los hombres de negocios podrían utilizarlas para diversos fines. El motivo de la promesa no se desprende claramente del negocio; la estipulación tiene un carácter abstracto. A este respecto, es similar al contrato literal, igualmente formal, que también sólo es vinculante para una de las partes. Esto requiere una inscripción en el libro de la casa, en la que se anoten todos los gastos e ingresos de un hogar.

⁴¹ Más en Kaser, Max, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a. ed., München, 1971, § 43 III (168ss.); § 128 (538-543). Cfr. en el manual antiguo, Gayo, 3,92-3,127.

⁴² Sobre los sordos y los mudos, Gayo 3,105; sobre las interrupciones, Venuleius, D. 45,1,137 pr. (1 *stipulationum*): *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet...*; sobre ambos y otros impedimentos, Ulpiano, D. 45,1,1 (48 *ad Sabinum*).

⁴³ La necesidad de que la persona que quiere adquirir un derecho tiene que tomar la iniciativa (“Gesetz der Initiative”) es un principio que ya fue elaborado Jhering como una característica de los antiguos negocios formales: Jhering, Rudolph von, *Zweiter Theil, zweite Abtheilung: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5a. ed., Leipzig, 1898, § 46, pp. 549 y s., p. 555, § 47b 1 6, en la nota 840 (pp. 613 y s.).

⁴⁴ Más sobre ello en Albers, Gregor, “Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkunden, Kirchenväter und der westgotische Gaius”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung), Wien, núm. 135, 2018, pp. 334-363, pp. 341-345.

Como un pago ficticio mutuamente acordado, establece una reclamación de reembolso. Esto hizo posible la construcción de facturas de deudores y ciertas transacciones bancarias.⁴⁵ Aunque sólo sea porque presupone la difusión de la escritura,⁴⁶ el contrato literal será más reciente que el contrato verbal.⁴⁷

Finalmente, Gayo presenta los contratos celebrados por consenso: compra, arrendamiento, sociedad, mandato.⁴⁸ Se habla de un perfeccionamiento del contrato por consenso, porque no hay que decir palabras especiales y no hay que escribir nada. Más bien, basta con que las partes estén de acuerdo (*consentire*). Por lo tanto, un contrato entre partes ausentes también es posible, por ejemplo, por carta o mensajero.⁴⁹ Así pues, por una parte, la ley utiliza con cautela su autoridad para hacer cumplir obligaciones muy especiales y descriptivas que pueden experimentarse fácilmente gracias a formalidades eficaces. Por otra parte, se atreve a utilizar descuidadamente el mismo esfuerzo para proteger una serie de acuerdos mediante los cuales las partes interesadas tratan de configurar el futuro sin utilizar

⁴⁵ Sobre el contrato literal, *cf.* Thilo, Ralf Michael, *Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Göttingen, 1980, pp. 276-318; Behrends, Okko, “Der Litteralvertrag, Geldtruhe (Arca) und Hausbuch (Codex accepti et expensi) im römischen Privatrecht und Zensus”, en Zabłocka, Maria *et al.* (eds.), *Au-delà des Frontières, Mélanges de droit romain offerts à Witold Włodkiewicz*, Warschau, Varsovie, vol. 1, 2000, pp. 57-112. Además, recientemente, Jorge Menabrito Paz, “Nota sobre la litteris obligatio en el Liber Gaii”, en Uricchio, A. F. y Casola, M. (eds.), *Liber Amicorum per Sebastiano Tafaro*, Bari, Cacucci Editore, 2019, t. II, pp. 485-494.

⁴⁶ Recuerda a esto, Capogrossi Colognesi, Luigi, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Itinerari, 2016, p. 98.

⁴⁷ Como Capogrossi Colognesi no quiere asumir que la contabilidad doméstica ya había sido difundida antes, fecha el contrato literal no antes del siglo II antes de Cristo (*idem*). Behrends, al contrario, atribuye relevancia a los libros domésticos para la determinación de los activos en el marco del censo y considera posible su existencia ya en la época de la Ley de las Doce Tablas, sin por esta razón determinar la edad del contrato literal: Behrends, Okko, “Litteralvertrag...”, *cit.*, pp. 72 y s., pp. 101 y s.

⁴⁸ Gayo, 3,135: “*Consensu fiunt obligationes in emptio nibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*”. Al arrendamiento también pertenecen el contrato de obra y el contrato de servicio actuales, en los cuales el arrendador, el propietario de la obra ordenada y el proveedor de servicios son considerados como *locatores*, y el arrendatario, el contratista de obra y el empleador son considerados como *conductores*.

⁴⁹ Gayo, 3,136: “*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationis contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*”. Según Paulus, D. 2,14,2pr. (3 *ad edictum*), se supone que ya había dicho Labeo que un consenso también era posible entre partes ausentes, y por eso también por carta o mensajero; la misma expresión se encuentra en fuentes jurídicas reiteradamente.

ninguna forma de protección. Esta coexistencia por sí sola sugiere que los acuerdos consensuados sólo se reconocieron como legalmente vinculantes en una etapa posterior: si siempre hubieran existido, sería sorprendente que los contratos formales surgieran junto con ellos. Durkheim describió acertadamente los contratos consensuales como “révolution juridique”.⁵⁰ De hecho, sólo se habrán hecho ejecutables en el tercero o segundo siglo antes de Cristo.⁵¹ Así que el orden gayano —*re, verbis, litteris, consensu*— tal vez corresponde, en conjunto, al orden histórico.⁵²

Considerando el sistema de contratos gayano en su conjunto, la principal diferencia con el derecho moderno es que está diseñado como una lista de tipos de contratos vinculantes. El derecho moderno se basa en un concepto general de contrato, según el cual las partes pueden dar fuerza a su voluntad, fundamentalmente, vinculándose para cualquier propósito. Esto se basa en ciertas ideas de libertad y autonomía. Los diferentes tipos de contratos sólo sirven para aplicar este principio. Por el contrario, los contratos en el derecho romano no se desarrollan a partir de un concepto general de contrato, sino que se agrupan en uno solo. El *contrahere* en sí mismo tiene poco que ver con la voluntad.⁵³

⁵⁰ Durkheim, Émile, *Physique des mœurs et du droit*, cit., p. 238.

⁵¹ El hecho de que los contratos consensuales obligan a cumplir de buena fe (Gayo, 3,137) indica su origen en la jurisdicción magistral. Para una conexión entre el hecho de que el vendedor no estaba obligado a proporcionar la propiedad, sino sólo la posesión, y el origen jurídico-honorífico del contrato de compraventa obligatorio, especialmente en la actividad de aquel pretor que se pronunció sobre negocios con extraños no capaces de adquirir la propiedad según el derecho civil, *cf.* Capogrossi Colognesi, Luigi, *Costruzione del diritto privato...*, cit., pp. 203-211.

⁵² Merece destacar, en este contexto, que el antiguo proceso romano parece estar especialmente centrado en la ejecución de las deudas monetarias, lo que sugiere que las prestaciones monetarias eran reclamables antes de otras prestaciones. *Cf.*, al respecto, Albers, Gregor, *Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2019, pp. 126 y s.

⁵³ En contra de la transferencia de ideas relacionadas con el concepto moderno de la declaración de voluntad, más claramente, Schermaier, Martin Josef, “Anachronistische Begriffe, oder: «Nichtrömisches» im römischen Irrtumsrecht”, en Pascal Pichonnaz (ed.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Zürich-Basel, Schulthess, 2009, pp. 49-94, así como Schermaier, Martin Josef, “From Non-performance to Mistake in Contracts: The Rise of the Classical Doctrine of consensus”, en Boudewijn Sirks (ed.), *Nova ratione. Changes of paradigms in Roman Law*, Wiesbaden, Harrassowitz Verlag, 2014, pp. 107-132; allí referencias a la rica literatura sobre el desarrollo del concepto de contrato romano. Consciente del problema, ya Dulckeit, Gerhard, “Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht”, en Niedermeyer, Hermann y Flume, Werner (eds.), *Festschrift für Fritz Schulz*, Weimar, Böhlau, 1951, vol. 1, pp. 148-190, especialmente pp. 157-160, pp. 165 y s. La mejor visión de conjunto del desarrollo del concepto de contrato romano la ofrece Paricio,

Probablemente sólo unas décadas antes de Gayo, el jurista Pedio⁵⁴ tenía la idea de que todos los contratos se basaban en un acuerdo (*conventio*).⁵⁵ Por esta razón —probablemente Ulpiano es el único que prosigue en el texto contenido en el *Digesto* datado alrededor del 200 d.C.—, una estipulación, aunque se perfecciona *verbis*, es ineficaz si no hay *consensus*.⁵⁶ Sólo que aquí el acuerdo se convirtió en un requisito general del contrato, sin que la voluntad se haya convertido en la razón de su validez. En el caso de Gayo, el *convenire* se produce sólo en el contexto de los contratos consensuales; en el mejor de los casos, se puede conjeturar que los demás contratos también podrían requerir un acuerdo.⁵⁷

A continuación, se describirá la historia de la obligación jurídica como resultado del desarrollo de la estipulación, el contrato de promesa formal, que fue el negocio obligacional⁵⁸ más antiguo. Por una parte, el acuerdo sin forma fue adquiriendo gradualmente fuerza vinculante en cada vez

Javier, “Der Vertrag – eine Begriffsbildung”, en alemán en Andrés Santos, Francisco Javier et al. (eds.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München, Otto Schmidt Verlag, 2011, pp. 11-44.

⁵⁴ Para una datación en la época del emperador Adriano, la opinión probablemente predominante y convincente, por ejemplo, Kunkel, Wolfgang, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2a. ed., Graz-Wien-Köln, Böhlau, 1967, pp. 168 y s. Es apoyado también con la opinión más antigua que Pedio ya estuviera activo bajo el mandato de Nerón por Giachi, Cristina, “Per una biografia di Sesto Pedio”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 62, 1996, 96-123.

⁵⁵ Ulpiano (4 *ad edictum*), D. 2,14,1,3: “*ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat...*”. En consecuencia, Ulpiano define el *contractus* como una *conventio*, de la que hay una acción. Cfr. D. 2,14,7pr.-1 (4 *ad edictum*): “*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus...*”.

⁵⁶ Ulpiano (4 *ad edictum*), D. 2,14,1,3: “*...nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*”.

⁵⁷ Por la afirmación de que en el contrato consensual es “suficiente” el consenso informal, arriba en nota 49. Esta es la base de la opinión de Voci, Pasquale, “La dottrina del contratto nei giuristi romani dell’eta classica”, en Gian Gualberti Archi (ed.), *Scritti di diritto romano in onore di Roberto Ferrini*, Mailand, 1946, pp. 383-399, p. 392, al que se adhiere Dulckeit, Gerhard, “Rechtsgeschäft...”, *cit.*, p. 164, nota 1. Críticamente, Paricio, Javier, “Der Vertrag...”, *cit.*, p. 16, según el cual Gayo también considera los negocios unilaterales *dotis dictio* y *iuramentum liberti*, así como la tutela como un contrato. Un contraste útil es el que ofrece *liber Gai der lex Romana Visigothorum* (506 n. Chr.), donde el consenso se pone de manifiesto más claramente como elemento común de los cuatro tipos de contrato; sobre ello, Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 353 y s.

⁵⁸ El antiguo negocio de responsabilidad (*nexum*), a través del cual se podía establecer una especie de servidumbre condicionada por deudas, así como las primeras formas de autocompromiso religioso, no se tendrán en consideración. Véase, a este respecto, Kaser, Max, *RP I*,

más ámbitos, especialmente en el campo de los contratos de intercambio, y así se emancipó de la estipulación. Por otra parte, la estipulación se desarrolló de un contrato a una promesa que se compromete por declaración unilateral.

2. De la estipulación al concepto general de contrato

La estipulación es el soporte de la naturaleza vinculante de los contratos. Aunque el intercambio inmediato de bienes es antiguo,⁵⁹ inicialmente no hubo posibilidad de comprometerse a una entrega futura.⁶⁰ Pero tan pronto la estipulación estuvo disponible, se podrían lograr los efectos que constituyen un intercambio a través de la estipulación mutua, a la que se le atribuyen condiciones adecuadas, de manera similar a la forma en que analizamos la compra de limones en la introducción. De esta manera, el hábil uso de la estipulación probablemente hizo posible, por primera vez en la historia, comprometerse con un intercambio posterior.⁶¹

El hecho de que la estipulación hubiera introducido una práctica de obligación voluntaria era una condición para que los magistrados judiciales decidieran hacer cumplir también ciertos acuerdos que hasta entonces, en la medida en que no estuvieran incluidas en las estipulaciones, sólo podían producir una obligación extrajudicial. Así pues, se reconoció que el acuerdo de prestación de servicios con fines de compra, arrendamiento, sociedad o contrato crea obligaciones.⁶² Sin embargo, con el reconocimiento de las obligaciones de prestación derivadas de los cuatro contratos consensuales, la participación no había quedado en absoluto obsoleta.

En primer lugar, la estipulación sirvió para complementar los efectos obligacionales de los negocios jurídicos reconocidos, añadiendo determinadas obligaciones. Esto puede observarse en especial en los contratos de compraventa que se nos han transmitido en tablillas de cera (por ejemplo,

cit., § 43 (165-170); actualmente, Cardilli, Riccardo, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 61-208.

⁵⁹ Como un negocio sin forma, pero también utilizando la *mancipatio* formal; *cf.* Kaser, Max, *RPI*, *cit.*, § 8 V (41) und § 9 (41-48). Sobre la historia de la *mancipatio*, ahora Capogrossi Colognesi, Luigi, *Costruzione del diritto privato...*, *cit.*, pp. 46-53, pp. 220-228.

⁶⁰ Sobre la génesis de los contratos consensuales, véase arriba la nota 51.

⁶¹ *Cfr.* Jhering, Rudolph von, Dritter Theil: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4a. ed., 1888, § 56 Nr. 11 (259); con toda la cautela debida, básicamente también Capogrossi Colognesi, Luigi, *Costruzione del diritto privato...*, *cit.*, p. 97, p. 189.

⁶² Véase arriba nota 51.

de Pompeya) o papiros (sobre todo de Egipto).⁶³ Allí los esclavos o animales son vendidos, entregados y pagados, pero al mismo tiempo se realizan estipulaciones para regular la garantía por defectos y en caso de que un tercero haga valer con éxito su mejor derecho sobre el objeto (evicción). Para esto, normalmente se promete el doble del valor como pago de penalización. Incluso las leyes públicas recurren a la estipulación: el edil, que ejercía la jurisdicción del mercado, obligaba al vendedor a que estableciera ciertas estipulaciones con el fin de garantizar los defectos materiales.⁶⁴ Algunas obligaciones que solían contraerse por vía de estipulación como complemento de los contratos de compraventa se fueron acumulando progresivamente en la concepción general de la compraventa hasta tal punto que con la realización de cualquier compra se reproducían sus efectos jurídicos, incluso cuando las partes hubieran omitido celebrar la estipulación.⁶⁵ También, en este sentido, la estipulación dio lugar a un aumento en la responsabilidad.

En segundo lugar, la estipulación hizo posible que incluso los negocios jurídicos especiales y atípicos fueran procesables. Sirvió al sistema restrictivo de los contratos romanos típicos como una especie de válvula que se ajustó a las necesidades de la práctica.⁶⁶

El hecho de que este sistema volviera a ampliarse considerablemente varios cientos de años después del reconocimiento de los contratos consensuales puede considerarse todavía como una consecuencia del hecho de que, gracias a la estipulación, la gente se había acostumbrado a la capacidad de asumir obligaciones jurídicas. El jurista Aristo sostuvo que los contratos atí-

⁶³ Cfr. solamente *FIRA*, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Pars Tertia: *Negotia*, edidit Vincentius Arangio-Ruiz, 2a. ed., Florentia, 1972, núm. 87-90 (pp. 281-291) y núm. 132-142 (pp. 425-452), como ejemplo ilustrativo un papiro del siglo I d.C. con una estipulación de garantía para la compra de un caballo (núm. 136, pp. 436 y s.).

⁶⁴ Así, la opinión tradicional considera que el vendedor tiene que garantizar el interés del comprador en la ausencia de defectos, y la doctrina de Jakab, que sostiene que sólo tiene que prometer por estipulación en caso de litigio para permitir un proceso sobre el interés en una redhibición o una rebaja. Sin embargo, merece consideración la opinión de Kupisch de que la estipulación de garantía fue totalmente voluntaria. Una introducción a la discusión con las fuentes más importantes en Kaser, Max *et al.*, *Römisches Privatrecht*, 21a. ed., München, C.H. Beck, 2017, § 41 Rn. 43 (pp. 267 s.).

⁶⁵ Se podrán entender diversas extensiones de la *actio empti*, pero en cualquier caso la historia de la responsabilidad por vicios. Una visión general de ellos la da Kaser, Max *et al.*, *Römisches Privatrecht*, cit., § 41 Rn. 25-35 (pp. 261-265).

⁶⁶ Cfr. Zimmermann, Reinhard, *Obligations...*, cit., pp. 89-91, con la caracterización de la estipulación como “cornerstone of the Roman contractual system” y “the means to achieve what could not be achieved by formless consent”.

picos constituían una obligación, siempre que estuvieran dirigidos al intercambio y que una parte ya hubiera cumplido: en lo que los griegos llamaron *sinalagma*, es decir, intercambio, existía una causa para el contrato.⁶⁷ Sólo si faltaba la causa se trataba de un pacto desnudo (*nuda pactio*), que no daba lugar a ninguna obligación.⁶⁸

Esta *causa* se convirtió en el punto central de todo el derecho contractual, gracias al trabajo de los juristas medievales. Para el siglo XIV, estaba claro que todos los contratos exigibles tenían en común una causa. Bajo la influencia de la teología moral, que reivindicaba la obligación de la promesa,⁶⁹ el derecho canónico incluso había invertido la conclusión: aquí todos los contratos eran exigibles (justiciables), siempre que se basaran en alguna causa.⁷⁰ El derecho secular se retrasó un poco, hasta el siglo XVI, cuando también se postuló la obligatoriedad de todos los contratos.⁷¹ La

⁶⁷ Ulpiano (4 *ad edictum*), D. 2,14,7,2: “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλάγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*”. Sin embargo, véase, por otro lado, Pomponio (22 *ad Sabinum*), D. 19,5,16,1. En Labeón, el *sinalagma* supuestamente era una característica de cada *contractus*; *cf.* Ulpiano (11 *ad edictum*), D. 50,16,19: “*Labeo libro primo praetoris urbani definit... contractum autem ultro citroque obligationem [esse], quod Graeci συναλλάγμα vocant*”, lo que no se ajusta a todos los tipos de presentación gayana. Un resumen de la reciente discusión de estos textos lo ofrece Paricio, Javier, “Der Vertrag...”, *cit.*, pp. 19-28; en contra de la nueva interpretación finalista de la *causa*, Schermaier, Martin Josef, “Kausalität oder Finalität? Überlegungen zur causa in Ulpian D. 2,14,7”, en Finkenaier, Thomas y Sirks, Boudewijn (eds.), *Interpretationes Iuris Antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2018, pp. 293-310.

⁶⁸ Ulpiano, D. 2,14,7,4: “*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”.

⁶⁹ Para ello, véase más abajo la nota 100.

⁷⁰ *Cfr.*, especialmente, Dilcher, Hermann, “Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Wien, núm. 77, 1960, pp. 270-303, pp. 292-294 (sobre el derecho secular), pp. 300 y s. (sobre el derecho canónico); con más detalle, Söllner, Alfred, “Die causa im Konditionen – und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Wien, núm. 77, 1960, pp. 182-269, pp. 212-259; Bellini, Piero, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano, Giuffrè, 1964; Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 49-57, centrado en la interpretación de D. 2,14,7, véase Schermaier, Martin Josef, “Kausalität...”, *cit.*, pp. 296-300. Por lo demás, las contribuciones en Albers, Gregor *et al.*, *Causa contractus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.

⁷¹ Wesenbeck, Matthaeus, en *In Pandectas Iuris civilis et Codicis Iustiniani libros commentarii, olim Paratitla dicti*, Patavius, 1658, afirma una *communis opinio* correspondiente, *cf.* ad D. 2,14, Nr. 9 (150 C). Las autoridades citadas no apoyan la afirmación —*cf.* Nanz, Klaus Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16.-18. Jahrhundert*, München, Schweitzer, 1985, pp.

libertad en la determinación del tipo de contrato se consolidó con los códigos de derecho de la Ilustración que surgieron en Europa continental en los siglos XVIII y principios del XIX, y que se basaban en un concepto general de contrato.⁷²

Este desarrollo puede interpretarse en el sentido de que la estipulación romana desapareció del derecho contractual porque se volvió superflua debido a que los *pacta* informales alcanzaron la exigibilidad procesal.⁷³ Pero también es posible otra interpretación: después de eso, la estipulación no desapareció, sino que se despojó de su especial formalidad, de modo que desde entonces puede ser realizada por un mero acuerdo. Esto hizo que cada contrato se convirtiera en una estipulación.⁷⁴ Según esta interpretación, su fuerza vinculante seguiría siendo la que hace posible el derecho contractual moderno.

90 y s —, pero Wesenbeck, gracias a la influencia de su obra, por así decirlo, suministró la *communis opinio* posteriormente (cfr. Nanz, p. 85 con la nota 3). Él mismo justifica el vínculo diciendo que los tribunales seculares también tienen que seguir la ley eclesiástica para evitar la comisión de pecados, y así lleva la “Erbenschaft der Moralthologie [herencia de la teología moral]” (Hartung, Gerald, “Zur Genealogie des Versprechens. Ein Versuch über die begriffsgeschichtlichen und anthropologischen Voraussetzungen der modernen Vertragstheorie”, en Manfred Schneider (ed.), *Die Ordnung des Versprechens. Naturrecht – Institution – Sprechakt*, München, Wilhelm Fink Verlag, 2005, pp. 277-293 p. 285).

⁷² Sobre ello, Nanz, Klaus Peter, *Allgemeiner Vertragsbegriff*, cit., pp. 170-196. Sobre el ALR y el ABGB, véase las citas en la nota 11; expresamente sobre el efecto de los contratos, artículo 1134 del Code Civil de 1804: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites...”.

⁷³ En esta dirección van Dilcher, Hermann, “Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht”, cit., pp. 301 y s.; Söllner, Alfred, “Die causa Mittelalter...”, cit., pp. 212-259. Parece ser la percepción habitual que la estipulación fue “durch die formlose Vereinbarung verdrängt”; así, Kaser, Max et al., *Römisches Privatrecht*, cit., § 40 Rn. 7 (p. 248).

⁷⁴ Así ya lo hicieron los autores del *usus modernus pandectarum* para poder aplicar las normas jurídicas que regulan los efectos de la estipulación al contrato general; cfr. Nanz, Klaus Peter, *Allgemeiner Vertragsbegriff*, cit., pp. 125 y s. Esta estrategia se repite en Savigny, Friedrich Carl von, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, 1853, vol. 2, § 77 (pp. 239 ff.); sobre ello, Albers, Gregor, “Zwischen Formstrenge und Inhaltsfreiheit – Stipulation und Privatautonomie bei Friedrich Carl von Savigny”, en Andrés Santos, Francisco Javier et al. (eds.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München, Otto Schmidt Verlag, 2011, pp. 153-198, especialmente pp. 173 y s., p. 175. Similar a Savigny, Liebe, Friedrich, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig, G. C. E. Meyer, 1840, pp. 88-92. Así, en Alemania, la estipulación podía convertirse en la base de la doctrina del reconocimiento de deuda, la promesa de deuda y el valor; cfr., especialmente, Wieacker, Franz, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt (Main), 1975, pp. 55-78, pp. 67 y s., así como Kiefner, Hans, “Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts”, en Helmut Coing y Walter Wilhelm, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert II*, Frankfurt (Main), Klostermann, 1977, pp. 74-89.

3. De la estipulación a la promesa

Sin embargo, la estipulación no sólo fue el soporte del contrato sin forma y sin tipo, sino que, al mismo tiempo, experimentaba un desarrollo hacia la promesa unilateral. Por una parte, se reconocieron excepcionalmente como vinculantes varias transacciones unilaterales; por la otra, la interpretación de la estipulación misma se desplazó hacia la promesa.

Ya Gayo incluye en la presentación de la estipulación la discusión de los negocios individuales, que se caracterizan por el hecho de que son constituidas por una sola de las dos partes que habla (*uno loquente*). Son la promesa al novio de proporcionar una dote (*dotis dictio*), y el juramento de un liberto de realizar obras diarias para su patrono (*iuramentum liberti*).⁷⁵ Alternativamente, por supuesto, las partes podrían hacer uso de las estipulaciones apropiadas para estos fines, y las fuentes muestran que esto ciertamente sucedió. En estos casos, sin embargo, el derecho no insistió en el uso de la estipulación, sino que consideró, en nuestra terminología, que la mera promesa era igualmente vinculante.⁷⁶

Sólo se puede especular sobre cómo se desarrollaron las excepciones precisamente en estos casos. La *dotis dictio* se produjo en relación con los esponsales.⁷⁷ Kaser ha señalado que la *dictio*, que parece espontánea, subraya

⁷⁵ Esto se puede ver en Gayo 3,95a-96, aunque los pasajes cruciales son ilegibles en el manuscrito veronés. Pero el contenido puede completarse con Gayo visigodo (arriba en la nota 86) (17,3-4); *cf.* con una comparación, Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 357-360. En particular, se dice: “*Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier sive sponso uxor futura, sive iam marito, dotem dicat... Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit. In qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate, quam iniurandi religione tenentur*”.

⁷⁶ Sin embargo, parte de la literatura discrepa, asumiendo que la *dotis dictio* era un contrato en nuestro sentido, es decir, que era necesaria una aceptación —al menos tácita— (pruebas en Fayer, Carla, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, Parte seconda, Roma, L’Erma di Bretschneider, 2005, p. 690, notas 77 y 79, que llama a esta la opinión predominante; esto también incluye a Kaser, Max, “Die Wirkungen der, dotis dictio”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 17, 1951, p. 172, nota 11). En realidad, no hay ninguna razón aparente para esta suposición; lo que nos lleva a pensar que son los prejuicios sobre el concepto de contractus los que han conducido a esta idea. Es cierto que regularmente la *dictio* habrá sido precedida de acuerdos. En contra del requisito de la aceptación, Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio, *Dotis dictio*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975, pp. 63-68 (que, sin embargo, da por sentada la posibilidad del rechazo); de paso Paricio, Javier, “Der Vertrag...”, *cit.*, p. 16.

⁷⁷ Los esponsales propiamente dichos (*sponsalia*) se celebraron por estipulación. Kaser asume que la *dotis dictio* fue originalmente una disposición secundaria de este negocio (*lex sponsalibus dicta*) (Kaser, Max, *Dotis dictio*, *cit.*, pp. 171-173); mientras que Ortega Carrillo de

el carácter de la dote como contribución voluntaria del padre de la novia, en contraste con la promesa requerida de la *stipulatio*. En este contexto, “mag es den römischen *mores* besser entsprochen haben, die Initiative über das Mass seiner Freigebigkeit dem Brautvater zu überlassen, auch wenn man sich sicherlich vorher darüber zu verständigen pflegte”⁷⁸ (puede que fuera más acorde con las costumbres romanas dejar la iniciativa, en cuanto a la medida de su generosidad, al padre de la novia, aunque ciertamente era costumbre acordar esto de antemano). Si se plantea la cuestión de por qué, en este caso, el derecho no insiste en la estipulación, sino que protege al novio como destinatario de una promesa informal, se puede ver un motivo en el deseo de promover el buen funcionamiento de los matrimonios, y con este fin la rica dotación de las mujeres.⁷⁹

En lo que respecta al *iuramentum liberti*, se sabe que los propietarios dispuestos a liberar a sus esclavos a veces exigían a éstos, garantías de los servicios que prestarían más tarde, incluso antes de que fueran liberados. La estipulación no era una opción para los esclavos,⁸⁰ pero sí un juramento religioso.⁸¹ Así pues, puede haber surgido la práctica del juramento en esta esfera, que luego se convirtió en jurídicamente vinculante para la protección de los patronos.⁸² En el periodo clásico, sin embargo, el juramento sólo era vinculante si se había hecho después de la manumisión.⁸³

Albornoz, Antonio, *Dotis dictio*, cit., pp. 17-62, asume su origen independiente. La *dotis dictio* también podía tener lugar antes o después de los esponsales.

⁷⁸ Kaser, Max, *Dotis dictio*, cit., p. 174.

⁷⁹ Para fomentar los matrimonios, cfr. Fayer, Carla, *La familia romana II*, cit., pp. 679 y s.: “essendo da sempre, sin dai temi più antequi, il favorire le nozze uno degli scopi della politica di Roma”. Un *favor dotis* real —según el cual los juristas se ocupan de que las dotes “nach Möglichkeit zustande kommen, gesichert sind und rückerstattet werden [se produzcan, se aseguren y se reembolsen en la medida de lo posible]”— es probablemente producto de la legislación matrimonial de Augusto; cfr. Stagl, Jakob, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Köln-Weimar, Böhlau, 2009, p. 1, pp. 85-87.

⁸⁰ Cfr. solamente Gayo, 3,104: “*Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeque sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli*”.

⁸¹ Cfr. Venuleyo (7 *actionum*), D. 40,12,44pr.: “*Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat an libertus iurando patrono obligaretur in his quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est non aliter quam liberum obligari. ideo autem solet iusiurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, iurandi necessitatem haberent, dummodo in continenti, cum manumissus est, aut iuret aut promittat*”. Además véase Waldstein, Wolfgang, *Operae Libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1986, pp. 109 y s., p. 242.

⁸² Un proceso extraordinario, cfr. Gayo, 3,96: “*haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio*”.

⁸³ Cfr. Venuleyo (véase la nota 81) y otras pruebas en Waldstein, Wolfgang, *Operae Libertorum*, cit., pp. 243 y s. A pesar del relato de Venuleyo, Waldstein considera improbable que en

En ambos casos es común que se prometa el cumplimiento de una obligación moral: es una cuestión de honor para los padres proveer a sus hijas,⁸⁴ y es apropiado que un liberto preste un servicio agradecido a su patrono.⁸⁵ En ambos casos, pues, una persona ha prometido cumplir una obligación moral, concretando así el contenido y el alcance de la obligación y, de este modo, induciendo a otra persona a realizar gastos en función de esta promesa (matrimonio, manumisión). Esto sugiere una *ratio* común para tratar estas garantías como jurídicamente vinculantes. Así pues, podría explicarse una obligación posterior si las dos prácticas de promesa, *dictio* y *iuramentum*, tuvieran originalmente un carácter extrajurídico porque las partes se abstuvieron de utilizar la estipulación.

Por otra parte, la promesa protegida pretoriamente de cumplir una obligación que se presume que existe (*constitutum debiti*) no tiene carácter unilateral.⁸⁶ Es cierto que el *constituere* suele surgir singularmente con el deudor promitente como sujeto. Sin embargo, según el *Digesto*, Ulpiano describe al *constitutum* como si estuviera basado en el consenso⁸⁷ y le asigna varios sujetos.⁸⁸

Otros textos del *Digesto*, sin embargo, señalan otros dos casos de promesas unilaterales vinculantes. El primero se refiere a las *pollicitationes*, que eran promesas hechas a las comunidades de donar ciertas obras o dinero. Esas promesas podían tener ese carácter en el ámbito electoral o podían hacerse en agradecimiento por un honor otorgado por la comunidad y, en cualquier caso, eran exigibles bajo ciertas circunstancias en el periodo clásico avanzado.⁸⁹ Sin

épocas anteriores el juramento de un esclavo fuera suficiente para la creación de una obligación (p. 110). Un edicto del pretor Druso (115 a.C.), que permitía imponer la repetición del juramento después de la liberación, cayó aparentemente en desuso hasta la época clásica (pp. 110 y s.).

⁸⁴ Cfr. solamente Fayer, Carla, *La familia romana II*, cit., pp. 673 y s.; Stagl, Jakob, *Favor dotis*, cit., p. 11.

⁸⁵ El hecho de que en sí mismo sólo había una obligación moral y no legal muestra Waldstein, Wolfgang, *Operae Libertorum*, cit., pp. 51-63.

⁸⁶ Cfr. el título *De pecunia constituta* (D. 13,5); Platschek, Johannes, *Das Edikt de pecunia constituta*, München, C.H. Beck, 2013.

⁸⁷ Cfr. Ulpiano (27 *ad edictum*), D. 13,5,1pr.: “*praetor... constituta ex consensu facta custodit*” (dazu Platschek, Johannes, *Pecunia constituta*, cit., pp. 6 y s.).

⁸⁸ Cfr. D. 13,5,14,3: “*Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis*”.

⁸⁹ Cfr., especialmente, D. 50,12: “*De pollicitationibus*”. Ulpiano formula criterios generales (*liber singularis de officio curatoris rei publicae*), D. 50,12,1,1-2: “*Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est. si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione: sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus. ...Item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est qui coepit*”. El difícil título ha sido ahora considerablemente aclarado por un estudio con apoyo epigráfico (Lepore, Paolo, “*Rei publicae polliceri*”.

embargo, también en este caso se supone que la obligación sólo surge sobre la base de una aceptación tácita por parte del municipio en cuestión.⁹⁰

La interpretación de las fuentes se complica por el hecho de que la promesa del *polliceri* (policitador) siempre designa una promesa de cualquier tipo en sentido no técnico, y más tarde se utiliza técnicamente para referirse a una promesa que carece de forma jurídica. Así, en Virgilio, Venus identifica a Júpiter como un *pollicitus* citador cuando le recuerda que ha prometido la dominación romana del mundo.⁹¹ Alrededor del 400 d.C., el gramático Servio explica con más precisión: *pollicemur sponte, rogati promittimus*.⁹² Varias otras fuentes también contraponen una *pollicitatio* a una promesa jurídica.⁹³

Un'indagine giuridico-epigrafica, Seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, Giuffrè Editore, 2012); sobre la última investigación integral (Albertario, Emilio, *La pollicitatio*, Milano, 1929), *cf.* Kaser, Max, *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, 2a. ed., München, 1975, § 265 IV con la nota 62 (p. 400). Por lo demás, *cf.* Kaser, Max, *RP I, cit.*, § 140 II.1 (p. 604), y con respecto a las promesas de recompensa, Dreiocker, Karlheinz, *zur Dogmengeschichte der Auslobung*, Kiel, 1969, pp. 15-25.

⁹⁰ Así, con respecto al derecho clásico, Albertario, Emilio, *La pollicitatio, cit.*, pp. 19-22, a pesar de Ulpiano (5 *disputationum*), D. 50,12,3pr.: “*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum...*”. Igualmente, ya Grocio: *cf.* abajo en la nota 139. En contra de Albertario, acertadamente ahora Lepore, Paolo, *Polliceri...*, *cit.*, pp. 143-275.

⁹¹ Virgilio, *Aeneis* 1,237.

⁹² Servio *ad Aen.* 1,237.

⁹³ *Cfr.* en el contexto del derecho de garantía, Ulpiano, D. 21,1,19,2 (1 *ad edictum aedilis curulis*): *promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum*; en general, Gayo, D. 34,9,10pr. (15 *ad legem Iuliam et Papiam*): *nuda pollicitatione repromiserit*; en contraposición a las *pollicitationes* vinculantes de D. 50,12 tanto frag. Vat. 264a: *Pollicitatio donationis inter privatos vim obligationis non inducit*, así como PS 5, 12, 9: *Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur: ideoque eius bona, qui se heredem imperatorem facturum esse iactaverat, a fisco occupare non possunt*. A este contexto también pertenece la *pollicitatio dotis*. Según el derecho de Justiniano, un adulto puede comprometerse a aportar una dote por una promesa informal; lo que antiguamente sólo era posible para la mujer y ciertos parientes (y entonces se llamaba *dotis dictio*). Ahora siempre es suficiente la *nuda pollicitatio*; *cf.* el título de C. 5,11: *De dotis promissione vel nuda pollicitatione*, así como C. 4, 29, 25pr. (a. 531): “*generaliter sancimus, ut, si quis maior viginti quinque annis sive masculus sive femina dotem vel pollicitus sit vel sponderit pro qualibet muliere... omnimodo compellatur suam confessionem adimplere*”. La *dotis dictio* fue suprimida de las fuentes como ya muestra la comparación de C. 5,11,6 (a. 428) con la tradición paralela C.Th. 3,13,4. En el Código de Justiniano se dice: “*Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, «sive scripta fuerint, sive non», etiamsi «stipulatio» in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta*”. En cambio, en Teodosio, además de la *stipulatio*, se hace referencia a la *dictio*; además, se inserta los comentarios sobre la escritura. Más pruebas en Kaser, Max, *RP I, cit.*, § 80 IV 1, nota 34 (p. 336). En contra de la opinión general, Teodosio no declaró ya en la citada Constitución toda *pollicitatio dotis* como vinculante y abolió así la *dotis dictio*; espero mostrar, en otra parte, que el texto se refiere únicamente a las condiciones para reclamar una dote una vez terminado el matrimonio: Albers, Gregor, “C.Th. 3,13,4: Eine missverständliche Reform des Dotalrechts und die Datierung

El segundo caso se refiere al voto (*votum*). Un testimonio aislado del título sobre las *pollicitationes* da la impresión de que también un voto de hacer una donación para un propósito sagrado (*votum*) podría obligar jurídicamente.⁹⁴

En general, se puede conjeturar que en los casos en que las promesas unilaterales obligaban a cumplir actos inicialmente de naturaleza moral, religiosa o política, posteriormente fueron sancionados jurídicamente.⁹⁵

Sin embargo, la promesa unilateral no sólo aparece como una excepción a la estipulación. Más bien, la comprensión de la estipulación en sí misma cambió gradualmente en la dirección de la promesa.⁹⁶ A efectos probatorios, siempre se habían redactado escrituras que documentaban los negocios realizados. El documento escrito informaba sobre la estipulación oral. Este documento escrito fue cada vez más importante en comparación con el negocio oral.⁹⁷ Ya en el 200 d.C. se sostuvo que ese documento creaba la presunción de que las fórmulas de estipulación se habían intercambiado efectivamente, aunque no se hubiera registrado ninguna pregunta del acreedor. La evidencia de la respuesta del deudor, la promesa, fue crucial.⁹⁸ En consecuencia, el uso del lenguaje también cambió. En

des westgotischen Gaius”, en Babusiaux, Ulrike y Mantovani, Dario (eds.), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, Pavia, Pavia University Press, 2020, pp. 639-656.

⁹⁴ Cfr. Ulpiano (1 *disputationum*), D. 50,12,2: “*Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur...*”. Sin embargo, Kaser opina sobre el *votum* que “gehört nicht dem Privat, sondern dem Sakralrecht an” y no establece “keine nach weltlichem Recht erzwingbare Obligation”; Kaser, Max, *RP I*, cit., § 140 II 2 con la nota 50 (p. 604). No proporciona ninguna indicación, Cicero, *de legibus* 2, 41: “*Gravissima enim ex omnibus promissis est ac votis sponsio qua obligamur deo*”. Para un resumen actual sobre las fuentes, Bajánházy, István, “Votum publicum – votum privatum: Die Gelübde im römischen Recht”, en Ayasch, Esther *et al.* (eds.), *Wiener Schriften. Neue Perspektiven aus der jungen Romanistik*, Wien, Manz, 2018, pp. 59-81.

⁹⁵ Cfr. también la intuición de Dernburg, Heinrich, *Pandekten*, Berlín, vol. 2, 1886, § 9 (p. 23): “Ihnen ist gemeinsam, daß es sich um Zusagen handelt, die außerhalb des Geschäftsverkehrs stehen. Man verschmähte hier die gewöhnlichen Formen”. Con el origen extrajurídico, explica Buckland, William W., “Ritual Acts and Words in Roman Law”, en *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, Böhlau, vol. 1, 1939, 16-26, por qué —en contra de la observación de Jhering arriba en la nota 72— en el caso del *iuramentum liberti* no es el adquirente del derecho quien habla, sino el liberto (p. 23). En el caso de la *dotis dictio*, el que da la dote habla, porque así adquiere el derecho de devolución (pp. 24 y s.).

⁹⁶ Desarrollo esta tesis en Albers, Gregor, “Spätantike...”, cit.

⁹⁷ Cfr. solamente Kaser, Max, *RP II*, cit., § 263 I 2 (p. 376 y s.); más pruebas allí y en Albers, Gregor, “Spätantike...”, cit., Fn. 50 (pp. 345 y s.).

⁹⁸ Cfr. C. 8,37,1 (a. 200): “*Licet epistulae, quam libello inservisti, additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spon-*

el libro de texto inspirado en las instituciones de Gayo, que se adjuntó a la *lex Romana Visigothorum*, parte 506, casi sólo se habla de *promissio* en lugar de *stipulatio*.⁹⁹ Si bien la pregunta del acreedor seguía siendo teóricamente una parte necesaria del negocio, se consideraba cada vez más como una formalidad de la que se podía prescindir en la práctica. La estipulación se centraba en la promesa.

Así pues, el derecho romano ofrece, sin duda, los puntos de discusión posteriores para una doctrina de la obligatoriedad de la promesa: por una parte, el aspecto de la promesa de la estipulación; por otra, las excepciones a la exigencia de la estipulación, especialmente la *pollicitatio*. Sin embargo, un requisito general de cumplimiento de promesas se convirtió en un principio jurídico sólo en el derecho canónico medieval,¹⁰⁰ gracias a la teología moral cristiana.¹⁰¹ Debido a que el demandante no podía presentar ninguna de las acciones tradicionales de un *pactum nudum*, el canonista Huguccio exigió que el juez utilizara su poder oficial para obligar al demandado a cumplir su obligación.¹⁰² Juan Teutónico, el autor de la *glossa ordinaria* del *Decretum Gratiani*, renunció a este desvío. Postuló que la promesa desnuda (*nuda promissio*) producía una obligación y también una acción judicial.¹⁰³ Como ya se ha indicado anteriormente, la promesa se convirtió así también en el motor del desarrollo del principio de la obligatoriedad de los contratos en el derecho secular.¹⁰⁴

Parece que la promesa celebró su mayor victoria cuando el erudito en derecho natural, Hugo Grocio, construyó una teoría general del contrato sobre

dentis secutam, und übereinstimmend Paulus (15 *responsorum*)”, D. 45,1,134,2. Sobre ello, Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 345-347.

⁹⁹ Cfr. Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 360-362.

¹⁰⁰ Cfr., especialmente, Dilcher, Hermann, “Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht”, *cit.*, pp. 281-284; Landau, Peter, “Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie”, en Ascheri, Mario *et. al* (eds.), “*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquer*”, *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2003, pp. 457-474, pp. 462-464 y pp. 462-469; resumen y más pruebas en Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 337 y s.

¹⁰¹ Cfr. solamente Tomás de Aquino, *Summa Theologica II-II*, *cit.*, qu. 88 art. 3 resp. ad 1 (p. 625): “*secundum honestatem ex qualibet promissione homo homini obligatur: et haec est obligatio iuris naturalis*”; para esto, Diesselhorst, Malte, *Versprechen*, *cit.*, p. 10, véase la nota 39. Más pruebas en Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 335 y s.

¹⁰² Cfr. la Suma de Huguccio a *oportebit absolvere* ad C. 12 qu. 2 can. 66; de MS München Clm. 10247, fol. 173vb, publicado en las notas de Landau, Peter, “...kanonistischen Grundlagen...”, *cit.*, pp. 462 y s.

¹⁰³ Johannes Teutonicus, Gl. *promiserunt* ad C. 12 qu. 2 can. 66 (668): “*Videtur quod aliquis obligetur nudis verbis... quod verum est. Et potest dici quod competit actio ex nuda promissione*”.

¹⁰⁴ Véase la nota 71.

ella.¹⁰⁵ Distingue tres etapas¹⁰⁶ en las que se puede hablar de sus futuros asuntos. En la primera etapa, la *assertio*, uno simplemente comunica una intención presente.¹⁰⁷ En la segunda, uno se compromete para el futuro, comprometiéndose así en términos del derecho natural, pero sin conceder a nadie el derecho de exigir lo prometido. Esto es lo que Grocio llama *pollicitatio*. Sólo en la tercera etapa se añade la voluntad de conferir este derecho al otro, y entonces Grocio habla en el sentido más estricto de una *promissio*.¹⁰⁸ El nombre se explica poco después, donde expone otra diferencia entre la *pollicitatio* y la *promissio*: en cuanto a la transferencia de la propiedad, es necesaria la aceptación del receptor, por lo que el derecho de la promesa sólo puede ser transferido si el receptor la acepta.¹⁰⁹ Por lo tanto, la *promissio* requiere ser aceptada y por ello, en nuestra opinión, es un contrato. El hecho de que la *pollicitatio* no dé lugar a una reclamación, se debe no sólo a la voluntad de transferir un derecho, sino también al hecho de que la aceptación es inexistente, y de ahí que evidentemente tenga su nombre. Por consiguiente, Grocio, en el contexto del requisito de aceptación, trata con las *pollicitationes* romanas a favor de los municipios.¹¹⁰

¹⁰⁵ Se trata de una doctrina contractual general porque las explicaciones sobre el *promissum* deben entenderse como una parte general, y las explicaciones posteriores *contractus* como parte especial si los servicios sólo se van a prestar en el futuro, contienen *promissa* especiales. Para esto, Albers, Gregor, “Spätantike...”, *cit.*, pp. 339 y s., y próximamente la tesis doctoral de Klaus Kowalski sobre el contrato según Grocio. Esta relación ignora Nanz, Klaus Peter, *Allgemeiner Vertragsbegriff*, *cit.*, pp. 147 y s. Grocio se basa en los trabajos de escolásticos tardíos españoles; para esto, especialmente, Gordley, James, *Philosophical Origins...*, *cit.*, pp. 69-111, y Decock, Wim, *Theologians and Contract Law...*, *cit.*

¹⁰⁶ Para esto, Diesselhorst, Malte, *Versprechen*, *cit.*, pp. 44-51.

¹⁰⁷ *Cfr.* arriba en la nota 9 la definición del juramento asertivo según Tomás de Aquino.

¹⁰⁸ Grocio, *De iure belli ac pacis*, lib. 2 cap. xi, §§ 2-4.

¹⁰⁹ *Ibidem*, lib. 2 cap. xi, § 14: “*Ut autem promissio ius transferat, acceptatio hic non minus quam in domini translatione requiritur...*”. Grocio continúa explicando el requisito de la aceptación más adelante. *Cfr.* § 15 para la pregunta de si la aceptación debe ser comunicada al oferente (el oferente es libre de hacerlo, pero en el caso de los contratos mutuamente vinculantes se presume que el oferente debe conocer la aceptación, mientras que en el caso de las promesas que vinculan a una parte o gratuitas, no es así). Según Grocio, una consecuencia de la necesidad de una aceptación, en § 16, consiste en que la promesa puede ser revocada hasta que sea aceptada (esto no es una *iniustitia*, y en este caso que el oferente se imagina que no esté atado hasta la aceptación, tampoco es una *inconstantia*).

¹¹⁰ El hecho de que fueran recurribles no puede utilizarse como argumento de que las promesas unilaterales se basan en reclamaciones del derecho natural, porque 1) los *pollicitationes* sólo son ofertas al cierre del contrato [sobre este problema, véase arriba en la nota 90], cuya única característica especial era que no podían ser revocadas, y que 2) constituía un ordenamiento de derecho positivo. Hogg, Martin, *Promises...*, *cit.*, p. 129, relaciona, sin razón, esta segunda afirmación con el requisito de derecho natural de la aceptación.

El triunfo de la promesa en Grocio es, por lo tanto, engañoso: si bien la *promissio* se convierte en el elemento central del derecho contractual, este elemento ya es en sí mismo un contrato. Grocio¹¹¹ negó categórica y persistentemente el poder de proporcionar a otro una reclamación contra sí mismo a través de una promesa unilateral. Ya sea Hobbes,¹¹² Pufendorf,¹¹³ Wolff¹¹⁴ o Kant:¹¹⁵ para todos ellos la promesa justifica un derecho sólo si se acepta.¹¹⁶ Sin embargo, el requisito de aceptación se impone no sólo en el

¹¹¹ Los escolásticos tardíos ya discutían el requisito de una aceptación, pero ellos se basaron — en caso afirmativo — en condiciones tácitas; *cfr.* cita y referencias arriba en la nota 12. Al hacerlo, lo pusieron implícitamente a disposición del oferente. *Cfr.* para Stair la nota 141.

¹¹² De Hobbes, *cfr.*, especialmente, *De Cive*, cap. 2, § V: “*Requiritur autem ad iuris translationem voluntas, non modo transferentis, sed etiam acceptantis*”; sólo implícito, *Leviathan*, ch. 14, 69 (declaración al voto); sobre Hobbes, Diesselhorst, Malte, *Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens*, Göttingen, Otto Schwartz, 1988, pp. 25-33 (especialmente p. 26 con notas 5 y 6).

¹¹³ De Pufendorf *cfr.*, especialmente, *De Officio*, lib. 1 cap. 9, § xvi: “*Praeterea oportet consensum non in pactis solum, sed & promissis, esse mutuum; sic ut consentire debeat non solum qui promittit, sed & cui promittitur*”; sobre Pufendorf, Diesselhorst, Malte, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, Göttingen, Otto Schwartz, 1976, pp. 58-73; Ikadatsu, Yasuhiro, *Der Paradigmenwechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen: Pufendorf, Wolff, Kant, Savigny*, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag, 2002, pp. 29-36 (especialmente p. 35 con nota 91).

¹¹⁴ De Wolff *cfr.* sólo *Institutiones*, § 381 (133): “*Promissio quoque sine acceptatione non est valida*”; sobre Wolff, más detallado, Luig, Klaus, “Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff”, en Okko Behrends (ed.), *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*, Ebelsbach, 1991, pp. 209-261, pp. 231-233; Ikadatsu, Yasuhiro, *Neukonstruktion der Vertragstheorie...*, *cit.*, pp. 65-71 (especialmente p. 70 con nota 224).

¹¹⁵ De Kant, *cfr.* “Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre”, en Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften (ed.), *Kant's gesammelte Schriften*, Berlín, vol. VI, 1907, § 18 (p. 271): “Erwerbung durch die That eines Anderen... kann nicht durch diesen als einen negativen Act, nämlich der Verlassung, oder einer auf das Seine geschehenen Verzichtthung (*per derelictionem aut renunciationem*), geschehen, denn dadurch wird nur das Seine Eines oder des Anderen aufgehoben, aber nichts erworben, — sondern allein durch Übertragung (*translatio*), welche nur durch einen gemeinschaftlichen Willen möglich ist, vermittelst dessen der Gegenstand immer in die Gewalt des Einen oder des Anderen kommt, alsdann einer seinem Antheile an dieser Gemeinschaft entsagt, und so das Object durch Annahme desselben (mithin einen positiven Act der Willkür) das Seine wird”. Esto se aplica en el § 19 al contrato obligatorio (p. 272 y s.), que según esto requiere una promesa aceptada. *Cfr.* a la doctrina de contratos de Kant, Ikadatsu, Yasuhiro, *Neukonstruktion der Vertragstheorie...*, *cit.*, pp. 98-102; Unberath, Hannes, “Die Bindung an den Vertrag – Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrecht”, en Byrd, B. Sharon y Joerden, Jan C. (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2005, pp. 719-749, pp. 725-732; Dedek, Helge, “A Particle of Freedom: The Kantian Theory of Transfer by Contract and Natural Law Thought”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 25, 2012, pp. 313-346.

¹¹⁶ En cuanto a Hobbes, Pufendorf y Wolff se puede encontrar una breve visión de conjunto en Wieacker, Franz, “Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik

debate más amplio del derecho natural, sino, como se verá, también en el derecho positivo. La línea va así: de la estipulación a la promesa y de vuelta al contrato.

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO

Si se examinan los diversos sistemas jurídicos europeos, no se encuentra casi en ninguna parte el principio de que las promesas son jurídicamente vinculantes. En todas partes se habla principalmente de contratos (*contrats*, *contratti*, *contracts*, *Verträge*), y en todas partes se exige como principio para la fundamentación deliberada de una obligación la aceptación de quien se va a convertir en su acreedor.

Según el artículo 1134 del *Code Civil* de 1804, los acuerdos (*conventions*) vinculan a las partes como las leyes.¹¹⁷ El famoso paralelo no se refiere a las promesas.¹¹⁸ Robert-Joseph Pothier, cuya descripción sistemática del derecho francés constituyó un importante trabajo preparatorio para la codificación, estaba convencido de que sólo una promesa aceptada podría tener una fuerza vinculante. A este respecto, alegó una simple razón: la obligación sólo podía surgir si el acreedor adquiría, al mismo tiempo, un derecho, y para ello se requería su consentimiento.¹¹⁹ Pothier cita explíci-

und Aufklärung”, en Grossi, Paolo (ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 223-239, pp. 232-235; y Wieacker, Franz, “Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts”, en Stratenwerth, Günter *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, De Gruyter, 1974, pp. 7-22, pp. 15-18.

¹¹⁷ Cfr. el artículo 1134 del *Code Civil* de 1804, inicio de nota 73, que corresponde al artículo 1103 del *Code Civil* de 2016. Concurriendo en Italia con el artículo 1372 del *Codice Civile*: “Il contratto ha forza di legge tra le parti...”.

¹¹⁸ Formulado por Domat, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Nouvelle édition, París, 1735, Première Partie, Livre premier, Titre I, Section II § 7 (p. 22). Pero la conexión entre contrato y derecho proviene de la Antigüedad: por un lado, la ley aprobada por el pueblo era parafraseada como una especie de contrato entre todos los ciudadanos; cfr. Aristoteles: *Rhet.* 1,15,21-22, Demosthenes: *Orat. adv. Aristogith.* 1,16, también citado por Marciano, D. 1,3,2 (1 *institutionum*), Papiniano, D. 1,3,1 (1 *definitionum*): “*Lex est... communis rei publicae sponsio*”; retomado por Grocio: *De iure belli ac pacis*, lib. 2, cap. xi, § 1: “*leges... quasi pactum commune sunt populi*”. Por otro lado, los romanos usan la palabra *lex* para acuerdos privados también; por ejemplo el acuerdo de vencimiento, *lex commissoria* (cfr. especialmente D. 18,3; C. 8,34 y PS 2,13). Otro indicio se encuentra en Di Marzo, Salvatore, *Le basi romanistiche del codice civile*, Turín, 1950, artículo 1372 (p. 251) (cfr. ahí p. 376).

¹¹⁹ Pothier, *Obligations*, núm. 4 (3): “[I]l ne peut y avoir d’obligation sans un droit qu’acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée. Or, de même que je ne puis pas, par ma seule volonté, transférer à quelqu’un un droit dans mes biens, si sa

tamente, en el contexto, a Grocio, de quien proviene el argumento.¹²⁰ En consecuencia, el Código originalmente sólo conocía el contrato como un medio de obligarse voluntariamente. Sin embargo, el *Code* sigue indicando que el contrato se entiende como una promesa aceptada.¹²¹

Mientras tanto, en Alemania, el contrato se entendía como un producto conjunto de las voluntades de las partes contratantes, más que una mayoría de promesas unilaterales.¹²² Sin embargo, en el siglo XIX floreció la doctrina del negocio jurídico,¹²³ que como concepto general del contrato comprendía también los actos jurídicos unilaterales. Heinrich Siegel, citando la costumbre germánica, por un lado, y las necesidades del mundo moderno de los negocios, por otro, reivindicó el estatus de la promesa como motivo de obligación en una monografía en 1873.¹²⁴ Bajo esta impresión, el editor Franz von

volonté ne concourt pas pour l'acquérir, de même je ne puis pas, par ma promesse, accorder à quelqu'un un droit contra ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse”.

¹²⁰ Cfr. inicio de nota 109.

¹²¹ El artículo 1108 del Code Civil de 1804 enumera las condiciones de eficacia de una *convention*, y trata de la *obligation* de la parte obligada; de su *consentement* y *engagement*. Con esto aísla la obligación de una parte —su promesa— de un contrato multilateral. La necesidad de una aceptación resulta de la palabra *convention*, que también sirve para la definición del contrato (cfr. el artículo 1101 del Code Civil de 1804: “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”). Por eso, el análisis de Schmidlin tiene razón: el constructo subyacente del Code Civil es el “*naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung*”; Schmidlin, Bruno, “Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts”, en Zimmermann, Reinhard *et al.*, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 187-206, pp. 195-197.

¹²² Cfr. Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, vol. 3, 1840, § 140 (p. 309): “Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen, ungetheilten Willen”. A este respecto, también (cfr. nota 121), Schmidlin, Bruno, “Vertragsmodelle...”, *cit.*, pp. 198-201. Cfr. para una diferencia entre Kant y Grocio, Dedek, Helge, “A Particle of Freedom...”, *cit.*; para el desarrollo de las lecciones del contrato de Pufendorf hasta Savigny, Ikadatsu, Yasuhiro, *Neukonstruktion der Vertragstheorie...*, *cit.*

¹²³ Cfr. Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3a. ed., Berlin-Heidelberg-New York, Springer, vol. 2, 1979, para la definición del término (§ 2 2; pp. 24 y s.); una visión general de su historia (§ 2 4; pp. 28-31); una valoración crítica (§ 2 5; pp. 31-34).

¹²⁴ Siegel, Heinrich, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie*, Berlín, 1873. Siegel se basa en particular en la oferta al cierre del contrato (pp. 53-75); la vinculación temporal de la persona que ha contratado con un menor hasta la decisión del tutor (se llama “*hinkende Geschäft*”, pp. 75-81); la puja en una subasta (pp. 82-99); la promesa pública de recompensa (pp. 91-108); la obligación para el propietario y el aval sobre una letra de cambio (pp. 108-142); el contrato a favor de terceros (“*Versprechen zu fremden Händen*”, pp. 142-159). Cfr. a Siegel, especialmente Hofmann, Franz, *Die Entstehungsgründe der Obligation, insbesondere der Vertrag, mit Rücksicht auf Siegel's “Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*”, Wien, 1874.

Kübel —a quien se le encargó la redacción de un anteproyecto de Código de Obligaciones para el recién creado Código Civil Alemán (BGB)— quiso reconocer en principio los negocios jurídicos unilaterales como obligacionales.¹²⁵ Aunque la primera comisión mantuvo los casos individuales de aplicación, se opuso al principio.¹²⁶ En cambio, el BGB también reconoce que, en principio, sólo los contratos crean obligaciones.¹²⁷ El término *Versprechen* (promesa) aparece sólo esporádicamente en el Código Civil y ya no se refiere a la parte de un contrato unilateral vinculante.¹²⁸

La doctrina de la posibilidad de realizar negocios jurídicos unilaterales se extendió a otros países. El *Codice Civile* italiano de 1942, que sigue la tradición gayana de anteponer al tratamiento de la obligación con una enumeración de sus fuentes,¹²⁹ introduce así, junto al contrato y al delito, una

¹²⁵ Kübel, Franz Philipp von, “Recht der Schuldverhältnisse”, en Schubert, W. (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, partes 1-3, Berlin-New York, De Gruyter, 1980, proyecto núm. 11, § 1 (p. 3=1173): “Das Versprechen, einem Andern etwas zu leisten, bedarf zu seiner Verbindlichkeit nicht nothwendig der Annahme von Seiten Dessen, welchem die Leistung geschehen soll; auch durch das einseitige Versprechen wird der Versprechende zu dessen Erfüllung verpflichtet, wenn dies als von ihm gewollt anzunehmen ist”. En apoyo de su opinión, Kübel se basa en la “deutsch[e] Rechtsauffassung” (p. 5=1175), la “modern[e] deutsch[e] Rechtsentwicklung” (p. 4=1174) y las necesidades en el sector de promesa pública de recompensa, el contrato a favor de terceros y el valor al portador (p. 6=1176). La opinión contraria obliga “mit der willkürlichen Unterstellung einer stillschweigenden oder thatsächlichen Annahme zu operiren” (p. 7=1177).

¹²⁶ Cfr. las actas de las sesiones del 19.10.1877 y del 2.6.1882 en Jakobs, Horst Heinrich y Werner Schubert (eds.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin-New York, vol. 1, 1978, § 305, pp. 365 y s., y la justificación de los *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 2a. ed., Berlín, 1899, vol. 2, pp. 175 y s. = Mugdan, Benno (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1899, vol. 2, p. 96. Cfr. Zimmermann, Reinhard, “Vertrag und Versprechen...”, *cit.*, pp. 470 y s. para el desarrollo del asesoramiento y de la revisión del proyecto de Kübel para su parte.

¹²⁷ § 311 párrafo 1 BGB 2002: “Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt” (corresponde con § 305 BGB 1900). El principio también fue discutido en la segunda comisión; cfr. Jakobs, Horst Heinrich y Werner Schubert (eds.), *Schuldrecht I*, *cit.*, § 305, 368 y ss. y además protocolos de la comisión para la segunda lectura del BGB, vol. 1, Berlín, 1897, pp. 447 y s. = Mugdan, vol. 2, *cit.*, pp. 612-614.

¹²⁸ Cfr. especialmente la promesa de donación (§§ 518 s. BGB) y la promesa de deuda (abstracta) (§ 780 BGB), pero también la promesa de la prestación al tercero (§§ 328 ss. BGB), la promesa de pena (§§ 339 ss. BGB) y la promesa de renta vitalicia (§ 761 BGB).

¹²⁹ Sobre Gayo, véase arriba, en la nota 38. Antes del redescubrimiento de las *Institutiones* de Gayo en 1806, se conocía variantes de su división del *liber Gai de lex Romana Visigothorum* (GE 2,9pr.=17pr.), de un fragmento transmitido en D. 44,7,1 *res cottidianae* atribuido a Gayo y de las *Institutiones* justinianas (*Inst.* 3,13,12).

nueva categoría general: todas las circunstancias que, según el ordenamiento jurídico, pueden dar lugar a una obligación.¹³⁰ A este respecto, el *Codice* contiene una sección separada sobre las prestaciones prometidas unilateralmente (promesas unilaterales, *einseitige Leistungsversprechen*). Sin embargo, esta sección se abre con la regla de que la *promessa unilaterale di una prestazione* obliga sólo en los casos previstos por la ley.¹³¹

En Francia también se discutió intensamente la nueva doctrina,¹³² pero no sobrevive en el siglo XX. Sin embargo, desde la importante reforma del derecho francés de las obligaciones en 2016,¹³³ se supone que los *actes juridiques unilatéraux* pueden establecer obligaciones.¹³⁴ Sin embargo, el *Code* no especifica los requisitos previos ni los casos de aplicación, por lo que la importancia práctica de la norma se considera muy reducida.¹³⁵

¹³⁰ Artículo 1173 del Codice Civile: “Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”.

¹³¹ Artículo 1987 del Codice Civile: “La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge”. El artículo 1988 del Codice Civile decreta que la promesa de pago o el reconocimiento de una deuda exculpa al perceptor de la prueba de la existencia de la culpabilidad; los artículos 1988-1991 reglamentan la promesa pública de recompensa. Una visión de conjunto la da Roppo, Vincenzo, *Il contratto*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 2011, 2.4 (29-32); de la vista alemana, Schmidt, Rudolf, “Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte nach dem italienischen Zivilgesetzbuch von 1942”, en Nipperdey, H. C. et al. (eds.), *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Berlin-Tübingen-Frankfurt, De Gruyter, 1956, pp. 483-492.

¹³² Fundamentalmente, Saleilles, Raymond, *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*, troisième édition, Paris, Hachette Bnf, 1925, punto 138-144 (142 y ss.); Worms, René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d’obligations en droit romain et en droit français*, Paris 1891, pp. 87 y ss.

¹³³ *Ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*; a esto, Deshayes, Olivier et al. (eds.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2a. ed., Paris, 2018; Cartwright, John y Whittaker, Simon (eds.), *The Code Napoleon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2017; Bien, Florian y Borghetti, Jean-Sébastien (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

¹³⁴ Artículo 1100 del Code Civil de 2016: “Les obligations naissent d’actes juridiques, de faits juridiques ou de l’autorité seule de la loi. – Elles peuvent naître de l’exécution volontaire ou de la promesse d’exécution d’un devoir de conscience envers autrui”; artículo 1100-1 del Code Civil de 2016: “Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. – Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats”. Cfr. sobre esto, especialmente a Kleinschmidt, Jens, “Der Vertragsschluss im neuen französischen Schuldrecht – Betrachtungen aus Sicht des europäischen Vertragsrechts”, en Bien y Borghetti (eds.), *Reform...*, cit., pp. 83-116, pp. 85-90.

¹³⁵ Así Deshayes/Genicon/Laithier: *Réforme*, artículo 1001-1 (pp. 47 y s.); también Kleinschmidt, Jens, “Der Vertragsschluss...”, cit., pp. 95 y s., muestra escepticismo.

En cambio, el derecho inglés insiste actualmente de manera muy rigurosa en el requisito de la aceptación y, por tanto, en nuestra opinión, en el principio contractual, aunque se basa conceptualmente en la promesa o promesas individuales contenidas en un contrato.¹³⁶ Sin embargo, la contrapromesa desempeña actualmente¹³⁷ un papel importante como declaración de aceptación, además de la decisiva que tiene de todos modos como *consideration* para la promesa en cuestión. Con la designación del ámbito jurídico, el contrato adquiere incluso un relieve especial en Inglaterra: allí se estudia el *Contract Law* como una materia independiente, que no está, como en el continente, comprendida en un derecho de obligaciones. La promesa se considera sólo como un contrato. Sólo los actos jurídicos formales, *the deeds*, no tienen que ser aceptados.¹³⁸

IV. CONCLUSIÓN

Examinando más de cerca¹³⁹ el requisito de la aceptación, éste ha perdido su importancia en todas partes durante los últimos 200 años. El principio se ve

¹³⁶ El enfoque en la promesa se hace evidente en la definición americana de Restatement (Second) of Contracts (1981) § 1: “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty”. Al principio, esta orientación en la promesa era —por la influencia del derecho canónico— más pronunciada y disminuyó en el siglo XIX por la acogida del razonamiento continental; *cf.* Simpson, A. W. B., “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, *The Law Quarterly Review*, núm. 91, 1975, pp. 247-278, pp. 257 y s., y Zimmermann, Reinhard, *Obligations...*, *cit.*, p. 572. La necesidad de *consideration*, Bucher, Eugen, “England und der Kontinent. Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe und zu consideration”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaften*, núm. 105, 2006, pp. 164-207, pp. 190-196, explica con la orientación de la promesa (pp. 196 y s.); similar, la interpretación de *consideration* como residuo de contrato real de Benedict, Jörg, “Consideration. Formalismus und Realismus im Common Law of Contract”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 69, 2005, pp. 1-46.

¹³⁷ El requisito de la aceptación de la promesa no fue establecido hasta el siglo XIX; *cf.* Simpson, *Innovation...*, *cit.*, y Zimmermann, Reinhard, *Obligations...*, *cit.*, (nota 137), y en este sentido, también Gordley, James, “Some perennial problems”, en Gordley (Hrsg.), *Enforceability of Promises*, *cit.*, pp. 14 y s.

¹³⁸ En cuanto a las escrituras, véase la nota 31 para *deeds*. Por lo menos los receptores de la promesa tienen que recibirlo. Sin embargo, en lugar de la recepción real, a menudo basta con constatar que la escritura ha sido entregada, *delivered*. *Cf.* Treitel, Guenter H. y Peel, Edwin, *Contract*, *cit.*, 3-172.

¹³⁹ *Cf.* con el artículo indicado en nota* la versión comparativa sobre ficciones y simplificaciones en la declaración de aceptación, sobre el carácter vinculante de las ofertas, sobre las promesas de recompensa y sobre los contratos en beneficio de terceros, que no puede ser reproducido aquí.

presionado siempre que se pretende crear una obligación sin que las partes lleguen a un acuerdo simultáneo. En efecto, entonces, al menos inicialmente, una de las partes debe declarar por sí sola su voluntad de quedar vinculada. Esta declaración se acerca a una promesa vinculante. En la doctrina de la celebración de un contrato también hay soluciones concurrentes bastante diferentes, porque las fuentes supervivientes del derecho romano no proporcionan ninguna información al respecto.¹⁴⁰

El derecho francés, alemán e italiano reconocen ahora, incluso expresamente, que una promesa no aceptada puede dar lugar, excepcionalmente, a una demanda. Mirando un poco más allá, se refuerza la impresión de una tendencia: el derecho escocés reconoce la naturaleza vinculante fundamental de las promesas unilaterales.¹⁴¹ Para los Estados Unidos, desde 1981, el Restatement (Second) of Contracts propone que una promesa en la que otra persona haya confiado sea razonablemente vinculante, en cualquier

¹⁴⁰ Las fuentes no contienen mucha información sobre la realización de un contrato entre ausentes, solamente sabemos que en caso de contrato consensual es posible con carta o mensajero, situación en la que se presenta el problema de determinar cuándo uno se convierte en propietario de una carta, para poder así determinar en qué momento se lleva a cabo la celebración de un contrato (por carta). (cfr. inicio de la nota 49). Del hecho de que un sordo no puede dejarse prometer nada estipuladamente (cfr. inicio de 42), la doctrina del *common law* concluye, en parte, que existe un requisito general de recepción de la aceptación; cfr. Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7a. ed., Frankfurt, 1891, vol. 1-3, § 306 nota 8 (153 y s.). En este contexto son interesantes los comentarios sobre la propiedad en Labeo, D. 41,1,65 pr. (6 *pith. a Paulo epit.*). El silencio de las fuentes está relacionado con el hecho de que los romanos en ausencia de una doctrina general del contrato no tenían ningún punto de referencia para una doctrina general de la formación del contrato. Está por verse si la necesidad práctica era poca porque “die Verkehrsverhältnisse es mit sich gebracht haben werden, daß die meisten Geschäfte mündlich unter Anwesenden vorgenommen wurden” (así, Kreller, Hans, *Grundlehren des Gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht*, Wien, Springer Verlag, 1950, p. 269). La revocabilidad de la oferta ya fue discutida entre los glosadores; cfr. Accursius: Gl. *et per literas* ad D. 18,1,1,2; para esto Gordley, James, *Philosophical Origins...*, cit., pp. 45-49.

¹⁴¹ Ya en 1693 Stair se oponía a Grocio y consideraba que la aceptación sólo era necesaria si había una condición implícita (cfr. inicio de la nota 112). En ausencia de esta condición, el derecho del beneficiario nace inmediatamente y sólo él tiene la facultad de anularlo rechazándolo: Stair, James, Viscount of, *The Institutions of the Law of Scotland*, 1693, editado por David M. Walker, Edinburgh-Glasgow, The University Presses, 1981, vol. I, título 10, §§ 3-4 (pp. 196 y s.). Sobre esto, Zimmermann, Reinhard y Hellwege, Philip, “Belohnungsversprechen: «pollicitatio», «promise» oder «offer»? Schottisches Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Wien, 1998, pp. 137-139 (a Stair) y pp. 141-143 (a la práctica escocesa), Hogg, Martin, *Promises...*, cit., pp. 134-142 (a Stair), pp. 147-151 (al siglo XVIII y XIX) y en la segunda parte *passim* (al derecho moderno); actualmente, MacQueen, Hector L., “Unilateral Promises: Scots Law Compared with the PECL and the DCFR”, *European Review of Private Law*, 2016, pp. 529-552, pp. 534-550.

caso, si es la única manera de evitar la injusticia.¹⁴² Esto no sólo es una excepción al requisito de la *consideration*, sino también al de la aceptación.

En esta línea, la Comisión Lando, que elaboró los principios del derecho contractual europeo, avanzó más en 2000. Proponía valientemente que “A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding” (una promesa que pretende ser jurídicamente vinculante sin aceptación, es vinculante).¹⁴³

Este avance es digno de ser celebrado. El carácter obligatorio de las promesas puede explicar que las ofertas pueden ser irrevocables, que las promesas públicas de recompensa también dan derecho a quienes actúan sin conocerlas, y que los contratos a favor de terceros les dan directamente un derecho. Cuando la ley exige la aceptación, la jurisprudencia debe recurrir a *Hilfskonstruktionen* (construcciones auxiliares).¹⁴⁴ En particular, se recurre a interpretar suposiciones de comportamientos que en realidad no tienen carácter de negocio jurídico.¹⁴⁵ Por el contrario, parece más adecuado¹⁴⁶ y constructiva-

¹⁴² § 90 Restatement (Second) of Contracts, St. Paul (Minnesota, 1981: “A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise...”.

¹⁴³ Article 2:107 PECL (Promises Binding without Acceptance). Unánime artículo II. 1:103 párrafo 2, DCFR (Binding effect): “A valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance”. Crítico con vista a la analogía a la adquisición de la propiedad, Rödl, Florian, *Gerechtigkeit*, cit., p. 331; con vista a la seguridad jurídica, Christandl, Gregor, “Promises Binding without Acceptance”, en Jansen, Nils y Zimmermann, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, artículo 2:107 PECL, punto 6 (nota 59).

¹⁴⁴ Acertadamente Kleinschmidt quiere hacer una excepción al principio de contrato para la renuncia a una reclamación (según la concepción alemana como una disposición fundamental diferente de una promesa) por la reducción teleológica; Kleinschmidt, Jens, *Der Verzicht im Schuldrecht. Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 380-382. Nomina como “großzügige Anwendung des § 151 BGB”, una “Ausnahme zu den bekannten Grundsätzen zum Schweigen im Rechtsverkehr” o una “unzulässigen Vermischung beider Wege” como “Hilfskonstruktionen” (379). Kleinschmidt también nos recuerda “daß das Vertragsprinzip eben kein Vertragsdogma ist” (promesa pública de recompensa, punto 46, 1567), y aboga por la superfluidad de la recepción: “Der Vertragsschluss...”, cit., pp. 92-94.

¹⁴⁵ De nuevo, *cf.* Kübel, “Recht der Schuldverhältnisse”, cit. al inicio de la nota 125, y Kleinschmidt, *Der Verzicht*, cit. (nota 144); además —refiriéndose a más construcciones de ayuda— Heck, Philipp, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, pp. 122 y s.

¹⁴⁶ *Cf.* la opinión de Schmidt, Rudolf, “Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte...”, cit., pp. 488 y s., sobre la estructuración italiana de promesas de deuda y reconocimientos de una deuda como negocio unilateral, esta opinión será “als lebensnäher zu betrachten und vorzuziehen”; continuando la opinión de Köndgen, Johannes, *Selbstbindung*, cit., a la “Unbrauchbarkeit des Konsenses als Verpflichtungselement”, pp. 156-163.

mente más honesto¹⁴⁷ reconocer, en principio, la promesa unilateral como base de la obligación. Así, podrían construirse instituciones jurídicas enteras bajo nuevas condiciones.¹⁴⁸ La adhesión al principio del contrato se debe probablemente, en esencia, a un tradicionalismo sin fundamento objetivo, cuya base se remonta a la antigua estipulación romana.¹⁴⁹

Sin embargo, la propuesta de un reconocimiento general de las promesas como fundamento de la obligatoriedad no debe confundirse con la exigencia de que todas las promesas tengan un efecto obligatorio. Por el contrario, la medida en que el efecto obligatorio se basa en la voluntad del obligado, la medida en que depende de una cierta tipicidad del contenido de la obligación, del carácter remunerativo o de las circunstancias, son cuestiones que pueden plantearse tanto para las promesas como para los contratos.¹⁵⁰ Pedirles primero la promesa parece más obvio, porque el contrato obligatorio puede ser concebido como un caso especial de la promesa. Desde este punto de vista, la aceptación por parte del receptor es sólo una de las razones que influyen en la obligatoriedad de las promesas.¹⁵¹

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBERS, Gregor, “C.Th. 3,13,4: Eine missverständliche Reform des Dotatrechts und die Datierung des westgotischen Gaius”, en BABUSIAUX, Ulrike y MANTOVANI, Dario (eds.), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un best-seller*, trasmissione, uso e trasformazione del testo, Pavia, Pavia University Press, 2020.

¹⁴⁷ Cfr. también Hogg, Martin, *Promises...*, cit., p. 454: “A more honest approach would be that such transactions are best analysed in unilateral promissory terms and for legal systems to accommodate such an analysis”.

¹⁴⁸ Koch, Jens, *Die Patronatserklärung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 548-571, solamente no considera la declaración de patronato como negocio jurídico unilateral por la razón que tiene respecto a la decisión legislativa para un principio de contrato.

¹⁴⁹ Cfr. también Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, cit., pp. 121-123, que marca el “Vertragszwang” como vestigio de formalidad.

¹⁵⁰ En sentido diverso, Hogg, Martin, *Promises...*, cit., cuyo alegato a favor de la promesa está relacionado con el compromiso de la voluntad como razón de la obligación (cfr. sólo el análisis, pp. 453 y s., a pesar de la relativización, pp. 456 y s.) y contra la restricción de la *consideration* (cfr. sólo pp. 460-462). También tienden a ser diferentes los análisis de Schmidlin (cfr. la nota 121) y Bucher (cfr. la nota 136), que observan un enfoque del derecho contractual en las promesas individuales en Francia e Inglaterra, respectivamente, y relacionan esto con los requisitos de una *causa* o sea *consideration*.

¹⁵¹ Cfr. Lomfeld, Bertram, *Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, para un motivo teórico-discursivo de la obligación.

- ALBERS, Gregor, “Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkunden, Kirchenväter und der westgotische Gaius”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung), Wien, 2018, núm. 135.
- ALBERS, Gregor, *Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien/Köln/Weimar, Böhlau, 2019.
- ALBERS, Gregor, “Zwischen Formstrenge und Inhaltsfreiheit – Stipulation und Privatautonomie bei Friedrich Carl von Savigny”, en ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier *et al.* (eds.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München, Otto Schmidt Verlag, 2011.
- ALBERS, Gregor *et al.* (eds.), *Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich. Wortgebunden. Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2021.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologica II-II*, Roma, 1894.
- ATYIAH, Patrick, *Promises, Morals and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- AVENARIUS, Martin, “Das «gaiozentrische» Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall”, en AVENARIUS, Martin (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- BAGCHI, Aditi, “Separating Contract and Promise”, *Florida State University Law Review*, Tallahassee, núm. 38, 2011.
- BEHREND, Okko, “Der Litteralvertrag, Geldtruhe (Arca) und Hausbuch (Codex accepti et expensi) im römischen Privatrecht und Zensus”, en ZABŁOCKA, Maria *et al.* (eds.), *Au-delà des Frontières, Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, Warschau, Varsovie, 2000, vol. 1.
- BENEDETTI, Guiseppe, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- BENEDICT, Jörg, “Consideration. Formalismus und Realismus im Common Law of Contract”, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, núm. 69, 2005.
- BENSON, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- BELLINI, Piero, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano, Giuffè, 1964.
- BIEN, Florian y BORGHETTI, Jean-Sébastien (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

- BREMKAMP, Till, *Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 2008.
- BUCHER, Eugen, “England und der Kontinent. Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe und zu consideration”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaften*, núm. 105, 2006.
- BUCKLAND, William W., “Ritual Acts and Words in Roman Law”, en *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, Böhlau, 1939, vol. 1.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Itinerari, 2016.
- CARDILLI, Riccardo, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016.
- CARTWRIGHT, John y WHITTAKER, Simon (eds.), *The Code Napoleon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2017.
- CARRO, Valeria, *La promessa unilaterale. Studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, Napoli, 2012.
- CHIODI, Giovanni, “The Binding Force of Unilateral Promises in the Ius Commune before Grotius”, *Grotiana*, núm. 41, 2020.
- CHRISTANDL, Gregor, “Promises Binding without Acceptance”, en JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- DAWSON, John P., *Gifts and Promises. Continental and American Law Compared*, New Haven-London, Yale University Press, 1980.
- DAZU WALDSTEIN, Wolfgang, *Operae Libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1986.
- DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (circ. 1500-1650)*, Leiden-Boston, Nijhoff Publishers, 2013.
- DEDEK, Helge, “A Particle of Freedom: The Kantian Theory of Transfer by Contract and Natural Law Thought”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 25, 2012.
- DEDEK, Helge, *Negative Haftung aus Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, especialmente pp. 65-80 (sobre Fuller/Perdue), pp. 144-160 (sobre Mommson), pp. 161-176 (sobre Jhering).
- DERNBURG, Heinrich, *Pandekten*, Berlín, 1886, vol. 2.
- DESHAYES, Olivier et al. (eds.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2a. ed., París, 2018.

- DILCHER, Hermann, “Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Wien, núm. 77, 1960.
- DIESELHORST, Malte, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, Böhlau, 1959.
- DIESELHORST, Malte, *Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens*, Göttingen, Otto Schwartz, 1988.
- DIESELHORST, Malte, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, Göttingen, Otto Schwartz, 1976.
- DOMAT, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Nouvelle édition, París, 1735.
- DREIOCKER, Karlheinz, *Zur Dogmengeschichte der Auslobung*, Kiel, 1969.
- DULCKEIT, Gerhard, “Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht”, en NIEDERMEYER, Hermann y Flume, Werner (eds.), *Festschrift für Fritz Schulz*, Weimar, Böhlau, 1951, vol. 1.
- DURKHEIM, Émile, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, París, 1950.
- EHMANN, Horst, “Zur Causa-Lehre”, *Juristenzeitung*, Tübingen, 2003.
- FAYER, Carla, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari, Parte seconda*, Roma, L’Erma di Bretschneider, 2005.
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3a. ed., Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1979, vol. 2.
- FÖGEN, Marie Theres, “Zufälle, Fälle und Formeln. Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags”, *Rechtsgeschichte*, núm. 6, 2005.
- FRIED, Charles, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, 2a. ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2015.
- FUHRMANN, Manfred, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1960.
- FULLER, Lon L. y PERDUE, William R., “The Reliance Interest in Contract Damages”, *The Yale Law Journal*, núm. 46, 1936/1937.
- GIACHI, Cristina, “Per una biografia di Sesto Pedio”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 62, 1996.
- GORDLEY, James (ed.), *Enforceability of Promises*, Cambridge University Press, 2001.
- GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

- GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Lugdunum Batavorum, 1939 (Neudruck Aalen, 1993).
- GRUNDMANN, Stefan, “Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 198, 1998.
- HOGG, Martin, *Promises and Contract Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- HUANG, Meiling, *La promessa unilaterale come fonte di obbligazione. Dai fondamenti romanistici al prossimo codice civile cinese*, Napoli, 2018.
- HYLAND, Richard, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.
- JAKOBS, Horst Heinrich y SCHUBERT, Werner (eds.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin-New York, 1978, vol. 1.
- JHERING, Rudolph von, *Erster Theil: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5a. ed., Alemania, 1891.
- JHERING, Rudolph von, “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, núm. 4, 1861.
- JOSEF, Martin, “From Non-performance to Mistake in Contracts: The Rise of the Classical Doctrine of consensus”, en SIRKS, Boudewijn (ed.), *Nova razione. Changes of paradigms in Roman Law*, Wiesbaden, Harrassowitz Verlag, 2014.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a. ed., München, 1971.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, 2a. ed., München, 1975.
- KASER, Max et al., *Römisches Privatrecht*, 21a. ed., München, C.H. Beck, 2017.
- KIEFNER, Hans, “Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts”, en COING, Helmut y WILHELM, Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert II*, Frankfurt (Main), Klostermann, 1977.
- KIMEL, Dori, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford, Hart, 2003.
- KLASS, Gregory et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- KLEINSCHMIDT, Jens, *Der Verzicht im Schuldrecht. Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

- KOCH, Jens, *Die Patronatserklärung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- KÖNDGEN, Johannes, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981.
- KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 2a. ed., München-Berlin, Biederstein Verlag, 1953.
- KÜBEL, Franz Philipp von, “Recht der Schuldverhältnisse”, en SCHUBERT, W. (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, partes 1-3*, Berlin-New York, De Gruyter, 1980.
- KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2a. ed., Graz-Wien-Köln, Böhlau, 1967.
- KRELLER, Hans, *Grundlehren des Gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht*, Wien, Springer Verlag, 1950.
- LANDAU, Peter, “Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie”, en ASCHERI, Mario *et al.* (eds.), “*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*”, *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2003.
- LAWSON, F. H. y RUDDEN, Bernhard, *The Law of Property*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1982.
- LEPORE, Paolo, “*Rei publicae polliceri*”. *Un’indagine giuridico-epigrafica*, 2a. ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012.
- LESSIUS, Leonardus, *De Iustitia et Iure*, lib. II cap. 18 dub. 6 Nr. 39, Antverpia 1632.
- LIEBE, Friedrich, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig, G. C. E. Meyer, 1840.
- LOMFELD, Bertram, *Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- LUIG, Klaus, “Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff”, en BEHREND, Okko (ed.), *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*, Ebelsbach, 1991.
- MACQUEEN, Hector L., “Unilateral Promises: Scots Law Compared with the PECL and the DCFR”, *European Review of Private Law*, 2016.
- MENABRITO PAZ, Jorge, “Nota sobre la litteris obligatio en el Liber Gaii”, en URICCHIO, A. F. y CASOLA, M. (eds.), *Liber Amicorum per Sebastiano Tafaro*, Bari, Cacucci Editore, 2019, t. II.
- MOLINA, Ludovicus, *De Iustitia et Iure*, Tomus Secundus, Moguntia, 1614.

- MOMMSEN, Friedrich, *Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853.
- MOMMSEN, Friedrich, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.
- MUGDAN, Benno (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1899.
- NANZ, Klaus Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16.-18. Jahrhundert*, München, Schweitzer, 1985.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Dotis dictio*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975.
- PARICIO, Javier, “Der Vertrag – eine Begriffsbildung”, en ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier et al. (eds.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München, Otto Schmidt Verlag, 2011.
- PENNER, James, Promises, “Agreements, and Contracts”, en KLASS et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- PLATSCHEK, Johannes, *Das Edikt de pecunia constituta*, München, C.H. Beck, 2013.
- RAZ, Joseph, “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review*, Cambridge, USA, núm. 95, 1982.
- RÖDL, Florian, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- ROPPO, Vincenzo da, *Il contratto*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 2011.
- SALEILLES, Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3a. ed., París, Hachette Bnf, 1925.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, vol. 2, 1853.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, vol. 3, 1840.
- SCHERMAIER, Martin Josef, “Anachronistische Begriffe, oder: «Nichttrömisches» im römischen Irrtumsrecht”, en PICHONNAZ, Pascal (ed.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Zürich-Basel, Schulthess, 2009.
- SCHERMAIER, Martin Josef, “Kausalität oder Finalität? Überlegungen zur causa in Ulpian D. 2,14,7”, en FINKENAUER, Thomas y SIRKS, Boudewijn (eds.), *Interpretationes Iuris Antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2018.

- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1951.
- SCHMIDT, Rudolf, “Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte nach dem italienischen Zivilgesetzbuch von 1942”, en NIPPERDEY, H. C. et al. (eds.), *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Berlin-Tübingen-Frankfurt, De Gruyter, 1956.
- SCHNEIDER, Manfred (ed.), *Die Ordnung des Versprechens. Naturrecht – Institution – Sprechakt*, München, Wilhelm Fink Verlag, 2005.
- SIEGEL, Heinrich, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie*, Berlín, 1873.
- SIGMUND, Henriette Karoline, *Bindung durch Versprechen oder Vertrag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2018.
- SIMPSON, A. W. B., “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, *The Law Quarterly Review*, núm. 91, 1975.
- SMITH, Stephen, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- SÖLLNER, Alfred, “Die causa im Kondiktionen – und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Wien, núm. 77, 1960.
- STAGL, Jakob, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Köln-Weimar, Böhlau, 2009.
- STAIR, James, *Viscount of The Institutions of the Law of Scotland*, 1693, editado por David M. Walker, Edinburgh-Glasgow, The University Presses, 1981.
- STOLL, Hans, “Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen”, en *Festschrift für Werner Flume*, Köln, 1978, vol. 1.
- THILO, Ralf Michael, *Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Göttingen, 1980.
- THÜR, Gerhard, “Antikes Griechenland”, en Manthe, Ulrich (ed.), *Die Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich*, München, C.H. Beck, 2003.
- TREITEL, Guenter H. y PEEL, Edwin, *The Law of Contract*, 14a. ed., London, Sweet&Maxwell, 2015.
- UNBERATH, Hannes, “Die Bindung an den Vertrag – Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrecht”, en BYRD, B. Sharon y JOERDEN, Jan C. (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2005.
- VOCI, Pasquale, “La dottrina del contratto nei giuristi romani dell’eta classica”, en GUALBERTI ARCHI, Gian (ed.), *Scritti di diritto romano in onore di Roberto Ferrini*, Mailand, 1946.

- WIEACKER, Franz, “Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”, en GROSSI, Paolo (ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1973.
- WIEACKER, Franz, “Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts”, en STRATENWERTH, Günter *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, De Gruyter, 1974.
- WIEACKER, Franz, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt (Main), 1975.
- WOLFF, Hans Julius, “Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung), Wien, núm. 74, 1957.
- WORMS, René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d’obligations en droit romain et en droit français*, París, 1891.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannisburg, Oxford University Press, 1990.
- ZIMMERMANN, Reinhard, “Vertrag und Versprechen – Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich”, en LORENZ, Stephan *et al.* (eds.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2005.
- ZIMMERMANN, Reinhard y HELLWEGE, Philip, “Belohnungsversprechen: «pollicitatio», «promise» oder «offer»? Schottisches Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Wien, 1998,
- ZWEIGERT, Konrad y HEIN, Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.

IL PROBLEMA D'ORIGINE DELLA TUTELA DELL'ACQUIRENTE NEL DIRITTO ROMANO: PICCOLO CONTRIBUTO

Stefano BARBATI

SOMMARIO: I. *Precisazioni preliminari e oggetto dell'indagine.* II. *Rassegna delle fonti pertinenti.* III. *Profili genetici dei diritti dell'acquirente.* IV. *Conclusioni.* V. *Bibliografia.*

I. PRECISAZIONI PRELIMINARI E OGGETTO DELL'INDAGINE

Una ricerca che tenda a individuare gli aspetti genetici della tutela dell'acquirente nella società romana si inserirà in un filone di studi che, in Europa, è ormai quasi millenario. Come tale essa dovrà fare i conti con una bibliografia sterminata, in questo caso resa vieppiù vasta dall'importanza del tema, già ovviamente trattato dagli umanisti, come Cuiacio, Donello e Fabro, senza considerare la glossa e il commento. In un simile contesto di studi un confronto il più analitico possibile con le svariate dottrine elaborate sul punto richiederebbe una sede monografica o, quanto meno, quella di un amplissimo saggio. La prestigiosa ricorrenza che qui si celebra —quasi pleonastica la riconoscente dedica di questo lavoro all'IJJ della UNAM, principale centro di studio del diritto negli Stati uniti messicani e, al tempo stesso, una delle maggiori *stationes iuris* d'America—, questa miscellanea, si diceva, rende impossibile svolgere in questa sede un saggio che abbia fattezze monografiche. Di conseguenza si è preferito incentrare la ricerca sul confronto con le fonti latine in merito, rinviando, per la discussione critica della letteratura, che privilegia le indagini più recenti: colà il lettore potrà trovare discussa (con minore o maggiore profitto, minore o maggiore chiarezza, a seconda della statura scientifica dell'autore) tutta la sterminata dottrina in materia. La critica più risalente, anche quella premoderna, la si potrà vedere invece affrontata nelle monografie di metà del secolo scorso ivi menzionate.

Per ciò che riguarda l'oggetto d'indagine occorrono alcune precisazioni sul perché si parli qui di tutela dell'acquirente piuttosto che del compratore, su quale tipo di tutela ci si appunta in questa sede e relativamente a quale specie di beni.

Si discorre in questa sede di acquirente perché non interessa qui approfondire se il trasferimento del bene, a titolo oneroso, avvenisse in seguito ad un accordo informale di compravendita oppure formalizzato in forma verbale tipica, quale cioè *sponsio* (o *stipulatio*, per la parte che non fosse cittadina romana oppure di una colonia latina). Ciò perché si vedrà come fosse abituale che l'acquirente si tutelasse autonomamente, facendosi promettere dall'alienante alcune garanzie relative al bene trasferito, di modo che il problema rilevante era quello del concorso fra la tutela legale e quella convenzionale: solamente qualora mancasse quest'ultima poteva venire in considerazione il profilo del concorso fra la protezione predisposta dall'ordinamento e quella inerente all'accordo da cui era derivato il trasferimento; perciò soltanto in quest'ultimo caso rilevava se il trasferimento fosse avvenuto in forma solenne verbale oppure informalmente, come si vedrà a suo luogo (oltre § III.IV). Non importa, parimenti, se il bene fosse poi trasferito informalmente (*traditio*) oppure formalmente (*mancipatio*): si vedrà infatti che, anche nell'ipotesi in cui fosse necessario un trasferimento formale, questo atto non influiva sulle garanzie legali o convenzionali (le quali venivano pattuite a parte piuttosto che, come pur ammissibile, in sede di *mancipatio*).

Ancora, qui si prende in considerazione l'aspetto costituito dal difetto materiale del bene alienato, non dal vizio giuridico che gravasse su quest'ultimo: per vizio giuridico s'intende il difetto di titolarità da parte dell'alienante. A quest'ultimo proposito già la giurisprudenza pontificale, a partire dall'*auctoritas* biennale che le XII Tavole (Tab. 6.3) disponevano per i terreni (ivi connettendole l'acquisto per usucapione delle terre stesse), aveva annesso alla *mancipatio* l'effetto di tenere il *mancipio dans* garante (*auctor*) dell'acquisto del *mancipio accipiens* fino a che non fosse intervenuta l'usucapione. Ristretta peraltro, nel corso del III secolo, la *mancipatio*, da parte dei pontefici soltanto ad alcuni beni (a partire ovviamente dagli immobili),¹ per gli altri — detti *res nec mancipi* — era invece l'acquirente chiamato a tutelarsi facendosi garantire dall'alienante la titolarità del bene, come si vedrà nei formulari di garanzia fortunatamente trasmessi nel *de re rustica* di Varrone (v. oltre § II s.).

¹ Quanto detto finora si discosta dalla visione tradizionale, che data già all'epoca monarchica la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* e interpreta l'*auctoritas* decemvirale sui terreni come garanzia per evizione, quale effetto naturale della *mancipatio*. Per l'argomentazione dell'originale tesi qui richiamata sia permesso rinviare a una monografia sui *tres*, che, secondo Pomponio (*l.s. ench. D. 1.2.2.39*), *fundaverunt ius civile*, di imminente pubblicazione.

Quale difetto giuridico che gravava sul bene sussisteva altresì la responsabilità che il titolare dovesse sopportare per i danni da esso —come bene animato (animale o purtroppo anche schiavo, attesa la liceità della schiavitù nelle antiche società mediterranee)— precedentemente causati a terzi, giustamente il principio civilistico del *noxae caput sequitur*, per cui dei danni reclamati contro chi non avesse soggettività giuridica rispondeva chi in quel momento avesse potere sull'essere in questione, in qualsiasi momento fossero stati causati i danni. Come si vedrà gli edili previdero una responsabilità dell'alienante che non dichiarasse l'esistenza di danni pregressi causati dallo schiavo messo in vendita e non ancora riparati, obbligo al quale corrispondeva una conforme prassi contrattuale tale per cui l'acquirente chiedeva all'alienante di essere garantito circa l'assenza di responsabilità a carico dello schiavo per danni cagionati a terzi, in particolare (ma non in via esaustiva) furti, come si dirà previsto sempre nei formulari tramandati da Varrone. Analogo obbligo non fu introdotto dai magistrati relativamente agli animali, rispetto ai quali esisteva una garanzia convenzionale, in termini —trasmessi ancora una volta da Varrone— diversi dall'assicurazione pattizia concernente gli schiavi.

Il vizio materiale è poi qui considerato con riferimento ai beni mobili perché esso non rilevava relativamente agli immobili, come si evince dalla complessiva esposizione in merito nel 44 di Cicerone (*off.* 3.54-57, 3.65-67). Anche se si fosse trattato di un trasferimento basato su un accordo di compravendita, informato alla buona fede, la mera reticenza circa difetti materiali sarebbe stata irrilevante (così, espressamente, Cic. *off.* 3.67). Solamente in età tarda, prevalso il processo cognitorio e venuta meno la giurisdizione degli edili, troverà accoglimento la dottrina professata dal giurista augusteo Labeone (v. Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.1pr. nonché Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.63), volta ad estendere i rimedi edilizi anche agli immobili (e dunque ai loro difetti materiali: v. Ulp. 8 *disp.* D. 21.1.49 nonché Diocl. et Max. C. 4.58.4.1: v. ancora oltre § III.III).

Se invece l'alienante prometteva determinate qualità e condizioni dell'immobile, poi rivelatesi inesistenti oppure superate da un mutato stato dei luoghi, in ipotesi del genere —e sempre nel periodo, II e I sec. a.C., qui pertinente (nel caso di specie il primo quarto del I sec. a.C.)— ancora Cicerone lascia intendere che se tali condizioni fossero state assicurate nella *mancipatio*, con apposita dichiarazione del mancipante (*lex mancipi*), allora egli sarebbe stato responsabile (ai sensi del versetto decemvirale trasmesso in Tab. 6.1) per i successivi mutamenti dello stato di fatto (Cic. *de orat.* 1.179: v. anche Cic. *off.* 3.65).

Se qualità in realtà insussistenti fossero state dichiarate nell'ambito di un'informale compravendita (conclusa in particolare con uno straniero, nelle vesti di venditore disonesto) parimenti ciò non si riteneva all'epoca rilevante, finché non fu introdotta nel 66 l'*actio de dolo*, onde reprimere però non il mero mendacio, bensì quello attuato tramite artifici e raggiri (Cic. *off.* 3.58-60).

Anche, e a maggior ragione, per i terreni e le case rilevavano infine i vizi giuridici: a parte l'automatica responsabilità dell'alienante per difetto di titolarità, venivano in considerazione altresì le servitù, che gravassero sul fondo, non dichiarate dal *mancipio dans* (v. Cic. *de orat.* 1.178, *off.* 3.67: in sede di evoluzione della disciplina, l'esistenza di una servitù non dichiarata dall'alienante poteva importare altresì ai fini della riduzione del corrispettivo, tramite l'edilizia *actio quanti minoris* [Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.61]). Ma già a livello dell'accordo informale di compravendita per il trasferimento dietro denaro dell'immobile, seguito dalla *mancipatio* traslativa, veniva considerato contrario alla buona fede che informava il rapporto — e dunque fonte di responsabilità di marca risarcitoria — tacere l'ordine di demolizione del bene da parte dell'autorità pubblica (Cic. *off.* 3.65-67).²

² Interpretazione inadeguata di quest'ultimo brano in Parlamento, 2003, p. 4, la quale percepisce sì che esso riguarda vizi giuridici, ma vorrebbe desumerne, non di meno, i prodromi del generale fine restitutorio — a fronte di difetti del bene venduto —, realizzabile tramite l'*actio empti*, professato da Labeone (v. oltre § III.IV). Con la consueta acribia, invece, Bona, 2003, p.847 e, con letteratura conforme, nt. 29, riferisce i citati brani ciceroniani relativi agli immobili unicamente ai loro difetti giuridici (i vizi materiali [degli immobili] sono quelli a cui allude Cicerone — *off.* 3.67 — quando attesta che vi sono difetti irrilevanti). Parimenti centrata l'osservazione dell'autore (Bona, 2003, pp. 845-847), secondo cui Cic. *off.* 3.65, è da interpretare nel senso che nel regime decemvirale erano ininfluenti vizi giuridici dei fondi, non dichiarati nella *mancipatio*, importando solamente quanto precisato in quella sede, mentre furono i giuristi a sanzionare la reticenza del mancipante (*a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*), autori che lo studioso data agli "ultimi decenni del 2o. sec. a.Cr.". Erra però Bona a ricondurre tale integrazione da parte dei giuristi alla *bona fides* che informava la compravendita perché si vedrà in questa sede che ancora ai tempi di Cicerone il diritto vivente non riteneva un'infrazione alla *bona fides* che il venditore tacesse vizi del bene, che non fosse altrimenti obbligato a dichiarare. Quale fosse stato l'addentellato giuridico per tale "overruling" resta qui oscuro, ma si può osservare che Cicerone impiega al riguardo l'espressione — *praestari oportere* — che aveva adottato nel 121 Publio Mucio a proposito dell'obbligo a carico della *res publica* di indennizzare la vedova di Caio Gracco per il perimento della dote avvenuto in occasione della distruzione della casa coniugale da parte dell'apparato pubblico (Iav. 6 *ex post. Lab.* D. 24.3.66pr., che riporta, tramite il *liber de dotibus* di Servio, la citazione testuale del console del 133, come si argomenterà nella ricerca richiamata sopra nt. 1). Publio Mucio aveva allora ripreso, nel 121, l'espressione che egli aveva usato in un precedente responso oppure nel commento a Tab. 6.1 (nei suoi dieci libri giuridici, pubblicati tra il 142 e il 140) e che suonava, nel latino di cento anni dopo, come *quicquid est in praedio vitii, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere* (Cic. *off.* 3.65, che qui potrebbe citare testual-

Concentrata dunque l'attenzione sui vizi materiali dei beni mobili, si vedrà oltre (§ III.I) che la genesi della tutela legale per questi ultimi scaturisce da ordinanze dei magistrati che avevano la sorveglianza sui mercati —gli edili curuli—, protezione di per sé limitata ad alcune categorie di mobili, persone in stato di schiavitù e animali di un certo tipo (*iumenta*). L'estensione di detta protezione a tutti i beni discende dalla recezione —in età tarda (dal III secolo in avanti), per effetto dell'affermazione delle strutture giudiziarie della *cognitio extra ordinem*, con conseguente esautorazione della giurisdizione edilizia— di una delle tante proposte ermeneutiche innovative del giurista augusteo Labeone. La tutela negoziale, invece, era rimessa alle parti e poteva pertanto concernere qualsiasi tipo di bene, anche immobile.

Infine va sottolineato che questo contributo è dedicato alla ricerca del momento genetico della tutela ordinamentale, confrontandola con quella convenzionale testimoniata dai formulari in uso nello stesso periodo: arco temporale che si situa, complessivamente, nel corso del II e I sec. a.C. Gli sviluppi, poi, della tutela legale, come assicurati altresì dal lavoro degli esperti (*i prudentes*), durante la prima epoca imperiale (sostanzialmente in età augustea e poi fino al principato di Nerone, quando sia le ordinanze edituali sia le estensioni interpretative delle stesse raggiunsero il loro assetto definitivo),³ non fanno parte dell'oggetto d'indagine.

mente dai *decem libelli* muciani o da un successivo responso, riportato dal figlio nel trattare della *mancipatio* nei suoi diciotto libri di diritto civile, forse sostituendo *venditor* a *mancipio dans*)? Data la sua generale visione delle architravi della giurisprudenza preclassica (gli autori fino a Quinto Mucio) e classica (i giuristi da Aquilio Gallo in avanti) non stupisce, infine, che Behrends (qui, in particolare, Behrends, Okko, *Die fraus legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngehalt in der römischen Gesetzesinterpretation*, Göttingen, O. Schwartz, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, 121, 1982, p. 94 s. e ntt. 251-253) ascriva a quest'ultimo indirizzo la restrizione dei vizi giuridicamente rilevanti, nel trasferimento degli immobili, a quelli di stampo normativo (mentre i *veteres* avrebbero ritenuto influenti anche quelli materiali, in base al principio della *bona fides*), ma per un'efficace critica v. Bona, 2003, p. 847 s. nt. 29.

³ In particolare, per quanto concerne le ordinanze edilizie in materia, non è azzardato stimare che esse cessarono dopo l'età augustea oppure tiberiana, mentre il lavoro creativo, a carattere estensivo, su tali ordinanze da parte dei giuristi terminò con Celio Sabino (console nel 69), il quale dedicò un commento all'editto edilizio (altro conto che la dottrina di Labeone —volta come detto ad estendere i rimedi edilizi a qualunque bene— trovò accoglimento in epoca tarda: comunque, nel III secolo, la tesi in questione era stata già espressa piuttosto che essere autonomamente elaborata da Ulpiano). Impallomeni, 1955, pp. 102-105, stima invece che l'editto avesse assunto configurazione definitiva “al più tardi al tempo di Celio Sabino”, mentre non si raffigura la possibilità che con questo giurista fosse cessata l'interpretazione creativa delle norme edilizie in materia (esercitata al massimo grado da Labeone), pervenendo i successivi giuristi classici e quelli tardo classici ad una sistemazione delle norme edituali e della loro interpretazione dottrinale.

II. RASSEGNA DELLE FONTI PERTINENTI

A fini di chiarezza conviene ora riportare le fonti che si stimano qui rilevanti circa la questione della genesi della tutela dell'acquirente, nei termini appena precisati. Quale segno di considerazione verso la sede che ospita questo contributo, esse si riportano in traduzione spagnola. I testi sono ordinati in senso cronologico discendente che non si rapporta al periodo in cui questi passi furono vergati, bensì si parametra all'arco temporale a cui essi fanno riferimento (per questo capeggia la lista un brano di Aulo Gellio, che, sebbene scritto intorno alla metà del II sec. d.C., si riferisce a un'epoca antica, qui individuata circa nel 180/170 a.C., mentre le formule trasmesse nel *de re rustica* di Varrone precedono i brani del *de officiis* di Cicerone, in quanto l'opera del Reatino è ambientata nel 67, sebbene fosse stata scritta nel 37, mentre il *de officiis* è scritto nel 44).

Gell. *N.A.* 4.2.1: En el edicto de los ediles curules, en la parte donde se estipula acerca de la venta de esclavos, así fue escrito: Que el rótulo de cada siervo esté escrito tomando cuidado, de modo que pueda entenderse perfectamente cuál enfermedad o defecto tiene cada uno, quién es fugitivo o vagabundo o no está liberado de un castigo⁴ [trad. Gaos Schmidt, Amparo, *Obras de Aulo Gellio. Noches Áticas, I. Libros I-IV*, México, UNAM, pp. 188 y 190];

Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.10.1: Leo que también Caton escribe que se considera como enfermo aquel al que se ha cortado un dedo de la mano o del pié; lo cual es verdadero según la distinción antes expuesta⁵ [trad. D'Ors, Álvaro, Hernández-Tejero, Francisco, Fuenteseca, Pablo, García Garrido, Manuel, Burillo, Jesús, *El Digesto de Justiniano. II. Libros 20-36*, Pamplona, Aranzadi, 1972, p. 40];

Varr. *r.r.* 2.2.5-6: ... El comprador hace que se le prometa, sobre la base de un formulario antiguo, lo siguiente: “¿Prometes o no que estas ovejas, en cuestión, están absolutamente sanas —como de un rebaño de ovejas que está absolutamente sano— no afectadas por la ceguera de un ojo, sordera, que no son *minae* —es decir, sin vientre sin pelo— ni provienen de un rebaño enfermo, que se deja poseerlas pacíficamente y que suceda exactamente todo esto?”...⁶

⁴ *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: Titulus servorum singulorum scriptum sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitii cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit.*

⁵ *Catonem quoque scribere lego, cui digitus de manu aut de pede praecisus sit, eum morbosum esse: quod verum est secundum supra scriptam definitionem.*

⁶ *...emptor stipulatur prisca formula sic: Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscum minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?...*

Varr. *r.r.* 2.3.5: En cuanto a su compra, se aplican reglas diferentes, porque ninguna persona cuerda garantiza la salud de las cabras. De hecho, ellas nunca han estado libres de fiebre. Por lo tanto, se aseguran con unas pocas palabras y, al respecto, Manilio ha dejado escrito lo siguiente: “¿Prometes o no que estas cabras están hoy en buen estado, que pueden beber, que se permite poseerlas, lo prometes todo?”...⁷

Varr. *r.r.* 2.4.5: Suelen comprarse así: “¿Prometes o no que estas cerdas están sanas, que no proceden de un rebaño enfermo, que se permite poseerlas pacíficamente, que se es garantía de los daños (suyos)?”. Algunos añaden (la petición) de que ya hayan sanado de toda fiebre y disentería...⁸

Varr. *r.r.* 2.5.10-11: ... Cuando compramos bovinos domesticados, nos hacemos asegurar su idoneidad de la siguiente manera: “Que estos bovinos estén sanos y que se es parantía de los daños (suyos)”. Cuando compramos bovinos salvajes, así: “¿Prometes o no que estos bueyes están rigurosamente sanos, que provienen de un rebaño sano y que se es garantía de los daños (suyos)?”. Un poco más extendida es la fórmula «que usan» los carniceros, que siguen el formulario de Manilio, que compran un bovino para sacrificarlo y que con fines rituales no suelen hacer que se les garantice la salud de la víctima...⁹

Varr. *r.r.* 2.6.3: ... En cuanto a su (*sc.* de los asnos) mercado, cambian de dueño de la misma manera que los otros cuadrúpedos, es decir a través de compraventas y entregas, y es habitual garantizar su salud y los daño previos causados por ellos.¹⁰

Varr. *r.r.* 2.7.6: ...la compraventa equina es más o menos igual que la de los bovinos y de los asnos, porque en su venta la transferencia de la propiedad se realiza según las modalidades escritas en los formularios de Manilio.¹¹

Varr. *r.r.* 2.8.3: ... Las compramos (*sc.* las mulas) de la misma forma que los caballos y en el ámbito de la compraventa pedimos las garantías de la misma forma que se ha precisado con respecto a los caballos, así como también al recibirlos para su entrega.¹²

⁷ *De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit. Numquam enim sine febris sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic, Illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque «recte» licere, haec spondesne?...*

⁸ *Emi solent sic, Illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque praestari neque de pecore morbosus esse spondesne? Quidam adiciunt perfunctas esse a febris et a foria...*

⁹ *... Eos cum emimos domitos, stipulamur sic, Illosce boves sanos esse noxisque praestari; cum emimos indomitos, sic, Illosce iuvenco sanos recte deque pecore sano esse noxisque praestari spondesne? Paulo verbosius haec «qua utuntur», qui Manilii actiones secuntur lanii, qui ad cultum bovem emunt, qui ad altaria hostiae sanitatem non solent stipulari...*

¹⁰ *In mercando item ut ceterae pecudes emptionibus et traditionibus dominium mutant, et de sanitate et noxa solet caveri.*

¹¹ *...emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emptione dominum mutant, ut in Manili actionibus sunt perscripta.*

¹² *... Quos emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem quod dictum est in equis.*

Varr. *r.r.* 2.9.7: El cuarto punto se refiere a la compra: pasa a ser de otro (*sc.* el perro guardián) cuando es entregado por el dueño anterior al nuevo. En cuanto a las garantías sobre su salud y por los daños que causen, todo sucede de la misma forma que para el ganado, salvo lo establecido específicamente para ellos...¹³

Varr. *r.r.* 2.10.5: En su (*sc.* de los esclavos pastores) compra se acostumbra que ...se involucre la garantía de su salud y de la ausencia de responsabilidad por robo y daño...¹⁴

Cic. *off.* 3.71: ... Y, a decir verdad, el derecho civil, que procede de la naturaleza, no solo castiga la malicia y el dolo en las fincas, sino que también excluye todo dolo del vendedor en la venta de esclavos: en efecto, el que debía estar al tanto de su salud, su tendencia a la fuga o al hurto es responsable según un edicto de los ediles¹⁵ [trad. García Pinilla, Ignacio Javier, *Marco Tulio Cicerón, Los deberes*, Madrid, Gredos, 2014, p. 126];

Cic. *off.* 3.91: ... Estos vienen a ser aspectos jurídicos en debate de los estoicos. Si, al vender un esclavo, ¿hay que manifestar sus problemas —no aquellos que, de no hacerlo, implicarían según el derecho civil la devolución del esclavo— sino que es mentiroso, dado al juego, al hurto o a la bebida? Al primero le parece que hay que manifestarlos, al otro que no¹⁶ [trad. García Pinilla, Ignacio Javier, *Marco Tulio Cicerón, Los deberes*, Madrid, Editorial Gredos, 2014, p. 132];

Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.1.1: Dicen los ediles: “Los vendedores de esclavos hagan saber a los compradores la enfermedad o vicio de cada esclavo, cuál de ellos tiene hábito de fuga, es vagabundo o se halla bajo la responsabilidad noxal «por un delito que cometió». Todas estas cosas serán declaradas clara y verazmente al vender los esclavos, y si se hubiese vendido un esclavo sin observar esto, o en contradicción con lo declarado o prometido al venderlo, de manera que se reclame responsabilidad por ello, daremos acción al comprador o a quienes pertenezca la cosa, para deshacer la venta mediante restitución del esclavo. No obstante, debe restituir cuanto, después de celebrada la venta y la entrega, se hubiese deteriorado el esclavo por obra del comprador, de sus esclavos o de su procurador, o si «la esclava vendida» hubiera tenido un hijo después de ser vendida, o «el esclavo»

¹³ *Sequitur quantum de emptione: fit alterius, cum a priore domino secundo traditus est. De sanitate et noxa stipulationes fiunt eademque quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est...*

¹⁴ *In horum emptione solet ...stipulatio intercedere sanum esse, furtis noxisque solutum...*

¹⁵ ... *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.*

¹⁶ ... *Haec sunt quasi controversa iura stoicorum. In mancipio vendundo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum? Alteri dicenda videntur, alteri non videntur.*

hubiera adquirido algo, o hubiera accedido algo más a la venta, o el comprador hubiera adquirido algún fruto con aquel esclavo. Asimismo, el comprador debe recuperar lo que hubiese entregado además del precio. Igualmente, si un esclavo hubiese incurrido en fraude capital o hubiese intentado suicidio o hubiese sido lanzado a la arena para luchar con las fieras, todas estas cosas han de ser declaradas en el acto de la venta, pues daremos acción por todas estas causas. Además, daremos acción si se dice que alguien ha vendido en contra de todo consciente y dolosamente” [trad. D’Ors, Álvaro, Hernández-Tejero, Francisco, Fuenteseca, Pablo, García Garrido, Manuel, Burillo, Jesús, *El Digesto de Justiniano. II. Libros 20-36*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1972, p. 37].¹⁷

Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38pr.: Dicen los ediles: “Los que venden caballerías digan clara y simplemente qué enfermedad o qué vicio tiene cada una de ellas y serán entregadas a los compradores lo mejor que hayan sido enjaezadas para ser vendidas. Si alguna cosa no se hubiera hecho así, para la restitución del enjaezamiento o la redhibición de las caballerías por razón de los jaeces, daremos una acción dentro de los sesenta días; por causa de enfermedad o vicio dentro de seis meses para deshacer la compra, o bien para la reducción del precio dentro del año; si se hubiese vendido al mismo tiempo una pareja de caballerías, y una de ellas se hallase en el caso de redhibición, daremos acción para que ambas sean objeto de redhibición”¹⁸ [trad. D’Ors, Álvaro, Hernández-Tejero, Francisco, Fuenteseca, Pablo, García Garrido, Manuel, Burillo, Jesús, *El Digesto de Justiniano. II. Libros 20-36*, Pamplona, Aranzadi, 1972, p. 52].

¹⁷ *Aiunt aediles*: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitii que sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnis, 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 putet post venditionem natum adquisitum 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 conciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissum 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.

¹⁸ *Aediles aiunt*: Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quod in quoque eorum morbi vitii que sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoris tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitii causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.

III. PROFILI GENETICI DEI DIRITTI DELL'ACQUIRENTE

1. *Svolgimento storico*

Delle testimonianze sopra riportate la più remota è —testualmente— quella di Ulpiano (1 *aed. cur.* D. 21.1.10.1), il quale attesta di leggere che anche Catone scrisse che chi aveva mozzato un dito della mano o del piede andasse considerato *morbosum*. Come emerge dal contesto del brano (per la parte riportata dai compilatori in D. 21.1.10), Ulpiano stava commentando le norme edittali relative alla restituzione degli schiavi affetti da vizi —a cui dedicava tutto il suo primo libro di commento all'editto degli edili curuli—: in qualche autore precedente egli trova l'informazione che Catone scrisse che era *morbosum* lo schiavo senza un dito delle mani o dei piedi (come si vedrà meglio subito, questo autore sarà stato Celio Sabino —che già aveva commentato l'editto degli edili—, il quale rinvenne a sua volta nel commento di Labeone all'editto edilizio¹⁹ la citazione di Catone, che il giurista augusteo leggeva ancora nella sua sede originale, collazionando cioè direttamente lo scritto di Catone).²⁰

Da tutto ciò si ricava che Catone si stesse riferendo alle ordinanze degli edili curuli, le quali riguardavano lo schiavo affetto da un *morbis*. Nelle ordinanze si impiegava proprio questo sostantivo, secondo quanto emerge dal testo edittale riportato sia da Aulo Gellio sia da Ulpiano.

Si potrebbe altrimenti pensare che Catone alludesse al formulario di garanzia convenzionale relativo alla salute degli schiavi, ma si può osservare che Varrone parli a riguardo (*r.r.* 2.10.5) di *sanitas*, di garanzia, prestata dall'alienante, che lo schiavo è *sanus*, piuttosto che non affetto da *morbis*: del

¹⁹ Nessun brano e nessuna attestazione indiretta circa l'esistenza di tale commento sono state tramandate, ma, come osserva giustamente Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889), rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, II, c. 544 nt. 2, questo passo, insieme agli altri in D. 21.1 *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris* (Pomp. 17 *epist.* D. 21.1.64, Paul. 11 *Sab.* D. 21.1.47pr., Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.17.12, 14-15) e in Gell. *N.A.* 4.2 (titolo in cui l'antiquario riporta le opinioni dei *veteres iureconsulti* circa la differenza semantica fra i sostantivi *morbis* e *vitiū* nell'editto degli edili sugli schiavi: fonte dell'erudito è, come subito si dice nel testo, la monografia di Celio Sabino sull'editto edilizio e i *veteres* citati sono Servio, Trebazio e Labeone), in cui si menziona il giurista augusteo relativamente alla materia qui rilevante, permette di evincere che “Labeone abbia scritto un proprio commento all'editto degli edili”.

²⁰ Si vedrà infatti nella monografia, di imminente pubblicazione, sui *tres, qui fundaverunt ius civile* (una triade di giuristi attivi fra il 150 e il 120 a.C.: sopra nt. 1), che Labeone fu l'ultimo autore a leggere gli scritti dei pionieri —i giuristi del II sec. a.C.— nelle loro sedi originali: in seguito, da Sabino in avanti, essi venivano citati soltanto indirettamente, tramite la menzione che principalmente Quinto Mucio ne faceva nei suoi diciotto *libri iuris civilis*, pubblicati intorno all'86 a.C.

resto tutti i formulari testualmente riportati dal Reatino —seppur riferiti ad animali— garantiscono la *sanitas*, non l'assenza di *morbi*, del bene trasferito.

Ragionevolmente ammesso che Catone alludesse al *morbus* del testo delle ordinanze piuttosto che ai formulari convenzionali di garanzia della salute degli schiavi (ma qualche dubbio inevitabilmente rimane e, se accolto, indurrebbe a spostare le prime ordinanze edittali fra la seconda metà del II secolo e la prima metà del I, forse a cavallo fra II e I secolo), ci si deve chiedere se il giurista —si dirà subito se il Censore, attivo fra il 200 e il 149 a.C. oppure il figlio, morto nel 152 prima di entrare in carica come pretore nel 151— si riferisse al testo edittale riportato da Aulo Gellio oppure a quello riferito da Ulpiano, oppure promiscuamente ad entrambi.

Seppure infatti sovrapponibili nel riferimento ai *morbi vitiae*²¹ dello schiavo, le due versioni differiscono profondamente nelle modalità di dichiarazione dei difetti e nelle conseguenze della mancata osservanza del disposto magistratuale.

Per quel che concerne la forma, nel testo riportato da Aulo Gellio si richiede lo scritto, nella specie di un umiliante cartello appeso sulle spalle dello schiavo che ne mettesse in risalto le eventuali malattie, la tendenza a scappare o a girovagare (e l'aver cagionato danni, non ancora riparati), mentre nel testo riportato da Ulpiano questa forma scritta non è pretesa, ma è sufficiente la dichiarazione espressa —dunque anche in forma orale— dell'alienante circa i vizi in questione. Esso è inoltre redatto nella più immediata forma imperativa alla seconda persona, rispetto alla terza dell'editto nella versione ulpiana,²² senza alcun riferimento al negozio di cessione, mentre l'altro editto impiega al riguardo il verbo *vendere*.

Relativamente alle conseguenze della trasgressione agli ordini magistratuali, poi, il primo testo edittale tace, non contemplando espressamente alcuna sanzione, mentre il secondo prevede la concessione all'acquirente di un'azione giudiziaria volta a legittimare la restituzione dello schiavo (che, in via negoziale, l'alienante avrebbe normalmente rifiutato, in uno con il diniego di restituire il corrispettivo ottenuto per la cessione).

²¹ Nell'editto sui giumenti, di cui si dirà, i due lemmi sono uniti copulativamente con *que* piuttosto che disgiuntivamente con *ve*, ma resta dubbio se ciò reagisca sul significato dei due termini, a orientare in particolare verso la loro sinonimia piuttosto che a favore della loro distinzione (nei formulari di Varrone circa le garanzie degli animali, convenzionalmente prestate, la *sanitas* del capo di bestiame è il profilo dirimente, idoneo a comprendere *morbus* e *vitium*).

²² Il punto è messo in evidenza da Watson, 1971, pp. 73-81, il quale rimarca al tempo stesso come l'elemento non debba essere sopravvalutato, dal momento che passare dall'imperativo futuro alla seconda (versione di Gellio) a quello alla terza (versione di Ulpiano) persona non implica alcun sostanziale mutamento di prospettiva.

Fonte di entrambi i testi edittali dovrebbe essere la monografia (v. Gell. *N.A.* 4.2.3) di Celio Sabino sull'editto degli edili curuli. Aulo Gellio, infatti, dopo avere riportato l'editto (*N.A.* 4.2.1), cita (*N.A.* 4.2.3) il libro di Celio Sabino sull'editto degli edili curuli. Celio Sabino aveva improntato la sua monografia ad un confronto serrato con quella che Labeone doveva avere dedicato all'editto degli edili: di lì il giurista del I secolo aveva tratto la versione dell'editto vigente in età augustea, la ricca dottrina di Labeone sul punto e il precedente dibattito in merito dei giuristi repubblicani (Gellio [*N.A.* 4.2.6-7, 9, 12] dà espressamente conto, tramite Celio Sabino, di una difformità di vedute relativa al punto di suo interesse, vale a dire la differenza semantica fra *morbus* e *vitium* nell'editto edilizio, fra Labeone e il maestro Trebazio Testa nonché fra Labeone e Servio: dei responsi difformi di Trebazio e Servio, Labeone aveva senz'altro riferito nella sua opera di commento all'editto edilizio]).²³ Servio, Trebazio Testa e l'allievo di quest'ultimo, Labeone, dovevano peraltro essere qualificati come *veteres* da Aulo Gellio²⁴ —il quale in *N.A.* 4.2.2 discorre di *veteres iureconsulti*, che si interrogarono sulla differenza semantica fra *morbus* e *vitium* nell'ordinanza edittale— piuttosto che da Celio Sabino (che mai avrebbe annoverato Labeone fra i *veteres*). Inoltre, in *N.A.* 4.2.13, Gellio cita *libri veterum iurisperitorum*, dove si trova una definizione di *morbus* e *vitium* diversa da quella di *morbus* proposta da Labeone, testualmente riportata in *N.A.* 4.2.3. Non si può risalire fino ai libri giuridici (almeno quindici) di Catone (v. appena oltre), perché la differenza fra *morbus* e *vitium* (*morbus*: malattia transitoria; *vitium*: difetto permanente) postulata nei *libri veterum iurisperitorum* è disomogenea rispetto all'identificazione di un *morbus* (piuttosto che di un *vitium*) nella mutilazione di un dito professata come visto da Catone.²⁵ Escluso che si possa trattare di Servio,²⁶ o si pensa a giuristi re-

²³ Il quale chiude poi il capitolo 2 del libro 4 (*N.A.* 4.2.15) con una citazione che egli prende direttamente (analogamente Ortu, 2008, p. 98) dal compendio civilistico sabiniano (qui dal libro secondo, sempre in tema di quali difetti fisici o psichici possano fare considerare lo schiavo affetto da *morbus*), *libri tres iuris civilis* sabiniani che, come a tutti noto, l'antiquario mostra di conoscere bene e di considerare l'opera giuridica di riferimento, senza perciò mai citarla di seconda mano: anche a chiusura di *N.A.* 4.2, Gellio precisa espressamente che sta aggiungendo, rispetto a quanto detto fino a quel momento (che si basava interamente sulla monografia relativa all'editto edilizio di Celio Sabino: in tal senso altresì Ortu, 2008, p. 98 s. e, con autorevole conferma, nt. 16), una citazione dal compendio civilistico sabiniano (così anche Ortu, 2008, p. 98).

²⁴ In tal senso anche la produzione scientifica: v. Ortu, 2008, p. 96 e, con ulteriore letteratura, nt. 9.

²⁵ Lo rileva anche la Ortu, 2008, p. 106, la quale parla di una nozione “completamente diversa” rispetto a quella dei *veteres iurisperiti*.

²⁶ Perché da *N.A.* 4.2.12, emerge che Servio non professava una nozione di *morbus* come malattia temporanea: così, giustamente, Ortu, 2008, p. 110 s.

pubblicani (o dell'epoca augustea) non esplicitamente menzionati da Gellio (ma ricordati nominativamente da Celio Sabino quali propugnatori di una definizione di *morbus* e *vitium* distinta da quella poi profilata da Labeone) oppure ci si rifà a Trebazio e/o ad Ofilio, in quanto entrambi citati da Celio Sabino, per il tramite di Labeone (ciò emerge dai testi ispirati dalla monografia di Celio Sabino, vale a dire *N.A.* 4.2 —con esclusivo riferimento a Trebazio— e il commento all'editto edilizio di Ulpiano —in una trattazione dell'editto in gran parte sovrapponibile all'*excursus* di Aulo Gellio e in cui si citano sia Trebazio [Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.6.1, 12.4, 14.3] sia Ofilio [Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.8, 10pr., 17pr., Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.7]—).

Le opinioni di Trebazio ed Ofilio, relative alla *sanitas* dello schiavo o del cavallo (le quali, specialmente quelle di Ofilio, sembrerebbero maggiormente riferirsi al profilo delle garanzie convenzionali, in cui l'acquirente chiedeva di essere garantito circa il *sanum esse* dello schiavo o del capo di bestiame, come evidente dai coevi formulari di Varrone)²⁷ e all'essere lo schiavo proclive alla fuga (qui con un aggancio più diretto alla prescrizione edittale), non sono però coerenti con la tesi del *morbus* quale malattia temporanea,²⁸ ragione per cui non resta che concludere che i *libri* dei *veteres iurisperiti* fossero una (se generalizzata) o più opere (in questo caso di diversi autori) di giuristi tardo repubblicani e/o augustei, nominativamente citati da Celio Sabino, ma di cui Gellio, verso la metà del II sec. d.C., poteva omettere il nome, in quanto nel frattempo caduti nell'oblio.²⁹

Ulpiano cita perciò, ripetutamente,³⁰ Celio Sabino, ma è dubbio se egli tragga da quest'ultimo (come fa Gellio) anche il testo dell'editto che egli riporta in apertura del suo commento all'editto stesso degli edili curuli.

Aulo Gellio riporta infatti l'ordinanza che esige la forma scritta e non contempla sanzioni per la sua trasgressione, che invece Gaio, Paolo e Ulpia-

²⁷ Lo si è perciò riscontrato in dottrina: v. la relativa discussione in Ortu, 2008, p. 116 s. e nt. 65, la quale stima comunque che Ofilio stesse commentando l'editto (e la menzione del giurista tardo repubblicano in Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.17pr., corrobora la conclusione dell'autrice, come si dice subito nel testo).

²⁸ E anzi sembrano anticipare la tesi funzionalistica (*morbus* come compromissione delle capacità corporee) di Labeone, come osserva la Ortu, 2008, pp. 111-119, in esito ad un'analitica disamina.

²⁹ Dal canto suo la Ortu, 2008, p. 101 e nt. 24, rammenta le tesi dottrinali, volte ad identificare i *veteres iurisperiti* con anonimi giuristi tardo repubblicani oppure con ignoti esperti augustei, mentre ella (Ortu, 2008, p. 102, ma v. la trattazione generale della Ortu, 2008, pp. 93-120, pp. 137-140) opta per ignoti giuristi anteriori a Servio Sulpicio (allievi di Quinto Mucio quali *Iuventius* e *Balbus*?).

³⁰ Si vedano le occorrenze in Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889), rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, I, cc. 77-80.

no, nei loro commenti all'editto edilizio —come riportati per estratti in D. 21.1— costantemente ignorano.

Punto fermo al riguardo è che Celio Sabino doveva riportare entrambe le versioni dell'editto, quella più antica (che interessa infatti l'antiquario Aulo Gellio) e quella più recente, che contempla i rimedi processuali, introdotta da più di cento anni, dato che le azioni in questione sono già conosciute da Cicerone nel 44 (come si vedrà subito).

L'omissione della versione riportata da Aulo Gellio nei posteriori commenti all'editto edilizio (Gaio [se il suo commento è successivo alle Notti Attiche], Paolo, Ulpiano), unita al fatto che lo stesso antiquario precisa che nell'editto “fu scritto” (*scriptum fuit*), piuttosto che “è scritto” (*scriptum est*), depone infatti per l'antiorità di quest'ultima rispetto alla versione che contempla i rimedi processuali.³¹

La spiegazione più semplice conduce a ritenere che entrambe le prescrizioni fossero presenti nel testo edittale al tempo non soltanto di Labeone —ciò sembra ovvio—, ma anche a quello di Celio Sabino, console nel 69 d.C., mentre la più antica prescrizione fu omessa nella consolidazione del testo edittale curata, anche con riferimento all'editto edilizio, da Giuliano.

In origine, e forse ancora fino a Celio Sabino, la differenza di forme manteneva una sua giustificazione in forza del diverso campo di applicazione delle stesse: la morfologia scritta si riteneva necessaria nei mercati, quella libera al di fuori degli stessi (dato che non avrebbe avuto senso imporre l'umiliante cartello nelle contrattazioni private). L'assenza di sanzione per l'inosservanza della forma scritta consentiva poi di applicare pianamente, una volta introdotta, l'azione processuale, la quale scattava quando gli alienanti non avessero reso edotti gli acquirenti dei difetti dello schiavo. Non è da escludere che se gli alienanti avessero provato di avere reso altrimenti noti all'acquirente, in sede di contrattazione singola, i difetti dello schiavo, seppure non per il tramite del cartello, gli edili avrebbero potuto comunque applicargli una sanzione pecuniaria per non avere osservato la loro ordinanza: una simile penalità avrebbe potuto poi essere immediatamente inflitta al mercante di schiavi che li esponesse senza alcun cartello.

Nella prassi la necessità di quest'ultimo dovette progressivamente scomparire dopo il 70 d.C. e fino alla consolidazione del testo edittale, verso il

³¹ D'accordo, ma piuttosto cauti sul punto, Impallomeni 1955, p. 94 e nt. 19 nonché Watson, 1971, pp. 73-83 (ma implicitamente nel senso della posteriorità del rimedio giurisdizionale Watson, 1971, p. 81). Giustamente decisi nel senso dell'antiorità, invece, Arangio-Ruiz, 1954, p. 365 nonché Ortu, 2008, p. 66 nt. 195 e, con ulteriore bibliografia, p. 72 nt. 213.

130, da parte di Giuliano, il quale omise pertanto la prescrizione più antica, che di fatto imponeva nei mercati l'esposizione del cartello con i difetti.³²

Appurato pertanto che la prima versione è più antica, si potrebbe tuttavia concludere —come fa la dottrina sostanzialmente unanime— che anche la seconda, quella che concedeva l'azione giudiziaria, fosse alquanto risalente e pertanto già conosciuta da Catone, nel secondo quarto del II sec. a.C.

Prima di precisare i motivi che inducono a fare invece scendere molto oltre, fra l'80 e il 70 a.C., per la disposizione più recente —quella che accorda l'azione giudiziaria tesa alla restituzione dello schiavo—, occorre dire di chi fosse il Catone che scriveva che fosse *morbus* anche la privazione di un dito del piede o della mano e soprattutto quale potesse essere all'epoca la conseguenza della trasgressione del comando edilizio, mettendo a confronto il tutto con le omologhe garanzie che l'acquirente pretendeva, nello stesso periodo, dall'alienante all'atto del trasferimento dei *pecudes*, quali emergono dall'eccezionale testimonianza sul punto, arricchita da documenti, di Varone. Ciò dovrebbe infatti giovare alla contestualizzazione storica e a far scivolare più in avanti la tutela giudiziaria, a cui favore depongono pure gli ulteriori argomenti che si metteranno in risalto a breve.

Come sempre quando le fonti citano, in ambito giuridico, un *Cato*, la letteratura si divide fra chi lo concepisce come il Censore e chi come il figlio: non avrebbe senso ripercorrere in questa sede *ab imis* la questione,³³ per cui si può solamente ribadire che la spiegazione più semplice è sempre da preferire. Memori, pertanto, del rasoio di Occam, si dovrà concludere che l'opera giuridica di Catone era una, innominata (Aulo Gellio [N.A. 13.20.9] la indicherà poi come *libri de disciplina iuris*, Verrio Flacco [Fest. verb. sign., s.v. *mundus*, p. 144 L.] come *commentarii iuris civilis*), in almeno quindici libri: tale vasta opera piuttosto che in una trattazione di diritto vigente, arricchita

³² Più genericamente al periodo classico, al più tardi con Giuliano, data la soppressione della più antica ordinanza dal testo editale Impallomeni, 1955, p. 41, p. 95. Secondo Arangio-Ruiz, 1954, p. 365 s., sarebbe stato Giuliano, in sede di revisione dell'editto edilizio, a eliminare la dichiarazione scritta, in favore della seconda (come proposto anche in questa sede). Stima invece che la menzione dell'ordinanza più antica ricorresse anche nel testo consolidato la Ortu, 2008, pp. 74-76, secondo cui essa non sarebbe stata riportata da Ulpiano perché non attributiva di azioni giudiziarie in difetto di sua osservanza, e dunque di poco interesse per il giurista di Tiro (ma l'autrice stessa ricorda ivi un passo dalla carrellata dei grammatici e dei retori di Svetonio, in cui l'autore della fine del I sec. d.C. rammenta come fosse prassi dei *maiores* ricorrere al cartello di vendita). Diffusa poi la tesi secondo cui la dichiarazione scritta era funzionale alle trattative precontrattuali, quella orale alla conclusione del singolo contratto (per tutti, Ortu, 2008, p. 74 s., con ulteriore letteratura).

³³ Per maggiori dettagli sul punto sia permesso rinviare all'annunciata (v. sopra nt. 1) monografia sull'opera giuridica dei *tres*, *qui fundaverunt ius civile*.

dalla citazione dei responsi precedentemente resi dall'autore, sarebbe consistita in una raccolta, curata dal figlio, dell'amplissimo materiale giuridico paterno;³⁴ responsi, *in primis*, ma anche arringhe difensive e formulari. L'opinione stesa per iscritto da Catone circa il fatto che la mutilazione di un dito della mano o del piede costituisse *morbus* è allora del Censore e venne poi tramandata dal figlio nell'ampia raccolta del materiale paterno (il Censore era ancora in vita, ma ormai molto anziano, e il figlio dovette completare la collazione del materiale paterno poco prima di morire). Come tale essa si trovava consacrata per iscritto, si direbbe perché il Censore aveva già registrato per iscritto uno dei suoi innumerevoli responsi (in tal senso *Cato scribit*), qui relativo al fatto se potesse considerarsi affetto da *morbus* lo schiavo che si scoprisse poi mutilo di un dito (forse affinché l'acquirente potesse fare valere la garanzia circa la *sanitas* dello schiavo forse, in assenza di tale garanzia, onde appurare se l'alienante avesse infranto la prescrizione edilizia, non riportando sul cartello tale mutilazione, opzione —quella della presa di posizione sull'editto— verso la quale si è sopra proposto, pur con qualche dubbio). In un simile contesto sarebbe tuttavia azzardato raggiungere conclusioni troppo univoche e sarebbe perciò scorretto escludere che l'opinione di Catone riportata da Labeone (e, di lì, da Celio Sabino e da Ulpiano) consistesse in una presa di posizione astratta in sede di commento, da parte del Censore (o del figlio?), dell'ordinanza degli edili curuli relativa all'obbligo di indicare i *morbi vitiae* degli schiavi posti in vendita al mercato, opinione volta a ricomprendere nell'obbligo di informativa la mutilazione di un dito, in quanto qualificata da Catone come *morbus*.

È significativo, peraltro, che Catone —almeno nella sintesi ulpianea— nulla dica circa le conseguenze del fare rientrare la modesta mutilazione in questione nel concetto di *morbus*: il Censore non vi riconnette, in altri termini, la *redhibitio*, cioè la restituzione, dello schiavo (se non sono intervenute appunto mutilazioni del suo pensiero). Né, onde provare l'esistenza dell'azione giudiziaria al tempo del Censore, vale richiamare un altro passo di Gellio (questa volta *N.A.* 17.6), dove si richiama un discorso del Censore stesso a favore dell'approvazione della proposta di legge Voconia del 169 (quindi del 169 stesso), nel quale si fa menzione di uno schiavo *redhibitus*. Infatti ivi —precisa lo stesso Aulo Gellio— non si tratta di uno schiavo restituito a seguito dell'azione giudiziaria (al contrario di quanto stimava il grammatico augusteo Verrio Flacco nella sua raccolta delle ambiguità che a quell'epoca si riscontravano nei discorsi del Censore, da cui Gellio trae spunto), bensì

³⁴ È un'ottima congettura di Guarino, Antonio, *Storia del diritto romano*, 12 ed., Napoli, Jovene, 1998, p. 336.

di uno schiavo appartenente ad una donna sposata, *sui iuris*, e non costituito in dote.³⁵

Se allora fu analizzata da Catone (qualche dubbio inevitabilmente rimane), la più antica ordinanza edilizia era già vigente nel secondo quarto del II sec. a.C. (ma le commedie plautine non la fanno risalire a prima di questo arco temporale).

Essa non prevedeva espresse sanzioni per la sua trasgressione, il che va messo in parallelo con il fatto che in quello stesso periodo esistevano formulari con cui l'acquirente si faceva garantire la salute dei capi di bestiame acquistati, come testimonia Varrone.

Se si pone mente alla carrellata di formulari, riportati a volte direttamente altrimenti indirettamente da Varrone, si osserverà che i protagonisti del suo dialogo (scritto nel 37, ma ambientato in Grecia nel 67), volto a impartire le istruzioni per condurre proficuamente un'impresa di allevamento del bestiame, ne conoscono e attestano in uso nella prassi un triplice strato, nell'aspetto che essi mostrano di considerare quello di maggior rilievo nell'attività giuridica connessa alla pastorizia, vale a dire quello delle garanzie che chi alleva il bestiame deve farsi prestare all'atto dell'acquisto dei capi aziendali: uno più antico —in uso per l'acquisto degli ovini—, quelli di Manilio —scritti intorno al 145 e circolanti in forma autonoma dall'opera da cui essi erano tratti ora era circa una cinquantina d'anni—³⁶ e infine un altro gruppo, che, diverso dall'*antiqua et prisca formula* di garanzia degli ovini

³⁵ E non convince affatto l'asserzione (per tutti Impallomeni 1955, p. 93) che l'errore di Verrio Flacco si spiegherebbe soltanto se a quell'epoca (nel 169) fosse già esistita l'azione giudiziaria: il grammatico augusteo ben poteva avere una percezione non esatta circa le tempistiche di introduzione dell'editto giurisdizionale, secondo quanto rimarca altresì Watson, 1971, p. 82 s. Né si vede perché la mancata contestazione a Verrio Flacco, da parte di Gellio, circa l'inesistenza all'epoca della giurisdizione edilizia, sia prova che essa effettivamente esisteva (così, invece, Impallomeni, 1955, p. 93): a maggior ragione l'erudito del II secolo non aveva idea di quando fosse stato introdotto l'editto giurisdizionale edilizio. La Ortu, 2008, pp. 63-67, riprende le argomentazioni di Impallomeni, obiettando alla critica di Watson che Gellio conosceva bene l'editto (come mostra *N.A.* 4.2) ed essendo la sua un'opera antiquaria avrà compiuto ricerche storiche volte a ricostruire il suo sviluppo cronologico. Va invece obiettato che l'erudito legge la monografia di Celio Sabino sull'editto edilizio (che confronta con un passo in merito del compendio civilistico sabiniano, la sua guida per il mondo del diritto), dove trova tutti i riferimenti alla giurisprudenza repubblicana (quella che lui considera, con l'età augustea, dei *veteres*): di qui a compiere una ricerca personale su quando furono introdotti i rimedi giurisdizionali da parte degli edili ne corre; il riferimento ai *morbi vitiae* compariva anche nell'ordinanza più antica e a Gellio tanto bastava (in *N.A.* 17.6 si è poi in un altro contesto).

³⁶ Sia consentito rinviare per l'argomentazione, anche in tal caso, alla ricerca annunciata sopra nt. 1.

e dalle *actiones* di Manilio, dovrebbe consistere in una raccolta più recente di formulari negoziali, probabilmente riconducibile al primo quarto del I sec. a.C.³⁷ A quest'ultima raccolta dovrebbero risalire i testi delle garanzie prestate per i suini e i bovini, mentre quello degli ovini appartiene testualmente ad un antico formulario e quello dei caprini ai formulari di Manilio. Per quanto concerne invece gli equini (asini, cavalli, muli), i cani guardiani e gli schiavi pastori Varrone fa un rinvio soltanto indiretto ai formulari in uso circa le loro garanzie, di modo che non è dato sapere con certezza a quale raccolta egli pensasse: dal momento tuttavia che il formulario antico e quello di Manilio sono nominativamente indicati, occorre pensare che in tutti gli altri casi il riferimento, anche se soltanto indiretto, corresse a questo più recente formulario, a prescindere dal fatto che quello di Manilio (ma probabilmente anche il più antico) contenesse tutte le formule di garanzie necessarie all'esercizio della pastorizia. Tutte le garanzie in questione sono prestate sotto forma di *sponsio*, conclusa perciò fra cittadini romani (e latini): gli stranieri, in particolare gli italici confinanti con Roma, non ne hanno accesso. Retroagendo di cento anni, a partire dal 67, il formulario a disposizione nel secondo quarto del II sec. a.C. sarebbe stato quello che conteneva anche la *prisca formula* di garanzia della qualità delle pecore, raccolta che dovrebbe collocarsi intorno al 200 o forse anche prima, più in generale nella seconda metà del III secolo. Lo testimonia il fatto che Varrone debba precisare il significato di un termine compreso in tale formulario (*minae*) e che altrove nella sua ricca pubblicistica egli consideri *vetus* un *commentarius* che dovrebbe risalire alla seconda metà del III secolo.³⁸ Quando è attivo il Censore (ma

³⁷ Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di Guglielmo Nocera, Firenze, Sansoni, 1968, p. 165, ritiene invece che nel manuale di Varrone si impieghino i formulari di Manilio e una raccolta più recente, ma la menzione di una *prisca formula* di garanzia relativa agli ovini (quella riportata sopra § II), quando i formulari di Manilio non sono mai qualificati come “antichi” dal Reatino, non dovrebbe fare esitare nell'accedere alla posizione espressa nel testo. Watson, Alan, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1974, p. 140, p. 162 nt. 9, senza considerare all'uopo la *formula antiqua et prisca* (nemmeno in Watson, 1965, p. 66, p. 85 s., p. 90), stima che non si trattasse di una collezione più recente rispetto a quella di Manilio, bensì di correzioni apportate a quest'ultima.

³⁸ Si tratta del *vetus commentarius acquisitionis* impiegato, in un processo capitale, dal questore Sergio (*l. Lat.* 6.91), formulario che viene abitualmente ascripto a questo periodo dalla critica. Nemmeno da trascurare —tuttavia— le argomentazioni tramite le quali Aricò Anselmo, Giuseppina, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, Giappichelli, Dipartimento Iura. Sezione di storia del diritto. Università degli Studi di Palermo, 10, 2012, p. 254, lo anticipa a “non molto dopo il 367”, notando che i *commentarii consulares* e le *tabulae censoriae* menzionate in *l. Lat.* 6.88-92 non sono qualificati da Varrone come “antichi”, sebbene risalenti alla seconda metà del III secolo. Quanto detto finora porta a escludere la tesi che l'antico formulario di garanzia degli ovini risalga alla prima metà del

anche il figlio) era perciò disponibile questa antica raccolta di formulari, che non dovrebbe tuttavia individuarsi con i formulari di Sesto Elio, i quali dovevano concentrarsi sulle formule processuali (e comunque se l'autore ne fosse stato Sesto Elio, Varrone non ne avrebbe mai taciuto il nome, atteso il prestigio di cui ancora godeva, centocinquanta anni dopo, l'autore dei *tripertita*). Sarebbe insensato postulare che tale raccolta in uso nella prima metà del II sec. a.C. non comprendesse il formulario di garanzia che accedeva, in solenne forma verbale, alla *mancipatio* con cui si acquisiva uno schiavo.

Nella prima metà del II sec. a.C., dunque, gli acquirenti romani di schiavi esigevano dagli alienanti la garanzia circa la salute del malcapitato, garanzia che l'alienante, anch'egli cittadino romano (o latino), prestava in solenne forma verbale. Sussisteva pertanto una garanzia convenzionale, rimessa all'autonomia delle parti, che era cura dell'acquirente ottenere dall'alienante. Il formulario di garanzia delle pecore non contempla una penale a carico dell'alienante qualora il capo si rivelasse viziato, né tale pena convenzionale appare nei posteriori formulari di Manilio e in quelli ancora più tardi, che dovevano risalire al primo quarto del I sec. a.C. (se non qualora l'alienante di schiavi non faccia seguire all'accordo traslativo la *mancipatio*, nei termini di una pena del doppio o altrimenti del *simpulum*: Varr. r.r. 2.10.5). Eppure, ancora Catone (Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1) mostra di conoscere la clausola penale, per cui fa specie una simile mancanza di cautela nei formulari in uso. L'assenza in questione non doveva tuttavia rivelarsi esiziale, se è vero (come è stato di recente dimostrato)³⁹ che la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, sicuramente applicabile per tutelare i crediti nascenti da *sponsio*, lo era altresì, quale *legis actio per arbitri postulationem*, per i crediti incerti nel loro ammontare — e tale è, per eccellenza, quello derivante dall'assenza, nel bene trasferito, delle qualità garantite con *sponsio*, quando, come nei formulari in uso negli ultimi due secoli della Repubblica, in essa non fosse liquidato preventivamente il danno —, senza che vi fosse bisogno di un arbitrato da parte di un terzo volto a determinare l'importo di cui chiedere poi il riconoscimento in giudizio.⁴⁰

Il secolo, come ritenuto invece da alcuni studiosi (per tutti, Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* [II sec. a.C. - II sec. d.C.], Milano, Giuffrè, II Università di Roma. Pubblicazioni del Dipartimento di Storia e teoria del diritto, 1, 1995, p. 119).

³⁹ Da parte di Corbino, Alessandro, "La risalenza dell'*emptio-venditio* consensuale e i suoi rapporti con la *mancipatio*", *Iura*, Napoli, 64, 2016, pp. 9-100, part. pp. 22-60.

⁴⁰ Orientata invece in questo senso Carbone, Teresa, "*Hac lege venire oportet*... Alcune riflessioni sui formulari di vendita di Catone", *RDR*, nuova serie, 1-2, 2016-2017, pp. 1-74, part. p. 72 s. (in rete www.ledonline.it)

A fronte di simili prassi commerciali l'intervento dell'autorità non era fondamentalmente necessario perché era cura dei privati tutelarsi autonomamente: se allora ai tempi di Catone gli edili avevano ordinato di rendere noti per aspra forma scritta i difetti degli schiavi posti in vendita al mercato deve ritenersi, da un lato, che l'esigenza di tutela fosse un'altra, e, dall'altro, che un'eventuale sanzione operasse su un altro piano rispetto a quello della sfera privata.

In altri termini l'esigenza che gli edili intendevano soddisfare era quella di tutelare la *pax sociale*, disincentivando comportamenti scorretti, tutte le volte in cui l'acquirente non si fosse fatto garantire circa la salute degli schiavi acquistati ai mercati, evenienza che poteva essere più ricorrente qualora l'acquirente fosse un italico del centro e del sud Italia, al quale era interdetta la *sponsio* e la *mancipatio*. Ordinando la pubblicazione dei vizi dello schiavo posto in vendita, gli edili favorivano la moralizzazione dell'attività di commercio degli schiavi, la quale avrebbe giovato alla *pax sociale* che essi erano chiamati a tutelare in specie nelle contrattazioni ai mercati.

In assenza tuttavia di una tutela negoziale, si spiega come l'ordinanza non contemplasse un'espressa sanzione: ciò indica che gli edili, nei limiti consentiti alla loro discrezionalità, avrebbero comminato una sanzione pecuniaria (nel tetto massimo prima del quale non sarebbe scattato per il sanzionato il diritto di fare appello al popolo) al mercante che avesse ceduto schiavi senza dichiararne i difetti.⁴¹ Certo ciò non avrebbe arrecato un diretto vantaggio all'acquirente, ma gli avrebbe quanto meno dato una soddisfazione morale e avrebbe sfavorito atteggiamenti scorretti da parte dei mercanti. Ai fini dell'applicazione della sanzione doveva essere sufficiente (provata l'esistenza del contratto dai testimoni della *mancipatio*, della cui conclusione si dava forse altresì attestazione di massima scritta) la dimostrazione del vizio: doveva infatti operare una presunzione assoluta nel senso che il *morbus* o *vitium*, in quanto rilevante, preesistesse alla conclusione del contratto e fosse conosciuto dall'alienante (il quale l'avesse dolosamente taciuto). Ciò senza nemmeno decadenze temporali, pur tenendo conto che più ci si fosse allontanati dal periodo di conclusione del contratto più sarebbe stato difficile ottenere dagli edili l'infissione di una multa all'alienante.

Riguardo infine all'arco temporale entro cui si può collocare l'ordinanza edilizia in questione si deve osservare che —ad onta dei dissensi

⁴¹ Si tratta di un'osservazione presente nella critica: v. Impallomeni, 1955, p. 125 (favorevole per l'appunto alla multa, sebbene, con specifico riferimento alla sanzione per l'inosservanza della denuncia dei vizi sul cartello di vendita degli schiavi, Impallomeni, 1955, p. 40 s., p. 105, si esprime a favore dell'azione *redhibitoria*) nonché Watson, 1971, p. 75 nt. 11, il quale preferisce tuttavia discorrere di "un'azione quasi criminale sotto il controllo degli edili".

dottrinali sul punto— le commedie di Plauto non testimoniano, nei loro riferimenti a possibili *redhibitiones* di schiavi malati, né l'esistenza delle azioni giudiziarie né della pena pecuniaria a cui si sarebbe esposto l'alienante infedele, in ambito romano.⁴² Altro conto, come emerge dalle stesse commedie plautine ma soprattutto dalla *Metamorfosi* di Apuleio,⁴³ che nel loro potere di polizia sui mercati, gli edili potessero ordinare la distruzione di merci avariate impropriamente messe in vendita (ma ciò si riferisce ovviamente a beni inanimati).

Stante invece la conoscenza che ne ha Catone (purché il Censore non si riferisca alle garanzie convenzionali della salute dello schiavo e dunque non esponga che l'avere un dito mozzato cozzava contro tale garanzia, come pur resta concepibile), l'ordinanza in questione deve porsi fra il 180 e il 155, più probabilmente fra il 180 e il 170, si dica pure intorno al 175.⁴⁴ Si noti peraltro come questo periodo sia pienamente consentaneo al contesto storico, che vede, subito dopo la sconfitta di Cartagine nel 202, affluire sul mercato romano un'enorme quantità di sventurati provenienti dall'attuale Tunisia, a cui si uniscono, nel cinquantennio successivo, altri malcapitati di origine greca, Grecia in via di assoggettamento al dominio romano nella prima metà del II sec. a.C. In un commercio di schiavi che vedeva, in questa tempeste storica, nella capitale dei conquistatori il suo centro, era naturale che potessero alimentarsi tensioni, tutte le volte in cui l'autonomia privata non

⁴² In modo identico Watson, 1971, p. 82, secondo cui le testimonianze plautine alludono a misure di polizia, nemmeno connesse con l'obbligo di informativa circa i vizi dello schiavo. Rassegna di Plauto in Ortu, 2008, pp. 52-63, la quale conclude invece per l'esistenza dell'azione giudiziaria, alla luce delle commedie plautine.

⁴³ *Apul. met.* 1.24-25.

⁴⁴ V. in generale Watson, 1971, p. 83, il quale lascia tuttavia aperta la possibilità che Catone potesse riferirsi al più recente editto giurisdizionale. La posizione, seppure assai sorvegliata, dello studioso scozzese è comunque quella maggiormente disposta a postdatare l'introduzione dell'editto giurisdizionale (senza dunque farlo retroagire già al periodo di Plauto, al contrario di quanto gli attribuisce la Ortu, 2008, p. 59 nt. 177). Riguardo alla prima versione, non concernente il rimedio a favore dell'acquirente, l'illustre maestro osserva che le commedie plautine non mostrano di conoscere l'ordinanza editale (v. sopra nt. 42), ragione per cui, si aggiunge qui, essa andrebbe situata dopo l'opera del Sarsinate. Va comunque osservato, riguardo all'editto giurisdizionale, che la complessiva posizione di Behrends circa la cronologia della giurisprudenza classica —che lo studioso di Gottinga fa iniziare con Aquilio Gallo, per poi affermarsi con Servio— porta a datare la stessa introduzione del rimedio giurisdizionale, quale azione *in factum* (prodotto della nuova giurisprudenza classica, nella corretta prospettiva dell'autore), a dopo il 75 stesso, si direbbe negli anni 50: v. Behrends, Otto, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in *Scritti italiani*, Napoli, Jovene, Antiqua, 12, 2009, pp. 231-357, part. p. 324 nt. 176.

fosse intervenuta a predisporre una tutela per l'acquirente. Tutela, quest'ultima negoziale, che consisteva come detto nella possibilità di esperire una *legis actio per arbitri postulationem* per ottenere, in via di valutazione equitativa e senza alcuna decadenza temporale, l'*id quod interest* per i difetti manifestati dallo schiavo dopo la cessione e che, in quanto rilevanti, si consideravano preesistenti alla cessione e noti all'alienante.

Questa, dunque, la situazione normativa che si ha intorno al 150 a.C.

La prima attestazione superstite circa l'esistenza dell'azione giudiziaria introdotta dagli edili compare invece un secolo dopo, precisamente nel 44, da parte di Cicerone, nei testi del *de officiis* sopra riportati. Si dichiara espressamente che l'acquirente ha diritto di restituire lo schiavo qualora l'alienante non dichiari i vizi attinenti alla salute e alle pregresse fughe dello schiavo, in maniera perfettamente corrispondente al testo editale che Ulpiano mutua da Celio Sabino.

L'Arpinate omette la tendenza al vagabondaggio (che probabilmente egli assorbiva nell'essere proclive alle fughe) e la garanzia contro i pregressi danni, non ancora riparati, commessi dallo schiavo: da questo punto di vista è più completo Varrone, quando attesta che, nel trasferimento degli schiavi, l'acquirente si fa garantire circa l'assenza di responsabilità per pregressi danni e furti; in ogni caso il secondo aspetto è una specie del primo, dunque si comprende come l'editto edilizio faccia riferimento, quale *genus*, soltanto alle *noxae*. La prassi contrattuale si può supporre ricalcata sull'obbligo editale di dichiarazione a carico dell'alienante (a parte l'impiego, all'ablativo, del singolare *noxa* nell'editto edilizio e del plurale *noxae* in Varrone [r.r. 2.10.5], irrilevante): lo fa comprendere il fatto che, nel settore parallelo degli animali, il cui editto edilizio non esige la dichiarazione circa l'esistenza di eventuali danni pregressi cagionati dall'animale non ancora riparati (v. oltre), la prassi contrattuale testimoniata ancora una volta nel *de re rustica*, con particolare riferimento a bovini, equini e suini (v. sopra § II), non richiede la garanzia circa la *solutio noxa* della *pecus* (al contrario di quanto accade per gli schiavi) bensì il *praestare noxis*,⁴⁵ senza che interessi qui approfondire la portata pratica della differenza.

In linea molto generale si può pertanto osservare come l'azione giudiziaria per la restituzione dello schiavo affetto da vizi fosse stata introdotta fra il 150 e il 50 a.C., ma è evidente come non ci si possa accontentare di una

⁴⁵ La quale lascia infatti perplessa parte della dottrina, che integra i formulari relativi alla garanzia convenzionale per i *pecudes* con il riferimento alla *solutio*, sì da avere *noxis solutas* (le scrofe) o *solutos* (i buoi) *praestari*: in tal senso, particolarmente, Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, c. 589.

determinazione temporale così generica. Si deve invece approssimare maggiormente l'arco cronologico durante il quale gli edili curuli sostituirono alla multa che essi, nella loro discrezionalità, infliggevano all'alienante infedele (la quale tuttavia restava a fronte di vizi palesati oralmente, ma non previamente dichiarati nel cartello) un'azione giudiziaria a favore dell'acquirente.

In primo luogo, va sottolineato come, trattandosi di un'azione magistratuale (*iudicium dabimus*) piuttosto che prevista dalla legge, l'azione in questione si celebrava nelle forme del nuovo processo privato fondato sull'*imperium* magistratuale.

Essa era perciò posteriore alla *lex Aebutia* perché qui si assume che fu possibile celebrare le liti fra cittadini romani secondo il rito magistratuale (diverso dalle *legis actiones*) solamente dopo che la *lex Aebutia* autorizzò la cosa, in alternativa allo svolgimento delle contese fra *cives* secondo il rito legale. Approfondire il punto —già peraltro acquisito al patrimonio degli studi, sebbene oggi in minoranza— è qui impossibile: si deve rinviare ad una ricerca, di imminente pubblicazione, relativa ai tre giuristi, che, secondo Pomponio (*l.s. ench. D. 1.2.2.39*), fondarono il *ius civile*, dove si discute il punto (v. sopra nt. 1). Parimenti in quella sede si vedrà come, delle varie datazioni proposte in letteratura circa la *lex Aebutia* —tutte comunque generalmente comprese fra il 150 e il 100—, quella del 118 risulti maggiormente attendibile, anche alla luce di recenti scoperte archeologiche.

Si può così scendere, in prima battuta, al 118, come termine *a quo*, e datare l'azione edilizia fra il 118 e il 45.

È tuttavia possibile essere più precisi, arrivando a datare l'introduzione dell'azione edilizia fra l'80 e il 70 (così come la prima ordinanza edilizia doveva come detto risalire fra il 180 e il 170, se non va postdatata di circa 50/70 anni).

Taluno potrebbe obiettare che l'azione per la restituzione dello schiavo deve essere posteriore al 67 perché nel manuale per la conduzione dell'impresa di allevamento del bestiame, ambientato in quell'anno, Varrone non ne fa alcun cenno. Il silenzio dei protagonisti del *de re rustica* non è tuttavia indicativo perché essi si occupano solamente dell'aspetto fisiologico delle contrattazioni e in particolare della prestazione di garanzia circa la salute dei capi di bestiame e dei pastori (cani e schiavi): il profilo patologico, di come l'acquirente possa cioè reagire, qualora lo schiavo non risulti sano, non è oggetto di trattazione nel *de re rustica*, se non per l'aspetto traslativo del bene (v. Varr. *r.r. 2.2.6*), che qui non interessa.

Importa piuttosto che, relativamente alla garanzia circa la salute degli schiavi, Varrone precisa che essa è solita prestarsi, non che essa si deve pre-

stare: in altri termini l'attestazione del Reatino conferma da un altro aspetto quanto già emerge dal testo edittale, vale a dire che mai gli edili imposero la prestazione di garanzie, la cui conclusione fu sempre rimessa all'autonomia privata. Quello che gli edili fecero —in un periodo posteriore all'introduzione (fra il 44 e l'opera di Labeone, come si vedrà) dell'*actio aestimatoria*, volta alla riduzione del prezzo— è concedere, entro due mesi dall'accordo di trasferimento, l'azione volta alla restituzione dello schiavo, entro sei quella per la riduzione del prezzo (ciò che fa per l'appunto datare tale rimedio posteriormente all'introduzione generale dell'*actio aestimatoria*, a situarlo forse alla fine dell'età augustea, o immediatamente dopo),⁴⁶ qualora l'alienante si rifiutasse di prestare le garanzie convenzionali relative alla sua salute, il che corre su un piano nettamente distinto.

Visto dunque perché il *de re rustica* di Varrone non provi nel senso dell'inesistenza dell'*actio redhibitoria* nel 67, va precisato perché la si ritiene qui introdotta dagli edili fra l'80 e il 70.

In proposito occorre richiamare il testo della formula, in quello che doveva essere per l'appunto il suo tenore originario:

Sia giudice Caio Aquilio. Se risulta che lo schiavo di cui si tratta, che Aulo Agerio ha acquistato da Numerio Negidio, aveva una malattia che Numerio Negidio non ha dichiarato in contrasto con l'editto dei tali edili, qualora, in conformità alla valutazione arbitrale del giudice Caio Aquilio, a Numerio Negidio sia restituito lo schiavo ma egli non restituisca la somma di denaro pagata per quello schiavo, il giudice Caio Aquilio condanni Numerio Negidio a pagare ad Aulo Agerio una somma di denaro pari al valore che avrà la cosa; se non risulta, lo assolva.⁴⁷

Evidente la natura *in factum* dell'azione, come infatti la dottrina riconosce pacificamente. Un'azione che si fonda sull'*imperium* degli edili curu-

⁴⁶ È poi una lettura congiunta di Gai. 1 *aed. cur.* D. 21.1.28 nonché Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.10, a suggerire che la *redhibitoria* e l'*aestimatoria* concesse dagli edili in caso di rifiuto, da parte dell'alienante, di garantire pattizamente la qualità di quanto alienato, riguardassero testualmente gli schiavi, ma fossero state in seguito estese in via dottrinale agli *iumenta* (almeno la *redhibitoria* perché dell'*aestimatoria* semestrale, qualora l'alienante non avesse voluto garantire le qualità degli *iumenta*, Ulpiano, per vero, non parla).

⁴⁷ C. *Aquilus iudex esto. Si paret homini quo de agitur quem A. Agerius de N. Negidio emit morbi quid fuisse quod N. Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit, tum si arbitratu C. Aquilii iudicis is homo N. Negidio redhibebitur et quanta pecunia pro eo homine soluta non reddetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvido.* La formula, con gli adattamenti onde ricondurla al presumibile tenore originario, è tratta da Mantovani, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, New Press, 1992, p. 100 s. Rimane il dubbio circa la condanna, al *simpulum* (come nel testo) o al *duplum* (come forse doveva piuttosto essere), di cui si dirà oltre.

li.⁴⁸ Azione *in factum* era altresì quella a tutela del comodato (prima che venisse riconosciuta anche un'azione *in ius* di buona fede, che qui non rileva): ebbene è decisivo il fatto che, in un caso che integrava sicuramente il prestito di un cavallo (dunque un comodato), il giurista Quinto Mucio (morto nell'82 a.C.) qualificava l'uso del bene prestato fuori dai limiti pattuiti come un furto (v. Gell. *N.A.* 6.15). Quinto Mucio reprimeva pertanto l'abuso con l'*actio furti* piuttosto che l'*actio commodati*, che egli mostra più in generale di ignorare,⁴⁹ alla stregua del resto di qualsiasi azione *in factum*.⁵⁰

Ciò permette di concludere che le azioni *in factum*, quelle basate cioè sulla totale discrezionalità del magistrato, senza un modello legislativo cui rifarsi (seppure con gli opportuni adattamenti, come nelle *actiones ficticiae* e *utiles*), nacquero dopo la pubblicazione, intorno all'86, del trattato civilistico muciano, dove esse non trovano spazio. Si supponga pure che esse ebbero origine subito dopo la restaurazione sillana dell'81, che aveva comunque comportato un certo appianamento delle tensioni sociali, favorevole ad una più serena esplicazione dell'attività giurisdizionale da parte del pretore. Si noti che individuare questo periodo —gli anni 70 del I sec. a.C.—, come decennio in cui i magistrati introdussero le azioni *in factum*, spiega bene il significato —altrimenti oscuro— della *lex Cornelia de edictis* del 67: quella legge impose infatti ai pretori di *dicere ius*, d'ora in avanti, *ex edictis suis*; il che implica che la disposizione impose ai pretori di prevedere e pubblicare, in via generale e astratta, i mezzi di tutela che essi avrebbero concesso, proprio per evitare che la totale discrezionalità che presiedeva alla concessione di *actiones in factum* si tramutasse in *arbitrium*. In altri termini il legislatore intendeva eliminare la situazione in atto, quella per cui i pretori accordavano tutela giudiziaria, sulla base dei fatti esposti dall'attore, per così dire *una tantum*, con valenza cioè singola e concreta, senza generalizzare la concessione dell'azione tramite la sua inserzione nell'editto. Tutte le volte in cui volessero invece accordare un'*actio in factum* i pretori dovevano, ai sensi della *lex Cornelia*, inserirla nel loro editto, dunque farla nota per iscritto e così generalizzarla, rendendola valevole per tutti gli identici casi che si fossero verificati in futuro (almeno durante il loro anno di carica): appunto a ciò sarebbe stata

⁴⁸ Il quale —al di là dei notori dubbi di una parte della dottrina— va loro riconosciuto, in quanto è ciò che gli consente di *reddere ius* in ambito urbano. La *iurisdictio* senza *imperium* è propria solamente dei magistrati romani locali.

⁴⁹ Come rende chiaro un'interpretazione complessiva dei frammenti in tema, per la quale sia permesso rimandare allo studio annunciato sopra nt. 1.

⁵⁰ E v. infatti, sinotticamente, il contenuto tradito dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio nella palinogenesi di Stolfi, Emanuele (*et alii*), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, "L'Erma" di Bretschneider, *Scriptores iuris Romani* (dir. Schiavone, Aldo), 1, 2018, pp. 120-159.

preordinata la clausola edittale, quella cioè che prometteva tutela relativamente alle *actiones in factum*. Non importava che essa fosse prevista nell'editto pubblicato all'entrata in servizio del magistrato giudicante, potendo risultare anche da un'integrazione di quest'ultimo in corso di carica, ma appunto la concessione dell'*actio in factum* non poteva rimanere confinata al caso singolo e concreto perché ciò rischiava di compromettere la certezza del diritto, rendendo la sua applicazione giudiziaria arbitraria e imprevedibile.⁵¹

Si può peraltro supporre, con qualche fondamento, che gli edili curuli si fossero ispirati all'esempio dato dai pretori urbani e dunque che la loro concessione di tutela giudiziaria volta alla restituzione dello schiavo non sia da situare immediatamente a ridosso dell'80, quanto piuttosto più vicino al 70, si dica pure, per comodità, intorno al 75.

L'azione giudiziaria è tuttavia concessa, nell'editto, anche per qualità dello schiavo, assicurate o promesse formalmente, e poi rivelatesi inesistenti. Nel testo edittale *dicta* o *promissa*, dove il primo termine secondo Ulpiano (1 *aed. cur. D. 21.1.19.2*) allude ad un'assicurazione informale (fondamentalmente assunta in sede dell'aformale compravendita), mentre, nell'intenzione degli edili, si riferiva piuttosto alle dichiarazioni solenni, all'atto della *mancipatio* dello schiavo, del *mancipio dans* (le quali ben potevano inserirsi nell'ambito dell'amplissima libertà negoziale riconosciuta da Tab. 6.1 ai contraenti della *mancipatio*): i *promissa* sono evidentemente le qualità fatte oggetto di apposita promessa verbale.

Sul punto occorre bene intendersi: i *dicta* o i *promissa* non sono, al contrario di quanto spesso si ritiene,⁵² qualità positive dello schiavo, diverse dall'assenza, in negativo, dei *morbi* e *vitia* da dichiarare in forza del comando edilizio. Labeone (come citato in Pomp. 17 *epist. D. 21.1.64*), proprio per il periodo d'origine qui rilevante, mostra che la promessa formale circa le qualità dello schiavo coincide totalmente con la garanzia relativa alla sua

⁵¹ Per quanto concerne la *denegatio actionis* si dovrebbe invece stimare che restasse decisiva la considerazione volta per volta, senza che essa — deliberata per un caso concreto — dovesse essere generalizzata tramite la pubblicazione, depurata dai riferimenti singoli e concreti, nell'editto. Il che, lo si vedrà subito, potrebbe spiegare perché non sia attestato nell'editto *de mancipiis* il termine semestrale di decadenza dell'azione (negata dal pretore in caso di scadenza del termine).

⁵² Per tutti, da parte della Donadio, 2007, pp. 489-494, part. p. 493 nonché Donadio, 2010, pp. 1-150, part. p. 74 s., p. 119 s. Gli scritti dell'autrice (in bibliografia si sono citati quelli maggiormente rilevanti per il problema in esame, ma in quello più recente, del 2010, sono ricordati i lavori che la studiosa ha accumulato a partire dal 2004 in merito alla tutela dell'acquirente) rappresentano la discussione complessiva più aggiornata, nella dottrina romanistica, sulle azioni a disposizione dell'acquirente, ma, invero, essi non brillano per particolare chiarezza e padronanza della materia.

salute di cui parlano Varrone e soprattutto i formulari da lui direttamente citati (seppure, questi ultimi, concernenti gli animali), vale a dire con le garanzie convenzionalmente prestate dall'alienante (garanzia del *sanum esse* dello schiavo —afferma il giurista augusteo, in perfetta corrispondenza con Varr. *r.r.* 2.10.5—, la quale fa scattare, in caso contrario, la responsabilità *adversum dictum promissum*): la garanzia pattizia di salute è la faccia, in positivo, della medaglia, di cui l'assenza di malattia è l'altro lato, quello negativo. Che i *dicta promissave* già operassero convenzionalmente è poi fatto esplicito dal riferimento del testo edittale al fatto che essi avessero creato un *praestari oportere*, dunque un'obbligazione civilistica (in specie di garanzia, quale responsabilità per un fatto altrui, qui rappresentato dalle asserite qualità dello schiavo alienato, secondo la genesi dell'obbligazione di *praestari* di cui si avrà modo di dire nella ricerca già richiamata sopra nt. 1).

L'azione redibitoria fu dunque estesa d'imperio al campo delle garanzie pattizie:⁵³ l'obiettivo pratico a cui miravano gli edili era quello di consentire la restituzione delle prestazioni —e così di fatto lo scioglimento del contratto— anche qualora vi fossero garanzie convenzionali (l'inadempimento delle quali esponeva, in base alla *sponsio*, al risarcimento del danno, ma senza comportare alcun diritto alla restituzione dello schiavo e al rimborso del corrispettivo versato: v. oltre § III.IV): ciò ovviamente mediante un cumulo dei due rimedi (v. ancora oltre § III.IV).⁵⁴

In altri termini ciò lascia intendere che anche la protezione giurisdizionale (così come la precedente multa edilizia agli alienanti) fu originariamente approntata per i casi in cui mancassero le garanzie convenzionali. Poiché però la responsabilità edilizia per i *morbi* e *vitia* non dichiarati aveva un campo applicativo sostanzialmente identico alla garanzia pattizia circa

⁵³ Analogamente Arangio-Ruiz, 1954, p. 366 s.: "...gli edili hanno rivestito di nuova e più efficace protezione situazioni che erano già altrimenti protette". Qui si ritiene che esse fossero quelle delle garanzie verbali *a latere* del negozio traslativo, mentre, se non formalizzate (a margine di un'aformale compravendita), la tutela convenzionale non sussisteva, al contrario di quanto ritiene l'autore, se si accede all'interpretazione dei brani di Cicerone di cui si è sopra detto (e v., analogamente a quanto qui asserito, la letteratura citata da Arangio-Ruiz, 1954, p. 366 nt. 2). Per vero non doveva sussistere nemmeno la protezione edilizia, in forza dei *dicta promissave*, se i primi erano intesi dai magistrati come le dichiarazioni solenni fatte dal mancipante nella *mancipatio* dello schiavo, secondo quanto detto appena sopra nel testo. Appunto ciò non fa cadere in contraddizione con il requisito edilizio medesimo, che la situazione avesse cioè già dato luogo ad un'obbligazione civilistica: gli edili pensavano infatti alle obbligazioni assunte dal *mancipio dans* nella *mancipatio* dello schiavo.

⁵⁴ E si può subito osservare —ma v. più ampiamente oltre § III.IV— la confusione in cui incorre la Donadio, 2010, pp. 84-149, la quale non tiene conto che le garanzie contrattuali erano costantemente assunte con solenne forma verbale.

la *sanitas* del *mancipium* —evidente, infatti, che assicurare che uno schiavo era sano equivaleva a dichiarare che non era affetto da malattie (e nemmeno da *vitia*)— si pose presto il problema se alla tutela pattizia si potesse affiancare o meno quella edilizia: i magistrati risposero positivamente, con l’editto in questione; delle modalità del concorso, che ne scaturivano, si dirà più in dettaglio oltre § III.IV.

La previsione, nell’editto giurisdizionale sui *mancipia*, della tutela per i *dicta promissave* è dunque ragionevolmente posteriore, piuttosto che coeva, alla concessione dell’azione redibitoria per la mancata dichiarazione dei vizi.⁵⁵ La posteriorità è implicitamente confermata dal *de officiis* di Cicerone, dove l’Arpinate non menziona la responsabilità edilizia per i *dicta promissave*, in un contesto in cui sarebbe stato invece naturale ricordarla. Da ciò è quanto meno plausibile concludere che l’estensione dell’*actio redhibitoria* alla mancanza di qualità promesse fosse stata successiva al 44, situandosi probabilmente agli esordi dell’età augustea.⁵⁶ Detta responsabilità non è per inciso prevista nell’editto concernente gli *iumenta* di cui subito si dice, ma l’applicazione ad esso in via analogica è postulata da Ulpiano (2 *aed. cur.* D. 21.1.38.10), senz’altro sulla scorta di un consolidato indirizzo, che anche in tal caso doveva essere stato inaugurato da Labeone.⁵⁷

Questo è il processo genetico della tutela legale dell’acquirente (di schiavi) nel diritto romano: infatti le previsioni dell’editto posteriori alla concessione dell’azione sono evidentemente fattispecie aggiunte in un secondo momento, che si susseguono anzi in ordine cronologico discendente. Esse si potranno situare tutte nella prima età imperiale —come detto fino a Celio Sabino, intorno al 70—, si dica pure nell’età giulio-claudia.⁵⁸

⁵⁵ L’inserzione in un secondo momento della tutela per i *dicta promissave* rispetto all’introduzione dell’azione redibitoria è un dato sostanzialmente acquisito nella produzione scientifica: bastino, per tutti, Impallomeni, 1955, *passim*, part. p. 26, p. 100, p. 105 nonché Donadio, 2007, p. 489.

⁵⁶ Preferisce non dare specificazioni temporali Impallomeni, 1955, p. 26, p. 100 (soltanto “relativamente tardi”). *Idem* la Donadio, 2007, p. 489 (“da tempo” prima che ne occupasse Labeone), che muta però opportunamente avviso in Donadio, 2010, p. 5 nt. 9 (“poco prima di Labeone”).

⁵⁷ Dalla “giurisprudenza classica”, troppo genericamente, secondo Impallomeni, 1996, p. 76. *Idem* per la Donadio, 2010, p. 1 nt. 1 (“i giuristi classici”).

⁵⁸ Affatto diverso il pensiero della Donadio, 2010, p. 39 e nt. 45. Pur non attardandosi su problemi d’origine, l’autrice ritiene che il nucleo essenziale della tutela edilizia, invece che situarsi in epoca augustea come qui sostenuto, sia anteriore e risalga alla metà del I sec. a.C. La studiosa si rifà alle prime citazioni di opinioni sul punto, di Servio Sulpicio, Trebazio Testa e Aufo Ofilio (ella non cita Catone, ma probabilmente perché si concentra per l’appunto sulla metà del I sec. a.C.: il testo del Censore è ricordato in Donadio, 2007, p. 461 nt. 8), le quali confermano tuttavia lo sviluppo storico qui tracciato, che data l’editto giurisdizionale

E tuttavia la protezione d'ufficio, grazie agli edili, non si arresta qui, dal momento che si è riportato altresì il testo dell'editto relativo ai *iumenta*.

Rispetto all'editto giurisdizionale sugli schiavi quello sui *iumenta* contiene notevoli novità.

Esse consistono nel porre un termine di decadenza all'azione e nel contemplare un nuovo tipo di azione, anch'essa soggetta a decadenza temporale.

Si può qui tralasciare la tutela per il caso in cui il *iumentum* sia consegnato senza i paramenti con cui era stato posto in vendita (il che legittima alla restituzione dello stesso entro due mesi), fattispecie concettualmente meno interessante (seppure prevista *ab origine* dagli edili, segno che la scorrettezza avveniva con una certa frequenza): allo stesso modo per l'ipotesi particolare della cessione di una coppia di giumenti, di cui uno si rivela viziato, il che legittima alla restituzione di entrambi; tale fattispecie, posta in chiusura dell'editto, ha infatti tutta l'aria di essere stata aggiunta successivamente dagli edili.

La tutela scatta qualora i *iumenta* presentino *morbi* e *vitia*, che non siano stati dichiarati dall'alienante all'atto del trasferimento, come invece avrebbe avuto l'obbligo di fare. Esclusa ovviamente la rilevanza della tendenza alla fuga o al girovagare, per gli edili non rileva la mancata dichiarazione di danni pregressi causati dall'animale e non ancora riparati, al contrario che per gli schiavi.

Confrontando la tutela legale approntata dagli edili —dei cui termini si dirà subito— con quella convenzionale in uso nel 67, come tramanda-

sugli schiavi intorno al 75 (con l'estensione della tutela pubblica alle garanzie convenzionali fra Cicerone e Labeone) e quello sui *iumenta*, come subito si vedrà, sempre fra Cicerone e Labeone, si dica pure, come per i *dicta promissave*, agli esordi dell'età augustea (con successiva estensione al trasferimento di schiavi del termine dell'azione redibitoria e dell'azione *quanti minoris* «tout court» prevista per i *iumenta* nonché della tutela magistratuale delle garanzie pattizie relative agli schiavi ai *iumenta*, innescata dal commento all'editto edilizio di Labeone): Servio e Trebazio alludono a vizi dello schiavo, dunque *nulla quaestio*; Ofilio (come citato da Ulp. 1 *aed. cur. D.* 21.1.8, 10pr., 17pr. e Ulp. 2 *aed. cur. D.* 21.1.38.7: fonte è la monografia di Celio Sabino, come *per tabulas* nell'ultimo brano) anche a quelli del cavallo, ma ciò non crea problemi particolari, perché il giurista tardo repubblicano ben poteva riferirsi ad infrazioni delle abituali garanzie pattizie, testimoniate nello stesso periodo nel *de re rustica* di Varrone (peraltro se lo scritto in merito di Ofilio andasse collocato negli anni 30, come ben possibile, esso potrebbe parimenti riferirsi al neo nato editto giurisdizionale). Non si dimentichi che Trebazio ed Ofilio sono al loro apice dopo il 50 (Servio già qualche anno prima, ma ciò non sposta la sostanza delle cose): il fatto in altri termini decisivo è che nessuna presa di posizione di Quinto Mucio in merito è stata testimoniata. Certo, ciò può dipendere dalla selezione giustiniana, ma i commissari escerpirono materiale abbondante relativo alle azioni edilizie e la stessa sopravvivenza di un brano importante come Gell. *N.A.* 4.2, tratto dalla monografia di Celio Sabino, senza alcuna citazione ivi di Quinto Mucio, conferma quanto qui prospettato.

ta dai formulari direttamente o indirettamente riportati da Varrone, per gli equini si può osservare (assente la menzione di un formulario diretto) come si attesti l'abitudine (non l'obbligo, a conferma di quanto detto sopra circa l'assenza di una tale imposizione da parte degli edili) di garantire, da parte dell'alienante, la loro salute e che si risponderà per i loro danni (*noxis praestari*). Relativamente ai bovini, si distingue a seconda se siano addomesticati o meno: qualora siano selvaggi alla consueta garanzia di salute e all'assunzione di responsabilità per i danni da essi causati (*noxis praestari*) si aggiunge l'assicurazione della provenienza del capo da una mandria sana. I macellai preferiscono, nell'acquisto del bovino, seguire i formulari di Manilio piuttosto che la raccolta più recente (risalente agli anni 70 del I secolo) adottata invece dagli allevatori: tali formulari di garanzia relativi ai bovini sono un po' più lunghi di quelli più nuovi, ma nel caso particolare —di un certo rilievo pratico— dell'acquisto del bovino a fini culturali non accede alcuna stipulazione di garanzia, in quanto il capo è destinato alla macellazione rituale. Infine, relativamente a ovini, caprini, suini e cani, gli acquirenti chiedevano la garanzia per evizione (che qui non interessa e di cui Varrone omette la menzione riguardo ai cani guardiani, probabilmente per una mera dimenticanza), con queste peculiarità: nel formulario più antico (ancora in uso per l'acquisto degli ovini) e in quello di Manilio (che si impiegava nell'acquisto delle capre) si indicavano difetti tipici la cui presenza escludere, mentre in quello più recente si faceva una generica assicurazione circa la salute dell'animale acquistato (tanto che alcuni aggiungevano difetti tipici di cui assicurare l'esenzione o, meglio, l'assolvimento); costante la richiesta di assicurazioni circa la salute del gregge o della mandria da cui il capo proveniva (non rilevante per i cani, salvo forse che il quadrupede non facesse parte di un branco). L'assunzione di responsabilità per i danni cagionati dalla *pecus* (*noxis praestari*) ricorreva soltanto nel formulario più recente degli anni 70 del I secolo, essendo ignota nel III secolo e ancora sconosciuta a Manilio, quale deroga al principio del *noxae caput sequitur*: essa derivava dall'innovativa opinione espressa da Publio Mucio in occasione del perimento della dote della nipote Licinia, come si avrà modo di verificare nella ricerca menzionata sopra nt. 1. Riguardo tuttavia alla richiesta di garanzie circa la salute dei caprini Varrone attesta che la prassi è orientata in deroga rispetto a quanto altrimenti abituale perché nessuna persona sana di mente garantisce la salute delle capre, costantemente febbricitanti (hanno infatti un'alta temperatura corporea, di circa 39/40 gradi). Al riguardo cita (appunto perché d'uso comune nella prassi?) il formulario di garanzia relativo alle capre steso da Manilio, il quale fa un generico riferimento alla loro

salute nel momento in cui avviene la loro consegna (*hodie*), che si sostanzia in un più dettagliato riferimento alla loro capacità di abbeverarsi. Questa precisazione temporale è da collegare all'abituale assenza di garanzia circa la salute dei caprini appena attestata da Varrone e consente di comprendere l'atteggiarsi fondamentale della tutela dell'acquirenti per i vizi materiali del bene acquistato nel diritto romano: l'acquirente risponde infatti dei difetti manifestati successivamente, che, onde assurgere al grado di rilevanza, si considerano già esistenti al momento della consegna e noti all'alienante e, proprio per questo, dovranno in seguito manifestarsi entro un termine perentorio (sei mesi o al massimo un anno dall'accordo di trasferimento). Poiché invece nessuna persona accorta si farebbe garante della salute delle capre, in quanto esse si manifesterebbero subito febbricitanti, l'alienante si limita ad assicurare il loro buono stato al momento della loro *traditio* (*hodie*), dimostrato dalla capacità di abbeverarsi, in modo che l'acquirente non possa lamentare successive infiammazioni delle capre, ma soltanto vizi che si potessero ritenere preesistenti alla cessione (si pensi alla sordità), in quanto non fossero riconoscibili.

Varrone si concentra come detto sul profilo fisiologico, ragione per cui il fatto che egli non citi la tutela edilizia, qualora il capo si rivelasse non sano, è anodino.

Rileva piuttosto, onde datare l'introduzione delle due azioni edilizie di cui subito si dirà, il fatto che nel *de officiis* Cicerone non ve ne faccia alcun cenno, anche in questo caso in un contesto —il discorso circa la liceità o quanto meno la moralità di certe reticenze nel condurre gli affari quotidiani— in cui se il *ius civile* avesse imposto qualcosa, pena sanzioni per l'alienante, l'Arpinate sarebbe stato naturalmente portato a precisarlo (e il commercio di *iumenta* era comunque diffusissimo all'epoca, sicché non lo si poteva relegare ai margini).

È pertanto plausibile datare questo editto dopo il 44 a.C. e immaginarne la pubblicazione prima dell'intensa attività esegetica di Labeone sull'editto edilizio,⁵⁹ che diede al giurista augusteo l'ennesima occasione per esercitare la sua famigerata estrosità.

Infatti quanto concessero gli edili in presenza di *morbi* e vitia degli *iumenta* non dichiarati era un'azione per la loro restituzione entro sei mesi (che

⁵⁹ Così, per tutti, Impallomeni 1955, p. 106 s. ("posteriormente a Cicerone ed anteriormente o contemporaneamente a Labeone"). *Contra*, ancora una volta a titolo esemplificativo, Parlamento, 2003, p. 4, secondo la quale anche l'editto sui *iumenta* era già stato pubblicato ai tempi di Cicerone, anzi già nell'anno di ambientazione del *de re rustica* (Parlamento, 2003, p. 5, la quale fa tuttavia salva l'alternativa possibilità che l'editto sui *iumenta* non fosse stato ancora diffuso nel 67).

secondo Ulpiano —1 *aed. cur.* D. 21.1.19.6— decorre dal contratto o dalla promessa della determinata qualità, poi rivelatasi insussistente: forse però il giurista severiano intendeva alludere alla loro effettiva consegna, qualora questa fosse differita rispetto all'accordo di trasferimento).⁶⁰

Ma, oltre al termine di decadenza dell'azione, gli edili introdussero una nuova azione, limitata alla riduzione del corrispettivo versato per l'acquisto, e soggetta al termine di decadenza annuale (azione *aestimatoria* e *quanto/ quanti minoris*), che faceva salvo per il resto il funzionamento del contratto.

Quanto fece Labeone fu proporre di estendere sia la nuova azione (con relativo termine di decadenza) sia il termine semestrale per l'azione *redhibitoria* all'editto concernente gli schiavi: per quanto concerne l'estensione dell'*actio quanti minoris* ai *mancipia*,⁶¹ la proposta di Labeone (v. Paul. 11 *Sab.* D. 21.1.47pr., dove si menziona un'opinione —la prima, in ordine cronologico, ad essere stata trasmessa— di Labeone relativa all'*actio aestimatoria* concernente gli schiavi) dovette trovare un riconoscimento ufficiale, se è vero che la concessione dell'*actio in factum* doveva essere preceduta da una clausola editale, generale e astratta (clausola che doveva essere posta in calce all'editto sui *mancipia*, ma che Ulpiano non riporta nel suo commento all'editto edilizio, con una lacuna che rappresenta una croce irrisolta);⁶² per quel che riguarda invece l'estensione del termine semestrale di decadenza dell'*actio redhibitoria* —originariamente prevista per i *iumenta*— agli schiavi mancano riferimenti a Labeone, ma lo svolgimento storico della tutela edilizia, globalmente considerato, porta a ravvisare nel giurista augusteo l'autore dell'innovazione, che Ulpiano (1 *aed. cur.* D. 21.1.19.6) mostra di dare per acquisita, anche in tal caso, ad avviso della dottrina dominante, perché prevista nell'editto,⁶³ originariamente oppure a seguito di integrazione dello

⁶⁰ Il punto è naturalmente discusso e, anzi, si tende per lo più a negare la possibilità di spostare il *dies a quo* ravvisata nel testo: v. Impallomeni, 1955, p. 227 e nt. 1.

⁶¹ Vi è chi ha ritenuto che la *quanto minoris* fosse stata sì estesa in via dottrinale agli schiavi, ma che, sull'esempio della prassi, ispirata dai giuristi, gli edili ne abbiano poi dato sanzione ufficiale soltanto nell'ordinanza relativa ai *iumenta*: tesi dubbia (e v. le giuste perplessità in merito di Arangio-Ruiz, 1954, p. 391).

⁶² La dottrina ritiene abitualmente posteriore l'*actio aestimatoria* per i *mancipia* rispetto a quella sui *iumenta*. Si veda la discussione in Impallomeni, 1955, pp. 194-201, il quale stima invece l'*aestimatoria* introdotta prima nell'editto sugli schiavi (forse anche in epoca ciceroniana) e poi in quello, posteriore, sui *mancipia*. Ampia trattazione anche in Arangio-Ruiz, 1954, pp. 380-392, il quale conclude a favore dell'inserzione dell'azione nell'editto sui *mancipia* (tratta da quello, posteriore, sui *iumenta*), per qualche oscuro motivo assente nella versione che, tramite Ulpiano, ne tramanda il Digesto.

⁶³ Così, per tutti, Arangio-Ruiz, 1954, p. 363, il quale pensa ad un'omissione da parte del copista del termine semestrale, che sarebbe comparso nel testo appena prima di *iudicium dabimus* (quindi nella sua stessa fattura originaria?).

stesso dopo la pubblicazione di quello concernente i *iumenta* (l'assenza di riferimenti alla scadenza semestrale dell'azione redibitoria nell'editto *de mancipiis* potrebbe invece spiegarsi supponendo che la recezione della dottrina del giurista augusteo avvenisse nella prassi processuale tramite la *denegatio actionis*, qualora *in iure, causa cognita*, si accertasse che erano già trascorsi sei mesi dalla *mancipatio* dello schiavo).

Come ultimo aspetto della tutela legale —nella sua fase genetica— qui rilevante, si può richiamare l'azione introdotta per tempo (in età augustea? già prima?) dagli edili relativamente ad un caso che dovette subito appalesarsi come non raro: quello cioè in cui l'alienante riprendesse lo schiavo o il *iumentum* alienato, a fronte delle rimostranze dell'acquirente a causa dei difetti manifestati dal bene, ma poi si rifiutasse di restituire il corrispettivo per la cessione; in tal caso gli edili accordano un'azione, naturalmente *in factum*,⁶⁴ per il recupero del corrispettivo, che Ulpiano (l'unica fonte al riguardo) riferisce unicamente agli schiavi (1 *aed. cur.* D. 21.1.31.17-19), ma che ben poteva essere stata compresa anche nell'editto sui *iumenta*, senza che ne sia rimasta traccia.

2. Individuazione dei beni originariamente rilevanti

Il testo edittale comprende gli schiavi e gli *iumenta*: queste sono le categorie di beni, animati, che gli edili prendono in considerazione, senz'altro per il loro maggiore valore economico rispetto agli altri beni (derrate alimentari, *in primis*) venduti abitualmente nei mercati il cui andamento essi erano chiamati a sorvegliare.

Per quanto concerne l'esatta identificazione degli *iumenta*, provvidero con una postilla all'editto (*elogium*) gli stessi edili a precisarne il campo semantico, a fronte di dubbi sorti nella prassi, concernenti soprattutto l'aspetto se fra gli *iumenta*, oltre ovviamente gli equini (a cui il sostantivo direttamente si riferisce), fossero compresi o meno i bovini. Gli edili risposero positivamente al dubbio,⁶⁵ precisando in generale come nell'editto dovesse ritenersi compresi tutti i *pecudes*, ogni *pecus* (v. Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.4-6). Ebbene il confronto con il sostanzialmente coevo manuale di Varrone sull'agricoltura, qui nella parte (libro II) relativa alla conduzione dell'impresa di allevamento del bestiame, è illuminante e permette di capire perché gli

⁶⁴ “Non temporanea ma perpetua”: Arangio-Ruiz, 1954, p. 368.

⁶⁵ Forse dopo che Sabino pubblicò il suo mirabile compendio civilistico, nel quale annoverava i buoi più fra gli armenti che fra i giovenchi (v. Pomp. 6 *Sab.* D. 50.16.89pr.)?

edili compresero nell'editto ogni *pecus*, data l'importanza del loro mercato. Il Reatino chiarisce infatti quali capi di bestiame rientrano nel concetto di *pecus*, dividendo quest'ultimo fra *maius* e *minus pecus* (r.r. 2.1.12): i *pecudes maiores* sono i bovini e, fra gli equini, i cavalli e gli asini, tutte *res Mancipi*; i *pecudes minores* sono gli ovini, i caprini e i suini, *res nec Mancipi*. Nell'economia del discorso di Varrone i muli, in quanto privi della capacità riproduttiva, sono annoverati fra gli ausiliari, insieme ai cani guardiani e agli schiavi pastori, ma non dovrebbero nutrirsi dubbi sul fatto che, nella prospettiva edilizia, essi fossero compresi ab origine fra i *pecudes*, in qualità di equini.⁶⁶

A scompaginare le cose interviene poi quanto Ulpiano afferma nell'*incipit* del suo commento all'editto curule (qui D. 21.1.1pr.), vale a dire che Labeone scriveva che l'editto edilizio dovesse applicarsi a ogni categoria di beni, immobili, mobili, *res animatae*, anche se vendute —è implicito— al di fuori di un mercato. Una simile affermazione —che estende a dismisura la portata dell'editto edilizio— ha naturalmente fatto sospettare circa la sua genuinità, ritenendola molti di fattura giustiniana⁶⁷ (rispetto ad una minore estensione professata da Labeone, se non addirittura alla semplice presa d'atto, da parte del giurista augusteo, che l'editto riguardava schiavi e *iumenta* [magari con precisazioni circa la portata semantica del termine, recepite poi dagli edili con la postilla all'editto]).

Va però detto che una simile estensione rientra nelle caratteristiche della spregiudicata e innovativa dottrina giuridica professata da Labeone,⁶⁸

⁶⁶ Qualche perplessità può semmai destarla la categoria dei cani guardiani, abituale oggetto di mercato per la loro importante funzione nella pastorizia (lo mostra sempre Varrone, in r.r. 2.9). Erano anch'essi compresi fra i *pecudes* oggetto della tutela edilizia?

⁶⁷ V. tutti i riferimenti in Parlamento, 2003, p. 1 s.

⁶⁸ Per la genuinità è schierata altresì la Parlamento, 2003, *passim*, part. p. 2 s., sulla base però di un'interpretazione più complicata e contraria alla lettera di D. 21.1.1pr. (infatti sarebbe avvenuta sul punto una modifica del testo che riportava il pensiero del giurista augusteo): secondo l'autrice (a proposito del suo pensiero v. anche Donadio, 2010, p. 12 nt. 13), infatti, Labeone, come dimostrerebbe un passo dell'*ad edictum* di Ulpiano (32 ed. D. 19.1.11.3), non avrebbe sostenuto l'estensione dell'editto a ogni categoria di beni, bensì avrebbe affermato che l'azione di compravendita era idonea ad assicurare i fini restitutori propri dell'*actio redhibitoria*: "...non ...un'applicazione estensiva della redibitoria, ma" un'"estensione della *redhibitio* all'*actio empti* di buona fede ...la *redhibitio* —tramite l'*actio empti*— trovava applicazione anche per vendite aventi un oggetto diverso da quello contemplato dalle disposizioni degli edili curuli" (va ribadita, ancora una volta, la necessità, mai sufficientemente avvertita, di rifarsi ad Occam e alla sua massima aurea degli *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*: che poi la perniciosa *cupido rerum novarum* di Labeone potesse portarlo a sostenere altresì che l'azione contrattuale della compravendita era idonea —come? risposte banali, che non superano l'assenza della clausola arbitraria nell'*actio empti*, in Parlamento 2003, pp. 24-27— ad assicurare la *redhibitio*, in alternativa all'azione edilizia, è altro conto).

noto per la pluralità di innovazioni che egli introdusse a causa della smisurata fiducia nel suo ingegno e in ossequio alla libertà interpretativa che egli convintamente sosteneva, anche e soprattutto per ragioni politiche (come ricorda Pomponio nella sua storia della giurisprudenza romana, qui per la parte riportata in D. 1.2.2.47).

La dottrina di Labeone è recepita da Ulpiano (che la conosceva tramite Celio Sabino, forse molto più scettico sulla stessa), come mostra la successiva dichiarazione —sempre nel commento all'editto edilizio— che l'editto edilizio non concerne solamente la vendita degli schiavi, ma anche degli altri beni (*ceterae res*; Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.63). Affermazione che si sostanzia, in un'altra opera del giurista di Tiro (le pur di incerta genuinità *disputationes*), nell'esemplificazione dell'immobile affetto da vizi materiali (*fundus pestilens*, quale è quello pieno di erba gramigna: v. Diocl. et Max. C. 4.58.4.1), idoneo per ciò alla redibizione (Ulp. 8 *disp.* D. 21.1.49; v. anche sopra § I).

Scorrendo però i frammenti giurisprudenziali concernenti le azioni edilizie si osserva il loro costante riferimento ai *mancipia* oppure a tipi di animali compresi nei *pecudes* (*pecudes* ai quali dovrebbe peraltro alludere Pomponio, nel menzionare l'*omnis animalis* [Pomp. 23 *Sab.* D. 21.1.48.6]).

Anche nei casi in cui si fa un generico riferimento alle *res* niente impone di postularne una valenza generale piuttosto che ristretta a schiavi e *iumenta*: emblematico in tal senso Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.33.1, dove lo schiavo che accede alla *res redhibita* —e anch'egli, pertanto, da restituire— può ben essere il figlio della schiava affetta da vizi.

L'impressione, perciò, è che la spregiudicata dottrina di Labeone non avesse trovato recezione nella prassi classica, la quale restava agganciata ad un'interpretazione letterale dell'editto, tale per cui i rimedi edilizi erano tipici ed esclusivi degli schiavi e degli *iumenta* (anche se alienati fuori da mercati): soltanto in epoca tarda —dal III secolo in avanti—, anche e soprattutto a causa del trasferimento della giurisdizione alle autorità giudicanti nel processo imperale (con conseguente esautorazione della giurisdizione degli edili curuli), queste ultime avrebbero potuto applicare i rimedi edilizi alla vendita di qualsiasi bene.

Proprio il riferimento all'aspetto della competenza giurisdizionale consente di dire della giurisdizione edilizia su *mancipia* e *iumenta* venduti privatamente, fuori dai mercati pubblici, ragionevolmente escluso che nel periodo aureo del processo formulare (I sec. a.C. – II sec. d.C.) si ponesse il problema dell'autorità (pretore o edili curuli) chiamata a *reddere ius* sulle azioni edilizie, quando esse concernessero beni diversi dagli schiavi e dai *pecudes* (proprio perché, come detto, l'innovativa dottrina di Labeone, vol-

te ad estenderle a qualsiasi bene, non doveva avere trovato accoglimento nella prassi).

La critica è giustamente orientata nel senso che competesse solamente agli edili applicare il loro editto, come mostra il fatto che la dichiarazione orale dei vizi dei *mancipia*, in luogo di quella scritta nei cartelli precedentemente prevista, marca proprio la distinzione fra le contrattazioni al mercato e quelle per così dire private, nelle quali non avrebbe avuto senso apporre sulle spalle del malcapitato l'umiliante cartello.⁶⁹

Altro conto, infine, che la garanzia convenzionale circa la qualità dei beni scambiati potesse riguardare qualsiasi tipo di bene. In assenza di quest'ultima, la tutela dell'acquirente per i difetti materiali del bene acquistato —diverso da *mancipia* e *iumenta*— dipendeva unicamente dal fatto che il trasferimento consistesse in un'informale compravendita (v. oltre § III.III s.): ma anche in quest'ultimo caso la *bona fides* che dominava il rapporto ebbe una più ampia portata solamente in età imperiale, atteso che in epoca tardo repubblicana, come visto sopra sulla scorta della qualificata testimonianza del contemporaneo Cicerone, essa non copriva le mere omissioni e le semplici menzogne, che non si traducevano in veri e propri raggiri (anche questi ultimi puniti peraltro in via extra contrattuale —con l'azione di dolo— piuttosto che in forza del contratto).

Conviene allora tracciare un quadro riassuntivo dei mezzi di tutela convenzionali e delle azioni concesse dall'ordinamento a tutela dell'acquirente, il che farà da ponte per la ricognizione della disciplina del concorso fra tali mezzi di tutela.

3. *Mezzi di tutela —convenzionali e normativi— dell'acquirente: quadro sinottico*

Per quanto concerne la protezione che, nell'esplicazione della sua autonomia, il privato cittadino riusciva ad ottenere dall'acquirente, essa poteva concernere qualsiasi tipo di bene, volendo anche immobile, dal momento che non andava contro la libertà negoziale, quale riconosciuta dalle XII Tavole (qui Tab. 6.1) ai privati nel concludere una *mancipatio*, che nell'atto stesso il *mancipio dans* garantisse il buono stato dell'immobile o la presenza di determinate qualità. Al tempo stesso non era certo illecito dare invece queste assicurazioni in una *sponsio a latere*.

⁶⁹ In tal senso, per tutti, Arangio-Ruiz, 1954, p. 365 s.

Se la garanzia fosse stata assunta con una *lex Mancipii* si può supporre che la violazione di essa si facesse valere prima con la *legis actio sacramento in rem*, poi con la *rei vindictio*. Si deve comunque osservare come, relativamente alle stesse res *Mancipi* (schiavi, bovini ed equini), Varrone mostri, nel 67, l'abitudine del ricorrere, riguardo alle garanzie circa la loro idoneità, alla *sponsio* piuttosto che a dichiarazioni del *Mancipio dans* fatte in sede di *Mancipatio*.

Pertanto, sebbene già lo stesso Censore conoscesse, intorno al 150, le clausole penali pattuite in sede di *sponsio* (lo testimonia la sua citazione in Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1, senz'altro tratta dal compendio civilistico sabiniano, probabilmente per il tramite del trattato civilistico muciano), i formulari del II e degli stessi inizi del I secolo non ne testimoniano l'utilizzo (se non in un'ipotesi peculiare).

Il danno era perciò valutato equitativamente, ferma la persistenza del contratto. Nel sistema delle *legis actiones* l'acquirente avrebbe agito con la richiesta di un arbitro deputato alla stima di tale danno (con la *legis actio per arbitri postulationem*), mentre nel rito formulare era esperibile l'*actio ex sponsione*, per l'*incertum*.

Le cose si complicavano invece qualora l'acquirente non avesse avuto la forza contrattuale o l'accortezza da impiegare nelle contrattazioni quotidiane, e non si fosse fatto pertanto garantire circa la qualità della merce acquistata (naturalmente se di un certo rilievo: per i beni della vita quotidiana, in particolare generi alimentari, era impensabile addivenire a simili garanzie e a tale proposito interveniva la vigilanza sui mercati degli edili, che avrebbero fatto distruggere il cibo avariato eventualmente messo in vendita).

È in questa particolare ipotesi che rileva la forma con cui sarebbe stata conclusa la cessione. Se quest'ultima fosse stata formalizzata verbalmente, con reciproche *sponsiones* o *stipulationes*, era esclusa qualsiasi rilevanza di vizi del bene trasferito: l'alienante si era infatti impegnato a trasferire la proprietà del bene, non a consegnarlo in buone condizioni.

Diverse considerazioni vanno invece fatte qualora l'accordo traslativo non fosse stato formalizzato e consistesse perciò in una compravendita, un'*emptio-venditio* (forse, ma non necessariamente, presupposta dagli edili nel loro riferimento al *venire* o in gergo più moderno al *vendere*).

Essendo il rapporto informato alla buona fede, le obbligazioni del venditore si valutavano alla luce di essa, sicché vendere un bene difettoso o addirittura privo delle qualità promesse dovrebbe valutarsi *ex se* contrario alla buona fede e dunque legittimante il compratore alla tutela «risarcitoria», di stampo contrattuale.

Non è però la situazione che Cicerone, nel 44, testimonia nel *de officiis* (complessivamente Cic. *off.* 3.50-92) quale diritto vivente: l'Arpinate sembra ivi presupporre che il trasferimento dei beni avvenisse tramite compravendita informale, nonostante la consegna potesse e dovesse poi essere effettuata con una *mancipatio*. Ebbene Cicerone mostra che, per i difetti materiali del bene, l'azione di compravendita era inefficace, vale a dire che non era contrario a buona fede tacere vizi della cosa: diverso discorso per quelli che l'editto degli edili obbligava a dichiarare, ma, da un punto di vista pattizio, non si poteva ritenere contrario alla buona fede che non si palesassero i difetti materiali di quanto si vendeva, perché non si poteva sensatamente pretendere che il venditore andasse contro i suoi interessi; soltanto una corrente del pensiero stoico riteneva, infatti, che il venditore fosse tenuto ad uno spiccato dovere di lealtà (ma non senza riflessi nel contemporaneo giurista Aulo Ofilio [come citato, senz'altro per il tramite di Celio Sabino {reso a suo volta edotto da Labeone?}], da Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.7], il quale non stimava difettoso il cavallo castrato o lo schiavo impotente, ma riteneva comunque applicabile l'azione *ex empto* se il venditore fosse stato a conoscenza della cosa e l'avesse taciuta al compratore: un'opinione che doveva peraltro rimanere piuttosto isolata quando essa fu formulata, intorno al 30 a.C.).⁷⁰ Anche per le qualità informalmente vantate in sede di vendita lo stesso Arpinate lascia intendere che se esse si rivelavano poi insussistenti ciò non andava contro la buona fede: soccorreva, all'esterno del rapporto contrattuale, l'azione pretoria, introdotta nel 66, per la repressione delle scorrettezze (l'*actio de dolo*). E, anzi, tale azione giovava non per il mero mendacio (vantare ad esempio lo schiavo messo in vendita come un bravo cuoco mentre egli era inetto alla preparazione del cibo), bensì quando la menzogna fosse stata posta in essere tramite una macchinazione, un artificio, un vero e proprio raggiro (Cicerone fa l'esempio dello straniero che opera la messa in scena di una battuta di pesca davanti alla villa che intende vendere, fuori dall'Italia, al cittadino romano, il quale, indotto all'acquisto da tali favorevoli condizioni, scopre poi, a cose fatte, il raggiro).

Per quanto riguarda invece la tutela dell'acquirente predisposta dall'ordinamento, intorno al 175 (oppure una cinquantina di anni dopo?) gli edili

⁷⁰ Salvo essere ripresa ancora una volta da Ulpiano —questa volta nel commento all'editto (Ulp. 32 *ed.* D. 19.1.11.5)—, trattando della compravendita (qui per l'ipotesi, simile, dell'alienazione della schiava non vergine, ma creduta tale dall'acquirente, che non rende difettosa la sventurata, ma legittima secondo il giurista di Tiro —che riprende ivi una tradizione risalente ad Ofilio, Labeone e Sabino?— all'*actio ex empto*: la specificazione che l'azione era diretta, tramite reciproche restituzioni, *ad resolvendam emptionem*, ammesso che fosse genuina, rimane misteriosa: v. in tema, nella vastissima letteratura, Donadio, 2007, pp. 510-518).

obbligano a dichiarare, in una avvilente forma scritta per il malcapitato, le malattie e i difetti dello schiavo: la sanzione non è stabilita nell'ordinanza ed essa doveva quindi essere discrezionalmente determinata dagli edili, sostanzialmente nei termini di una multa, entro i limiti in cui l'*imperium* magistrale non era limitato da *leges* (qui le *leges de provocatione*).

Verso il 75, poi, gli edili aggiungono a tale tutela indiretta una protezione diretta dell'acquirente, concedendogli un'azione giudiziaria per la restituzione dello schiavo. Si trattava di un'azione doppiamente arbitraria, nel senso che l'acquirente era chiamato a restituire lo schiavo (con gli accessori *medio tempore* incamerati) onde essere ottenere il *iudicium* e l'alienante poteva evitare l'eventuale condanna restituendo il corrispettivo di vendita, oltre agli accessori. Le fonti giurisprudenziali classiche, raccolte nel Digesto, mettono in rilievo una tensione sul punto, perché se esse alludono per l'appunto al *simplum* quale importo della condanna (al *quanti ea res erit*, cioè al valore dello schiavo o del *pecus* al momento della stima *in iudicio*), a complicare la prospettiva interviene, nel suo commento all'editto edilizio, Gaio (1 *aed. cur. D.* 21.1.45), il quale discorre, in assenza di restituzione del corrispettivo (e degli eventuali accessori) della cessione, di una condanna *in duplum*. Si è pensato in proposito — e non poteva essere diversamente — ad una modifica successivamente intervenuta rispetto all'originale gaiano.⁷¹ Il tentativo che altrimenti si fa onde conciliare le fonti non convince, in quanto fa venire meno gli effetti dell'assoluzione conseguenti alla restituzione del corrispettivo: infatti si afferma che, oltre alla restituzione della somma ricevuta, l'alienante avrebbe comunque dovuto versare di tasca sua un importo corrispondente; ciò perché — si dice — sarebbe quello che sostiene Gaio, ad avviso del quale se l'alienante restituisce corrispettivo e accessori è condannato al *simplum*.⁷² Il giurista antoniano non espone però questo pensiero, bensì afferma che se l'alienante convenuto restituisce corrispettivo e accessori *videtur simpli condemnari*, vale a dire “è come se venisse condannato al *simplum*”: Gaio instaura pertanto un'analogia fra l'assoluzione conseguente al rispetto del

⁷¹ A questa strada si rivolge anche Arangio-Ruiz, 1954, pp. 377-379, il quale non si nasconde la possibilità che il testo gaiano sia interamente di fattura tarda (in alternativa l'illustre maestro pensa che il giurista antoniniano potesse riferirsi all'azione *in factum* volta a recuperare il corrispettivo versato all'alienante, qualora questi prima riprendesse il bene viziato, ma poi rifiutasse di restituire quanto ottenuto, tuttavia come “vaga possibilità”, atteso che all'azione in questione accede una condanna che le fonti testimoniano essere *in simplum*). Orientata per l'interpolazione di marca giustinianea altresì Donadio, 2007, p. 506 nt. 84.

⁷² V. chiaramente discussi i termini della questione in Arangio-Ruiz, 1954, pp. 371-379. Donadio, 2007, p. 505 s. nt. 84, dà conto di recenti tentativi di giustificare il pensiero gaiano, consistenti in particolare nel ritenere che esso alludesse ad una condanna *in duplum* a fronte dell'impossibilità di restituire lo schiavo, in quanto perito presso l'acquirente.

iussus de restituendo e la condanna *in simplum*, si dogmaticamente discutibile, ma che comunque nulla ha a che fare con una condanna *in simplum* che si aggiunga ad una restituzione. Allo stato della dottrina e delle fonti la questione va pertanto lasciata aperta, ma si deve rilevare come la condanna *in duplum*, in caso di mancata restituzione del corrispettivo, risulti in astratto maggiormente credibile (e tuttavia si scontra con testimonianze contrarie).

L'azione edilizia era poi *in factum* e reprimeva la scorrettezza dell'alienante, ponendo indirettamente nel nulla il vincolo contrattuale, tramite la restituzione delle prestazioni effettuate.

Nell'evenienza che l'alienante accettasse la restituzione dello schiavo, ma poi non restituisse il corrispettivo, gli edili concessero in seguito una specifica azione all'acquirente per il recupero di quanto corrisposto.

L'*actio redhibitoria* generale era imprescrittibile, mentre doveva essere esercitata entro due mesi l'azione volta alla restituzione dello schiavo, qualora l'alienante rifiutasse di garantirne contrattualmente le qualità (un'ulteriore azione edilizia, introdotta successivamente).

Dopo il 44, e prima dell'intensa attività interpretativa di Labeone sull'editto edilizio (si dica pure agli esordi dell'epoca augustea), gli edili estesero l'*actio redhibitoria* agli *iumenta* (inizialmente identificati con gli equini, poi, a seguito di apposita postilla all'editto, chiariti come *pecudes* in generale, vale a dire, oltre agli equini, anche bovini, ovini, caprini e suini, nel dubbio se vi rientrassero altresì i cani guardiani), per i loro vizi materiali. L'azione era soggetta alla decadenza semestrale (termine che grazie all'opinione in tal senso professata nel suo commento all'editto edilizio, Labeone fece estendere nella prassi anche all'azione concernente gli schiavi, mediante la *denegatio* dell'azione esperita fuori tempo).

Introdussero altresì la possibilità di chiedere, entro l'anno dal contratto, la riduzione del corrispettivo della cessione, a fronte di difetti di minore rilevanza, azione che questa volta fu inserita anche formalmente, ancora una volta su impulso del commento di Labeone all'editto edilizio, nell'editto applicabile agli schiavi (ma non ve ne è traccia, nel testo edittole *de mancipiis* trasmesso da Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.1.1, il che rappresenta una croce irrisolta).

Sempre agli esordi dell'età augustea gli edili concessero l'azione redibitoria (con l'estensione poi alla *quanti minoris* e al settore degli *iumenta*, almeno per la prima azione) pure nel caso in cui lo schiavo non avesse le qualità garantite nella *mancipatio* oppure nella *sponsio/stipulatio*: qualità che coincidono peraltro con la garanzia di salute testimoniata poco tempo prima da Varro-ne, come abituale nella prassi. In altri termini gli edili aggiunsero alla tutela

convenzionale quella magistratuale, dimostrando implicitamente come la loro protezione fosse nata per coprire i trasferimenti non assistiti da garanzie pattizie e applicando, in quest'ultimo caso, un cumulo affittivo verso l'alienante e che garantiva all'acquirente la possibilità di liberarsi del bene, cercando altrove sul mercato uno idoneo alle sue aspettative.

Nelle linee essenziali questo era il sistema di tutela, legale e convenzionale, agli esordi dell'età augustea, dopo uno sviluppo durato circa due secoli e acceleratosi durante l'ultimo secolo (o forse interamente svoltosi nel corso dell'ultimo secolo, dal 120 circa in avanti): l'ultimo aspetto passato in rassegna —quello del cumulo dei mezzi di tutela convenzionali e di quelli edilizi— consente di ripercorrere tale delicato profilo nella sua fase aurorale.

4. *Disciplina del concorso delle azioni dell'acquirente*

Tracciato sopra il quadro delle azioni a disposizione dell'acquirente ci si deve chiedere se la tutela legale e quella convenzionale potessero concorrere, ed eventualmente in che modo (alternativo? cumulativo? sussidiario?).

Volendo essere precisi, si potrebbe discutere altresì del problema del concorso all'interno della tutela convenzionale e nel novero di quella legale.

Un concorso nell'ambito della tutela convenzionale non ha i presupposti per porsi: difatti una volta che l'acquirente si è fatto garantire verbalmente circa la qualità della merce acquistata, la tutela sulla base dell'accordo solenne in forma verbale sarà l'unica convenzionalmente applicabile. Sia che il trasferimento fosse stato concluso sulla base di una compravendita sia che lo fosse in forza di un contratto verbale, l'azione *ex empto* e quella *ex stipulatu* riguarderanno il profilo di patologie connesse al trasferimento, non alla qualità del bene acquistato.

Qualora invece l'acquirente non si fosse fatto garantire circa la qualità della merce si pone il dubbio se possa soccorrere, a livello convenzionale, la tutela sulla base delle modalità dell'accordo di trasferimento: si è appena visto sopra che, escluso che questo potesse avvenire riguardo alla *sponsio*, per il periodo d'origine qui in esame ciò va non di meno escluso, sulla base della testimonianza ciceroniana, anche qualora il trasferimento fosse avvenuto sulla base di una compravendita: infatti la reticenza su vizi del bene o il vantare sue qualità inesistenti non erano considerate scorrettezze giuridicamente rilevanti; quanto rilevava era invece un artificio o un raggiro volto a provare qualità inesistenti (ma si direbbe altresì ad occultare in maniera artificiosa vizi), punibile peraltro non ai sensi del contratto, bensì al di fuori del rapporto contrattuale, grazie all'*actio de dolo* introdotta nel 66.

Perciò se l'acquirente non fosse riuscito a farsi garantire in forma verbale circa la qualità della merce, in caso di difetti della stessa restava aperta soltanto la strada della tutela d'imperio, approntata, relativamente a schiavi e *iumenta*, dagli edili, mentre per gli altri beni rilevava unicamente, grazie all'intervento del pretore, l'artificio o il raggirio volto a mostrare qualità inesistenti, ma anche ad occultare difetti (qualora i due ambiti applicativi venissero a coincidere —si pensi ad un raggirio volto ad occultare il difetto fisico di uno schiavo— prevaleva la tutela edilizia, giusta la sussidiarietà dell'*actio de dolo*).

Per quanto concerne poi il concorso all'interno della tutela edilizia, il problema è risolto dai giuristi classici: prima di tutto di concorso si parla a meno che non si agisca, nei termini, per un difetto diverso da quello fatto precedentemente valere (con ragione o meno), ciò che, se si aveva avuto cura di operare la specializzazione della domanda con la *praescriptio pro actore*, era ammissibile (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.7). Relativamente alla contestazione del medesimo vizio, entro il termine semestrale si poteva fare valere l'una o l'altra azione, ma in via di concorso alternativo piuttosto che cumulativo (Iul. 51 dig. D. 44.2.25.1): in altri termini la *redhibitoria* consumava la *quantum minoris*, e viceversa (consumazione da fare valere con l'*exceptio rei iudicatae*). Dopo i sei mesi era esperibile unicamente l'*aestimatoria*, ragione per cui se, ad onta di ciò, l'acquirente intendeva la *redhibitoria* ed era perciò respinto (già *in iure* con la *denegatio actionis*,⁷³ come in precedenza sostenuto? *Apud iudicem* a seguito di *exceptio* inserita nella formula su richiesta del convenuto?), ciò non impediva la tutela, nei termini, con la *quantum minoris* (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.2).⁷⁴

Il punto di maggior rilievo è tuttavia quello rappresentato dal concorso fra la tutela legale, edilizia, e quella convenzionale, concorso che si può porre solamente rispetto agli schiavi e agli *iumenta* (l'estensione postulata da La-beone dell'editto edilizio a ogni tipo di beni non concerne infatti il problema d'origine della tutela dell'acquirente —in quanto accolta unicamente in età tarda a seguito dell'affermazione della *cognitio* e della conseguente scomparsa degli edili quali magistrati giusdicenti— e dunque qui non interessa).

Ci si deve chiedere, preliminarmente, se la tutela negoziale e la repressione pubblica, consistente in una multa (la situazione che si ebbe sostan-

⁷³ Di un ritiro *in iure* discorre Arangio-Ruiz, 1954, p. 394, ma è maggiormente credibile che intervenisse al riguardo la pronuncia magistratuale piuttosto che la spontanea rinuncia dell'acquirente.

⁷⁴ Conclusione opposta in Impallomeni, 1955, p. 233, secondo cui il brano di Pomponio sarebbe stato modificato, perché anche il giurista antoniniano avrebbe espresso il parere di Giuliano.

zialmente fra il 175 [oppure il 125-100?] e il 75), corressero o meno su piani paralleli, dunque se l'acquirente insoddisfatto potesse o meno denunciare il fatto agli edili, oltre che presentarsi davanti al pretore per chiedere, nelle forme rituali (della *legis actio*, prima della *lex Aebutia*, anche della formula *per sponsionem*, poi), la nomina di un arbitro per la valutazione equitativa del danno subito, una volta che questo fosse stato provato. Sul punto si deve assumere una posizione positiva per le stesse ragioni che portano a ritenere concorrenti in via cumulativa la tutela negoziale e quella edilizia, una volta introdotte dagli edili le azioni giudiziarie, come si vedrà subito. I due rimedi erano cioè tesi a fini diversi: quello degli edili a punire la scorrettezza dell'alienante, quello negoziale ad assicurare all'acquirente, in termini moderni, il risarcimento del danno subito, predeterminato o meno dalle parti nel suo ammontare (ma senza di per sé incidere sulla validità ed efficacia dell'accordo di trasferimento del bene, senza dunque possibilità di restituire il bene difettoso).

Introdotta dagli edili l'azione giudiziaria fra privati, il concorso si pone in termini cumulativi perché le due azioni —l'*actio redhibitoria* (ma vale lo stesso anche per la posteriore *actio aestimatoria*) e l'*actio per sponsionem*— tendevano a fini diversi: la tutela edilizia puniva la scorrettezza dell'alienante, in primo luogo per non avere rispettato il comando magistratuale, mentre l'azione negoziale era tesa ad ottenere il risarcimento del danno per avere contravvenuto alla parola solennemente data. Sicché non stupisce che, una volta che i giuristi si misero a teorizzare circa le azioni pretorie (si trattava come detto di un'*actio in factum*), qualificarono l'azione edilizia come un'azione penale. Ulpiano (1 *aed. cur. D. 21.1.23.4-5*) scrive in particolare che si tratta di un'azione penale, la quale deriva dal contratto (*ex contractu veniunt*), nel senso che trae occasione dall'accordo traslativo (senza il quale essa non potrebbe esistere),⁷⁵ non che si confonda con esso, come azione contrattuale. Restituire, con gli accessori del caso, evitava la condanna e comportava il pratico scioglimento del contratto, nel dubbio se l'esposizione al rischio della condanna (perché l'alienante riteneva fondate le sue ragioni) comportasse nell'evenienza negativa per l'alienante l'essere condannato *in simplum* oppure *in duplum* (v. sopra § III.III). La tutela convenzionale mirava invece, va ribadito, in termini odierni al risarcimento del danno, che nella prassi del II e I secolo non sembra previamente liquidato dalle parti: ciò,

⁷⁵ Giustamente Donadio, 2010, p. 16 s. nt. 16 (con ulteriore letteratura circa la natura penale delle azioni edilizie), afferma che la tutela edilizia si basava su un contratto (che impropriamente l'autrice restringe alla compravendita) valido ed efficace. Altro conto la trasmissibilità ereditaria delle azioni edilizie (Ulp. 1 *aed. cur. D. 21.1.23.5*), ragionevolmente frutto di uno sviluppo classico.

come detto, tramite prima la *legis actio per arbitri postulationem*, poi con l'*actio ex sponsione*, entrambe imprescrittibili.

Nell'ipotesi tipica, *actio redhibitoria* e *actio ex sponsione* potevano cumularsi, in distinti processi, così come l'*aestimatoria* e l'*actio ex sponsione* potevano concorrere cumulativamente.

L'*actio empti* era volta al risarcimento del danno e, nel caso in cui non fossero intervenute le garanzie (altrimenti, come per il trasferimento formalizzato verbalmente, *nulla quaestio*), si è appena visto che non la si riteneva generalmente applicabile, in questo periodo, onde fare valere il comportamento contrario a buona fede nell'avere consegnato merce affetta da vizi taciuti o priva delle qualità promesse (soltanto Ofilio professava in merito un indirizzo più aperto, che faceva peraltro salvo il fatto che la reticenza non concernesse un vizio essenziale, un difetto tale da assurgere a *morbus* o *vitium*, e dunque non ponesse un problema di concorso con l'*actio ex sponsione* o al limite con quella edilizia.⁷⁶ v. Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.7 e se si vuole anche Ulp. 32 *ed.* D. 19.1.11.5).

IV. CONCLUSIONI

Scopo di questo contributo è stata l'individuazione del momento d'emersione della tutela dell'acquirente per i vizi materiali del bene mobile acquistato, nella società romana.

Periodo d'emersione che si situa nel corso nel II e del I sec. a.C.

Ciò è stato fatto tramite un confronto con i testi antichi disponibili sul punto, sacrificando la discussione della sterminata letteratura che da almeno cinquecento anni si va stratificando in materia: confronto che avrebbe richiesto una sede monografica o quanto meno di un amplissimo saggio, impossibile qui da svolgere. In ogni caso la bibliografia consente al lettore di orientarsi sullo stato dell'arte.

Si è visto come la forma privilegiata di tutela fosse quella rimessa all'autonomia privata, la quale poteva riguardare qualsiasi bene, anche immobile, e poteva se del caso consistere anche nell'aspetto positivo di specifiche qualità del bene, garantite dall'alienante.

Il manuale di conduzione dell'impresa di allevamento del bestiame, scritto da Varrone nel 37, ma ambientato nel 67, permette di evincere che

⁷⁶ Concorso con la tutela edilizia il quale dovrebbe altrimenti porsi in termini di alternative (così Burdese, 2009, p. 581 s.) piuttosto che di sussidiarietà (ribadendo conclusioni già rassegnate in sede monografica, così, invece, Donadio, 2007, pp. 510-518 nonché Donadio, 2010, pp. 84-149).

tali garanzie erano concluse nella forma di *sponsiones* e che, almeno nel 67, era disponibile e in uso un triplice strato di formulari: uno più antico, che si colloca prima del 200, in senso ampio nella seconda metà del III secolo, poi i formulari, stesi intorno al 145, del rinomato giurista Manio Manilio (console nel 149 e uno dei *tres* che, secondo Pomponio, *fundaverunt ius civile*), i quali circolavano anche in forma autonoma (dalla più vasta opera che originariamente li ospitava) nel I sec. a.C., infine una raccolta di un giurista non altrimenti noto degli inizi del I secolo, sostanzialmente degli anni 70 del I sec. a.C. In questi formulari non si usava peraltro liquidare preventivamente il danno, come pur riconosciuto nell'autonomia privata già ai tempi di Catone il Censore, intorno al 155.

In tutti i casi in cui l'acquirente riuscisse a provare l'esistenza del contratto e il vizio (che si considerava *ipso iure* preesistente all'accordo e noto all'alienante) poteva ottenere una compensazione per il danno subito, valutata equitativamente dall'arbitro nel processo *per legis actiones* (tramite una *legis actio per arbitri postulationem*), poi dal *iudex* nell'*actio ex sponsione* del processo formulare.

L'abitudine della tutela negoziale non rendeva pressante l'esigenza di predisporre una protezione da parte dell'apparato pubblico, tramite leggi o interventi magistratuali.

Il fatto tuttavia che, dopo la sconfitta di Cartagine, nel 202, e dopo la progressiva conquista del mondo greco nella prima metà del II sec. a.C., una quantità enorme di sventurati giungesse al mercato romano per essere ivi venduta come schiava rendeva più probabili comportamenti scorretti dei mercanti e poteva peraltro creare difficoltà con i contraenti italici, ai quali erano interdette *mancipationes* e *sponsiones* e ai quali perciò non si era soliti garantire alcunché circa l'assenza di malattie e vizi negli schiavi che essi acquistavano.

Una simile situazione fece sì che, intorno al 175 o forse anche più in là nel corso del II secolo stesso, gli edili, preposti alla sorveglianza dei mercati in pubblico, ordinassero a chi alienasse schiavi di dichiararne *morbi vitiae*, nominativamente compresi le precedenti fughe e la tendenza a girovagare (nonché l'aver causato danni non ancora riparati): ciò nell'umiliante forma di un cartello appeso sulle spalle del malcapitato. È ragionevole supporre che qualora l'alienante trasgredisse all'ordinanza edilizia fosse punito con una pena pecuniaria, nei limiti consentiti, irrogata dagli edili dopo che l'acquirente gli avesse informalmente provato l'esistenza del contratto e il vizio dello schiavo e in qualche modo si potesse ritenere verosimile che egli non fosse stato reso edotto del vizio tramite il cartello: se poi gli edili avessero

scoperto direttamente vizi non dichiarati nel cartello di vendita, a seguito di loro ispezioni, la conseguenza sarebbe stata la stessa.

Una volta autorizzata legislativamente, verso la fine del II sec. a.C., anche fra i cittadini la forma processuale privata che i pretori urbani applicavano nelle liti fra Romani e Italici, i pretori presero a concedere tutela, al di fuori del diritto vigente, sulla base dei fatti narrati dall'attore, che essi giudicassero meritevoli di tutela, ciò che avvenne a partire più o meno dall'80. Gli edili presero spunto dai colleghi *maiores* e poiché gli edili curuli, che avevano la sorveglianza sui mercati, godevano di *imperium*, alla multa precedentemente comminata agli alienanti che trasgredivano la loro ordinanza, aggiunsero la concessione all'acquirente di un'azione giudiziaria volta, previa restituzione del corrispettivo, a restituire lo schiavo viziato, quando all'acquirente non fossero stati dichiarati i vizi sopra menzionati (anche in forma orale, e dunque anche per contrattazioni svoltesi al di fuori dei mercati): accettandone in giudizio la restituzione l'acquirente evitava la condanna, che forse era altrimenti al doppio di quanto incassato. Quest'azione, detta *redhibitoria*, fu introdotta più o meno intorno al 75, e dopo il 44 fu concessa anche a fronte di specifiche qualità dello schiavo promesse formalmente nella *sponsio* di garanzia, oppure assicurate nella *mancipatio* traslativa. L'azione reprimeva l'illecito, e dunque presupponeva il dolo (ma dopo l'opera di Quinto Mucio il criterio di imputazione dell'illecito privato era stato generalmente esteso alla colpa) dell'alienante, che la manifestazione del vizio faceva inizialmente presumere *iuris et de iure*.

Sempre dopo il 44, probabilmente in età augustea (prima del commento di Labeone all'editto), gli edili estesero la tutela prevista per l'acquisto di schiavi a quello di *iumenta* (equini e bovini), ma con la previsione di un termine semestrale di decadenza: aggiunsero pure un'ulteriore azione, detta *aestimatoria*, volta alla riduzione del corrispettivo (per vizi meno gravi o qualora fossero scaduti i termini per esercitare la *redhibitoria*), soggetta al termine di decadenza annuale. Di quest'ultima azione, insieme al termine semestrale della *redhibitoria*, fu proposta da Labeone, nel suo commento all'editto edilizio (il primo apparso nella dottrina giuridica romana), l'estensione all'editto *de mancipiis*, ciò che gli edili in seguito accolsero (insieme all'applicazione del termine di decadenza semestrale per la *redhibitoria*, forse attuata tramite il diniego dell'azione esperita fuori termine). Simile accoglienza non dovette invece avere un'ardita tesi dello stesso giurista augusteo, volta a estendere la protezione edilizia all'acquisto di qualsiasi bene, anche immobile, recepita solamente in epoca tarda (a partire dal III secolo) per effetto dell'esautorazione della giurisdizione edilizia in seguito all'affermazione in via esclusiva della *cognitio extra ordinem*.

Poteva infine accadere che l'alienante riconoscesse tacitamente il vizio, riprendendo il bene, ma poi rifiutasse di restituire il corrispettivo, oppure che, a monte, si rifiutasse di prestare le garanzie convenzionali: in entrambi i casi gli edili concedevano tutela entro il termine tassativo di due mesi dal rifiuto, nel primo caso per recuperare il corrispettivo, nel secondo per restituire il bene e sciogliere il contratto traslativo (compravendita o *stipulatio* che fosse) a cui l'alienante non avesse voluto fare accedere le garanzie convenzionali (oppure per procedere, entro sei mesi, alla riduzione del corrispettivo d'acquisto).

L'azione nascente dalla garanzia convenzionale, imprescrittibile, era volta in termini moderni al risarcimento del danno, valutato equitativamente dall'arbitro (nelle *legis actiones*) e dal *iudex privatus* (nel processo formulare): tanto meglio, poi, se le parti avevano preventivamente liquidato il danno con la pena convenzionale.

Date queste caratteristiche dell'azione contrattuale non stupisce che essa concorresse cumulativamente con quella edilizia (in origine anch'essa imprescrittibile), volta invece a reprimere la scorrettezza dell'alienante e infatti successivamente qualificata come *poenalis* da parte dei giuristi. Il concorso si rese evidente quando, agli esordi dell'età augustea, gli edili estesero espressamente l'azione redibitoria per la restituzione dello schiavo all'ipotesi in cui l'alienante avesse prestato garanzie circa la sua salute, come avveniva abitualmente nella prassi (il che mostra come, *a contrario*, detta azione nacque al fine di proteggere gli acquirenti non negozialmente tutelati). Tramite il reciproco sistema delle restituzioni, che impediva la condanna, l'azione edilizia era peraltro volta alla pratica risoluzione del contratto (che l'azione contrattuale lasciava invece in vita, operando solamente sul piano compensativo).

Se la garanzia convenzionale non era stata prestata (non ancora disponibile la successiva azione volta ad ottenerla, pena la restituzione del bene), sussisteva solamente la tutela edilizia: concluso infatti il contratto traslativo in forma verbale, l'obbligazione dell'alienante era soddisfatta dalla consegna del bene, mentre se era stata conclusa un'informale compravendita, Cicerone mostra come, in questo periodo, la semplice reticenza circa i difetti del bene (tranne quelli di cui gli edili imponevano la dichiarazione, è ovvio) o anche il pure mendacio, consistente nel vantare qualità del bene invero insussistenti, non si ritenevano cozzare con la buona fede che presidiava il rapporto, bensì si stimavano rientrare in comportamenti frutto di un'accettabile tutela dei propri interessi da parte dell'alienante. Erano invece gli artifici o i raggiri, volti ad occultare difetti o a fare apparire qualità inesistenti, a garantire la tutela, dal 66, con la pretoria *actio de dolo*.

Una protezione capillare dell'acquirente, analoga ai moderni diritti europei, con i rimedi risolutori o manutentivi attualmente a disposizione, era impensabile in una società come quella romana antica, che demandava in buona parte al privato la forza di sapersi tutelare contrattualmente: tuttavia essa raggiunse nella prima età imperiale livelli non trascurabili di tutela legale; infatti il rimedio contro il rifiuto dell'alienante di prestare le garanzie convenzionali rappresentava un deterrente efficace contro la prepotenza di quest'ultimo. Ovvio poi che l'estensione massima era professata da Labeone, secondo cui la tutela edilizia si doveva applicare alla cessione a titolo oneroso di qualsiasi bene. A prescindere da questa tesi —che fu recepita solamente quando la giurisdizione edilizia venne meno— un altro ampliamento della tutela poteva provenire da una valutazione più ampia della buona fede che informava il contratto di compravendita, la quale poteva condurre a giudicare contrari a buona fede la semplice reticenza e il puro mendacio, come ragionevolmente avvenne in età imperiale (in scia ad un'opinione che, per primo, doveva avere professato Aulo Ofilio). È anche vero che nell'*actio empti*, onde ottemperare all'*oportere ex fide bona*, una volta estese la portata, il venditore avrebbe potuto rimediare eseguendo “in modo corretto”, prima della condanna, “la prestazione alla quale era tenuto secondo contratto”.⁷⁷ Il che sarebbe potuto avvenire anche riparando il vizio (relativamente ai beni inanimati, per schiavi e animali una riparazione è più difficilmente configurabile) oppure sostituendo la merce viziata, sebbene tali possibilità —già ardue a verificarsi in epoca imperiale— è da escludere rilevassero in origine, quando la tutela scaturente dal contratto traslativo del bene era di fatto inapplicabile a difetti materiali dello stesso.

Gli obiettivi a cui miravano le parti e le ordinanze edilizie erano piuttosto quelli della restituzione del bene e del risarcimento del danno, con un indiretto scioglimento del contratto, consentendo in tal modo all'acquirente di rivolgersi altrove sul mercato per la soddisfazione dell'esigenza a cui mirava l'acquisto del bene poi rivelatosi difettoso.

V. BIBLIOGRAFIA

ARICÒ ANSELMO, Giuseppina, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, Giappichelli, Dipartimento Iura. Sezione di storia del diritto, Università degli Studi di Palermo, 10, 2012.

⁷⁷ Così Dalla Massara, 2012, p. 859.

- BEHREND, Otto, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in Scritti italiani, Napoli, Jovene, Antiqua, 12, 2009.
- CARBONE, Teresa, “Hac lege venire oportet... Alcune riflessioni sui formulari di vendita di Catone”, *RDR*, nuova serie, 1-2, 2016-2017.
- CORBINO, Alessandro, “La risalenza dell’emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio”, *Iura*, Napoli, 64, 2016.
- CARDILLI, Riccardo, *L’obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano [II sec. a.C. - II sec. d.C.]*, Milano, Giuffrè, II Università di Roma. Pubblicazioni del Dipartimento di Storia e teoria del diritto, 1, 1995.
- GUARINO, Antonio, *Storia del diritto romano*, 12a. ed., Napoli, Jovene, 1998.
- LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889), rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, New Press, 1992.
- SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di Guglielmo Nocera, Firenze, Sansoni, 1968.
- STOLFI, Emanuele *et al.*, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, “L’Erma” di Bretschneider, Scriptores iuris Romani (dir. Schiavone, Aldo), 1, 2018.

SUPERFICIES SOLO CEDIT: IL LEGAME NATURALE TRA SUPERFICIE E SUOLO NEL DIRITTO ROMANO E LA SCELTA DEI CODIFICATORI LATINOAMERICANI DEL XIX SECOLO SUL DIRITTO DI SUPERFICIE E SULLA PROPRIETÀ ORIZZONTALE

Emanuela CALORE

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Superficies solo cedit nel diritto romano*.
 III. *La regola superficies solo cedit nel lavoro dei codificatori latinoame-
 ricani del XIX secolo*. IV. *Conclusioni*. V. *Bibliografia*.

I. PREMESSA

La massima *superficies solo cedit*, secondo la quale quanto insiste sopra il suolo (edifici, piante) diventa parte integrante (*cedit*) di quest'ultimo, non a torto considerata come una regola o un principio¹ del diritto romano, è stata spes-

¹ Riccobono, Salvatore, "La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano", in "Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium])", *AUPA*, 3-4, 1917, pp. 508 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, pp. 301 ss.); Schulz, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, rist. inalt., Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2003, p. 87 (= trad. ital. *I principi del diritto romano*, Arangio-Ruiz, Vincenzo (cur.), Firenze, Casa Editrice Le lettere, 1946, p. 111); Maroi, Fulvio, "La proprietà degli alberi separata da quella del fondo", *SDHI*, 1, 1935, p. 349; Pugliese, Giovanni, "Note sulla superficie nel diritto giustiniano", *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segré*, Milano, 1943, pp. 119-144 (= da cui si cita, *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, Jovene, 1985, pp. 276 ss.); Branca, Giuseppe, "Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano", *Mélanges Fernand de Visscher*, III, *RIDA*, 4, 1950, p. 190; *id.*, "s. v. accessione", *cit.*, pp. 261 ss.; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 36; Stein, Peter, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, 1966, pp. 93 ss.; Horak, Franz, "Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo", I, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 120; Schmidlin, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Böhlau, 1970, p. 90, la colloca tra le regole normative; Grosso, Giuseppe, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 234-299; Maddalena, Paolo, "Accedere e cedere nelle fonti classiche", *Labeo*, 17, 1971, p. 186; Meincke, Jens Peter, "Superficies solo cedit", *ZSS*, 88, 1971, pp. 136 ss.; Wagner, Herbert, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen,

so ricondotta dalla dottrina romanistica al carattere assoluto della proprietà fondiaria romana e all'attrazione necessaria del suolo² o all'individualismo che avrebbe caratterizzato il diritto privato romano.³

Terra Publishing Co., 1978, pp. 126 ss.; Marchi, Eduardo C. Silveira, "La proprietà per piani nel diritto romano", *Index*, 18, 1990, pp. 265 ss.; Apathy, Peter, "Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei inaedificatio", *Iura*, 42, 1991, p. 8; Zaera García, Ana, "La propiedad superficial en el derecho romano Justiniano", *RIDA*, 51, 2004, pp. 369 ss.; Liebs, Detlef, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7a. ed., München, C. H. Beck 2007, p. 226; Gagliardi, Lorenzo, "La tutela prevista dal diritto romano per i superficiali: dalle azioni in personam alle azioni in rem", in Garofalo, Luigi (cur.), "Actio in rem" e "actio in personam". In ricordo di Mario Talamanca, II, Padova, Cedam, 2011, pp. 5 ss.

² Solmi, Arrigo, "Il diritto di superficie nei documenti italiani del Medio Evo", *Rivista di diritto civile*, 7, 1915, pp. 472 ss. (=da cui si cita, *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937, pp. 59 ss., 72 ss.); Betti, Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., rist. inalt., Padova, Cedam, 1947, p. 374, per il quale l'antica proprietà fondiaria non avrebbe ammesso che un elemento integrante del fondo potesse appartenere ad una persona diversa dal proprietario di quest'ultimo: "onde il principio dell'attrazione necessaria, per cui tutto quanto s'incorpora al suolo — seme, pianta, edificio — cade, senza possibilità di patto contrario, sotto lo stesso dominio del suolo"; Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Napoli, 1978, rist. anast., Napoli, Jovene, 1991, pp. 192-258; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Società editrice "Vita e pensiero", 1937, p. 255; *id.*, "Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio «superficies solo cedit»", *Synthese. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, Jovene, 1952, p. 137, il quale aggiunge che si tratta di un principio non introdotto dalla legge, ma riconosciuto dal diritto (*mores et interpretatio*) "come espressione di una intuitiva realtà"; Sanfilippo, Cesare, "s. v. Accessione", *ANDI*, I.1, Torino, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1957, p. 130, per il quale il fondamento dell'acquisto per accessione risiederebbe "nel più vasto concetto del potere di attrazione reale, che è una delle più spiccate caratteristiche della proprietà romana ... per cui il *dominium* su una data *res* (più evidentemente nei fondi) non consente un concorrente dominio altrui su una cosa che sia parte della stessa *res*, o che con essa venga a congiungersi, in modo da perdere la propria autonomia e da divenirne parte"; Ruggiero, Roberto de e Maroi, Fulvio, *Istituzioni di diritto civile*, I, 9a. ed. Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1961, p. 600, ritengono che "per l'attrazione del suolo" la proprietà della semina, della piantagione e della costruzione venga acquistata dal proprietario del suolo; Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, rist. corretta della, Milano, Giuffrè 1968, p. 91, considerava l'accessione la manifestazione del carattere assorbente della proprietà romana ("l'accessione ... è l'espressione più genuina del carattere autonomo, pieno, sovrano della proprietà romana"); Pastori, Franco, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1984, p. 159, riferisce la regola alla forza attrattiva del *dominium*, che avrebbe escluso limitazioni tanto spaziali quanto temporali; Volterra, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza Editrice, 1988, pp. 428 ss.; Zaera García, Ana, "Superficies solo cedit", *AFUDC*, 12, 2008, p. 1011, secondo la quale "Con la vigencia del principio se defiende la propiedad del suelo, de modo que todo aquello que se encuentra sobre el mismo se considera un elemento accesorio que sigue el destino jurídico de éste. Se manifiesta así la primacía del suelo frente a lo sobrepuesto en él, aunque la trascendencia económica de la construcción pueda equipararse al suelo".

³ Schulz, Fritz, *Prinzipien*, cit., p. 105 (=trad. ital. *I principi*, cit., p. 134); Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", cit., p. 151, ritiene che sia solo in parte corretto de-

Diverse fonti,⁴ però, collegano questa regola⁵ allo *ius naturale* o alla *natura*.⁶ Lo scopo della ricerca è quello di approfondire⁷ tali collegamenti, per

durre dalle caratteristiche della proprietà fondiaria romana che all'individualismo del diritto privato romano ripugni l'esistenza di una proprietà separata insistente sul suolo altrui ed in particolare la proprietà divisa per piani; Schwarz, Fritz, "Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952-1953, pp. 202 ss.; Alterini, Jorge H., "Derecho real de superficie", *Revista del Notariado*, 850, 1997, p. 15. A queste spiegazioni e a quelle citate nella nota precedente —che sono quelle più frequentemente addotte—, si può aggiungere quella di Maroi, Fulvio, "Elementi religiosi del diritto romano arcaico", *Archivio Giuridico*, 109, 1933, pp. 83 ss.; *id.*, "La proprietà degli alberi", *cit.*, pp. 349 ss., in chiave magico-religiosa, o quella, su un piano prettamente processuale, di Kaser, Max, "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht", *ZZS*, 65, 1947, pp. 238 ss. Per una più completa panoramica delle posizioni della dottrina sull'origine e il fondamento della regola *superficies solo cedit*, Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, pp. 174 ss.

⁴ Gai. 2, 73; Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2; Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 7, 44, 1; Ulp. 6 *opinion.* D. 9, 2, 50.

⁵ Per la sua risalenza: Kaser, Max, "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten", *cit.*, p. 239; Branca, Giuseppe, "s. v. accessione", *cit.*, p. 261; Horak, Franz, *op. cit.*, p. 120; Meincke, Jens Peter, "Superficies solo cedit", *cit.*, p. 182; Musumeci, Francesco, *Inaedificatio*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 79; Behrends, Okko, "Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung oder: Der Kunstbegriff der vorklassischen Jurisprudenz im Rahmen ihrer Weltdeutung", *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert: 15. Mai 1954 bis 21. März 2006*, Hoyer, Andreas *et al.* (hrsgg.), Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 70, nt. 11; Griese, Lennart, *Die Nutzung von Land nach römischem Recht. Ordnungsmodelle für die Kolonien und für die Provinz*, Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 187. Diversamente, Voci, Pasquale, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 265; Mayer-Maly, Theo, "Studien zur Frühgeschichte der usucapio II", *ZZS*, 78, 1961, p. 223, nt. 11.

⁶ Kübler, Bernhard, "s. v. superficies", *PWRE*, IV. A. 1, Stuttgart, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1931, p. 926; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 284 ss.; *id.*, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, pp. 138 ss.; Voci, Pasquale, *op. cit.*, pp. 255 ss.; Schmidlin, Bruno, *op. cit.*, p. 87, nonostante rilevi che l'attribuzione di questa regola allo *ius naturale* sia indiscussa, ritiene che i giuristi del periodo tardo classico nell'indicare la giustificazione mettano in primo piano il diritto naturale; Santalucia, Bernardo, I "Libri opinionum" di Ulpiano, II, Milano, Giuffrè, 1971, p. 263, anche nt. 47; Wagner, Herbert, *op. cit.*, pp. 126 ss.; Pastori, Franco, *op. cit.*, pp. 120 ss.; Kaser, Max, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993, pp. 102 s.

⁷ Non mi sembra convincente, perché in contrasto con le fonti che saranno analizzate nelle pagine successive, quanto sostenuto da Maroi, Fulvio, "La proprietà degli alberi", *cit.*, pp. 349 ss., in relazione all'albero e al fondo sul quale questo veniva piantato. Egli infatti riteneva che l'albero, per accessione, una volta che si fosse radicato al suolo, sarebbe appartenuto al proprietario di quest'ultimo, ma che tale previsione, se da un lato sarebbe stata corrispondente "alle nostre moderne concezioni giuridiche informate al principio romano ... è ben lungi dal costituire un principio di carattere generale o di ragione naturale". Neppure la tesi proposta da Schmidlin, Bruno, *op. cit.*, pp. 88 ss., anche nt. 13, mi sembra suffragata dalle fonti. Egli ritiene che il principio *superficies solo cedit* fosse noto da sempre, ma spiegato con il ricorso alla *natura* e allo *ius naturale* solo dai giuristi tardo-classici. Proprio il frequente richiamo da parte dei giuristi alla naturalezza avrebbe a suo avviso messo in dubbio il fatto che l'inseparabilità di superficie e suolo fosse sentita come indiscussa. Piuttosto il frequente ricorso allo *ius naturale*, secondo Schmidlin potrebbe spiegarsi con la necessità di fornire alla *regula iuris* un fondamento di validità normativo, individuato dai giuristi appunto nello *ius na-*

tentare di comprendere le ragioni sulle quali si fonda questa regola, richiamata non isolatamente⁸ dai giuristi.

I risultati di questa analisi, poi, saranno utili per riflettere sulla scelta di alcuni Codici civili⁹ latinoamericani di prima generazione¹⁰ che, tra le ipotesi di accessione, hanno inserito le fattispecie di costruzione, piantagione e semina, con materiali altrui su un fondo proprio o con materiali propri su un fondo altrui, senza riconoscere —e in alcuni casi proibendo esplicitamente— la proprietà per piani orizzontali e il diritto di superficie.¹¹ Per queste scelte sarà interessante soffermarsi su tre importanti codificatori latinoamericani: Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas e Dalmacio Vélez Sársfield.

II. *SUPERFICIES SOLO CEDIT* NEL DIRITTO ROMANO

1. Superficies solo cedit e ius naturale in *Gaio*

A. *Gai. 2, 73*

Gaio,¹² nel libro II delle *Institutiones*, dopo aver detto che alcune cose possono essere alienate *naturali iure*, come con la *traditio*, e altre *civili iure*, come con la

turale. Anche Nörr, Dieter, “Spruchregel und Generalisierung”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 89, 1972, p. 62, sebbene valuti anche altre possibili spiegazioni, ritiene non si possa escludere che il collegamento allo *ius naturale* abbia la propria origine in un periodo tardo.

⁸ Oltre a *Gai. 2, 73*; *Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2*; *Paul. 74 ad ed. D. 44, 7, 44, 1* e *Ulp. 6 opin. D. 9, 2, 50*, di cui mi occuperò nelle prossime pagine, si possono, ad esempio, ancora citare: *Gai. 2 rer. cott. D. 41, 1, 7, 10*; *Paul. 15 quaest. D. 46, 3, 98, 8*; *Ulp. 69 ad ed. D. 43, 17, 3, 7*; *I. 2, 1, 29*.

⁹ In generale, Riccobono, Salvatore, “La violazione del principio”, *cit.*, pp. 508 ss., ritiene che il principio in esame non abbia più nel diritto moderno “quel carattere assoluto ed infrangibile che aveva nel diritto quiritario”, anche in considerazione del fatto che già nella compilazione giustinianea avrebbe perso il valore assoluto che lo caratterizzava nel periodo classico. I giuristi classici, invece, avrebbero sentito il principio come “inalterabile, perché si fonda sulla *naturalis ratio*” (p. 526).

¹⁰ *Cfr. infra*, § III.

¹¹ Come rilevato anche da Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 50 e nt. 41, negli ordinamenti di derivazione romanistica, che accolgono la regola dell’accessione, ci si è trovati di fronte alla scelta di seguire la logica rigida che si oppone al riconoscimento della superficie come diritto reale o di superarla per andare incontro alle esigenze della pratica.

¹² La riconducibilità di questo testo a Gaio, per quanto negata con argomenti diversi dalla dottrina (Wolff, Hans Julius, “Zur Geschichte des Gaiustextes”, *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, Jovene, 1953, pp. 184 ss.; Fuhrmann,

mancipatio, l'in *iure cessio* e l'*usucapio*, che appartengono allo *ius proprium civium Romanorum* (Gai. 2, 65), occupandosi dei modi di acquisto della proprietà *naturali iure*, scrive: "Gai. 2, 73 *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*".

Gaio afferma che quanto viene da un altro edificato sopra il nostro¹³ suolo, sebbene quest'ultimo lo costruisca a suo nome, diviene nostro per *ius naturale*, perché la superficie diventa parte del suolo (*quia superficies solo cedit*).

L'affermazione *superficies solo cedit* è preceduta dal *quia* ed è evidentemente impiegata dal giurista per giustificare¹⁴ che quanto è da altri costruito sopra il nostro suolo divenga, per *ius naturale*, nostro.¹⁵ Si tratta di un impiego argomentativo interessante, perché Gaio, intento a collocare l'*inaedificatio* tra i casi in cui *naturali nobis ratione adquiruntur*,¹⁶ per giustificare l'acquisto *iure naturali* della costruzione da parte del proprietario del suolo, scrive "perché la superficie diventa parte del suolo", segnalando così la concreta naturalità¹⁷ insita nell'appartenenza al suolo di tutto quanto è costruito sopra di esso, come se l'affermazione *superficies solo cedit* fosse essa stessa "espressione

Manfred, "Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes", *ZZS*, 73, 1956, p. 352; *contra* entrambe le tesi: Flume, Werner, "Die Bewertung der Institutionen des Gaius", *ZZS* 79, 1962, pp. 15 ss., 18), è a mio avviso da riconoscere.

¹³ Musumeci, Francesco, *op. cit.*, p. 125, in considerazione del fatto che Gaio nel manuale avesse probabilmente richiamato solo il caso della costruzione sul suolo altrui, ipotizza che questa ipotesi nel II sec. d. C. fosse più rilevante di quella relativa alla *inaedificatio* con materiali altrui sul fondo proprio.

¹⁴ Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 139, ritiene che in questo testo, così come in Ulp. 69 *ad ed. D.43,17,3,7*, "ist die Regel nicht selbst Gegenstand der Erläuterung und Begründung. Sie wird vielmehr nur herangezogen, um anderen, vorweg entwickelten Rechtsfolgen dadurch Überzeugungskraft zu verleihen, daß sie als Konsequenz des Satzes *superficies solo cedit* erscheinen".

¹⁵ Secondo Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, p. 138, la frase *iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit* avrebbe da un lato indicato, attraverso il richiamo alla naturalità del precetto, la sua giustificazione e dall'altro avrebbe mostrato la sua attualità.

¹⁶ Gai. 2, 66 *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur...*

¹⁷ Didier, Philippe, "Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles", *SDHI*, 47, 1981, pp. 203 ss., ritiene che Gaio abbia utilizzato *ius naturale* per indicare delle soluzioni giuridiche "spontanées dégagées par le simple bon sens (la *naturalis ratio*) face aux nécessités les plus basement matérielles de la vie (la *natura rerum*): ce n'est pas, tant s'en faut, un ordre juridique transcendant". Inoltre — citando anche il testo in esame — osserva che *ius naturale* in Gaio ricorra a proposito degli aspetti più concreti del diritto; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 121, nt. 30, precisa che *ius naturale* si riferisce in senso empirico "al fondamento razionale del principio della accessoria". Diversamente, per Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 255 ss., lo *ius naturale* di cui parla Gaio sarebbe un diritto che segue e si adatta alla natura; nello stesso senso Maddalena, Paolo, *op. cit.*, p. 179, nt. 43.

di una intuitiva realtà”.¹⁸ Gaio, tra l’altro, non sente la necessità di soffermarsi sul contenuto di tale affermazione, la cui conoscenza sembra invece dare per scontata; ciò lascia pensare che essa non fosse controversa,¹⁹ ma piuttosto avvertita come una regola.²⁰

Il modo di procedere del giurista in questa parte delle *Institutiones* mostra come egli non collocasse le varie ipotesi di cui si stava occupando dal § 70 sotto una categoria generale e unitaria di accessione²¹ e che dunque non fosse guidato da un intento di unificazione delle diverse ipotesi sotto tale categoria,²² quanto dalla *naturalis ratio*, che caratterizza i modi di acquisto della proprietà di cui si sta occupando.

Ci si può d’altra parte chiedere se tale caratteristica abbia condotto Gaio a considerare o meno la disciplina dell’*inaedificatio* e la regola *superficies solo cedit* come esistenti presso tutti i popoli. Ritengo, però, che la qualifica *iure*

¹⁸ Così Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 137. In modo simile, Biondi, Biondo, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, Società editrice “Vita e pensiero”, 1934, p. 450, il quale, a sostegno del carattere intuitivo della regola *superficies solo cedit*, richiama Seneca, *Epistulae Morales ad Lucilium*, 88, 28. *Non est autem ars sui iuris, cui precarium fundamentum est. Philosophia nil ab alio petit, totum opus a solo excitat. mathematice, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat*. Seneca, infatti, avrebbe fatto ricorso a questa regola per sostenere la connessione tra matematica e filosofia, tra le quali sarebbe intercorsa la medesima “inseparabilità che nel campo del diritto c’è tra suolo e superficie”; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 160, che pure richiama il testo di Seneca. Non ritengo invece condivisibile l’interpretazione, proposta da Coviello, Nicola, “Della superficie”, *Archivio giuridico*, 49, 1892, pp. 40 ss., del termine *superficies*, utilizzato da Seneca, con il diritto di superficie.

¹⁹ Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 139.

²⁰ Mi sembra priva di fondamento l’ipotesi, considerata da Wenger, Leopold, “Superficies solo cedit”, *Philologus*, 88, 1933, pp. 257 ss., di ricondurre il principio in esame ad una *lex*.

²¹ La dottrina moderna, invece, come ha rilevato Volterra, Edoardo, *op. cit.*, p. 318, anche nt. 2, ricomprende sotto il termine accessione “i vari casi, in cui il proprietario di una cosa acquista *ipso iure*, per tale sua qualità, la proprietà di un’altra cosa, che è *res nullius* o di proprietà di altri, la quale si aggiunge o si unisce o s’incorpora alla prima”. In dottrina è stato inoltre segnalato, da un lato, che i termini *accessio* e *accedere* avrebbero avuto per i Romani un significato più ampio del nostro termine “accessione” (si veda, Sanfilippo, Cesare, *op. cit.*, pp. 129 ss.; Maddalena, Paolo, *op. cit.*, pp. 169 ss.) e dall’altro che nelle fonti non è possibile rinvenire la figura generale dell’accessione (così, tra gli altri, Bonfante, Pietro, *op. cit.*, pp. 92 ss; Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 253; Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a. ed., München, C. H. Beck’s Verlagsbuchhandlung, 1971, p. 428).

²² Come ha osservato Branca, Giuseppe, “s. v. accessione”, *cit.*, 264, solo la giurisprudenza postromana giunse ad una elaborazione unitaria di un generale modo di acquisto per accessione. Branca precisa anche che sebbene Gaio in questa parte delle Istituzioni tratti di seguito dell’*adluvium*, dell’*insula in flumine nata*, dell’*inaedificatio*, dell’*implantatio*, della *satio*, della *scriptura* e della *pictura*, e che sia dunque sulla “strada dell’unificazione”, questa in realtà “è ottenuta più che altro alla luce della *naturalis ratio* (per Gaio l’acquisto in tali casi avviene *naturalis ratione*) mentre fra gli incrementi fluviali e le altre fattispecie esiste visibilmente una certa frattura, rivelata anche qui dalla terminologia: *adicere* per quelli, *cedere* per queste”.

naturali dei modi di acquisto dei quali Gaio sta trattando non stia a significare che questi effettivamente esistessero presso tutti i popoli,²³ ma che, essendo fondati sulla *naturalis ratio*, sarebbero potuti esistere presso tutti i popoli.²⁴

B. Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2

In un testo tratto dal venticinquesimo libro del commento all'editto provinciale, Gaio richiama insieme lo *ius naturale* e lo *ius civile*, per affermare che la proprietà delle *superficiarum aedes* è di colui al quale appartiene il suolo. "Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2 *Superficiarum aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*".

Gaio, commentando il titolo *de superficiebus*²⁵ dell'editto provinciale, spiega²⁶ cosa siano le *superficiarum aedes*:²⁷ chiamiamo abitazioni superficiali quelle che sono poste su un suolo che abbiamo in conduzione,²⁸ delle quali

²³ Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, p. 140, esclude che il principio *superficies solo cedit* possa rientrare tra i principii e gli istituti dai Romani ritenuti comuni a tutti i popoli e dunque considerati di *ius gentium*; Kaser, Max, *Ius gentium*, *cit.*, pp. 102 ss., dopo aver precisato che *superficies solo cedit* non è una regola di *ius gentium*, spiega il richiamo di Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2 allo *ius civile* con il fatto che la sua applicazione fosse riservata ai cittadini romani; Sitzia, Francesco, "s. v. superficie (dir. rom.)", *ED*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1461; Zaera García, Ana, "Superficies solo cedit", *cit.*, pp. 1013 ss. Diversamente, Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 127, nt. 1, mette l'accento sulla presenza della regola in diversi altri ordinamenti.

²⁴ In questo senso, va inteso il rapporto tra la *naturalis ratio* e lo *ius gentium* in 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". A questo proposito si consideri anche quanto rilevato da Lombardi, Gabbrio, *Sul concetto di "ius gentium"*, Roma, Istituto di diritto romano, 1947, p. 150: "Che una norma o un istituto appartenga o non appartenga al *ius gentium*, e che sia o non sia applicabile ai peregrini, sono due problemi dal punto di vista teorico nettamente distinti. Si possono avere norme di *ius civile* relative ai peregrini; così come si possono avere norme di *ius gentium* che si applichino in rapporti nei quali intervengono soli cittadini".

²⁵ Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, col. 232; Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, p. 143, ipotizza che il testo fosse parte di un'introduzione editale volta a richiamare i principii civilistici riconosciuti dall'editto, ma attraverso quest'ultimo allo stesso tempo innovati.

²⁶ Gaio sembra voler dare una definizione di *superficiarum aedes*. Così anche Vogt, Heinrich, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg, Simons, 1950, pp. 11, 88 ss.; Martini, Remo, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 245 e nt. 289.

²⁷ Per Solazzi, Siro, "Usus proprius", *SDHI*, 7, 1941, pp. 389 e 391, si trattava di edifici da taluno costruiti sul terreno di proprietà di un altro privato: "di *superficies* si ragionava per gli edifici costruiti col permesso dei proprietari nei terreni privati; ma lo stesso vocabolo non si applicava all'analogo rapporto sugli edifici costruiti nei terreni dello Stato o dei municipii".

²⁸ La locazione, secondo la dottrina, avrebbe potuto avere ad oggetto il suolo per edificarvi oppure — come in Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2 — la superficie, cioè le *superficiarum aedes* già costruite, *cfr.* Coviello, Nicola, *op. cit.*, p. 48; Pastori, Franco, *op. cit.*, pp. 168 ss.

la proprietà per diritto civile e naturale (*proprietas et civili*²⁹ *et naturali iure*³⁰) è di colui del quale è anche il suolo.

Gaio qui richiama, l'uno accanto all'altro, lo *ius civile* e lo *ius naturale* e sembrerebbe voler affermare che in base ad entrambi la proprietà delle *superficiarum aedes* è di colui al quale appartiene il suolo³¹ e non —questo è sottinteso— di colui che ha il diritto di utilizzare e godere delle costruzioni (*superficies*³²) che insistono sul suolo.

È stato, però, anche ipotizzato che le parole *et civili et naturali iure* siano state impiegate da Gaio come un'endiadi, per mezzo della quale si sarebbe voluto dire “per un principio di *ius civile* corrispondente a *natura*” e non “secondo il *ius civile* e secondo il *ius naturale*”.³³ Secondo questa lettura, Gaio, per spiegare e giustificare il regime giuridico applicato alle *superficiarum aedes*, cioè che la loro *proprietas* era del *dominus soli*, avrebbe sottolineato che si trattava della traduzione, fatta propria dallo *ius* della *civitas* (*civili iure*), di quanto avveniva nella realtà³⁴ (*naturali iure*). In sostanza, Gaio avrebbe voluto chiarire che l'attribuzione della *proprietas* delle costruzioni al proprietario del

²⁹ Rispetto ai sospetti avanzati da Frese, Benedict, “Viva vox iuris civilis”, *ŹSS*, 43, 1922, p. 472, secondo il quale sarebbe “widersinnig” richiamare sia lo *ius naturale* che lo *ius civile*, e quelli segnalati da Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, III, Weimar, Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1935, col. 298, sulle parole “*et civili et*”, che sarebbero da espungere dal testo, alla luce di un confronto con Gai. 2, 73 e Ulp. 6 *opin.* D. 9, 2, 50, ritengo siano dirimenti i rilievi di Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, cit., p. 295; Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 127, nt. 2.

³⁰ Per Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, cit., p. 295; *id.*, “Proprietà divisa per piani”, cit., p. 143, nt. 35, *et civili et naturali iure* sarebbe un'endiadi e Gaio, con il sottolineare che la fonte del principio da lui richiamato è il *ius civile*, avrebbe voluto mettere in evidenza la contrapposizione tra diritto civile e diritto provinciale.

³¹ Rainer, J. Michael, “Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht”, *ŹSS*, 106, 1989, 329, sottolinea che nel testo è contenuta la contrapposizione classica tra *superficies* e *solum*.

³² Qui il termine *superficies* sta ad indicare la costruzione, si veda Heumann, Hermann-Seckel, Emil, “s. v. superficies”, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11a. ed., Graz, Akademische Druck-u. Verlagsanstalt, 1971, p. 570; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, cit., p. 285; Biondo, Biondi, *op. cit.*, pp. 460 ss.; Vogt, Heinrich, *op. cit.*, pp. 3 ss., sostiene un impiego del termine *superficies* solo in senso materialistico anche da parte dei giuristi classici (diversamente, Sitzia, Francesco, “s. v. superficie (dir. rom.)”, *ED*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 1459 ss., presupposto come originario il significato materialistico di *superficies*, ritiene che già nel periodo classico i giuristi impiegassero il termine per indicare il diritto sulla costruzione sita sul fondo di un altro); Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 256; Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 137; Rainer, J. Michael, *op. cit.*, pp. 327 s.; Griese, Lennart, *op. cit.*, p. 185.

³³ Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, cit., p. 295.

³⁴ *Id.*; *id.*, “Proprietà divisa per piani”, cit., p. 140, sottolineando anche che si tratta di un principio di *ius naturale* e non di *ius gentium*; Burdese, Alberto, “Il concetto di *ius naturale* nel pensiero della giurisprudenza classica”, *RISG*, 7, 1954, p. 415, ritiene che Gaio consideri il

suolo era dovuta ad un principio giuridico dello *ius civile* corrispondente alla natura, come risulterebbe confermato anche da Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 7, 44, 1,³⁵ che analizzerò in seguito.

L'accostamento nel testo gaiano dello *ius civile* accanto allo *ius naturale* ha fatto riflettere anche sull'applicabilità agli stranieri della disciplina dell'*inaedificatio* e dunque della regola *superficies solo cedit*. Infatti, Wagner,³⁶ in considerazione del fondamento “civile” dei rapporti proprietari, ha ritenuto che Gaio avesse sentito il bisogno di dire *civili iure* in quanto la regola sarebbe stata efficace per i cittadini di ciascun ordinamento che la prevedesse e *naturali iure* perché essa era presente in diversi altri ordinamenti. Kaser ha spiegato il richiamo allo *ius civile*, con il fatto che la regola *superficies solo cedit* non sarebbe stata di *ius gentium*, ma riservata ai cittadini romani e quello allo *ius naturale* con la circostanza che essa avrebbe avuto le proprie radici nel processo naturale.³⁷ Entrambe le spiegazioni, a mio avviso, presentano delle criticità. Da un lato, infatti, si può rilevare che il fondamento civilistico dei rapporti proprietari vale per ogni modo di acquisto e che Gaio, nel manuale istituzionale, non ha aggiunto il richiamo allo *ius civile* né per l'ipotesi dell'*inaedificatio* né per gli altri casi in cui *naturali nobis ratione adquiruntur*; dall'altro la spiegazione che vuole limitare l'applicazione della *regula superficies solo cedit* ai cittadini romani, si scontra con il fatto che nelle *Res cottidianae* l'istituto dell'*inaedificatio* (D. 41, 1, 7, 10-12) è dal giurista collocato tra le ipotesi in cui *rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur* (D. 41, 1, 1 pr.), e in quanto tali aperte anche ai peregrini. Direi quindi che si possa escludere che disciplina dell'*inaedificatio* e la regola *superficies solo cedit* fosse riservata ai cittadini romani.

principio *superficies solo cedit* di *ius naturale* “sul fondamento di una realtà di fatto”; Zaera García, Ana, “*Superficies solo cedit*”, *cit.*, p. 1012.

³⁵ In questo senso, su Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 7, 44, 1, anche Maschi, Carlo Alberto, La concezione naturalistica, *cit.*, p. 297.

³⁶ Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 126 ss., anche 127, nt. 1, ritiene che Gaio con le parole “*naturali iure*” intendesse esprimere la presenza della regola in diversi altri ordinamenti giuridici e avesse aggiunto “*civili iure*” “weil sie nur für die Bürger des jeweiligen Staats wirksam werden kann, das begründete Eigentumsrechtsverhältnis immer ein ziviles ist”.

³⁷ Kaser, Max, *Ius gentium, cit.*, p. 103, per il quale, in questo testo, anche in assenza dell'espressione *naturalis ratio*, lo *ius naturale* sta ad indicare che “die Wurzel der Regel primär aus dem Naturvorgang her” e aggiunge che *superficies solo cedit* non è una regola di *ius gentium*, perché i Romani erano consapevoli che altri popoli, e in particolare quelli di area ellenistica, conoscevano la *Stockwerkseigentum*, alla quale si sarebbe contrapposta la regola in esame. Seguendo questa spiegazione, osserva il Maestro tedesco, entrambi i richiami sarebbero tra loro compatibili, come nella *legitima simul naturalis societas* di Gai. 3,154 a.

Per tentare di chiarire il motivo che possa aver condotto Gaio ad affermare “*quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*” si deve a mio parere tener conto della collocazione del testo nel quale tale precisazione è contenuta, cioè il commento all’editto provinciale.

Difficile dire con certezza se Gaio stesse commentando l’editto di una specifica provincia o un testo edittole applicato in modo uniforme in più province. La seconda ipotesi, in considerazione del periodo in cui scrive Gaio, mi sembra più probabile.³⁸ In ogni caso, nel testo edittole che Gaio commentava era evidentemente incluso un titolo dedicato ai rimedi pretori concernenti la tutela del godimento delle *superficies*³⁹ e questo avrebbe offerto l’occasione al giurista per soffermarsi, forse all’inizio⁴⁰ del commento di questo titolo edittole, sul significato di *superficiariae aedes*.

Proprio in ragione di questo contesto,⁴¹ il richiamo di Gaio allo *ius civile* accanto allo *ius naturale* è stato letto in chiave di valorizzazione della contrapposizione tra diritto civile e diritto provinciale, che avrebbe anche permesso di ipotizzare una diversa disciplina della materia in un altro ordinamento.⁴² A ciò si può aggiungere che quel richiamo avrebbe, allo stesso tempo, permesso al giurista di dare risalto alla diversa fonte —l’editto del pretore—, che, tramite le previsioni che si accingeva a commentare,

³⁸ Guarino, Antonio, “Gaio e l’edictum provinciale”, *Iura*, 20, 1969, pp. 154 ss. (=da cui si cita, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, Jovene, 1994, p. 294), a ragione ritiene che l’editto provinciale, per quanto contenesse delle parti coincidenti con gli editti cittadini, “non era il testo dell’*edictum urbicum*” (p. 293).

³⁹ Ciò, come osserva Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 128, nt. 1, non deve stupire: “Daß sich der *superficies*-Satz im Kommentar zum Provinzialedikt findet, ist insofern berechtigt, als es in der Provinzen italienischen Boden gab”. Martini, Remo, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, Giuffrè 1969, p. 115, nt. 30 bis, in considerazione della ricorrenza nel commento gaiano all’editto provinciale di diversi istituti non applicabili nelle province (p. 111 ss.) —tra i quali Martini non richiama però D. 43, 18, 2 su *superficies solo cedit*—, considera la possibilità che il giurista avesse composto il commentario in una provincia nella quale vi fossero diverse comunità di *ius italicum*.

Tuttavia, la circostanza che Gaio nel commento *ad edictum provinciale* impiegasse a volte il termine *praetor* a volte il termine *proconsul* conduce Martini a scartare questa ipotesi (pp. 115 ss.), e a ritenere che il commentario *ad edictum provinciale* fosse stato scritto a Roma come commento *ad edictum praetoris*, dunque con lo sguardo puntato “sui rapporti propri di Roma e del mondo italico” e solo in un secondo momento adattato al contesto provinciale. *Contra*, Guarino, Antonio, *op. cit.*, pp. 281 ss.

⁴⁰ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 143, per il quale il commento riportato in D. 43, 18, 1, 2 sarebbe stato inserito “in una introduzione edittole allo scopo di richiamare i principii civilistici che l’Editto riconosceva ma ai quali, anche profondamente, innovava”.

⁴¹ Lenel, Otto, *Paligenesia iuris civilis*, I, *cit.*, col. 232.

⁴² Così, Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, 143.

innovava⁴³ in modo significativo sulle conseguenze della regola *superficies solo cedit*.

A differenza che nel paragrafo tratto dalle *Institutiones*, qui Gaio non solo non mette l'accento sulla distinzione tra modi di acquisto *iure civili* o *iure naturali*, ma neppure richiama esplicitamente la regola *superficies solo cedit*, la quale però a ben guardare è “parafrasata” con le parole *et civili et naturali iure*. Con esse, infatti, a mio avviso, Gaio voleva dire che la *proprietas* delle *superficiariae aedes* era del *dominus* del suolo in base alla regola *superficies solo cedit*, propria dello *ius civile*⁴⁴ (verosimilmente presupposta anche nelle disposizioni decemvirali sul *tignum iunctum*⁴⁵) e corrispondente alla realtà di fatto e dunque comprensibile secondo la *naturalis ratio*, altrimenti il giurista stesso in Gai. 2, 73 non avrebbe usato il *quia* per legarla allo *ius naturale*.

Riconoscere la conformità della regola civilistica *superficies solo cedit* alla *naturalis ratio* non implica alcuna contraddizione.⁴⁶ In sostanza, Gaio affermando che la *proprietas* delle *aedes superficiariae* è *et civili et naturali iure* di colui al quale appartiene il suolo, ha implicitamente individuato il fondamento della sua affermazione nella regola *superficies solo cedit*, propria dello *ius civile* e corrispondente alla realtà di fatto.⁴⁷

Il richiamo allo *ius naturale* in Gai. 2, 73, così come in Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2, “racchiude ... tutta la forza del principio, sentito dai Romani come una necessità fisica”.⁴⁸ La prospettiva dalla quale il giurista sta osservando il rapporto tra superficie e suolo non è dunque quella “giuridica e teorica” della

⁴³ Si veda, *infra*, § II.5.

⁴⁴ Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 449, premesso che la concezione civilistica della superficie sarebbe stata dominata dal principio *superficies solo cedit*, precisa che tale concezione non era riconducibile ad una qualche legge, ma “dedotta dai *iuris periti* da quella realtà delle cose o natura, su cui si fonda il sistema civilistico racchiuso nella *interpretatio prudentium*”. Cfr. anche Pastori, Franco, *op. cit.*, pp. 159 ss., per il quale la fonte della regola sarebbe da individuare nelle antiche consuetudini volte a regolare la proprietà immobiliare romana e sarebbe stata conforme all'antica struttura del *dominium*, “la cui forza attrattiva esclude limitazioni spaziali e temporali”.

⁴⁵ *Tab.* 6, 8 e *tab.* 6, 9. Sulle quali vd. anche *infra*, § II.4.

⁴⁶ Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica, cit.*, pp. 255 ss., pur chiarendo che anche principi dello *ius civile*, quale appunto *superficies solo cedit*, ben possono essere indicati come di *ius naturale* o fondati sulla *naturalis ratio* nel momento in cui vengono avvertiti come aderenti alla realtà, a proposito del richiamo di Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2 allo *ius civile* e allo *ius naturale*, ritiene che Gaio non avesse impiegato *ius naturale* come un'entità separata dallo *ius civile*, “perché *naturale*, in questo caso, è chiamato precisamente il *ius civile*”.

⁴⁷ Burdese, Alberto, *op. cit.*, p. 415, osserva che “sempre sul fondamento di una realtà di fatto”, Gaio (Gai. 2, 73 e D. 43, 18, 2), Paolo (D. 44, 7, 44, 1) e Ulpiano (D. 9, 2, 50) ritengono di *ius naturale* il principio *superficies solo cedit* e dunque l'acquisto della proprietà dell'edificio da parte del *dominus soli*; Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, pp. 138 ss.

⁴⁸ In questi termini, Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica, cit.*, p. 294.

proprietà, quanto quella concreta della realtà delle cose,⁴⁹ che però gli permette di annoverare l'*inaedificatio* tra i casi in cui *naturali nobis ratione adquiruntur*.

2. Paolo: l'impossibilità di trasferire il suolo senza la superficies, quae natura solo cohaeret

In un contesto diverso dai modi di acquisto della proprietà e dall'editto de *superficiebus*, Paolo richiama, nel fare una similitudine *ad impossibilia*,⁵⁰ lo stretto rapporto esistente tra la regola del *cedere* della superficie al suolo e la natura.

Paul. 74 ad ed. D. 44, 7, 44, 1 *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. ex die veluti "kalendis Martiis dare spondes?" cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. ad diem autem "usque ad kalendas dare spondes?" placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui debetur coepit, certis modis desinit deberi. plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoventi poterit. sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.*

Paolo, occupandosi delle obbligazioni a termine,⁵¹ si sofferma sul termine sospensivo o iniziale (*ex die*) e su quello risolutivo o finale (*ad diem*),⁵² proponendo degli esempi. Il giurista, poi, dopo aver precisato che *ad tem-*

⁴⁹ Voci, Pasquale, *op. cit.*, pp. 256 ss., 266 s., sulla base della disposizione decemvirale sul *tignum iunctum* (tab. 6, 8), rileva come il principio dell'accessione non fosse originario, ma creato dalla giurisprudenza. A sostegno di questa tesi cita, tra gli altri, l'argomento che *iure naturali superficies solo cedit*: "l'autorità del *ius naturale* sola poté limitare entro i noti confini l'autorità delle XII tavole, che avrebbe portato al diniego di ogni acquisto di proprietà".

⁵⁰ Già la glossa a "*sic et in tradendo*", aveva evidenziato che si trattasse di una similitudine tra ipotesi impossibili.

⁵¹ Rotondi, Giovanni, "Natura contractus", *BIDR*, 24, 1911, p. 54; Grosso, Giuseppe, "Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo", *BIDR*, 64, 1961, p. 105 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 702); Brutti, Massimo, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 671 ss.

⁵² Grosso, Giuseppe, "Prospettive in materia di termine", *cit.*, pp. 702 ss., si chiede quale sia il valore della contrapposizione *ex die incipere-in diem conferri* e rileva che se da un lato nella versione del testo tramandataci "il secondo termine parrebbe corrispondere al posteriore *ad diem*", dall'altro, i Romani (come si ricava da altre fonti) utilizzavano l'espressione *conferri in diem* per il termine sospensivo. Alla luce di ciò, ipotizza che Paolo abbia solo accennato, in aggiunta, al *dies ad quem* "per dire che nell'obbligazione era inammissibile (come faceva per la condizione) e che la *duplex inspectio* si riferisse per entrambe le alternative ad un termine sospensivo". Diversamente, Talamanca, Mario, "Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani", in Kupiszewski, Henryk et Wolodkiewicz, Witold (edd.), *Le droit romain et sa reception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Ad-*

pus obligationem constitui non posse,⁵³ non diversamente che il legato, stando alla versione testuale tramandataci, sarebbe passato ad un piano diverso —quello dello *ius honorarium*— e avrebbe ammesso che *post tempus* all'*actio ex stipulatu* si sarebbe potuta opporre l'*exceptio pacti conventi* o l'*exceptio doli mali*.⁵⁴ A ciò Paolo avrebbe aggiunto, sebbene il modo di procedere e il lessico lascino pensare ad un intervento successivo sul testo⁵⁵, che sarebbe stato così anche (*sic et*) in caso di *traditio* (*rectius mancipatio*⁵⁶); infatti, se qualcuno avesse detto di trasferire (*rectius mancipare*⁵⁷) solo il suolo, senza la superficie,⁵⁸ nien-

ministration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia internazionale dei Lincei (8-10 ottobre 1973), Varsovie, Université de Varsovie, 1978, p. 241.

⁵³ Non entro in questa sede nel problema della nullità dell'intero negozio o delle sole clausole accidentali apposte in violazione del divieto. Direi, però, che con Grosso, Giuseppe, "Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà", *Iura*, 20, 1969, p. 149 (=da cui si cita, *Scritti giuridici*, II, *Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 714), alla luce di questo testo, possa ritenersi che Paolo fosse uno dei giuristi propensi a ritenere "che il termine o la condizione inapponibili si avessero per non apposti".

⁵⁴ Cfr. Brutti, Massimo, *op. cit.*, p. 672; diversamente, Grosso, Giuseppe, "L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia", *Studi Urbinati*, II, 1-2, 1928, p. 6 (=da cui si cita, *Scritti Storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 46 ss.), ritiene che la menzione di entrambi i rimedi sia da attribuire ad un glossatore o ai giustiniani, tanto che per l'altro caso presentato alla fine del paragrafo (quello relativo alla *mancipatio* del suolo senza la superficie) non si sarebbe accordato alcun rimedio pretorio. Sul concorso elettivo, risultante dal testo, tra *exceptio pacti* ed *exceptio doli*, si veda anche Frezza, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova, Cedam, 1962, pp. 112 ss., secondo il quale sarebbe da attribuire ai bizantini, mentre originariamente la scelta tra i due rimedi sarebbe stata condizionata dal carattere sussidiario dell'*exceptio doli*.

⁵⁵ Anche per questo direi che, come notava Grosso, Giuseppe, "Prospettive in materia di termine", *cit.*, 702, si tratta di un testo tormentato dalla critica.

⁵⁶ Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, *cit.*, col. 1091, nt. 3, ritiene che Paolo avesse scritto "*sic et in mancipio*"; Mitteis, Ludwig, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1908, p. 192, nt. 8; Beseler, Gerhard, "Einzelne Stellen (Miszellen)", *ZSS*, 45, 1925, p. 451, corregge con "*in mancipatione*"; si veda anche Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, III, *cit.*, col. 367; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 296, segue i rilievi del Lenel. Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 450; Frezza, Paolo, *op. cit.*, p. 113; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 160, sostituiscono "*in tradendo*" con "*in mancipando*".

⁵⁷ Così, Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, *cit.*, col. 1091, nt. 4; Beseler, Gerhard, "Einzelne Stellen (Miszellen)", *cit.*, p. 451, che corregge con "*mancipio accipere*"; per la presenza di *mancipare* nel testo originale, anche Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, III, *cit.*, col. 367; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 296; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 36 nt. 103; Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 450; Frezza, Paolo, *op. cit.*, p. 113; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁸ D'accordo con Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 37, nt. 104, ritengo che qui il termine *superficies* sia impiegato dal giurista in senso materiale, per indicare tutto quello che è costruito sul suolo e non il diritto di superficie.

te⁵⁹ avrebbe fatto sì che non passasse anche la superficie, la quale per natura è unita al suolo. A ciò la dottrina⁶⁰ aggiunge —perché il giurista non lo chiarisce esplicitamente— che anche in quest'ultimo caso avrebbe potuto trovare applicazione l'*exceptio pacti conventi* o l'*exceptio doli mali*.⁶¹

La frase *sic... cohaeret*, nella versione attuale, potrebbe sembrare contenutisticamente scollegata da quanto la precede.⁶² Per questo, Kniep⁶³ e Mitteis⁶⁴ hanno ipotizzato che Paolo stesse discutendo anche per l'ultimo caso l'apposizione di un termine finale. L'ipotesi mi sembra da scartare, non solo perché la ricostruzione proposta da Mitteis si scontrerebbe con la nullità della *mancipatio ad tempus*,⁶⁵ ma anche perché resterebbe da spiegare il motivo per il quale i compilatori giustinianeî avrebbero cancellato la parte relativa all'apposizione del termine e mantenuto il riferimento al trasferimento del suolo senza la superficie, chiarendo che quest'ultima sarebbe stata comunque trasferita, dal momento che per natura è unita al suolo. Mi sembra, dunque, più probabile che l'intervento dei compilatori sia stato in questo punto minimo (sostituzione della *traditio* alla *mancipatio*) e che Paolo avesse richiamato l'ipotesi della *mancipatio* con la *deductio* della superficie, che avrebbe però comunque comportato il trasferimento di quest'ultima insieme al suolo, per rafforzare e far comprendere meglio quanto aveva detto subito prima per l'obbligazione *ad tempus*, cioè che il termine finale

⁵⁹ Neppure l'autonomia privata ed ancora nel diritto giustiniano: vd. Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, cit., pp. 36 ss. Occupandosi di questo testo Ioan. Garsia Galleci, *Tractatus de expensis et meliorationibus, Cui De Nouo Accesserunt Ioannis Garsia a Saabedra Tractatus Quatuor*, Lugduni, 1671, cap. XIV, n. 25, p.317, aveva osservato “natura ipsa superficies cohaeret solo, neque fieri potest ulla arte, ullove ingenio, aut juris invento, quin tradito solo non videatur superficies quoque tradita”.

⁶⁰ Riccobono, Salvatore, “Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII,I)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 3, 1922, p. 347; Talamanca, Mario, *op. cit.*, p. 241. Diversamente, come si è visto *supra* nt. 54, Grosso, Giuseppe, “L'efficacia dei patti”, cit., pp. 46 ss., anche nt. 2 a p. 47.

⁶¹ Lascerebbe pensare così anche un confronto con Pap. 7 *quaest.*, D. 8, 1, 4 pr.

⁶² Per Riccobono, Salvatore, “Dies e condicio”, cit., p. 347, invece, nonostante il brusco passaggio dall'esempio della *stipulatio* a quello contenuto nell'ultima parte del testo, l'avverbio “*sic*” non lascerebbe “dubbio sul contenuto generale della dottrina”.

⁶³ Kniep, Ferdinand, *Vacua Possessio*, I, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1886, p. 240.

⁶⁴ Mitteis, Ludwig, *op. cit.*, p. 192, nt. 8: “Der formale Manzipationsakt dagegen ruht in sich selbst. Wahrscheinlich war denn auch die Giltigkeit manzipativer Eigentumsübertragung auf Zeit und die hierbei stattfindende Ignorierung des Endtermins wirklich ausgesprochen bei Paul. D. 44, 7, 44, 1: was daselbst über *Superficies* gesagt ist, ist interpoliert, weil die Streichung des Endtermins, die das Original gehabt haben wird, eben nur bei der Manzipation passte, während der Termin die (in die Stelle eininterpolierte) Tradition vernichtet”.

⁶⁵ Così anche Riccobono, Salvatore, “Dies e condicio”, cit., p. 347, nt. 1.

non avrebbe prodotto alcun effetto e che dunque si dovesse considerare come non apposto.⁶⁶

Nel testo di Paolo l'impossibilità di trasferire mediante *mancipatio* il suolo senza la *superficies* trova la propria giustificazione nella *natura* (non nello *ius naturale* o nella *naturalis ratio*⁶⁷): *superficies... quae natura solo cohaeret*. La superficie per natura è unita al suolo⁶⁸ e ciò è “giuridicamente tradotto” nella regola *superficies solo cedit*.

Sembrerebbe dunque che nella percezione dei giuristi romani la regola *superficies solo cedit* non fosse altro che la traduzione in termini giuridici di quanto naturalmente avveniva nella realtà fisica.⁶⁹ Anche in considerazione dell'enfasi posta dal giurista sulla fisicità e naturalità del rapporto esistente tra superficie e suolo —che non può ritenersi bizantina (visto che è assente nei Basilici⁷⁰)— non sarei così sicura che Paolo, per l'ipotesi della *mancipatio* del suolo con *deductio* della superficie, avesse ammesso il ricorso all'*exceptio pacti* o

⁶⁶ Cfr. Grosso, Giuseppe, “Servitù ad tempus”, *cit.*, p. 714.

⁶⁷ Per Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 297, non ci sarebbe stata alcuna differenza tra il *natura* impiegato da Paolo e lo *ius naturale* che abbiamo visto ricorrere nei testi di Gaio e vedremo ricorrere in un frammento di Ulpiano (D. 9, 2, 50).

⁶⁸ Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 296 ss., analizzando il testo di Paolo, mette a ragione l'accento sul criterio fisico nonché sulla sua influenza sul diritto e osserva: “La inerenza giuridica della superficie al suolo è anzitutto inerenza fisica; e il principio *s.c.c.* non fa altro che rispecchiare tale inerenza naturale”; Zaera García, Ana, “Superficies solo cedit”, *cit.*, p. 1011, a proposito del legame della regola *superficies solo cedit* con la natura, evidente anche in questo testo di Paolo, sottolinea il richiamo della regola anche in un contesto diverso da quello prettamente giuridico: Seneca, *Ep.* 88, 28. Sul testo di Seneca si veda anche *supra*, nt. 18.

⁶⁹ Schmidlin, Bruno, *op. cit.*, p. 88, nota giustamente che Paolo non ricorra a considerazione teoretiche, ma si soffermi piuttosto sull'aderenza naturale della superficie al suolo: “Ohne sich auf lange theoretische Erwägungen einzulassen, verweist Paulus darauf, daß die Oberfläche naturgemäß am Grund haftet und daher eine rechtliche Sonderbehandlung der superficies nicht zulässig ist”; in modo simile Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 144, mettendo l'accento sul verbo *cohaeret*; Kaser, Max, *Ius gentium*, *cit.*, p. 102, nt. 415, per il quale “Das *natura solo cohaerere* meint eine körperliche Verbundenheit, die ein getrenntes sachenrechtliches Schicksal ausschließt”. La conseguenza giuridica del criterio fisico del *cohaerere* della *superficies* al suolo sarebbe stata l'impossibilità giuridica della *mancipatio* della *superficies* senza il suolo, cfr. Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 296 ss.

⁷⁰ Bas. 52, 1, 42. Nei Basilici, però, per il testo in esame non c'è neppure traccia dell'ultima parte dello stesso. Su ciò, cfr. Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 297 ss.; Branca, Giuseppe, “Considerazioni”, *cit.*, pp. 194 ss., che trae da questa assenza —insieme a quelle che si riscontrano in altri passi dei Basilici corrispondenti a quelli del Digesto che contenevano il principio— la conclusione che “il dogma dei classici non era più rispettato o sentito” nelle fonti bizantine; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 68, nt. 169, che invece considera la cancellazione dei riferimenti al *ius naturale* un elemento utile a provare che non potesse ritenersi un richiamo introdotto dai bizantini.

all'*exceptio doli*, che non a caso in questa parte del testo non sono menzionate.⁷¹ Ritengo, infatti, che il termine *superficies* sia stato qui impiegato nel suo significato prettamente materiale,⁷² per indicare quanto insiste sopra il suolo ed è ad esso naturalmente unito, tanto da non poter essere trasferito separatamente da quest'ultimo.

3. *Ulpiano: superficies ad dominum soli pertinet*

La conferma del legame tra *natura/ius naturale* e regola *superficies solo cedit*, emerso dalle fonti finora considerate, arriva anche da un frammento delle *Opiniones*, tramandato in D. 9, 2, 50, e attribuito⁷³ ad Ulpiano. “Ulp. 6 *opinion*. D. 9, 2, 50: *Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas exstruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actioni subicitur*”.

Ulpiano discute il caso in cui taluno aveva demolito, *invito domino*,⁷⁴ la casa di un altro e, al suo posto, vi aveva costruito dei bagni. L'autore della demolizione e della successiva costruzione —continua il giurista— aveva agito contro (*praeter*) lo *ius naturale*, perché la superficie appartiene al proprietario del suolo e avrebbe anche subito l'azione per il danno che aveva arrecato.⁷⁵

⁷¹ In questo senso, anche Grosso, Giuseppe, “L'efficacia dei patti”, *cit.*, p. 47 e nt. 2, al quale aderisce Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 37, nt. 104.

⁷² Heumann, Hermann-Seckel, Emil, “s. v. superficies”, *cit.*, p. 570. Per un impiego del termine in senso materiale, si veda Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 37, nt. 104.

⁷³ A partire da Jacobi Gothofredi *Novus in titulum Pandectarum de diversis regulis juris antiqui commentarius*, Neapoli, 1780, p. 194, seguito da Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, II, *cit.*, col. 1001, nt. 2, si è aperta una grande discussione su quest'opera. Per una rassegna delle diverse ipotesi formulate, si veda Santalucia, Bernardo, *I “Libri opinionum” di Ulpiano*, I, *cit.*, pp. 1 ss., secondo il quale —direi a ragione— l'opera può considerarsi ulpiana. Diversamente, Liebs, Detlef, “Ulpiani opinionum libri VI”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41, 1973, pp. 279 ss.; *id.*, “Il Codexsystem. L'aggiornamento della sistemazione del diritto romano in età tardoantica”, in Aldo Schiavone (cur.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 284 s., 299 ss.

⁷⁴ Musumeci, Francesco, *op. cit.*, p. 128, considerando che il testo riferisce solo l'agire *invito domino* del costruttore e non allude ad un rapporto giuridico tra l'autore delle *balneae* e il proprietario della *domus*, ipotizza che la realizzazione dei bagni fosse “frutto della prepotenza di chi si era impossessato della *domus* altrui allo scopo di demolirla e di edificare sul terreno dove si trovava”. A me non sembra, però, necessario limitare il contenuto del testo a questa ipotesi.

⁷⁵ Secondo Rotondi, Giovanni, “I libri opinionum di Ulpiano e le Sententiae di Paolo”, *Scritti giuridici*, I, in Arangio-Ruiz, Vincenzo-Albertario, Emilio-de Francisci, Pietro (curr.), *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano, Ulrico Hoepli, 1922, p. 479, nel

Nonostante i numerosi dubbi sollevati dalla dottrina⁷⁶ sulla provenienza del testo e sulla sua genuinità, non mi sembra possa mettersi in discussione la classicità⁷⁷ del legame, che dal frammento emerge in modo inequivoco, tra l'argomento *quod superficies ad dominum soli pertinet* — sostanzialmente coincidente con la regola *superficies solo cedit* — e lo *ius naturale*.

In modo simile a quanto abbiamo visto a proposito di Gai. 2, 73, anche nel testo tratto dai *Libri Opinionum* attribuiti ad Ulpiano, il giurista non richiamava lo *ius naturale* per spiegare la regola *superficies solo cedit*, ma si riferiva a quest'ultima per giustificare il fatto che quanto costruito da un altro sul mio suolo divenisse mio o comunque mi appartenesse *iure naturali*. Nel testo ulpiano, infatti, si legge: ...*praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet*. In sostanza, colui che, *invito domino*, aveva demolito la casa e costruito al suo posto dei bagni, secondo il giurista si sarebbe comportato in modo contrario allo *ius naturale*, dal momento che la superficie, e quindi la *domus*, appartiene al proprietario del suolo.⁷⁸

Nonostante Ulpiano non parli del *cedere* della *superficies* al *solum*, ma del *pertinere* della *superficies* al *dominus soli*, direi che ancora una volta, la concreta fisicità dell'unione della superficie al suolo permetta al giurista di spiegare o comunque motivare il richiamo dello *ius naturale*, che è stato violato da chi, *invito domino*, aveva demolito la *domus* per costruirvi dei bagni.

testo originale si sarebbe detto che l'autore della demolizione e della successiva costruzione *actione legis Aquiliae tenetur*.

⁷⁶ Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, I, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1929, col. 116; Perozzi, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., Roma, Athenæum, 1928, p. 91, nt. 2; Rotondi, Giovanni, "I libri opinionum", *cit.*, p. 479, per il quale le frasi *praeter ... pertinet* e *damni dati ... subicitur* sarebbero state rimaneggiate; Lombardi, Gabrio, *op. cit.*, p. 219, nt. 5, torna a ricondurre l'inciso *praeter-pertinet* ad un autore postclassico o giustiniano, Kaser, Max, "Gaius und die Klassiker", *ZSS*, 70, 1953, p. 154, nt. 91, considera apocrifi i Libri Opinionum di Ulpiano. Per i dubbi sulla provenienza del testo, *cfr. supra*, nt. 73.

⁷⁷ In questo senso, anche Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 295 ss., il quale ritiene che la sola appartenenza del testo ad un'opera spesso considerata dalla dottrina nella forma e nella sostanza come tarda o rimaneggiata, non può essere sufficiente per mettere in discussione la classicità del principio *superficies solo cedit* e le conclusioni che nel testo vengono affermate; Lombardi, Gabrio, *op. cit.*, p. 219 nt. 5, il quale, nonostante i dubbi sull'inciso *praeter ... pertinet*, non può fare a meno di rilevare che esso rispecchi un principio classico; Santalucia, Bernardo, *I "Libri opinionum" di Ulpiano*, I, *cit.*, p. 191, anche nt. 167, e *id.*, *I "Libri opinionum" di Ulpiano*, II, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 262 ss., per il quale l'opera è attribuibile ad Ulpiano. Nel complesso non mi sembrerebbe che ci siano elementi per accogliere le obiezioni di Rotondi e ritenere che la frase *praeter ... pertinet* sia stata rimaneggiata.

⁷⁸ Pertanto, solo il *dominus soli* avrebbe eventualmente potuto decidere di demolire la *domus* per costruirvi altro.

4. *Il legame naturale tra superficie e suolo nell'esperienza giuridica romana*

I testi considerati mostrano che i giuristi romani motivassero o spiegassero con il fatto che *superficies solo cedit* l'acquisto *naturali iure* da parte del proprietario del suolo di quanto da un altro su di esso costruito (Gai. 2, 73 e Ulp. 6 *opinin.* D. 9, 2, 50) o comunque giustificassero l'appartenenza delle *superficiae aedas* al *dominus soli* oppure l'impossibilità di trasferire il suolo senza la superficie con un richiamo allo *ius naturale* o alla *natura* (rispettivamente Gai. D. 43, 18, 2 e Paul. D. 44, 7, 44, 1).⁷⁹ Sembrerebbe che l'espressione *superficies solo cedit* fosse in grado di riassumere e descrivere “plasticamente” le ragioni che conducevano i giuristi a ricondurre allo *ius naturale* o alla *naturalis ratio* l'appartenenza della costruzione al proprietario del suolo, come se quell'affermazione fosse la traduzione della realtà stessa delle cose, fosse in sostanza dedotta dalla natura.⁸⁰ In questo senso, direi, possa dirsi che la regola *superficies solo cedit* ha il proprio fondamento nella natura.

Non mi sembra, invece, che le fonti offrano alcun indizio che permetta di collegare la regola *superficies solo cedit* ad una concezione assoluta del *dominium*⁸¹ o al carattere attrattivo della proprietà fondiaria. Queste interpretazioni soffrono del primato assegnato dagli interpreti delle fonti,⁸² ma non dai giuristi romani, al ruolo del *dominium soli*. I primi hanno collegato la regola *superficies solo cedit* alla concezione assoluta del *dominium*, mentre per i giuristi romani essa era la traduzione, in termini giuridici, di quanto avveniva nella realtà fisica tra il suolo e la *superficies* che su questo insisteva.

⁷⁹ In considerazione di questo rapporto in dottrina si legge spesso che lo *ius naturale* è la base della regola *superficies solo cedit* (Schmidt, Adolf, “Das Recht der Superficies”, *ZSS*, 11, 1890, pp. 124 ss., che a questo proposito precisa anche: “Weil die Regel «*superficies cedit solo*» dem *naturale ius* angehört, deshalb wird sie von den römischen Juristen nicht bloss auf das Eigentum angewendet, sondern auch auf den Besitz” (p. 126), citando D. 43, 17, 3, 7; Nocera, Guglielmo, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 98; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 121; più recentemente, Griesse, Lennart, *op. cit.*, p. 187), o che quest'ultima è detta dai Romani di *ius naturale* (Voci, Pasquale, *op. cit.*, pp. 255 ss.).

⁸⁰ Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 449.

⁸¹ A questo proposito, si consideri che una parte della dottrina ha ritenuto applicabile la regola in esame anche al possesso. Si veda Savigny, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 7a. ed. (aus dem Nachlasse des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage vom Adolf Friedrich Rudorff), Wien, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, 1865, pp. 263 ss.; Schmidt, Adolf, *op. cit.*, pp. 124 ss.

⁸² Coviello, Nicola, *op. cit.*, pp. 19, ss., ha mostrato come a lungo si sia creduto che il brocardo “*cujus est solum, ejus est usque ad coelum, et usque ad profundum*” risalisse al diritto romano, ma ha anche ritenuto che i Romani avessero concepito l'estensione della proprietà nello spazio e nel sottosuolo “non solo come naturale ma come essenziale all'idea della proprietà fondiaria”.

Nel valutare le ragioni che potrebbero aver condotto all'affermazione di questa regola, si può considerare quello che da Ulpiano (Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 3, 1 pr.) è stato considerato lo scopo delle disposizioni sul *tignum iunctum* nella legislazione decemvirale (*tabb.* 6, 8 e 6, 9):⁸³ *...quod providenter lex efficit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur*. Le disposizioni della legge delle XII tavole a mio avviso presupponevano⁸⁴ il *cedere*, il *coherere* della superficie al suolo, ma guardavano al problema da una prospettiva diversa, quella del proprietario dei materiali, al quale si vietava di staccarli fintanto fossero congiunti all'edificio o alla vigna (*tab.* 6, 8).⁸⁵ Anche il commento ulpiano assume la medesima prospettiva e il giurista elogia (*providenter*) la disciplina decemvirale, perché avrebbe evitato che si distruggessero gli edifici e si compromettesse l'agricoltura; in sostanza avrebbe tutelato l'*utilitas* sociale.⁸⁶

Non sono però sicura che le medesime ragioni abbiano contribuito all'affermazione nello *ius civile* della regola *superficies solo cedit*.

L'analisi compiuta in queste pagine mi sembra piuttosto confermare quanto evidenziato da Pugliese⁸⁷ a corollario della sua tesi che nega la con-

⁸³ Su questi versetti si vedano i recenti contributi di Cursi, Maria Floriana (cur.), *Gli illeciti privati, XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, pp. 599 ss.; Humbert, Michel, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, École Française de Rome, 2018, pp. 307 ss.

⁸⁴ La connessione tra il *cedere* della *superficies* al suolo e le disposizioni sul *tignum iunctum*, nel senso della presupposizione del primo da parte delle seconde, a mio avviso è confermata da: Gai. 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 10 (che è alla base di I. 2, 1, 29), in cui l'affermazione "*quia omne quod inaedificatur solo cedit*" è seguita dalla precisazione "*nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desit eius dominus esse*" e poi dal richiamo alla disciplina decemvirale; Paul. 15 *quaest.* D. 46, 3, 98, 8, in cui si si legge: *...area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit. denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit*.

⁸⁵ Sul divieto diretto al proprietario dei materiali, *cf.* Cursi, Maria Floriana, *op. cit.*, p. 602.

⁸⁶ Si veda, Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 256, per il quale il divieto decemvirale sul *tignum iunctum* avrebbe avuto ragioni di utilità sociale, cioè evitare danni all'agricoltura e agli edifici. Voci, però, ritiene che il regime dell'accessione (*superficies solo cedit*) fosse posteriore a quello decemvirale del *tignum iunctum* e i due non potessero andare d'accordo: "Il regime decemvirale non poteva andare d'accordo con il regime generale dell'accessione, ch'è ad esso posteriore. Definito questo dalla giurisprudenza nel senso dell'acquisto da parte del proprietario della cosa principale, si dovè giungere alla filosofica ed artificiosa distinzione tra gli elementi costitutivi: l'acquisto del tutto obbedisce ai principi in materia di accessione; il mancato acquisto degli elementi costitutivi obbedisce al precetto decemvirale. In sostanza, una soluzione di compromesso"; Musumeci, Francesco, *op. cit.*, p. 34, riferisce la tutela di cui parla Ulpiano ad esigenze della collettività e, diversamente da Voci, sembra ritenere molto risalente il principio *superficies solo cedit* (p. 79), anche se poi aderisce al suo orientamento sulla non riconducibilità al diritto originario di Roma della distinzione tra proprietà dell'edificio e proprietà dei materiali (p. 79, nt. 10).

⁸⁷ Pugliese, Giovanni, "Note sulla superficie", *cit.*, p. 294.

fusione, nel diritto giustiniano, della superficie con la proprietà:⁸⁸ “la causa [della mancata fusione] a mio avviso è da vedersi non tanto nel principio *superficies solo cedit* in sé e per sé, quanto nell’impossibilità, sentita come naturale prima che giuridica, di valutare quale cosa autonoma la costruzione rispetto al suolo e ad un’altra costruzione”⁸⁹ (il carattere espanso è mio). La regola *superficies solo cedit*, infatti, era espressione di questa impossibilità “naturale”, che emergeva dall’esame dei casi concreti, sui quali i giuristi ponevano la loro attenzione, che invece non era volta alla costruzione di una categoria unitaria di accessione.

5. *Il superamento delle conseguenze della regola superficies solo cedit: la concezione romana del diritto di superficie per ovviare al mancato riconoscimento della proprietà per piani orizzontali*

La presenza della *regula superficies solo cedit* nei testi ricompresi nella compilazione giustinianea mostra che essa fosse sentita operante ancora nel VI secolo d. C.,⁹⁰ nonostante già da tempo la realtà sociale e demografica⁹¹ di Roma avesse dovuto fare i conti con gli inconvenienti che la rigida applicazione della regola avrebbe portato con sé: il proprietario del suolo “kann das Grundstück nicht ohne das Gebäude, das Gebäude nicht ohne das Grundstück veräußern.

⁸⁸ Le considerazioni di Pugliese restano valide, anche se, con Branca, Giuseppe, “Considerazioni”, *cit.*, pp. 189 ss., si dovesse considerare la sua tesi troppo rigida e si dovesse piuttosto ammettere una “tendenza” dei giustiniane “a considerare proprietario il titolare della superficie” (p. 201).

⁸⁹ Pugliese, Giovanni, “Note sulla superficie”, *cit.*, p. 294. Non sono invece così sicura rispetto alla lettura, in chiave di elemento principale ed elemento accessorio, che Pugliese fa di *superficies solo cedit* e che risulta da quanto egli aggiunge subito dopo: “Il principio «*superficies solo cedit*» opera solo in un secondo momento, in quanto determina quale delle due cose inscindibili è la principale, che deve attrarre l’altra”.

⁹⁰ Non posso occuparmi in questa sede della questione legata al riconoscimento o meno, da parte del diritto giustiniano, della proprietà superficiaria. Le fonti mi sembrano, però, confermare la posizione di coloro che, con più o meno vigore, lo negano: Grosso, Giuseppe, “Rc. a Biondo Biondi, La categoria romana delle servitutes”, *SDHI*, 1, 1919, pp. 238-252 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, IV, *Recensioni e ricordi*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 80); Pugliese, Giovanni, “Note sulla superficie”, *cit.*, pp. 275 ss.; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, pp. 5 ss. Diversamente, Biondi, Biondo, *op. cit.*, pp. 525 ss.; Solazzi, Siro, “La superficies nel diritto giustiniano”, *Archivio giuridico*, 146, 1954, p. 32 (= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, Jovene, 1972, pp. 533 ss.), per il quale, però, sebbene il costruttore potesse avere la proprietà della costruzione su un suolo altrui, tale proprietà non sarebbe stata superficiaria. Per una posizione decisamente meno radicale, Branca, Giuseppe, “Considerazioni”, *cit.*, pp. 196 ss.

⁹¹ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, pp. 143 ss.; Gagliardi, Lorenzo, *op. cit.*, pp. 6 ss., con indicazione nella nt. 3 della vasta bibliografia sul tema.

Er kann auch das Gebäude (mit Einschluß der allenfalls eingebauten fremden Bestandteile) nur zusammen mit dem Grundstück vindizieren”.⁹² In questo panorama, l’intelligenza creativa dei giuristi e l’intervento del pretore, ancora una volta, si mostrarono determinanti.⁹³

La difficoltà, avvertita innanzitutto come fisica, di separare la superficie dal suolo, e quindi all’interno delle *insulae* i singoli appartamenti, fu superata prima attraverso la *locatio conductio* a tempo determinato della superficie (o dell’appartamento), poi con la locazione a tempo indeterminato, sempre contro il pagamento di un canone, o con l’*emptio venditio*,⁹⁴ nel caso in cui il pagamento del corrispettivo fosse unitario. Oggetto del contratto sarebbe comunque stato l’uso e il godimento della superficie.⁹⁵

La tutela, in questi casi, non poteva che essere su un piano obbligatorio, ma ad essa si aggiunse prima l’*interdictum de superficiebus* e poi una tutela reale.⁹⁶ Queste concessioni divennero, grazie all’intervento del pretore, sostan-

⁹² Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, I, cit., pp. 429 ss. Cfr. anche Savigny, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 264 ss.; Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, cit., p. 139, per il quale sarebbero chiare le “conseguenze dogmatiche” del principio *superficies solo cedit*: impossibilità (o meglio inconcepibilità) per lo *ius civile* di trasferire il *dominium* della *superficies*, o di costituire un diritto reale, separatamente dal suolo; Giuseppe Grosso, Schemi giuridici e società, cit., pp. 299 ss.; Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, pp. 138 ss. In modo più specifico sul problema della proprietà orizzontale, cfr. Pineles, Stanislaus, “Die communio pro diviso”, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 29, 1902, pp. 689 ss. e in 30, 1903, pp. 767 ss.; Riccobono, Salvatore, “La violazione del principio”, cit., pp. 515 ss.; Serrao, Feliciano, “Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.”, in Serrao, Feliciano (cur.), *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli, Jovene, 1981, pp. 147 ss.; Rainer, J. Michael, *op. cit.*, pp. 329 ss., 357 ss.; Marchi, Eduardo C. Silveira, *op. cit.*, pp. 265 ss.

⁹³ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, cit., pp. 149 ss., il quale mette a mio avviso correttamente in evidenza come siano stati i giuristi a ispirare e guidare l’operato del pretore. È la giurisprudenza, infatti, che “elabora una nozione di superficie quanto mai acciaccia a rappresentare il fondamento per la regolamentazione pretoria”.

⁹⁴ Gagliardi, Lorenzo, *op. cit.*, p. 14, ritiene che “la compravendita permetteva per i superficiali un godimento di natura più ampia rispetto a quella possibile per i conduttori: mentre questi avevano un godimento che l’editto definiva con il verbo *frui*, i superficiali *emptores* si trovavano nella condizione del completo *habere licere*”.

⁹⁵ Come si è visto a proposito di Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 4, 7, 1 non sarebbe stata ammissibile una *mancipatio* con *deductio* della (proprietà della) superficie. Ciò, però, non sarebbe in contraddizione con le fonti che trattano di un’*emptio superficiei*. In questo senso, Riccobono, Salvatore, “La violazione del principio”, cit., pp. 510 ss.; Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 455, per il quale la vendita della *superficies* non sarebbe stata in contrasto con il principio *superficies solo cedit*, dal momento che l’*emptio venditio* “secondo il *ius civile*, produce effetti obbligatori e mai reali, mentre quel principio, come si è rilevato, esclude gli effetti reali ma non gli effetti obbligatori degli atti giuridici aventi per oggetto la superficie”.

⁹⁶ Ulp. 70 *ad ed.* D. 43, 18, 1 pr. *Ait praetor*: “*Ut ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. si qua alia*

zialmente un diritto reale sul suolo altrui, e come tali erano percepite ancora nel diritto giustiniano.⁹⁷ La soluzione del pretore da un lato presupponeva la regola *superficies solo cedit* e dall'altro dava una risposta concreta alle mutate esigenze sociali e demografiche.⁹⁸

Ciò conferma, se ce ne fosse bisogno, che la concezione romana dei diritti reali sulla cosa altrui e, più in generale, dei modi di appartenenza fosse aperta e variegata.⁹⁹

III. LA REGOLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT* NEL LAVORO DEI CODIFICATORI LATINOAMERICANI DEL XIX SECOLO

Uno sguardo al *Código Civil de la República de Chile* (1855), opera di Andrés Bello, all'*Esboço do Código Civil* (1860-1865) di Augusto Teixeira de Freitas e al *Código civil de la República Argentina* (1869) di Dalmacio Vélez Sársfield, seguito da un rapido confronto con le precedenti o coeve codificazioni europee,¹⁰⁰

actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo". Si tratta di un testo sospettato di interpolazione da una parte della dottrina (Beseler, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1910, p. 101; *id.*, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1913, pp. 169 ss.; *id.*, "Maenianum und Superficies (Miszellen)", *ZSS*, 52, 1932, p. 291; Krüger, Hugo, *Die prätorische Servitut*, Münster, Coppenrath, 1911, p. 81), ma rispetto al quale si è da tempo orientati a riconoscerne la classicità. Si veda Lenel, Otto, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3a. ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927, p. 476; Biondi, Biondo, *op. cit.*, pp. 464 ss.; Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, 152; Sitzia, Francesco, "s. v. superficie (dir. rom.)", *cit.*, p. 1461; Gagliardi, Lorenzo, *op. cit.*, pp. 14 ss., 22 ss.

⁹⁷ In dottrina si è discusso molto sulla configurazione di questo istituto nell'ambito dei diritti reali, come mostrano, ad esempio, le pagine, ricche di interrogativi, di Biondi, Biondo, *op. cit.*, pp. 513 ss. Le conclusioni alle quali arriva Biondi (nel sistema pretorio il superficiario è proprietario della superficie dal momento che ha la maggior parte dei poteri attribuiti al proprietario [p. 520 ss.]) risentono però —come ha osservato Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 109— di quell'errore di prospettiva che conduce talvolta gli studiosi della storia del diritto a "ricercare nelle fonti romane le basi di elaborazioni dogmatiche tipicamente moderne"; si veda anche Riccobono, Salvatore, "La violazione del principio", *cit.*, pp. 511 ss., per il quale nel diritto giustiniano la superficie sarebbe uno *ius in re aliena* e il superficiario avrebbe avuto, sulla costruzione posta sul fondo altrui, "tutti i poteri di un vero proprietario".

⁹⁸ A questo proposito ritengo sia da segnalare quanto osservato da Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, p. 161, per il quale ognuno giudicherà "se nel regolamento classico pretorio della superficie possa trovarsi un surrogato (come ritengo) alla inesistente formale proprietà divisa in linea orizzontale".

⁹⁹ Cardilli, Riccardo, "Schemi giuridici dell'appartenenza della terra nella tradizione civilistica e diritto russo", *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013, pp. 270 ss.

¹⁰⁰ Si pensi all'ALR (Erster Teil, Tit. 22, § 243); al CcFr (artt. 553 e 664); all'ABGB (§ 1125); al CcSpa (artt. 396 e 359); al CcIta/1865 (artt. 448 e 562 ss.). Per una più ampia

può far pensare ad una rigida applicazione della regola *superficies solo cedit* da parte dei codificatori latinoamericani della fine del XIX secolo.

In questi Codici civili (o, come per l'*Esboço do Código civil*, progetti di Codice civile), infatti, vengono da un lato codificate, nell'ambito dell'accessione, le ipotesi della costruzione, piantagione e semina con materiali altrui sul fondo proprio o con materiali propri su fondo altrui, prevedendo di regola l'acquisto di quanto insiste sul suolo da parte del proprietario di quest'ultimo e dall'altro non vengono codificati (CcChil e CcBra/1916) o addirittura vengono esplicitamente proibiti (*Esboço* e CcArg/1869) tanto il diritto di superficie quanto la proprietà per piani orizzontali.

Il lavoro creativo dei giuristi romani e lo sforzo innovatore del pretore per superare il contrasto tra la regola *superficies solo cedit* e le esigenze della società romana erano noti ai codificatori latinoamericani del XIX secolo, ma i loro progetti di Codice civile e i Codici civili stessi lasciano pensare che preferirono seguire —come dice chiaramente Vélez Sársfield per il Codice civile argentino— “il diritto romano puro”.¹⁰¹

1. *Andrés Bello e la non codificazione del diritto di superficie e della proprietà orizzontale nel Código Civil de la República de Chile (1855)*

L'articolo del Codice civile cileno in cui si elencano i diritti reali (art. 577) letto insieme a quelli compresi nel titolo V *de la accesión* (artt. 643 ss.), e in particolare nel § 4 *De la accesión de las cosas muebles a inmuebles* (art. 668 ss.), lascerebbe pensare ad una rigida osservanza della regola *superficies solo cedit* da parte di Andrés Bello, dal momento che nell'art. 577¹⁰² non si annovera tra i diritti reali il diritto di superficie e nell'art. 643¹⁰³ si considera

panoramica, cfr. Bendersky, Mario J., “Introducción al estudio de la propiedad horizontal”, *Lecciones y Ensayos*, 26, 1964, p. 19; Kiper, Claudio Marcelo, “El derecho real de superficie forestal”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006, pp. 120 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, “Por si acogemos el derecho de superficie”, in Barcia Lehmann, Rodrigo (coord.), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013, pp. 108 ss.

¹⁰¹ Si veda *infra*, § III.3.

¹⁰² “Art. 577. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

¹⁰³ “Art. 643 La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles”.

l'accessione un modo di acquisto della proprietà per mezzo del quale il proprietario di una cosa lo diventa anche di quanto da questa prodotto o di quanto ad essa si unisce.

Non ci sono, però, neppure nel *Proyecto* di Codice civile del 1853¹⁰⁴ e nel *Proyecto Inédito*¹⁰⁵ per gli articoli 681, 771, 805, corrispondenti agli articoli 577, 643 e 669 del CcChi, note del codificatore che permettano un rinvio, almeno diretto, a questa regola. La nota all'art. 771 del *Proyecto* del 1853 cita, invece, come fonte dello stesso, Pothier.¹⁰⁶ Neppure la nota all'art. 805 del *Proyecto* del 1853 (art. 669 [modificato] del CcChi), relativo all'ipotesi di costruzione sul suolo altrui con materiali propri, cita la regola *superficies solo cedit*, quanto piuttosto l'art. 555 del *Code civil*.

Queste citazioni della dottrina francese e del *Code Napoleon* non devono però neppure condurre a ritenere che il modello seguito da Bello per il libro II del Codice sia stato unicamente il *Code civil*, perché una più attenta comparazione mostra piuttosto, anche a livello sistematico, importanti differenze.¹⁰⁷ A questo riguardo, con particolare attenzione al titolo dedicato all'accessione, si può infatti constatare¹⁰⁸ nella struttura dell'articolato, tanto per il Progetto del 1853 che per quello inedito e poi per il Codice civile del 1855, un'aderenza all'esposizione della materia seguita da Bello nelle *Instituciones de derecho romano*,¹⁰⁹ sebbene senza proporre per il Codice civile la tradizionale distinzione, tra accessioni naturali, industriali e miste.¹¹⁰

¹⁰⁴ Questo fu il primo progetto completo che Bello presentò al Governo. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, "La formación del sistema general del Código Civil de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852", in Martinic G., María Dora y Tapia R., Mauricio (dirr.) y Ríos L., Sebastián, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 123.

¹⁰⁵ Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 367.

¹⁰⁶ Pothier, Robert Joseph, *Traité de la propriété, Œuvres de R. J. Pothier*, tome cinquième, Bruxelles, Chez H. Tarlier, Libraire-Editeur, 1831, p. 243, n. 150.

¹⁰⁷ Guzmán Brito, Alejandro, "La sistematica del Código Civil de Andrés Bello", *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma 10/12 diciembre 1981*, Caracas, La casa de Bello, 1987, pp. 330 ss.

¹⁰⁸ Guzmán Brito, Alejandro, "La sistematica", *cit.*, p. 330; *id.*, "La formación", *cit.*, pp. 137 ss.

¹⁰⁹ Bello, Andrés, *Instituciones de derecho romano*, ed. de Santiago, 1849, riprodotta in *Obras Completas de Andrés Bello*, XVII, 2a. ed. facsimilar, Caracas, La casa de Bello, 1981, p. 50.

¹¹⁰ Leitao Álvarez-Salamanca, Francisca, "La formación histórica del modo de adquirir denominado «accesión»", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, segundo semestre de 2007, pp. 113 ss., la quale a questo proposito precisa che "la clasificación expuesta por Bello sobre el modo de adquirir accesión en el Código Civil de Chile, es original y muy empírica".

Neppure la mancata codificazione da parte del Codice civile cileno del 1855 del diritto di superficie¹¹¹ e della proprietà orizzontale¹¹² può attribuirsi all'esempio del *Code civil*, dal momento che in quest'ultimo, sebbene non esplicitamente e in modo completo, comparivano sia il diritto di superficie che la proprietà orizzontale.¹¹³

Bello non sembra chiarire i motivi di una simile scelta,¹¹⁴ quindi non ci resta che ipotizzare le ragioni che possano averlo condotto a tali esclusioni. Egli —come ho detto— non ha seguito in questo punto il *Code civil*,¹¹⁵ che negli artt. 553¹¹⁶ e 664¹¹⁷ prevede rispettivamente una deroga, per quanto implicita,¹¹⁸ all'accessione della superficie al suolo e la possibilità di dividere per piani orizzontali la proprietà di un edificio.¹¹⁹ Le soluzioni adottate dal

¹¹¹ Borzutzky Arditi, Alejandro, *El derecho de superficie*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1971, pp. 15 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, *op. cit.*, pp. 108 ss.

¹¹² Rabinovich M., Isaac *et al.*, “La propiedad horizontal desde el punto de vista jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 7, n. 34, 1961, pp. 15 ss., 45.

¹¹³ *Id.*, p. 15.

¹¹⁴ Così anche Rabinovich M., Isaac *et al.*, *op. cit.*, p. 45, per i quali non sarebbe possibile addurre i motivi che sarebbero stati alla base della decisione di Bello. Si veda anche p. 45: “lo cierto es, que en ninguna de las obras de Bello se hace alusión siquiera pasajera a este tema; en ninguno de los cuatro proyectos que elaboró, trató el punto, ni mencionó para nada el artículo 664 del Código Francés, que debía conocer necesariamente. La propiedad horizontal, pues, ni quedó consagrada entre nosotros, a ejemplo de la mayoría de los países, ni fue prohibida expresamente, como se hizo en otras legislaciones”.

¹¹⁵ Come è stato segnalato in dottrina, l'influenza del *Code civil* sul codice cileno è maggiore in tema di obbligazioni e contratti che in tema di proprietà e diritti reali. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación*, cit., p. 371; Soza Ried, María de los Ángeles, “La influencia del Código Civil francés en el Código Civil chileno en materia de bienes y propiedad”, Henríquez Herrera, Ian e Corral Talciani, Hernán (edd.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2004, p. 69. Si veda anche, Guarneri, Attilio, “Il Código civil cileno e suoi modelli: alcune osservazioni”, *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, cit., p. 382, il quale propone alcuni esempi per mostrare come il modello del *Code civil* non sia sempre stato seguito da Bello.

¹¹⁶ “Art. 553 Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment”.

¹¹⁷ “Art. 664 Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment (Abrogato dalla legge del 28 giugno 1938, JORF 30 giugno 1938)”.

¹¹⁸ Nell'art. 553, infatti, vi è un riferimento alla presunzione di appartenenza al proprietario del fondo.

¹¹⁹ Aubry, Charles et Rau, Charles, *Cours de droit civil français*, II, 4a. ed., Paris, Marchal, Billard & Cie., 1869, § 223, 436 ss.; Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 3a. ed.,

Codice di Bello non sono, però, neppure riconducibili all'esempio delle *Siete Partidas* che ammettevano una proprietà per piani orizzontali¹²⁰ o del diritto romano, nel quale la regola *superficies solo cedit*,¹²¹ pur trovando piena affermazione ancora nella compilazione giustinianea, aveva conosciuto —grazie al lavoro dei giuristi e del pretore— fondamentali deroghe sostanziali.

La dottrina che ha commentato gli articoli del Codice civile cileno in merito all'accessione per edificazione ha da un lato evidenziato che si tratta di “una consecuencia natural del principio que extiende el derecho de propiedad del suelo a todo aquello que se une o incorpora a él”¹²² e dall'altro ha messo l'accento, sulle orme di Pothier,¹²³ sul rapporto tra cosa principale e cosa accessoria:

...el edificio y el terreno forman un solo todo, en que el terreno es lo principal y el edificio lo accesorio, desde que no puede subsistir sin el terreno en que ha sido construido, y por lo tanto, por la fuerza y potestad del dominio que tiene en

Paris, F. Pichon, successeur, éditeur, 1904, pp. 805 ss., n. 2424; Corlay, Paul, “Chronique de droit des biens”, *Revue juridique de l'Ouest*, 3, 1990, pp. 413 ss.

¹²⁰ La Ley 26 (rubricata “Como deue cobrar las misiones, o ganar la parte de los otros el que reparo la casa o el edificio que auia con otros de comun”), Tit. XXXII, *Partida* III prevede: “Torre, o casa, o otro edificio qualquier auiendo muchos aparceros de so vno si estuuire mal parada, de guisa que se quiera caer, e alguno de los aparceros la manda labrar, e reparar, de lo suyo, en nome del, e de sus compañeros, faziendogelo saber primeramente; tenudos son todos los otros, cada vno por su parte, de tornarle las misiones, que despendio a pro de aquel lugar. Esto deue ser cumplido fasta quatro meses, del dia que fuere acabada la laur, e les fue demandado que gelo pagassen. E si assi non lo fiziesen, pierden las partes que auian en aquellas cosas do fizieron la laur, e fincuan libres, e quitas aquel que las reparo de lo suyo. Pero si este que faze la laur, la ouiesse fecho a mala fe, non lo faziendo saber a sus compañeros: mas reparando, o labrando el logar que auia con los otros, o faziendo y alguna cosa de nueuo en su nome, assi como si toda fuesse suya; deue perder estonce las misiones que fizo en la laur; e lo que es y labrado de nueuo, deue fincar comunalmente a todos los compañeros”. Come si legge in Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 18, in questa Ley sembrerebbe delinearsi la possibilità che un edificio appartenga “en partes” a proprietari diversi, “sin configurar una comunidad simple”. Per il peso delle *Siete Partidas* nella formazione del Codice civile cileno, si veda Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación*, *cit.*, pp. 363 ss.

¹²¹ Rabinovich M., Isaac *et al.*, *op. cit.*, p. 37, ritengono che la non codificazione della proprietà orizzontale da parte del codice di Bello si possa spiegare con la vigenza in esso della regola in base alla quale colui che è *dominus* del suolo lo è dal cielo agli inferi, pur precisando che “Nuestro Código [che consiste nell'adozione del Codice di Bello] no consagra expresamente la regla, pero la aplica con mayor rigor que el derecho francés que aunque resuelve el punto de conformidad, dá lugar a l'aplicación de otro principio, si así resulta, de los hechos correspondientes”.

¹²² Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, II, *De los bienes*, Santiago, Cervantes, 1930, tomo septimo, rist. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 228.

¹²³ Pothier, Robert Joseph, *op. cit.*, pp. 243, n. 150 e 247, n. 170.

el terreno, *vi ac potestate rei suae*, el propietario del terreno adquiere el dominio de los materiales ajenos con que ha sido levantado el edificio.¹²⁴

A ciò può essere interessante aggiungere che Bello non faccia un rinvio esplicito alla regola *superficies solo cedit* né nelle note agli articoli inclusi nei progetti di Codice civile in tema di acquisto della proprietà per accessione, né nelle pagine delle *Instituciones de derecho romano*.

Nelle *Instituciones de derecho romano*, Bello, trattando della *adjuncion*, nella quale include la *edificación*, richiama piuttosto la regola in base alla quale la cosa accessoria segue la principale e afferma che per questa ragione quello che viene costruito è acquistato dal proprietario del suolo, tanto se si costruisca con materiale proprio su un suolo altrui, quanto se si costruisca con materiale altrui su un suolo proprio.¹²⁵

Non si tratta di una logica estranea al diritto romano,¹²⁶ ma direi non esattamente corrispondente a quella utilizzata dai giuristi per le ipotesi di costruzione, piantagione e semina, per le quali prevalentemente si legge nelle fonti ... *iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*.¹²⁷

È vero che in Paul. 15 *quaest.* D. 46, 3, 98, 8 si legge ... *pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit* e ciò fa pensare ad una distinzione tra cosa principale (*area*) e cosa accessoria (*insula*), ma se ci caliamo nel contesto del passo,¹²⁸ capiamo che la qualificazione dell'*area* come *maxima pars* serve al giurista per spiegare che questa non venga meno per la demolizione dell'edificio e non ha nulla a che fare con una regolamentazione dell'accessione.¹²⁹

¹²⁴ Claro Solar, Luis, *op. cit.*, p. 232. Anche la dottrina più recente sottolinea il rapporto tra cosa principale e cosa accessoria; *cf.* González González, Manuel, "Construcción en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno: una aproximación dogmática al inciso segundo del artículo 669 del Código civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, julio 2017, p. 231.

¹²⁵ Bello, Andrés, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁶ Come si ricava, ad esempio, da Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34, 2, 19, 13 *Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. et Sabinus auro argentove cedere: ei enim cedit, cuius maior est species. quod recte expressis: semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. cedent igitur gemmae, fialis vel lancibus inclusae, auro argentove;* o ancora da Paul. 21 *ad ed.* D. 6, 1, 23, 4 *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit...*

¹²⁷ Come si è visto *supra*, queste parole ricorrono in Gai. 2,73 a proposito di quanto da un altro costruito *suo nomine* sul nostro suolo ed esteso (Gai. 2, 74 *Multoque magis id accidit et in planta...;* Gai. 2, 75 *Idem contingit et in frumento...*) alle ipotesi di piantagione e semina.

¹²⁸ Paul. 15 *quaest.* D. 46, 3, 98, 8 *Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est... non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit.*

¹²⁹ Per Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 157, la frase paolina non starebbe a significare altro che la "superficie è concepita come parte del suolo" e da ciò discenderebbe che suolo e superficie

Bello e la dottrina¹³⁰ che si è occupata di questi articoli del CcChi, per il tramite di Pothier, estendono la logica regolante il rapporto tra cosa principale e cosa accessoria alle ipotesi di *inaedificatio*, *implantatio* e *satio*. Pothier, infatti, scriveva che

L'accession est une manière d'acquérir le domaine qui est du droit naturel, par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose est acquis de plein droit à celui à qui le chose appartient, *vi ac potestate rei suae*. Une chose est l'accessoire de la nôtre ou parce qu'elle en a été produite, ou parce qu'elle y a été unie; et cette union se forme ou naturellement et sans le fait de l'homme, ou par le fait de l'homme.¹³¹

E che la regola per determinare “dans un tout composé de plusieurs choses”¹³² qual è la cosa principale e quella accessoria è nel considerare principale quella “qui peut subsister séparément”, come dimostrerebbe il caso della costruzione di un edificio sul mio fondo:

Ce bâtiment et mon terrain font un seul tout, dont mon terrain est la partie principale, et le bâtiment n'est que l'accessoire; car mon terrain peut subsister sans le bâtiment, et au contraire le bâtiment ne peut subsister sans le terrain sur lequel il est construit. C'est pourquoi le domain eque j'ai de mon terrain me fait acquérir par droit d'accession, *vi ac potestate rei meae*, celui du bâtiment qui y a été construit. C'est ce qu'enseigne Gaius: *si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est...* [Gai. 2 rerum cott. sive aur. D. 41, 1, 7, 12].

non possano essere “suscettibili di rapporti differenziati”, anche se —aggiungerei— la prospettiva del giurista è diversa, perché egli per mostrare l'unità materiale della superficie al suolo afferma che l'*area* (il suolo) è parte dell'edificio ed è la parte più importante alla quale si unisce la superficie.

¹³⁰ Solo per fare alcuni esempi: Claro Solar, Luis, *op. cit.*, pp. 118 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, *op. cit.*, pp. 109 ss., per il quale il principio *superficies solo cedit* costituisce “una aplicación específica de la accesoriadad, con jerarquía predeterminada”. La forza attrattiva del suolo (elemento principale) determinerebbe l'assorbimento delle cose che vi vengono unite.

¹³¹ Pothier, Robert Joseph, *op. cit.*, 243, n. 150. Nella spiegazione che dà Pothier dell'accessione l'attenzione è evidentemente posta più sul rapporto tra cosa principale e cosa accessoria che sulla unione “fisica e naturale”, caratterizzante l'*inaedificatio* nelle fonti romane. D'altra parte, la nozione di accessione proposta nell'art. 771 del progetto del 1853, modificata nel progetto inedito con l'aggiunta dei frutti naturali e civili (Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles) e arrivata nell'art. 643 del CcChi, è talmente ampia e generale da non poter essere ricondotta al diritto romano. In questo senso, anche Claro Solar, Luis, *op. cit.*, p. 118. I giuristi romani, infatti, non hanno elaborato un concetto generale di accessione, come mostra uno sguardo alle Istituzioni gaiane o a quelle giustinianee. Cfr. Bonfante, Pietro, *op. cit.*, pp. 92 ss.

¹³² Pothier, Robert Joseph, *op. cit.*, 247, n. 170.

Il testo di Gaio, però, non fa alcun riferimento alla regola di cui parla Pothier e, come abbiamo visto, il giurista in altri testi afferma: *iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit* (Gai. 2,73); *...quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum* (Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2). La logica seguita dai giuristi per l'ipotesi dell'*inaedificatio* ed estesa alla *satio* ed *implantatio* non è dunque quella del rapporto tra cosa principale e cosa accessoria, quanto quella della "realtà naturale", che li conduce a tradurre in termini giuridici la soluzione corrispondente alla realtà.

Nella riflessione su quale rilevanza possa aver avuto la regola *superficies solo cedit* negli articoli dedicati all'accessione di cose mobili a cose immobili, mi sembra utile soffermarsi sull'art. 669¹³³ del CcChi, la cui versione coincide con quella dell'art. 805¹³⁴ del Progetto inedito, mentre si differenzia, principalmente per l'ultimo comma, dall'art. 805 del Progetto del 1853. Nell'ultimo comma dell'art. 669 CcChi, infatti, a partire dal Progetto inedito, si afferma che se è stato costruito, piantato o seminato qualcosa "a ciencia y paciencia" del proprietario del terreno, quest'ultimo sarà obbligato, per riaverlo, a pagare il valore dell'edificio, della piantagione o della semina.

Mentre la fonte dell'art. 805 del Progetto del 1853 era l'art. 555 del CcFr, come indicato dallo stesso Bello nella nota, quella dell'art. 805 del Progetto inedito, poi confluito nell'art. 669 del codice, è più discussa e individuabile, probabilmente, nell'art. 404 del progetto di CcSpa del 1851 di García Goyena.¹³⁵

¹³³ "Art. 669. El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título *De la reivindicación*, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

¹³⁴ "Art. 805. Progetto del 1853: Si se posee un terreno ajeno, el dominio de las plantaciones, sementeras, cercas, edificios, diques, acueductos y demás construcciones que se hagan en él para conservarlo o mejorarlo, pertenecerán al dueño del terreno, con las obligaciones que respecto de los poseedores de buena o mala fe se le imponen en el título *De la acción reivindicatoria*".

¹³⁵ Azcárate, Gumersindo de, *Código Civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico*, Madrid, García y Caravera, 1881, p. 75, nt. 1 all'art. 669, aggiunge anche che l'art. 669 accetta il principio delle leyes 41 e 42, tit. 28 della part. 3. D'altra parte già nel commento di García Goyena all'art. 404 del Progetto spagnolo del 1851, si segnalava la coincidenza di quest'ultimo con le leyes appena richiamate; González González, Manuel, *op. cit.*, pp. 239, 261, si sofferma (pp. 225 ss.) sulle varie ipotesi formulate in dottrina in merito alla fonte del secondo comma dell'art. 669 del CcChi. In conclusione, egli ritiene non si possa avere certezza sulla sua origi-

Il secondo comma dell'art. 805 del Progetto inedito, poi confermato nell'art. 669 del CcChi, pone una questione interessante: cosa succede in caso di mancato pagamento da parte del proprietario del terreno del valore di quanto su questo costruito, piantato o seminato? Si potrebbe presumere che, in caso di mancato pagamento, la *superficies* resti a chi ha costruito piantato o seminato, oppure che il terreno acceda alla *superficies* e che vi sia dunque un'inversione¹³⁶ della regola *superficies solo cedit*? La dottrina¹³⁷ e la giurisprudenza¹³⁸ hanno discusso molto sull'interpretazione del secondo comma. Si è ritenuto che nella fattispecie in esso contemplata il proprietario del terreno non si veda riconosciuta la possibilità di chiedere al costruttore il pagamento del giusto prezzo del terreno, in quanto

...la ley obliga en este caso al propietario del terreno, que así obra de mala fe, a pagar el valor del edificio, lo que éste realmente vale, sin facultad de elegir entre este valor y lo que en virtud del edificio valiere más la cosa en el tiempo de la restitución, porque le es imputable la culpa de haber tolerado sin protesta la construcción.¹³⁹

Oppure che

Cuando la construcción fue hecha a ciencia y paciencia del dueño del suelo —inciso 2o. del artículo 669—, solo podrá éste recuperar el predio si paga el valor del edificio. Si no está dispuesto a pagarlo, perderá el dominio del terreno y edificio adherido (que había ganado por accesión), que pasará al constructor por disposición de la misma norma.¹⁴⁰

ne e precisa: “Lo único cierto es que Andrés Bello o alguno de los integrantes de la Comisión Revisora, pudo haberse inspirado en el ABGB y el proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena. Dada la inexistencia de actas oficiales de dicha comisión, no puede afirmarse una apreciación más concluyente que esta”.

¹³⁶ Un'esplicita inversione della regola —sebbene rimessa alla valutazione dell'autorità giudiziaria— si ha, ad esempio, nell'art. 938 CcIta/1942: Se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento del danno.

¹³⁷ González González, Manuel, *op. cit.*, pp. 247 ss., anche per un ragguaglio, più generale, delle posizioni assunte dalla dottrina in merito al secondo comma dell'art. 669.

¹³⁸ *Cfr.*, tra le altre, la sentenza della Corte Suprema del 26 luglio 2018, relativa alla causa n. 38141-2017.

¹³⁹ Claro Solar, Luis, *op. cit.*, p. 239.

¹⁴⁰ Soza Ried, María de los Ángeles, “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del código civil chileno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección historia del derecho patrio*, XLI, 2019, p. 392.

Pur seguendo questa seconda interpretazione, non si tratterebbe però di un'inversione della regola *superficies solo cedit*, perché il proprietario del terreno, pur avendo acquistato per accessione la costruzione, perderebbe la proprietà di quest'ultima e del terreno se non è disposto a pagare il valore della costruzione.

La lettura complessiva dell'art. 669 CcChi mostra, inoltre, una particolare attenzione del codificatore all'esistenza e alla permanenza della costruzione e della piantagione, piuttosto che alla discrezionalità del proprietario del terreno in ordine alla loro demolizione e rimozione, caratterizzante invece l'art. 555 CcFr.¹⁴¹ Si tratta di un dato importante, che non a caso è stato considerato un indice della non adesione di Bello ad una concezione del diritto di proprietà tipica di un liberalismo radicale.¹⁴²

Allo stesso tempo, però, si deve considerare che l'esclusione, da parte di Bello, dal Codice civile cileno tanto del diritto di superficie quanto della proprietà orizzontale è stata spiegata con l'adesione del codificatore ad una concezione assoluta ed esclusiva della proprietà¹⁴³ e con il contesto sociale, politico ed economico¹⁴⁴ in cui il Codice civile cileno è stato scritto.

Mentre il diritto di superficie ancora oggi, nonostante diverse sollecitazioni della dottrina,¹⁴⁵ non entra a far parte del diritto cileno, la proprietà

¹⁴¹ Art. 555 CcFr: Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent.

¹⁴² Ríos Labbé, Sebastián, "Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad", *Sesquicentenario del Código Civil*, cit., p. 539.

¹⁴³ Azcárate, Gumersindo de, *op. cit.*, p. XVIII, secondo il quale nel codice si sarebbe attribuito alla proprietà un assolutismo ed un esclusivismo "que sólo cuadra á la propiedad individual ó indivisa, de donde resulta que quedan fuera del concepto la pública, muchas formas de la colectiva y todas las posibles de la dividida".

¹⁴⁴ Ríos Labbé, Sebastián, *op. cit.*, pp. 534 ss.

¹⁴⁵ Cfr., tra gli altri, Borzutzky Ardití, Alejandro, *op. cit.*, pp. 195 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, *op. cit.*, pp. 118 ss.

orizzontale vi ha fatto ingresso prima con la legge 6.071 del 1937 e poi con la legge 19.537 del 1997.¹⁴⁶

2. *Augusto Teixeira de Freitas: la persistenza del diritto di superficie nella Consolidação das Leis Civis (1858) e il divieto di divisione orizzontale e di alienazione della superficie nell'Esboço do Código Civil (1860-1865)*

Particolarmente interessanti per il tema di questa ricerca sono le diverse scelte adottate da Augusto Teixeira de Freitas, nella disciplina del rapporto tra superficie e suolo, rispettivamente nella *Consolidação das Leis Civis* e nell'*Esboço do Código Civil*.¹⁴⁷

Mentre nella *Consolidação das Leis Civis* Teixeira de Freitas aveva incluso tra gli “immoveis por su natureza”,¹⁴⁸ “i predios urbanos e rusticos”, nonché tutti gli alberi ed i frutti in quanto aderenti al suolo (artt. 45 e 50) e aveva ritenuto, in conformità alla tradizione precedente,¹⁴⁹ compatibili l’accessão

¹⁴⁶ Ríos Labbé, Sebastián, *op. cit.*, p. 566.

¹⁴⁷ Molti degli articoli dell'*Esboço* confluirono nel Codice di Beviláqua del 1916, tanto da esserne considerato la maggiore fonte innovativa “que contribuiu cum quase 200 artigos. As fontes que superaram o Esboço estavam ligadas ao direito anterior ou à doutrina já vigente” (Karam, Munir, “O processo de codificação do direito civil brasileiro [da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua]. O sistema do Esboço”, in Schipani, Sandro [cur.], *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre di 1983, Padova, Cedam, 1988, p. 338). Rispetto al tema di cui ci stiamo occupando, però, come vedremo, le soluzioni dell'*Esboço* furono seguite soprattutto dal CcArg/1869.

¹⁴⁸ Su questa impostazione c'è l'influenza di Demolombe, Charles, *Traité de la distinction des biens: de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, I, *Cours de Code Napoléon*, IX, 4a. ed., Paris, Auguste Durand Libraire, L. Hachette et C^{ie} Libraires, 1870, al quale Teixeira rinviava nella nt. 3 all'art. 44.

¹⁴⁹ Il Brasile del periodo coloniale regolamentava il rapporto tra edifici nel libro I, titolo LXVIII [Dos Almotacés], §§ 22-42 delle *Ordenações Filipinas*, che ha costituito la fonte degli artt. 932-945 della *Consolidação*; dal § 34 del medesimo libro e titolo emerge una forma di proprietà immobiliare divisa per piani, che, in particolare, ha costituito la fonte dell'art. 946 della *Consolidação*. Le *Ordenações Filipinas* risentivano dell'influenza delle *Ordenações Alfonsinas* e delle *Ordenações Manuelinas*. Si può dunque ritenere che il diritto luso-brasiliano e il diritto brasiliano precedente al CcBra/1916 permettesse una comunhão “pro diviso”. Così, Pontes de Miranda, Francisco, *Tratado de direito privado*, parte especial, XII, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 151. Sul Titolo *Dos Almotacés* delle *Ordenações Filipinas* cfr. Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, “A evolução histórica e os novos horizontes da incorporação imobiliária e do condomínio edilício no direito brasileiro”, *Revista SÍNTESE Direito Imobiliário*, 29, Set./Out. 2015, p. 79, per i quali esso “regulava o conteúdo do direito de construção, de servidão, de vizinhança e uma forma ainda rudimentar do direito de condomínio. No § 34, as Ordenações determinavam que se a casa pertence a

(che menziona in qualche nota, senza invece dedicarvi un articolo¹⁵⁰) con il diritto reale di superficie¹⁵¹ e con una comunhão “*pro diviso*”,¹⁵² nell’*Esboço* egli adotta una soluzione molto diversa.

Innanzitutto nell’*Esboço* Teixeira de Freitas dedica diversi articoli al rapporto tra suolo e cosa su di esso aderente, basandone la disciplina sulla distinzione tra cosa principale e cosa accessoria (art. 376¹⁵³ e art. 377¹⁵⁴). Inoltre, a differenza che nella *Consolidação*, nell’*Esboço* “i predios urbanos e rusticos” non sono più considerati cose immobili per la loro natura, ma “immoveis por accessão accidental ao solo” (artt. 395 e 398). L’accessione è dettagliatamente disciplinata nell’*Esboço* come modo di acquisto del dominio perfetto (art. 4078 n. 1 nonché artt. 4139¹⁵⁵ e ss.), e nel suo ambito è prevista e regolata la costruzione con materiale altrui o su un terreno altrui (art. 4140 n. 6 e artt.

dois senhorios, a um pertence o sôtão e ao outro o sobrado. Essa era a previsão das Ordenações da divisão da propriedade imobiliária por andares”.

¹⁵⁰ *Consolidação*, art. 885 nt. 2; art. 906 nt. 25; art. 1284 nt. 37. Si veda anche, Teixeira de Freitas, Augusto, “s. v. Accessão”, *Vocabulário jurídico, com appendices*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livreiro Editor, 1882, p. 5, in cui spiega che si tratta di un modo di acquisto della proprietà a titolo originario e non richiama la *regula superficies solo cedit*. Si può però pensare che essa sia sottesa all’art. 60 e all’art. 61 dell’Appendice III al *Vocabulário jurídico*, ma anche qui l’accento è messo sulla distinzione tra elemento accessorio ed elemento principale: art. 60 “Quando as cousas estão, ou estiverão, natural ou artificialmente adherentes ao solo, ou ás cousas adherentes ao solo por elle produzidas, aquellas são ascousas accessorias, e o solo é a cousa principal”; art. 61 “Quando as cousas estão, ou estiverão, adherentes ás cousas adherentes ao solo que não são por elle produzidas, isto é, aos prédios rústicos e urbanos na superfície ou na profundidade do solo; aquellas são as cousas accessorias, e os prédios são a cousa principal”; cfr. anche *id.*, *Promptuario das leis civis*, Rio de Janeiro, Instituto typographico do direito, 1876, pp. 24 ss.

¹⁵¹ Il diritto di superficie è richiamato da Teixeira de Freitas, come vigente fino al 1864, nella *Introdução alla Consolidação das Leis Civis*, I, 3a. edição mais augmentada (il testo dell’introduzione è quello della prima edizione, gli aggiornamenti sono nelle note), Rio de Janeiro, Livreiro editor do Instituto historico, 1876, pp. LXXV, LXXIX, LXXX, CCXV e nella *Consolidação das Leis Civis*, I e II, *cit.*, art. 52 nt. 21; art. 884 nt. 1; art. 932, nt. 1; art. 1332 nt. 14.

¹⁵² Art. 946: Se uma casa fôr de dois dônos, pertencendo á um as lojas, e ao outro o sobrado, não póde o dono do sobrado fazer janella, ou outra obra, sobre o portal das lojas. Cfr. Pontes de Miranda, Francisco, *Tratado de direito privado, cit.*, p. 151.

¹⁵³ Art. 376: Quando as cousas estão, ou estiverão, natural ou artificialmente adherentes ao solo, ou ás cousas adherentes ao solo por elle produzidas, aquellas são as cousas accessorias, e o solo é a cousa principal.

¹⁵⁴ Art. 377: Quando as cousas estão, ou estiverão, adherentes ás cousas adherentes ao solo que não são por elle produzidas, isto é, aos predios rusticos e urbanos na superfície o una profundidade do solo; aquellas são as cousas accessorias, e os predios são a cousa principal.

¹⁵⁵ Art. 4139: Adquire-se domínio por accessão (art. 4078 n.1), quando a alguma coisa móvel ou imóvel acrescerem outras por produção dela (arts. 369 n. 1 e 372-375).

4188-4201) e la piantagione con piante e semi altrui o su un terreno altrui (art. 4140 n. 7 e artt. 4202-4204). La disciplina di queste ipotesi da parte di Teixeira de Freitas appare essere guidata dalla distinzione tra cosa principale e cosa accessoria (artt. 4189, 4192, 4197, 4204), in considerazione della quale la seconda segue le sorti della prima.¹⁵⁶

Inoltre, nell'*Esboço* Teixeira de Freitas non si limita a fissare il criterio del numero chiuso¹⁵⁷ dei diritti reali (artt. 3703 e 3706) e a non codificare il diritto di superficie (che infatti non risulta nell'elenco dei diritti reali di cui all'art. 3705, mentre era ancora previsto nella *Consolidação*), ma prevede alcuni articoli, purtroppo non corredati da note, che lasciano pensare ad una rigida applicazione, da parte sua, della regola *superficies solo cedit*. Mi riferisco in particolare agli artt. 4281 e 4282:

Art. 4281 Posto que alienáveis, também é proibido alienar imóveis por partes materiarias ou ideais que correspondam a qualquer divisão horizontal delas em sua superfície, em sua profundidade, ou em sua altura. Qualquer alienação neste sentido será nula, a não poder prevalecer como constituição de direito real em imóvel alheio, ou transmissão de uso ou gozo sem direito real;¹⁵⁸

Art. 4282 Incorre na proibição do artigo antecedente:

1. Quem alienar separadamente da profundidade do solo sua superfície, ou qualquer edificação, construção, obra, plantação, que seja acessório dele.
2. Quem alienar separadamente da superfície do solo sua profundidade, como minas e pedreiras subterrâneas.
3. Quem alienar separadamente andares de uma casa.

Il cambiamento, non irrilevante, tra la *Consolidação* e gli articoli dell'*Esboço* determinato dall'eliminazione della superficie tra i diritti reali è probabil-

¹⁵⁶ La distinzione tra cosa principale e cosa accessoria che in generale nell'*Esboço* è impiegata per regolare l'accessione (si veda ad esempio l'art. 4143: Todas as coisas acessórias segue mas coisas principais, de que são frutos, ou a que se incorporam, como partes integrantes delas, quanto a direitos reais sobre elas adquiridos; o que não impede, sem ofensa de tais direitos, que delas se disponha como partes desligadas, se a sua separação for possível. Quanto a direitos pessoais de uso ou gozo adquiridos sobre coisas a que naturalmente acederem outras, observar-se-á o disposto no art. 2408, se a aquisição for onerosa) è utilizzata anche nella disciplina delle ipotesi di costruzione, piantagione e semina.

¹⁵⁷ L'art. 3706 lascia pensare ad un *numerus clausus* per i diritti reali, che potrebbe aver influenzato Vélez per la redazione dell'art. 2502 del CcArg/1869. Diversamente da Moreira Alves, José Carlos, "A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador", *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., p. 36, non credo che nell'adottare il sistema del *numerus clausus* Teixeira de Freitas abbia seguito il diritto romano.

¹⁵⁸ Come si vedrà *infra*, nt. 187, questo articolo dell'*Esboço*, potrebbe aver influenzato Vélez per la redazione dell'art. 2619 CcArg/1869.

mente spiegabile con l'introduzione, tra l'una e gli altri, della legge 1.237 del 24 settembre 1864 che nell'art. 6o.¹⁵⁹ non considera la superficie un onus reaes.¹⁶⁰ Allo stesso tempo si deve anche considerare che queste rigide soluzioni presenti nell'*Esboço* non erano riconducibili alle fonti interne al sottosistema latinoamericano,¹⁶¹ né ad altri Codici civili appartenenti al più ampio sistema giuridico romanistico.¹⁶²

Ci si può chiedere se queste soluzioni di Teixeira possano essere state influenzate dalla regola *superficies solo cedit*. Per quanto ho potuto verificare, il codificatore brasiliano non richiama tale regola né nella *Consolidação das Leis Civis* (nella quale però, come ho detto, menziona in qualche nota, senza invece dedicarvi un articolo, la accessão e, in più punti, la superficie), né nelle note agli articoli dell'*Esboço*, che sono assenti nell'ultima parte, ma talvolta particolarmente approfondite nel primo quarto.¹⁶³ Piuttosto, sembra prevalere nel suo approccio —come mostra anche uno sguardo al campo delle obbligazioni— una logica basata sulla distinzione tra elemento accessorio ed elemento principale, palese nell'art. 890 dell'*Esboço*, nella cui nota Teixeira de Freitas riferisce: *Accessoria sequuntur jus ac dominium rei principalis*.

Non troviamo un richiamo esplicito alla regola *superficies solo cedit* neppure nelle *Regras de Dirêito*,¹⁶⁴ nelle quali, invece, tra le regole riprodotte, si ritrova “Accessorio segue a naturêza do seu principál: *Accessorium sui principa-*

¹⁵⁹ Art. 6 *Lei* 1.237/1864: Somente se considerão onus reaes: 1 a servidão; 2 o uso; 3 a habitação; 4 a antichrese; 5 o usufructo; 6 o fôro; 7 o legado de prestações, ou alimentos expressamente consignado no imóvel. §10s outros ônus que os proprietários impuserem aos seus prédios se haverão como pessoais, e não podem prejudicar aos credores hipotecários...

¹⁶⁰ Il diritto di superficie era vigente in Brasile fino alla legge 1237 del 1864. Cfr. Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, II, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004, p. 75, nt. 115, il quale ricorda che l'art. 6, comma I, della citata legge non avrebbe indicato il diritto di superficie tra i diritti reali; Gomes, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Direito privado (novos aspectos)*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos S. A., 1961, p. 81; Wald, Arnaldo, *Curso de direito civil brasileiro. Direito das coisas*, 10a. ed., São Paulo, Editora revista dos tribunais, 1995, p. 35, nt. 10; Barbosa, Diana Coelho, “O direito de superficie no novo Código Civil brasileiro”, *Revista Jurídica* “9 de Julho”, 1, 2002, p. 124.

¹⁶¹ Cfr. *supra* nt. 149.

¹⁶² Cfr. *supra* nt. 100.

¹⁶³ Come rilevato da Schipani, Sandro, “«Roma Americana» e Codice Civile del Brasile del 2003”, in Lanni, Sabrina (cur.), *Dez anos. Contributos per il primo decennio del nuovo Codice Civile brasiliano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 282, talvolta le note di Teixeira de Freitas costituiscono “veri saggi di elaborazione scientifica”, che mostrano la vasta formazione del codificatore.

¹⁶⁴ Teixeira de Freitas, Augusto, *Regras de dirêito. Seleção classica, em quatro partes, renovada para o Imperio do Brasil até hoje*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livrêiro Editör, 1882, pp. 258 ss., 402 ss. In generale, su questa opera cfr. Schipani, Sandro, “Il «méthodo didáctico» di Augusto

lis naturam sequitur”,¹⁶⁵ con l’aggiunta che si tratta di una regola applicata in tutte le materie,¹⁶⁶ per la quale talvolta c’è divergenza su cosa debba intendersi per accessorio.

Nonostante il codificatore brasiliano, almeno nelle opere che ho potuto verificare, non abbia fatto esplicito richiamo alla regola *superficies solo cedit*, non possiamo escludere che anche lui, come invece dirà esplicitamente Vélez nella nota all’art. 2503 CcArg/1869, non pensasse alla sua applicazione nel “derecho puro de los Romanos”.

In ogni caso, il fatto che nell’*Esboço* Teixeira de Freitas abbia esplicitamente previsto il divieto di divisione orizzontale e quello di alienazione della superficie, può essere a mio avviso solo in parte spiegato con l’introduzione della legge 1.237 del 1864.

Gli artt. 4281 e 4282 mostrano, infatti, che Teixeira potesse aver condiviso la soluzione della legge e scelto di non annoverare la superficie tra i diritti reali, ma la sua impostazione più rigida, palesata proprio dai due divieti, lascia emergere che il codificatore mentre nella *Consolidação das Leis Civis* propone un “extracto fiél” della “Legislação Civil”,¹⁶⁷ nell’*Esboço*, nel

Teixeira de Freitas (prime osservazioni)”, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 549 ss.

¹⁶⁵ Teixeira de Freitas, Augusto, *Regras de direito*, cit., p. 13.

¹⁶⁶ Basti pensare al ricorso a questa regola —citata da Teixeira de Freitas— da parte di Beviláqua, Clóvis, *Direito das coisas*, II, Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, rist. Brasília, BDJur, 2003, p. 162 nt. 2, a proposito dell’ipoteca a garanzia delle obbligazioni naturali: “O accessorio, a hypotheca, ha de seguir o destino do principal, a que accede; e então estará a hypotheca desprovida de execução, o que a tornaria inutil”. Anche l’accessione, secondo Cláudio, Affonso, *Estudos de Direito Romano*, II, *Direito das cousas*, Rio de Janeiro, Pap. e Typ. Marques Araujo & C., 1927, p. 240, si baserebbe su questa regola. In modo simile, Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, I, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004, p. 148, anche nt. 46, afferma che “A acessão assenta neste princípio fundamental —«que o acessório segue a sorte do principal»”, sulla quale, a sua volta, sarebbero basate diverse disposizioni in materia ipotecaria. Talvolta, però, la dottrina civilistica brasiliana cita la regola *superficies solo cedit* in merito all’ipoteca, per chiarire che non è possibile costituirla sull’edificio che insiste su un certo suolo separatamente da quest’ultimo. Si veda Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, II, cit., pp. 74 s. e anche nt. 115, il quale, però, precisa che prima della legge 1237 del 1864 sarebbe stato possibile ipotecare la casa e non il suolo sul quale era costruita.

¹⁶⁷ In questo modo Teixeira de Freitas portava a termine l’incarico che gli era stato conferito dal Governo con il contratto del 15.02.1855: “Consolidará toda a Legislação Civil Patria com as mesmas condições da classificação. Consista a consolidação em mostrar o ultimo estado da Legislação. A Consolidação será feita por titulos, e artigos, em os quaes serão reduzidas á proposições claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a Lei, que autorisa a disposição; e declarar o costume, que estiver estabelecido contra, ou além do texto” (Cfr. Meira, Silvio, *Teixeira de Freitas, O juriconsulto do Império*, Rio de Janeiro, José Olimpio Editora, 1978, p. 101). Per il metodo seguito dal giurista brasiliano per

quale il “seu espírito criador encontra terreno propício”,¹⁶⁸ senta di poter proporre soluzioni “nuove” e corrispondenti al suo pensiero.

Nonostante Clóvis Beviláqua nel *Projecto de Código Civil Brasileiro*¹⁶⁹ avesse previsto il diritto di superficie, il Codice del 1916 non lo include tra i diritti reali (art. 674)¹⁷⁰ e non contempla neppure la proprietà orizzontale.¹⁷¹ Come chiarisce Beviláqua, prevale “na sistemática do Código Civil, o princípio

la realizzazione della *Consolidação*, si veda la *Introdução* alla *Consolidação das Leis Civis*, pp. XXX ss.; Schipani, Sandro, “Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l’opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di “consolidação” e sulla sistematica dei fatti)”, *Studi sassaresi*, V, *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 594 ss.; *id.*, *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 330 ss.; Moreira Alves, José Carlos, *op. cit.*, pp. 26 ss.

¹⁶⁸ Moreira Alves, José Carlos, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁹ Beviláqua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado, edição histórica*, vol. III, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, pp. 1141 s., nel commentare l’art. 614, rilevava che il *Projecto* rivisto annoverava tra i diritti reali anche la superficie, ma che “Pareceu, porém, ociosa essa criação, que o Código civil da Alemanha reduziu ao direito, transmissível por ato entre vivos e por sucessão hereditária de ter construção em prédio alheio”; Beviláqua, infatti, approva la soluzione adottata da Vélez Sársfield nell’art. 2503 del Codice civile argentino del 1869, la quale —precisa Vélez— si rifaceva al diritto romano puro; Lira, Ricardo Cesar Pereira, “O moderno direito de superfície (Ensaio de uma Teoria General)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 35, 1979, p. 82.

¹⁷⁰ Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, I, *cit.*, pp. 26 ss. e nt. 25; *id.*, *Direito das coisas*, II, *cit.*, p. 75 nt. 115; Cláudio, Affonso, *op. cit.*, p. 331; Gondim Neto, Joaquim Guedes Correa, *Posse indireta*, Recife, impr. Industrial, 1943, p. 98; Lira, Ricardo Cesar Pereira, *op. cit.*, pp. 31 ss., 82 ss.; Pontes de Miranda, Francisco, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 198, il quale precisa che non si regolò il diritto di superficie, nemmeno nella forma ridotta del §1012 del BGB; Gomes, Orlando, *Direito reais*, 18a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p. 10; Pereira, Rodrigo Serra, “Direito de superfície: notícia histórica e questões tópicas à luz do Código Civil brasileiro de 2002”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 8, 2016, § 6, a proposito del diritto di superficie rileva che “O instituto passou ao Brasil por influência das Ordenações e continuou vigente durante o Império, pelo menos até 1864. Com efeito, neste ano o direito de superfície não figurou entre os direitos reais previstos no art. 6o. da Lei 1.237, de 24.09.1864 (lei hipotecária). O Código Civil de 1916 também não elencou o direito desuperfície entre os direitos reais”.

¹⁷¹ Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, *op. cit.*, pp. 86 ss., rilevano il silenzio del Codice (“No entanto, quanto ao condomínio em prédios e edificações, ou condomínio horizontal, o Código simplesmente silenciou, assim como silenciou sobre a incorporação como negócio jurídico singular” p. 86) e ne criticano la scelta (“Vale lembrar que o Código revogou todo o texto das Ordenações, inclusive o único dispositivo que tratava do tema do condomínio em edifício. Tudo isso a um tempo em que as cidades e vilas brasileiras já tomavam novas e significativas proporções. Urgia o aparecimento de uma legislação moderna —e, nesse tocante, o Código já nascia ultrapassado!—, que desse conta de todos os problemas relacionados à crescente concentração de pessoas em prédios e comunidades”, p. 87); Calderale, Alfredo, “Possesso e proprietà nel nuovo codice civile brasiliano”, *Dez anos, cit.*, p. 238, spiega l’assenza della codificazione della proprietà orizzontale nel codice civile

superficies solo cedit; porque a superfície é uma parte do solo, que tão intimamente a êle se liga, pela própria natureza, que não se a pode transferir sem êle”.¹⁷² Insieme alla regola *superficies solo cedit* torna la menzione del legame con la natura.

Per la reintroduzione del diritto di superficie¹⁷³ nel diritto brasiliano si dovrà attendere¹⁷⁴ la *Lei federal* n. 10.257, del 10 luglio 2001, istitutiva dello *Estatuto da Cidade*, e il nuovo *Código Civil* (artt. 1225;¹⁷⁵ 1369-1377), mentre la proprietà orizzontale è stata reintrodotta partire dal decreto 5.481 del 25 giugno 1928 al quale sono seguiti diversi interventi,¹⁷⁶ fino ad arrivare alla legge 4.591 del 1964, la *lei dos Condomínios e Incorporações Imobiliárias*,¹⁷⁷ e al nuovo Codice civile del 2002 (artt. 1331 ss.).

3. *Dalmacio Vélez Sársfield: per il Código Civil de la República Argentina (1869) segue, nella disciplina del rapporto tra superficie e suolo, l'Esboço di Teixeira de Freitas*

Il Codice civile argentino di Dalmacio Vélez Sársfield, nella disciplina del rapporto tra superficie e suolo, segue l'*Esboço* di Teixeira de Freitas, più di quanto lo abbia fatto Clóvis Beviláqua per il Codice civile brasiliano del 1916.¹⁷⁸

del 1916 con la prevalenza, allora, di abitazioni ad un solo piano. Solo con la successiva urbanizzazione delle città si sarebbe presa in considerazione la proprietà orizzontale.

¹⁷² Beviláqua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, cit., p. 1142.

¹⁷³ Per i vari precedenti tentativi volti alla sua reintroduzione, si vedano Lira, Ricardo Cesar Pereira, *op. cit.*, pp. 85 ss.; Barbosa, Diana Coelho, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁴ In realtà il *decreto-lei* 271 del 28 febbraio 1967 all'art. 7o. introduce un diritto reale con un contenuto assimilabile al diritto di superficie: É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social... Cfr. Gomes, Orlando, *Direito reais*, cit., p. 10; Viana, Marco Aurelio S., *Comentários ao novo Código Civil*, XVI, *Dos direitos reais (arts. 1225-1510)*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 543.

¹⁷⁵ Art. 1225: São direitos reais: I-a propriedade; II-a superfície; III-as servidões; IV-o usufruto; V-o uso; VI-a habitação; VII-o direito do promitente comprador do imóvel; VIII-o penhor; IX-a hipoteca; X-a anticrese.

¹⁷⁶ Il *decreto-lei* 5.234 del 1943; la *lei* 285 del 1948. Su questi sviluppi, si veda Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹⁷⁷ Gomes, Orlando, *Direito reais*, cit., pp. 221 ss.; Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹⁷⁸ Il Codice Civile brasiliano del 1916 pur non codificando il diritto di superficie, non aveva esplicitamente vietato né quest'ultimo né la proprietà per piani orizzontali.

Già la lettura degli artt. 2313 e 2314 CcArg/1869 seguita da quella degli artt. 395 e 398 dell'*Esboço* mostra come il modello, non confessato, del codificatore argentino fosse Teixeira. L'art. 2313¹⁷⁹ CcArg/1869 coincide con la prima parte dell'art. 395¹⁸⁰ dell'*Esboço* e l'art. 2314, secondo il quale “Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas ... todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”, esclude che gli edifici rientrino in questa previsione, in modo simile all'art. 398 dell'*Esboço*, che considerava i prédios urbanos e rústicos cose immoveis por accessão accidental.

La nota di Vélez all'art. 2314 spiega le ragioni della mancata inclusione degli edifici tra gli inmuebles por su naturaleza, per quanto invece ammessa dal CcFr;¹⁸¹ a suo avviso, infatti, è, più corretto considerare gli edifici come cose immobili per accessione, come nel diritto romano:

Los edificios son designados en el Código Francés como inmuebles por su naturaleza, cuando en verdad sólo lo son por un hecho de accesión, tal es en efecto el origine que el Derecho Romano asigna a esta especie de inmovilización de los materiales que por su naturaleza eran muebles. *Omne quod solo inaedificatur solo cedit. Instit. De rer. div.*, § 29. Sobre este artículo véase Demolombe, tomo 9, desde el n. 96.

Quindi, in sostanza, la posizione di Vélez sulla concezione degli edifici, per il tramite del diritto romano —sebbene non del tutto compreso, perché come abbiamo visto¹⁸² i giuristi romani consideravano “naturale”, in quanto corrispondente alla realtà fisica, l'unione tra superficie e suolo— è più vicina all'*Esboço* di Teixeira de Freitas che al CcFr.

L'importante ruolo giocato dall'*Esboço* di Teixeira de Freitas per la codificazione di questa materia da parte di Vélez, è poi evidente se si considera che il CcArg/1869, da un lato codifica l'accessione¹⁸³ (Libro III, Título 5, Capítulo 3) come modo di acquisto della proprietà (artt. 2571 ss.) preveden-

¹⁷⁹ Art. 2313: Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo.

¹⁸⁰ Art. 395: As cousas são immoveis, ou só por sua natureza, ou por accessão, ou pelo caracter representativo...

¹⁸¹ Art. 518: Les fonds de terre et les bâtimens sont immeubles par leur nature.

¹⁸² Cfr. *supra*, § II.4.

¹⁸³ Come sottolineato da Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VI, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900, pp. 565 ss., questo modo di acquisto della proprietà non deve confondersi “con los accesorios a que virtualmente se entiende la propiedad de la cosa; pues el primero es un medio de adquirir, y el segundo un

do, all'interno di questa, le ipotesi della costruzione e della piantagione (artt. 2587 ss.), e dall'altro —qui l'influenza dell'*Esboço* è più forte— proibisce espressamente tanto il diritto di superficie quanto la proprietà orizzontale.¹⁸⁴

Anche laddove, in tema di costruzioni e piantagioni, e in particolare nell'art. 2519, il Codice civile argentino del 1869 sembra seguire il modello francese (art. 553 del *Code civil*), e ammettere implicitamente la possibilità che quanto insiste sul suolo possa non appartenere al proprietario di quest'ultimo, l'interpretazione della dottrina argentina è più restrittiva di quella prevalsa —per il corrispondente articolo— nel diritto francese.¹⁸⁵

Secondo l'art. 2519: “Todas la construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos”.

Si dovrebbe dunque ritenere che se la presunzione non fosse confermata, allora vi sarebbe un implicito riconoscimento del diritto di superficie. Questa interpretazione, però, non solo è contraddetta dall'art. 2614 CcArg/1869 che, come vedremo, proibisce esplicitamente la costituzione del diritto di superficie, ma respinta anche dalla dottrina, la quale considera il richiamo alla prova contraria contenuto nell'art. 2519 CcArg/1869 come “un evidente error”.¹⁸⁶

título o presunción de propiedad, aunque el Código considera como accesorios a los acrecentamientos de tierra”.

¹⁸⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, I, 3a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1984, pp. 19 ss., 400; Alberdi Imas, Luana, “Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, año 16 n. 49, 2019, p. 119, la quale, però, non mi sembra mettere nel giusto risalto la posizione più fortemente di tutela del carattere assoluto del dominio assunta da Vélez rispetto agli altri codificatori europei e latinoamericani.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, nt. 119, e Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, p. 12.

¹⁸⁶ Così, Borda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 237. Cfr. anche Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, III, *Derechos reales*, 4a. ed. actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaras, Buenos Aires, Tipográfica editora Argentina, 1959, p. 613 (nel vol. II, si veda n. 660 e n. 1071 ss.). Laddove la dottrina non parla di errore, propone tuttavia un'interpretazione volta a limitare del tutto il ruolo della prova contraria: Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VI, *cit.*, p. 500, nella nota all'art. 2519, osserva che la presunzione di proprietà della costruzione, non è da intendere nel senso che il proprietario del suolo non fosse proprietario anche della costruzione e che questa sarebbe potuta appartenere ad un altro, “sino que han sido pagadas o costeadas por él; así la prueba en contra que se admite no es para demostrar la propiedad del que las ejecutó, que no pudo adquirir; sino para el pago del valor de ellas”; Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, VII, 3a. ed., Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1931, pp. 318 ss., ritiene che la prova possa servire solo per stabilire un'obbligazione a carico del

Inoltre, come ho anticipato, Dalmacio Vélez Sársfield, a differenza di Bello, ma sulle orme di Teixeira de Freitas,¹⁸⁷ non si accontenta di non prevedere e non disciplinare il diritto di superficie tra i diritti reali (art. 2503), ma assume una posizione più rigida, che non mi sembra avere un precedente in altri Codici civili, se non appunto nell'*Esboço*,¹⁸⁸ cioè vieta esplicitamente il diritto di superficie¹⁸⁹ e la proprietà orizzontale:¹⁹⁰

proprietario del terreno, ma non per provare la proprietà; Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, p. 12, segnala che la dottrina non ha riconosciuto che la prova contraria di cui all’art. 2519 potesse vertere sulla proprietà. Diversa sembra, invece, l’interpretazione di Dillon, Gregorio Alberto, “art. 2519”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007 p., 657, per il quale la prova riguarderebbe piuttosto “la «propiedad» de esas cosas adheridas al inmueble”.

¹⁸⁷ Sull’influenza dell'*Esboço* di Teixeira de Freitas per questa parte del codice di Vélez Sársfield, si veda Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VII, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900, p. 14, nella nt. all’art. 2617; Segovia, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por Lisandro Segovia*, II, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881, p. 114, a proposito dell’art. 2619; Llerena, Baldomero, *op. cit.*, p. 425; Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 12; Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, p. 10; Lopez Castiñeira, José Luis, “art. 2503”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 591, rileva che Vélez si ispirò a Teixeira de Freitas per l’enumerazione dei diritti reali.

Più in generale, in dottrina è stata segnalata una incisiva influenza dell'*Esboço* di Teixeira de Freitas sul Codice di Vélez: Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, I, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1898, p. XIII; Segovia, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por Lisandro Segovia*, I, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881, pp. XIX ss.; Sa Vianna, Manuel Alvaro de Sousa, *Augusto Teixeira de Freitas, Traços biographicos*, Rio de Janeiro, Typ. Hildebrand-R. dos Onrives, 1905, pp. 235 ss.; Meira, Silvio, *op. cit.*, pp. 294 ss., 318 ss.; Pontes de Miranda, Francisco, *Fontes e evolução*, *cit.*, p. 459, il quale aggiunge anche che il “Código civil argentino constitui o grande mediador do gênio jurídico sul-americano, conduz para o futuro e para os outros Códigos a inspiração de Teixeira de Freitas, mais fielmente do que o próprio Código civil brasileiro”; Wald, Arnoldo, “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”, *Revista de Informação Legislativa*, 41, n. 163, 2004, p. 257; Karam, Munir, “O processo de codificação”, *cit.*, p. 338.

¹⁸⁸ Artt. 4281 e 4282 dell'*Esboço*.

¹⁸⁹ Insieme al divieto di costituzione del diritto di enfiteusi e alla previsione di limiti alla imposizione di censos e rentas. Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VII, *cit.*, pp. 12 ss.; Llerena, Baldomero, *op. cit.*, pp. 422 ss.; Lopez Castiñeira, José Luis, “art. 2614”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *Artículos 2611 a 2969*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 28 ss.

¹⁹⁰ Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VII, *cit.*, pp. 12 ss., commentando l’art. 2517, ritiene che la divisione “de los edificios por pisos”, pur ammessa dalla legislazione precedente e da diversi Codici moderni, avrebbe comportato diversi svantaggi: “paraliza la circulación de la propiedad, que es una de las fuentes de la riqueza nacional, la inmovilizan

Art. 2614: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna (Derogado por ley 25.509);

Art. 2617: El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad (Derogado por ley 13.512).

Si trattava di una scelta coerente¹⁹¹ con la concezione ampia di proprietà codificata nell'art. 2518¹⁹² CcArg/1869.

La grande attenzione di Vélez a non limitare il diritto di proprietà,¹⁹³ conformemente alle idee del suo tempo, è alla base della non inclusione della superficie e dell'enfiteusi tra i diritti reali.¹⁹⁴ La nota del codificatore all'art. 2503 CcArg/1869 non lascia alcun dubbio:

No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no puedan tener lugar. El derecho del superficiario consistía en el poder hacer obras, como edificar casas... En Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad

por decirlo así, dando a las ciudades un aire de antigüedad y privando las transacciones de que pudieren ser objeto, perjudicando a la renta y a los mismos dueños"; Llerena, Baldomero, *op. cit.*, p. 425, secondo il quale il tenore dell'art. 2617 permetterebbe solo "una división de uso, como si en una casa de dos pisos uno tomase los altos y otro los bajos, como medio de disfrutar de la propiedad común"; Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 7 ss.; Alterini, Jorge H., "Superficie forestal", *Anuario Dpto. Der. Priv., Revista de Notariado*, 873, 2003, pp. 121 ss. (=da cui si cita *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Derecho inmobiliario. Reales*, VI, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1092).

¹⁹¹ Così, Alterini, Jorge H., "Derecho real de superficie", *cit.*, p. 10.

¹⁹² Art. 2518 CcArg/1869: "La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio".

¹⁹³ Mi permetto di rinviare a Calore, Emanuela, "Potere del proprietario e interesse della collettività nel nuovo codice civile e commerciale argentino", in Cardilli, Riccardo e Esborraz, David Fabio (curr.), *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano Wolters Kluwer, 2017, pp. 693-718.

¹⁹⁴ Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VI, *cit.*, pp. 478 ss., evidenzia come si sia trattato di una soppressione di diritti precedentemente ammessi: "El Código ha suprimido la enfiteusis, el derecho superficiario, la división que las leyes antiguas concedían sobre los edificios, atribuyéndoles a unos la propiedad de un piso y a otros los del superior, así como las capellanías". Si veda anche *id.*, *Exposición y comentario del código civil argentino*, VII, *cit.*, pp. 12 ss.

del suelo... Mas después el derecho Romano Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo... Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los Romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.

In questa nota Vélez con le parole “las reglas del Derecho Civil” richiama la regola *superficies solo cedit* ma, pur consapevole degli sforzi compiuti, in particolare dal pretore, per l’elaborazione nel diritto romano del diritto di superficie¹⁹⁵, preferisce non accogliere questo diritto reale nel Codice civile argentino, convinto che deteriorerebbe la proprietà immobiliare e creerebbe difficoltà e liti tra i proprietari dei terreni. Questo timore vale più in generale per la molteplicità dei diritti reali:

La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión eos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos...¹⁹⁶

È similmente eloquente la nota di Vélez all’art. 2617 CcArg/1869, dalla quale emerge la consapevolezza della diversa scelta adottata nella maggior parte dei Codici civili stranieri in merito al riconoscimento della proprietà per piani orizzontali e, allo stesso tempo, la convinzione a non seguire questo esempio, considerato fonte di problemi:

La mayoría de los Códigos extranjeros lo permiten, entrando luego a legislar sobre las escaleras o pasadizos de las diversas parte del edificio. La división horizontal, dando a uno los bajos y a otro los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio. En tales casos, la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser definida, y sin duda que no podría mudar sus formas.

Alla base della scelta di Vélez vi era, oltre che l’adesione a un’economia liberale che guardava con sospetto qualsiasi limitazione al diritto di proprie-

¹⁹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacon, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 4 ss.

¹⁹⁶ Nota all’art. 2502.

tà, la mancanza di un'esigenza concreta, nella realtà sociale e geo-politica, di prevedere istituti come il diritto di superficie e la proprietà per piani orizzontali. La vastità dei territori non urbanizzati in Argentina —così come in molti altri Paesi dell'America Latina— non spingeva probabilmente il codificatore a recepire diritti reali tra l'altro avvertiti come “pericolosi”¹⁹⁷ rispetto alla proprietà.

La preoccupazione principale di Vélez fu, piuttosto, quella di costruire un concetto di proprietà forte¹⁹⁸ che potesse incentivare lo sfruttamento “de las inmensas pampas desiertas”,¹⁹⁹ tanto che il suo Codice civile fu indicato come un “Código colonizador”.²⁰⁰

Nel XX secolo, però, anche in considerazione delle mutate condizioni di urbanizzazione, la dottrina²⁰¹ non mancò di dare risalto alle conseguenze negative del mancato riconoscimento del diritto di superficie e della proprietà per piani orizzontali e —in modo simile all'operato dei giuristi romani e del pretore— a proporre soluzioni alternative.

¹⁹⁷ Cichero, Néstor, “División Horizontal de la Propiedad Edificada. Régimen de la Ley n. 13.512”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, III, 12, 1948, pp. 949 ss. Come osserva Causse, Jorge Raúl, “Ley 13.512”, *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *cit.*, pp. 378 ss., la resistenza alla divisione orizzontale degli edifici che si legge nell'art. 2617 “en abierta pugna con lo que disponía el artículo 664 del Código civil francés de 1804 —una de sus fuentes esenciales—, respondía a una realidad incontrastable: la extensión de nuestro territorio era inversamente proporcional a la cantidad de población estable, por lo que no se justificaba al edificación en altura. Ésa no era la situación en la Europa continental, donde el espacio aún constituye un elemento vital, de manera que era razonable la sanción de aquella norma que, praciamente, adaptaba costumbres imperantes en las ciudades donde la compropiedad por pisos era más usual y tuvo mayor difusión”.

¹⁹⁸ Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VII, *cit.*, pp. 12 ss., rileva che lo scopo dell'art. 2503 è di evitare smembramenti della proprietà “que vienen a inmovilizarla, sacándola casi del comercio, y haciéndole perder su carácter de cambio, de movimiento y transformación”; Bustamante Alsina, Jorge, “El carácter absoluto del dominio. El pensamieto del Vélez Sársfield y la reforma del 1968”, *Lecciones y Ensayos*, 40-41, 1969, pp. 85 ss.; Micieli, Laura L., “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano en el nuevo Código Civil argentino”, in Adame Goddard, Jorge e Hereida Velázquez, Horacio (edd.), *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, México, UNAM, 2017, pp. 343 ss.

¹⁹⁹ Così, Borda, Guillermo A., *op. cit.*, pp. 19, 400. Si veda anche Papaño, Ricardo José-Kiper, Claudio Marcelo-Dillon, Gregorio Alberto-Causse, Jorge Raúl, *Derecho civil, Derechos reales*, I, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, pp. 582 ss.

²⁰⁰ Zeballos, Estanislao Severo, *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain. Conférences faites à la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Buenos-Aires*, I, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, L. Tenin Directeur, 1914, p. 216.

²⁰¹ Per una panoramica dell'impegno della dottrina su questo fronte, *cfr.* Bendersky, Mario J., *op. cit.*, pp. 26 ss.; Kiper, Claudio Marcelo, *op. cit.*, p. 92; Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, pp. 12 ss.; Micieli, Laura L., *op. cit.*, pp. 345 ss.

L'impulso della dottrina diede vita a diversi progetti²⁰² volti a regolare la proprietà per piani orizzontali e condusse all'abrogazione dell'art. 2617 CcArg/1869 da parte dell'art.18 della legge 13.512 del 1948²⁰³ e infine al riconoscimento della proprietà orizzontale²⁰⁴ nel nuovo Codice civile e commerciale del 2015 (artt. 1887; 2037 ss.); in modo simile —per mezzo della legge 25509 del 2001— gli sforzi della dottrina condussero all'inclusione della superficie forestale tra i diritti reali elencati nell'art. 2503 del CcArg/1869, e alla codificazione del diritto di superficie tra i diritti reali²⁰⁵ nel nuovo Código Civil y Comercial de la Nación, artt. 1887; 2114²⁰⁶-2128.

IV. CONCLUSIONI

L'analisi delle fonti mostra che la regola *superficies solo cedit* esprimeva “plasticamente” il legame naturale esistente tra superficie e suolo, il quale induceva i giuristi romani a ricondurre allo *ius naturale* o alla *naturalis ratio* l'appartenenza al proprietario del suolo di quanto da chiunque su di esso costruito, piantato o seminato: il *cedere* e il *coherere* della *superficies* al *solum* non permettevano di considerare dal punto di vista naturale la prima come autonoma rispetto al secondo.

²⁰² Per un'analisi dei progetti precedenti alla legge 13512 del 1948, *cfr.* Bendersky, Mario J., *op. cit.*, pp. 26 ss.

²⁰³ Art.18 della legge 13512/1948: “A los efectos de la presente ley, quedan derogados los artículos 2617, 2685 *in fine* y 2693 del Código Civil, así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley”. *Cfr.* Borda, Guillermo A., *op. cit.*, pp. 400, 560; Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 26.

²⁰⁴ Malizia, Roberto, “art. 1887”, in Herrera, Marisa-Caramelo, Gustavo-Picasso, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 140 ss.

²⁰⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Presentación del Proyecto”, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. VIII; Causse, Federico J. e Pettis, Christian R., “art. 1887”, in Herrera, Marisa-Caramelo, Gustavo-Picasso, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 6 ss.; Rosas, Carolina Vanesa, “Los derechos reales en el Código Civil y Comercial”, *Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, 3, 2015, pp. 95 ss.

²⁰⁶ Il Titolo VII (Superficie) del libro IV (Derechos reales) si apre con l'art. 2114: “Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

Il rapporto giuridico tra superficie e suolo, risultate dalla *regula superficies solo cedit*, rispecchiava dunque quanto avveniva nella realtà; per questo l'appartenenza al suolo di quanto su di esso insistente, era considerata conforme alla natura. Invece, meno rilevante sembra essere stata per i giuristi romani la distinzione tra elemento principale ed elemento accessorio, che nella tradizione romanistica, forse anche grazie alla costruzione della categoria unitaria dell'accessione, ha acquisito un ruolo rilevante anche per le ipotesi di *inaedificatio*, *implantatio* e *satio*. Inoltre, completamente estraneo dal ragionamento dei giuristi era il riconoscimento di un valore assoluto e assorbente della proprietà romana.

La scelta di Bello, Teixeira de Freitas e Vélez Sársfield di codificare, tra le ipotesi di accessione, le fattispecie di costruzione, piantagione e semina (con materiali altrui su un fondo proprio o con materiali propri su un fondo altrui), ma di non riconoscere (Bello per il CcChi) o addirittura proibire esplicitamente la proprietà per piani orizzontali e il diritto di superficie (Teixeira de Freitas per l'*Esboço* e Vélez Sársfield per il CcArg/1869), potrebbe far pensare che i codificatori del XIX secolo siano stati influenzati da una lettura —non corrispondente alle fonti romane— della regola *superficies solo cedit* in chiave di assolutismo della proprietà fondiaria romana o di individualismo.²⁰⁷

La regola *superficies solo cedit*, invece, non è stata citata secondo questa prospettiva, dai tre codificatori, i quali, però, forse non vi leggevano²⁰⁸ più neppure quel significato di impossibilità “naturale” di considerare quanto insiste sopra il suolo come autonomo rispetto a quest'ultimo, che invece era alla base della regola nel diritto romano.

Vélez Sársfield richiama esplicitamente nella nota all'art. 2503 CcArg/1869 sia questa regola che il successivo intervento del pretore e ritiene più conveniente accettare “el derecho puro de los Romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno”.

Si tratta di una scelta che per la sua rigidità si allontana dal modello europeo di quello stesso periodo e che conferma l'individuata peculiarità del sistema giuridico latinoamericano,²⁰⁹ in quel momento chiamato a rispon-

²⁰⁷ Si veda *supra* § I.

²⁰⁸ Si pensi alla diversa posizione di Teixeira de Freitas sui predios urbanos e rusticos, rispettivamente nella *Consolidação* e nell'*Esboço* (*supra* § III.2) e alla nota di Vélez all'art. 2314 CcArg/1869 (*supra* § III.3).

²⁰⁹ Più in generale, sulla specificità del sistema giuridico latinoamericano, Guzmán Brito, Alejandro, “Mos latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 1, 1996, pp. 15 ss.; Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto*, cit., p. 136; Esborraz, David Fabio, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno

dere ad esigenze diverse, come quella di incentivare lo sfruttamento dei vasti territori di quei Paesi.²¹⁰ Per questo, probabilmente, Bello non codifica il diritto di superficie e la proprietà orizzontale e Vélez, sull'esempio dell'*Esboço* Teixeira, li vieta esplicitamente.

V. BIBLIOGRAFIA

- ALBERDI IMAS, Luana, “Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, año 16 n. 49, 2019.
- ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *Revista del Notariado*, 850, 1997.
- ALTERINI, Jorge H., “Superficie forestal”, *Anuario Dpto. Der. Priv., Revista de Notariado*, 873, 2003 (=da cui si cita *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Derecho inmobiliario. Reales*, VI, Buenos Aires, La Ley, 2012).
- APATHY, Peter, “Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei inaedificatio”, *Iura*, 42, 1991.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Napoli, 1978, rist. anast., Napoli, Jovene, 1991.
- AUBRY, Charles et Rau, Charles, *Cours de droit civil français*, II, 4a. ed., Paris, Marchal, Billard & C^{ie}, 1869.
- AZCÁRATE, Gumersindo de, *Código Civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico*, Madrid, Carcía y Caravera, 1881.

proprio del sistema jurídico romanista: I. La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 21, 2006, pp. 5 ss.; *id.*, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: II. La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 24, 2007, pp. 34 ss.; Saccoccio, Antonio, “Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia”, in Saccoccio, Antonio-Cacace, Simona (curr.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, Giapichelli, 2019, pp. 41 ss.

²¹⁰ È in linea con questo obiettivo, per fare un esempio, l'art. 72 §§ 17 e 27 della Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil del 1891: Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

... § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

... § 27. A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

- BARBOSA, Diana Coelho, “O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro”, *Revista Jurídica “9 de Julho”*, 1, 2002.
- BEHREND, Okko, “Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung oder: Der Kunstbegriff der vorklassischen Jurisprudenz im Rahmen ihrer Weltdeutung”, *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert: 15. Mai 1954 bis 21. März 2006*, HOYER, Andreas *et al.* (hrsgg.), Baden-Baden, Nomos, 2008.
- BELLO, Andrés, *Instituciones de derecho romano*, ed. de Santiago, 1849, riprodotta in *Obras Completas de Andrés Bello*, XVII, 2a. ed. facsimilar, Caracas, La casa de Bello, 1981.
- BENDERSKY, Mario J., “Introducción al estudio de la propiedad horizontal”, *Lecciones y Ensayos*, 26, 1964.
- BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1910.
- BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1913.
- BESELER, Gerhard, “Einzelne Stellen (Miscellen)”, *Zeitschrift*, 45, 1925.
- BESELER, Gerhard, “Maenianum und Superficies (Miscellen)”, *Zeitschrift*, 52, 1932.
- BETTI, Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., rist. inalt., Padova, Cedam, 1947.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado, edição histórica*, vol. III, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das coisas*, II, Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, rist. Brasília, BDJur, 2003.
- BIONDI, Biondo, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, Società editrice “Vita e pensiero”, 1934.
- BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, rist. corretta della, Milano, Giuffrè 1968.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, I, 3a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1984.
- BORZUTZKY ARDITI, Alejandro, *El derecho de superficie*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1971.
- BRANCA, Giuseppe, “Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano”, *Mélanges Fernand de Visscher*, III, *RIDA*, 4, 1950.
- BRANCA, Giuseppe, “s. v. accessione”, *ED*, I, Milano, Giuffrè, 1958.
- BURDESE, Alberto, “Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica”, *RISG*, 7, 1954.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El carácter absoluto del dominio. El pensamiento del Vélez Sársfield y la reforma del 1968”, *Lecciones y Ensayos*, 40-41, 1969.
- CALDERALE, Alfredo, “Possesso e proprietà nel nuovo Codice Civile brasiliano”, in LANNI, Sabrina (cur.), *Dez anos, Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- CALORE, Emanuela, “Potere del proprietario e interesse della collettività nel nuovo codice civile e commerciale argentino”, in CARDILLI, Riccardo e ESBORRAZ, David Fabio (curr.), *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano Wolters Kluwer, 2017.
- CARDILLI, Riccardo, “Schemi giuridici dell'appartenenza della terra nella tradizione civilistica e diritto russo”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013.
- CAUSSE, Federico J. e PETTIS, Christian R., “art. 1887”, in HERRERA, Marisa-CARAMELO, Gustavo-PICASSO, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.
- CAUSSE, Jorge Raúl, “Ley 13.512”, in KIPER, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *Artículos 2611 a 2969*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- CICHERO, Néstor, “División Horizontal de la Propiedad Edificada. Régimen de la Ley n. 13.512”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, III, 12, 1948.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, II, *De los bienes*, Santiago, Cervantes, 1930, tomo septimo, rist. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CLÁUDIO, Affonso, *Estudos de Direito Romano*, II, *Direito das cousas*, Rio de Janeiro, Pap. e Typ. Marques Araujo & C., 1927.
- CORLAY, Paul, “Chronique de droit des biens”, *Revue juridique de l'Ouest*, 3, 1990.
- COVIELLO, Nicola, “Della superficie”, *Archivio giuridico*, 49, 1892.
- CURSI, Maria Floriana (cur.), *Gli illeciti privati, XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018.
- DEMOLOMBE, Charles, *Traité de la distinction des biens: de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, I, *Cours de Code Napoléon*, IX, 4a. ed., Paris, Auguste Durand Libraire, L. Hachette et C^{ie} Libraires, 1870.
- DIDIER, Philippe, “Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles”, *SDHI*, 47, 1981.

- DILLON, Gregorio Alberto, “art. 2519”, in KIPER, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- ESBORRAZ, David Fabio, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: I. La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 21, 2006.
- ESBORRAZ, David Fabio, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: II. La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 24, 2007.
- FLUME, Werner, “Die Bewertung der Institutionen des Gaius”, *§SS* 79, 1962.
- FRESE, Benedict, “Viva vox iuris civilis”, *§SS*, 43, 1922.
- FUHRMANN, Manfred, “Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes”, *§SS*, 73, 1956.
- GAGLIARDI, Lorenzo, “La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari: dalle azioni in personam alle azioni in rem”, in GAROFALO, Luigi (cur.), *“Actio in rem” e “actio in personam”*. In ricordo di Mario Talamanca, II, Padova, Cedam, 2011.
- GOMES, Orlando, *Direito reais*, 18a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.
- GOMES, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Direito privado (novos aspectos)*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos S. A., 1961.
- GONDIM NETO, Joaquim Guedes Correa, *Posse indireta*, Recife, impr. Industrial, 1943.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel, “Construcción en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno: una aproximación dogmática al inciso segundo del artículo 669 del Código civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, julio 2017.
- GRIESE, Lennart, *Die Nutzung von Land nach römischem Recht. Ordnungsmodelle für die Kolonien und für die Provinz*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- GROSSO, Giuseppe, “L’efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia”, *Studi Urbinati*, II, 1-2, 1928 (=da cui si cita, *Scritti Storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001).
- GROSSO, Giuseppe, “Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo”, *BIDR*, 64, 1961 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001).

- GROSSO, Giuseppe, “Rc. a Biondo Biondi, La categoria romana delle servitutes”, *SDHI*, 1, 1919 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, IV, *Recensioni e ricordi*, Torino, Giappichelli, 2001).
- GROSSO, Giuseppe, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, Giappichelli, 1970.
- GROSSO, Giuseppe, “Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà”, *Iura*, 20, 1969 (=da cui si cita, *Scritti giuridici*, II, *Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, Giappichelli, 2001).
- GUARINO, Antonio, “Gaio e l'edictum provinciale”, *Iura*, 20, 1969 (=da cui si cita, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, Jovene, 1994).
- GUARNERI, Attilio, “Il Código Civil cileno e suoi modelli: alcune osservazioni”, *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma, 10/12, diciembre 1981*, Caracas, La casa de Bello, 1987.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La formación del sistema general del Código Civil de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852”, in MARTINIC G., María Dora y TAPIA R., Mauricio (dirr.) y RÍOS L., Sebastián, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago, LexisNexis, 2005.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La sistematica del Código Civil de Andrés Bello”, *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma 10/12 diciembre 1981*, Caracas, La casa de Bello, 1987.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Mos latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 1, 1996.
- HORAK, Franz, “Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo”, I, Aalen, Scientia Verlag, 1969.
- HUMBERT, Michel, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, École Française de Rome, 2018.
- KARAM, Munir, “O processo de codificação do direito civil brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esboço”, in SCHIPANI, Sandro (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre di 1983, Padova, Cedam, 1988.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a. ed., München, C. H. Beck's Verlagsbuchhandlung, 1971.

- KASER, Max, “Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 65, 1947.
- KASER, Max, “Gaius und die Klassiker”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 70, 1953.
- KASER, Max, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Puerta de Chacon, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- KIPER, Claudio Marcelo, “El derecho real de superficie forestal”, *Roma e América. Derecho romano común*, 21, 2006.
- KNIPF, Ferdinand, *Vacua Possessio*, I, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1886.
- KRÜGER, Hugo, *Die prätorische Servitut*, Münster, Cöppenrath, 1911.
- KÜBLER, Bernhard, “s. v. superficies”, *PWRE*, IV.A, 1, Stuttgart, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1931.
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca, “La formación histórica del modo de adquirir denominado «accesión»”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, segundo semestre de 2007.
- LENEL, Otto, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3a. ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927.
- LIEBS, Detlef, “Il Codexsystem. L’aggiornamento della sistemazione del diritto romano in età tardoantica”, in Aldo Schiavone (cur.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, Giappichelli, 2017.
- LIEBS, Detlef, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7a. ed., München, C. H. Beck 2007.
- LIEBS, Detlef, “Ulpiani opinionum libri VI”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41, 1973.
- LIRA, Ricardo Cesar Pereira, “O moderno direito de superficie (Ensaio de uma Teoria Geral)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 35, 1979.
- LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, VII, 3a. ed., Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1931.
- LOMBARDI, Gabrio, *Sul concetto di “ius gentium”*, Roma, 1947.
- LOPEZ CASTIÑEIRA, José Luis, “art. 2503”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- LOPEZ CASTIÑEIRA, José Luis, “art. 2614”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *Artículos 2611 a 2969*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Presentación del Proyecto”, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, I, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1898.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VI, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VII, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900.
- MADDALENA, Paolo, “Accedere e cedere nelle fonti classiche”, *Labeo*, 17, 1971.
- MALIZIA, Roberto, “art. 1887”, in HERRERA, Marisa-CARAMELO, Gustavo-PICASSO, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira, “La proprietà per piani nel diritto romano”, *Index*, 18, 1990.
- MAROI, Fulvio, “Elementi religiosi del diritto romano arcaico”, *Archivio Giuridico*, 109, 1933.
- MAROI, Fulvio, “La proprietà degli alberi separata da quella del fondo”, *SDHI*, 1, 1935.
- MARTINI, Remo, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, Giuffrè, 1966.
- MARTINI, Remo, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, Giuffrè 1969.
- MASCHI, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Società editrice “Vita e pensiero”, 1937.
- MASCHI, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani, superficie e l’estensione ai provinciali del principio «superficies solo cedit»”, *Synthese. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, Jovene, 1952.
- MAYER-MALY, Theo, “Studien zur Frühgeschichte der usucapio II”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 78, 1961.
- MEINCKE, Jens Peter, “Superficies solo cedit”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 88, 1971.
- MEIRA, Silvio, *Teixeira de Freitas, O jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro, José Olimpio Editora, 1978.
- MICIELI, Laura L., “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano en el nuevo Código Civil argentino”, in ADAME GODDARD, Jorge e HEREIDA VELÁZQUEZ, Horacio (edd.), *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, México, UNAM, 2017.

- MITTEIS, Ludwig, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1908.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, “A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador”, in SCHIPANI, Sandro (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre 1983, Padova, Cedam, 1988.
- MUSUMECI, Francesco, *Inaedificatio*, Milano, Giuffrè, 1988.
- NOCERA, Guglielmo, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano, 1962.
- PAPAÑO, Ricardo José-KIPER, Claudio Marcelo-DILLON, Gregorio Alberto-CAUSSE, Jorge Raúl, *Derecho civil, Derechos reales*, I, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- PASTORI, Franco, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1984.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Por si acogemos el derecho de superficie”, in BARCIA LEHMANN, Rodrigo (coord.), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, I, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, II, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo Serra, “Direito de superfície: notícia histórica e questões tópicas à luz do Código Civil brasileiro de 2002”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 8, 2016.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., Roma, Athenæum, 1928.
- PINELES, Stanislaus, “Die communio pro diviso”, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 29, 1902.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 3a. ed., Paris, F. Pichon, successeur, éditeur, 1904.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, parte especial, XII, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- POTHIER, Robert Joseph, *Traité de la propriété, Œuvres de R. J. Pothier*, tome cinquième, Bruxelles, Chez H. Tarlier, Libraire-Editeur, 1831.

- PUGLIESE, Giovanni, “Note sulla superficie nel diritto giustiniano”, *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segré*, Milano, 1943 (=da cui si cita, *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, Jovene, 1985).
- RABINOVICH M., Isaac *et al.*, “La propiedad horizontal desde el punto de vista jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 7, n. 34, 1961.
- RAINER, J. Michael, “Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht”, *ZZS*, 106, 1989.
- RICCOBONO, Salvatore, “Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII, I)”, *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis*, 3, 1922.
- RICCOBONO, Salvatore, “La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano”, in “Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium])”, *AUPA*, 3-4, 1917 (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964).
- RÍOS LABBÉ, Sebastián, “Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad”, in MARTINIC G., María Dora y TAPIA R., Mauricio (dirr.) y Ríos L., Sebastián, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago, LexisNexis, 2005.
- ROCHA DOS SANTOS, Lourdes Helena-LEITE DE CASTRO, Fabio Caprio, “A evolução histórica e os novos horizontes da incorporação imobiliária e do condomínio edilício no direito brasileiro”, *Revista SÍNTESE Direito Imobiliário*, 29, Set./Out. 2015.
- ROSAS, Carolina Vanesa, “Los derechos reales en el Código Civil y Comercial”, *Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, 3, 2015.
- ROTONDI, Giovanni, “I libri opinionum di Ulpiano e le Sententiae di Paolo”, *Scritti giuridici*, I, in ARANGIO-RUIZ, Vincenzo-ALBERTARIO, Emilio-DE FRANCISCI, Pietro (curr.), *Studii sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano, Ulrico Hoepli, 1922.
- ROTONDI, Giovanni, “Natura contractus”, *BIDR*, 24, 1911.
- RUGGIERO, Roberto de e MAROI, Fulvio, *Istituzioni di diritto civile*, I, 9a. ed. Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1961.
- SA VIANNA, Manuel Alvaro de Sousa, *Augusto Teixeira de Freitas, Traços biográficos*, Rio de Janeiro, Typ. Hildebrand-R. dos Onrives, 1905.
- SACCOCCIO, Antonio, “Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia”, in SACCOCCIO, Antonio-CACACE, Simona (curr.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, Giappichelli, 2019.

- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, III, *Derechos reales*, 4a. ed. actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaraz, Buenos Aires, Tipográfica editora Argentina, 1959.
- SANFILIPPO, Cesare, “s. v. Accessione”, *NNDI*, I.1, Torino, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1957.
- SANTALUCIA, Bernardo, *I “Libri opinionum” di Ulpiano*, II, Milano, Giuffrè, 1971.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 7a. ed. (aus dem Nachlasse des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage vom Adolf Friedrich Rudorff), Wien, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, 1865.
- SCHIPANI, Sandro, “Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di “consolidação” e sulla sistematica dei fatti)”, *Studi sassaresi*, V, *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, Milano, Giuffrè, 1981.
- SCHIPANI, Sandro, “Il «méthodo didáctico» di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)”, in SCHIPANI, Sandro (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre di 1983, Padova, Cedam, 1988.
- SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino, Giappichelli, 1999.
- SCHIPANI, Sandro, “«Roma Americana» e Codice Civile del Brasile del 2003”, in Lanni, Sabrina (cur.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo Codice Civile brasiliano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- SCHMIDLIN, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Böhlau, 1970.
- SCHMIDT, Adolf, “Das Recht der Superficies”, *ZSS*, 11, 1890.
- SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, rist. inalt., Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2003 (=trad. ital. *I principi del diritto romano*, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (cur.), Firenze, Casa Editrice Le lettere, 1946).
- SCHWARZ, Fritz, “Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952-1953.
- SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por Lisandro Segovia*, II, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881.

- SERRAO, Feliciano, “Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.”, in SERRAO, Feliciano (cur.), *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli, Jovene, 1981.
- SITZIA, Francesco, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, Giuffrè, 1979.
- SITZIA, Francesco, “s. v. superficie (dir. rom.)”, *ED*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990.
- SOLAZZI, Siro, “La superficies nel diritto giustiniano”, *Archivio giuridico*, 146, 1954 (= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, Jovene, 1972).
- SOLAZZI, Siro, “Usus proprius”, *SDHI*, 7, 1941.
- SOLMI, Arrigo, “Il diritto di superficie nei documenti italiani del Medio Evo”, *Rivista di diritto civile*, 7, 1915 (=da cui si cita, *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937).
- SOZA RIED, María de los Ángeles, “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del código civil chileno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección historia del derecho patrio*, XLI, 2019.
- SOZA RIED, María de los Ángeles, “La influencia del Código Civil francés en el Código Civil chileno en materia de bienes y propiedad”, in HENRÍQUEZ HERRERA, Ian e CORRAL TALCIANI, Hernán (edd.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2004.
- STEIN, Peter, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, 1966.
- TALAMANCA, Mario, “Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani”, in KUPISZCWSKI, Henryk et WOŁODKIEWICZ, Witold (edd.), *Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia internazionale dei Lincei (8-10 octobre 1973)*, Varsovie, Université de Varsovie, 1978.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Promptuario das leis civis*, Rio de Janeiro, Instituto typographico do direito, 1876.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Regras de direito. Seleção classica, em quatro partes, renovada para o Imperio do Brasil até hoje*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livrêiro Editör, 1882.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, “s. v. Accessão”, *Vocabulário jurídico, com appendices*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livrêiro Editor, 1882.
- VIANA, Marco Aurelio S., *Comentários ao novo Código Civil*, XVI, *Dos direitos reais (arts. 1225-1510)*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

- VOCI, Pasquale, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, Giuffré, 1952.
- VOGT, Heinrich, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg, Simons, 1950.
- VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza Editrice, 1988.
- WAGNER, Herbert, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen, Terra Publishing Co., 1978.
- WALD, Arnoldo, “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”, *Revista de Informação Legislativa*, 41, n. 163, 2004.
- WALD, Arnoldo, *Curso de direito civil brasileiro. Direito das coisas*, 10a. ed., São Paulo, Editora revista dos tribunais, 1995.
- WOLFF, Hans Julius, “Zur Geschichte des Gaiustextes”, *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, Jovene, 1953.
- ZAERA GARCÍA, Ana, “La propiedad superficiaria en el derecho romano Justiniano”, *RIDA*, 51, 2004.
- ZAERA GARCÍA, Ana, “Superficies solo cedit”, *AFDUDC*, 12, 2008.
- ZEBALLOS, Estanislao Severo, *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain. Conférences faites à la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Buenos-Aires*, I, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, L. Tenin Directeur, 1914.

IUS A IUSTITIA APPELLATUM EST. CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL C.D. “DIRITTO PURO” ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO*

Riccardo CARDILLI

SOMMARIO: I. La “giustizia” degli antichi e la “giustizia” dei moderni. II. Per una critica attraverso il diritto romano dell’utopia moderna del “diritto puro”. III. “Officium” ed “obligatio” tra pensiero degli antichi (Cicerone e Seneca) e pensiero dei moderni (Kant). IV. “Beneficium”, “officium” e “obligatio” in Paulus libro 29 ad edictum D.13.6.17.3. V. “Bona fides”, “aequitas” e “iustitia” in Trifonino D. 16.3.31 pr. VI. Considerazioni conclusive (o meglio interlocutorie). VII. Bibliografia.

I. LA “GIUSTIZIA” DEGLI ANTICHI E LA “GIUSTIZIA” DEI MODERNI

Nella repubblica di Platone (Plato, *pol.* 2.359B-362C),¹ all’interno della tesi di Glaucone in replica a Socrate sulla “natura della giustizia” (φύσις δικαιοσύνης),

* Dedico questo mio contributo, presentato all’VIII Incontro di studi tra storici e giuristi dell’antichità “Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica”, Milano, 2-3 dicembre 2019, al Prof. Filippo Gallo, scomparso nel 2019, esempio e guida nello studio del diritto.

¹ Plat. *pol.* 2.359B-362C: μέν οὖν διὰ φύσις δικαιοσύνης, ὃ Σώκρατες, αὕτη τε καὶ τοιαύτη, καὶ ἐξ ὧν πέφυκε τοιαῦτα, ὡς ὁ λόγος. ὡς δὲ καὶ οἱ ἐπιτηδεύοντες ἀδυναμία τοῦ ἀδικεῖν ἄκοντες αὐτὸ ἐπιτηδεύουσι, μάλιστα ἂν αἰσθοίμεθα, εἰ τοιόνδε ποιήσαιμεν τῇ διανοίᾳ: δόντες ἐξουσίαν ἐκατέρω ποιεῖν ὅτι ἂν βούληται, τῷ τε δικαίῳ καὶ τῷ ἀδίκῳ, εἴτ’ ἐπακολουθήσασιν θεώμενοι ποῖ ἡ ἐπιθυμία ἐκάτερον ἄξει. ἐπ’ αὐτοφώρῳ οὖν λάβοιμεν ἂν τὸν δίκαιον τῷ ἀδίκῳ εἰς ταῦτὸν ἰόντα διὰ τὴν πλεονεξίαν, ὃ πᾶσα φύσις διώκειν πέφυκεν ὡς ἀγαθόν, νόμῳ δὲ βία παράγεται ἐπὶ τὴν τοῦ ἴσου τιμὴν. εἴη δ’ ἂν ἡ ἐξουσία ἦν λέγω τοιάδε μάλιστα, εἰ αὐτοῖς γένοιτο οἷαν ποτέ φασιν δύναμιν τῷ Γύγου τοῦ Λυδοῦ προγόνῳ γενέσθαι. εἶναι μὲν γὰρ αὐτὸν ποιμένα θητεύοντα παρὰ τῷ τότε Λυδίας ἄρχοντι, ὅμβρου δὲ πολλοῦ γενομένου καὶ σεισμοῦ ῥάγηναι τι τῆς γῆς καὶ γενέσθαι χάσμα κατὰ τὸν τόπον ἧ ἔνεμεν. ἰδόντα δὲ καὶ θαυμάσαντα καταβῆναι καὶ ἰδεῖν ἄλλα τε διὰ τὴν μυθολογοῦσιν θαυμαστά καὶ ἵππον χαλκοῦν, κοῖλον, θυρίδας ἔχοντα, καθ’ ἧς ἐγκύψαντα ἰδεῖν ἐνόντα νεκρόν, ὡς φαίνεσθαι μεῖζω ἢ κατ’ ἄνθρωπον, τοῦτον δὲ ἄλλο μὲν οὐδέν, περὶ δὲ τῇ χειρὶ χρυσοῦν δακτύλιον ὄντα περιελόμενον

si menziona ad arte l'aneddoto di Gyge, divenuto re della Lidia, grazie ad un anello che donava l'invisibilità. La prospettiva della tesi di Glaucone, che poi Socrate confuterà, è quella secondo cui l'istinto umano non orienta per natura i comportamenti ricercando il bene, ma lo fa per evitare le conseguenze negative delle azioni ingiuste. Qualora l'essere umano sia certo di non essere soggetto alla riprovazione della società nella quale vive, allora si orienterebbe a compiere azioni —anche le più scellerate— purché utili a se stesso.² Gyge, infatti, pastore di greggi del re della Lidia, trovato l'anello ed accortosi delle sue particolari proprietà, lo utilizza per sedurre la regina, uccidere il re stesso e assumere il suo posto.

Dall'aneddoto Glaucone trae conferma del suo assunto: se vi fossero due anelli di tal fatta, dandone uno all'uomo giusto e uno all'uomo ingiusto, ci sorprendemmo nel vedere che entrambi gli uomini s'incamminerebbero sulla stessa strada. Entrambi, nell'anonimato dell'invisibilità, inizierebbero a trarne vantaggio per se stessi e a comportarsi come divinità.

Nessuno, quindi, sarebbe giusto per sua volontà, ma perché costretto dalla necessità (οὐδείς ἐκὼν δίκαιος ἀλλ' ἀναγκαζόμενος).³ L'elemento della

ἐκβῆναι. συλλόγου δὲ γενομένου τοῖς ποιμέσιν εἰωθότος, ἴν' ἐξαγγέλλοιεν κατὰ μῆνα τῷ βασιλεῖ τὰ περὶ τὰ ποίμνια, ἀφικέσθαι καὶ ἐκεῖνον ἔχοντα τὸν δακτύλιον: καθήμενον οὖν μετὰ τῶν ἄλλων τυχεῖν τὴν σφενδόνην τοῦ δακτυλίου περιαγαγόντα πρὸς ἑαυτὸν εἰς τὸ εἶσω τῆς χειρός, τούτου δὲ γενομένου ἀφανῆ αὐτὸν γενέσθαι τοῖς παρακαθημένοις, καὶ διαλέγεσθαι ὡς περὶ οἰχομένου. καὶ τὸν θαυμάζειν τε καὶ πάλιν ἐπιηλαφόντα τὸν δακτύλιον στρέφει ἔξω τὴν σφενδόνην, καὶ στρέψαντα φανερόν γενέσθαι. καὶ τοῦτο ἐννοήσαντα ἀποπειράσθαι τοῦ δακτυλίου εἰ ταύτην ἔχει τὴν δύναμιν, καὶ αὐτῷ οὕτω συμβαίνειν, στρέφοντι μὲν εἶσω τὴν σφενδόνην ἀδήλω γίγνεσθαι, ἔξω δὲ δήλῳ: αἰσθόμενον δὲ εὐθὺς διαπράξασθαι τῶν ἀγγέλων γενέσθαι τῶν παρὰ τὸν βασιλέα, ἐλθόντα δὲ καὶ τὴν γυναῖκα αὐτοῦ μοιχεύσαντα, μετ' ἐκείνης ἐπιθέμενον τῷ βασιλεῖ ἀποκτείνει καὶ τὴν ἀρχὴν οὕτω κατασχεῖν.

² Vd. più in generale sul mito di Gyge nel dialogo platonico, T. Irwin, *Plato's Ethics*, New York-Oxford, 1995, 184-185. Sul rapporto e le differenze tra Erodoto e Platone in relazione al mito di Gyge, cfr. K. Philippakis, *See No Evil: The Story of Gyges in Herodotus and Plato*, in AA.VV., *Justice v. Law in Greek Political Thought*, ed. by L. G. Rubin, Lanham-NewYork-Boulder-Oxford, 1997, 27-40.

³ Εἰ οὖν δύο τοιοῦτω δακτυλίῳ γενοίσθην, καὶ τὸν μὲν ὁ δίκαιος περιθεῖτο, τὸν δὲ ὁ ἄδικος, οὐδείς ἂν γένοιτο, ὡς δόξειεν, οὕτως ἀδαμάντινος, ὃς ἂν μείνειεν ἐν τῇ δικαιοσύνῃ καὶ τολμήσειεν ἀπέχεσθαι τῶν ἀλλοτρίων καὶ μὴ ἅπτεσθαι, ἔξὸν αὐτῷ καὶ ἐκ τῆς ἀγορᾶς ἀδεῶς ὅτι βούλοιο λαμβάνειν, καὶ εἰσίσιντι εἰς τὰς οἰκίας συγγίγνεσθαι ὅτῳ βούλοιο, καὶ ἀποκτείνουσι καὶ ἐκ δεσμών λύειν οὐστinas βούλοιο, καὶ τὰλλα πράττειν ἐν τοῖς ἀνθρώποις ἰσόθεον ὄντα. οὕτω δὲ δρῶν οὐδὲν ἂν διάφορον τοῦ ἑτέρου ποιοί, ἀλλ' ἐπὶ ταῦτ' ἂν ἴοιεν ἀμφότεροι. καίτοι μέγα τοῦτο τεκμήριον ἂν φαίη τις ὅτι οὐδείς ἐκὼν δίκαιος ἀλλ' ἀναγκαζόμενος, ὡς οὐκ ἀγαθοῦ ἰδίᾳ ὄντος, ἐπεὶ ὅπου γ' ἂν οἴηται ἕκαστος οἷός τε ἔσεσθαι ἀδικεῖν, ἀδικεῖν. λυσιτελεῖν γάρ δι' οἷται πᾶς ἀνὴρ πολὺ μάλλον ἰδίᾳ τὴν ἀδικίαν τῆς δικαιοσύνης, ἀληθὴ οἴομενος, ὡς φήσει ὁ περὶ τοῦ τοιοῦτου λόγου λέγων: ἐπεὶ εἴ τις τοιαύτης ἐξουσίας ἐπιλαβόμενος μηδὲν ποτε ἐθέλοι ἀδικήσαι μηδὲ ἄφαιτο τῶν ἀλλοτρίων,

“necessità” (ἀνάγκη) vuole probabilmente qui qualificare il comportamento che il singolo deve seguire per evitare le conseguenze negative della società nella quale vive. Il comportamento necessitato sarebbe coerente ai costumi e alle regole di convivenza della società a cui egli appartiene e che tale comunità si è data.

In questa prospettiva, la giustizia non esiste, quindi, né come virtù assoluta, né come virtù individuale. Si è giusti se ci si conforma ai valori sociali e giuridico-morali della propria comunità, perché l’essere giusto o ingiusto è un giudizio ex post dato sulla congruità della condotta tenuta con i contenuti valoriali della comunità alla quale si appartiene.

La giustizia assume così un netto rilievo di relatività, condizionato dal contesto storico, politico, sociale e giuridico nel quale matura una considerazione di cosa sia giusto fare e cosa non lo sia. Si tratta di un concetto della “giustizia”, quello consequenziale all’aneddoto dell’anello di Gyge, nel quale il piano valoriale di condotte che siano di per sé giuste o ingiuste è inconferente, mentre divengono essenziali i valori della comunità nella quale si vive e il giudizio di riprovazione della stessa sulla condotta dell’agente. Quando questo contesto di riferimento può essere escluso (come appunto per l’invisibilità acquisita attraverso l’anello di Gyge), la natura umana sarebbe spinta a perseguire finalità puramente egoistiche a scapito di tutto il resto.

A prescindere dalle implicazioni che caratterizzano la tesi di Glaucone rispetto alla confutazione di Socrate, ritengo in questo contesto di dover accentuare la conseguenza logica di una tale tesi, quella secondo cui la giustizia è il fondamento delle relazioni interpersonali nella società umana. Detto in altri termini, la giustizia o è sociale o “non è”. L’idea della giustizia che ne emerge è qualcosa che non può essere afferrato come assoluto, ma che necessariamente sarebbe incardinata in valori e principi storicamente e socialmente determinati nella specifica concezione politica, religiosa, giuridica, morale di una comunità.⁴

Si tratta di un elemento di grande suggestione, collegato proprio alla contrapposizione tra etica dei moderni ed etica degli antichi: la prima tendenzialmente orientata verso una concezione individualista dei precetti che sorreggono la direzione delle condotte umane, e ciò dalla maggiore pervasi-

ἀθλιώτατος μὲν ἂν δόξειεν εἶναι τοῖς αἰσθανομένοις καὶ ἀνοητότατος, ἐπαινοῖεν δ’ ἂν αὐτὸν ἀλλήλων ἐναντίον ἐξαπατώντες ἀλλήλους διὰ τὸν τοῦ ἀδικεῖσθαι φόβον.

⁴ Forzo un po’ il dato testuale, sebbene non mi sfuggano le implicazioni che si aprono, in questa sede non sviluppabili, del rapporto tra la concezione della *dikaosyne* in Platone e la teoria della *justice* in Rawls; J. Rawls, *A theory of Justice*, Cambridge Mass., 1971.

vità dell'idea cristiana, con poi forti sviluppi nel giusnaturalismo e nel liberismo; mentre la seconda centrata su una forte componente comunitaria ed un controllo del gruppo sul singolo sempre più incomprensibile agli occhi della cultura contemporanea.⁵

Il cemento giuridico-morale-religioso delle società antiche è rappresentato proprio dalla posizione del singolo nella comunità alla quale appartiene, in sfere concentriche dalla comunità naturale più piccola (la famiglia), alle comunità politiche di appartenenza (nelle diverse forme di declinazione della cittadinanza) o addirittura alla *societas omnium inter omnes* degli stoici, caratterizzando il tessuto sociale in termini di forte condizionamento della comunità sul singolo individuo.⁶ Ciò è rappresentativo di un diverso paradigma sociale, proprio della prospettiva ribaltata dell'antichità, rispetto all'età contemporanea, che è necessario tenere in conto se si vuole comprendere quello che, con terminologia "attuale", potremmo indicare quale il problema centrale dell'etica degli antichi, nella quale ha difficoltà ad emergere una visione soggettiva ed individuale del giudizio morale.

È chiaro, infatti, come nella prospettiva che alimenterà poi la cultura moderna, nella scoperta —fortemente ricercata in quanto liberatrice di energie sociali ed economiche per lo sviluppo del capitale— di una etica distinta dal diritto, diventerà inevitabile cogliere gli spunti più significativi per spiegare alcune delle profonde dinamiche della società in quell'epoca. Proprio la valorizzazione volontaristica ed individualistica del rapporto tra il Dio cristiano ed il credente, con il conseguente protagonismo della libertà di coscienza, avrebbe potuto precorrere la maturazione di una coscienza soggettiva ed individuale del giudizio morale, separato oramai dal giudizio sociale.⁷ In realtà, però, proprio la istituzionalizzazione della

⁵ Nella dialettica tra singolo e comunità, un ruolo fondamentale nella concezione degli antichi ha avuto la *polis* e la valorizzazione del ruolo politico della cittadinanza quale comunità di eguali, tesa ad erodere il modello gerarchico proprio delle società aristocratiche; vd. sul punto M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, Roma-Bari, 1989; M. Cacciari, *La città*, Rímóni 2009, 7 ss. Ed ora, accentuando giustamente la diversa forza di impatto dell'«eguale» nella novità politica della città antica, tenendo conto dei due modelli dell'*omoios* e dell'*isos*, A. Schiavone, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019, 15-19. Sui condizionamenti ideologici dell'etica contemporanea si vd. anche R. Fiori, «*Bonus vir*». *Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, 141 ss. (dove altra bibliografia).

⁶ Si vd. M. Bretonne, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1995, 37 ss.

⁷ Al riguardo, importante quanto evidenzia P. Siniscalco, *Il cammino di Cristo nell'Impero romano*, Roma-Bari, 2004, 71: «Nelle culture pagane, sia quelle orientali che quella greco-romana, lo stretto legame tra regole e costumi della società e religione, ossia tra la sfera che tocca la vita civile e la sfera che tocca i rapporti con il divino, non lascia spazio a quella che potremmo dire una visione soggettiva del giudizio morale [lo spaziato è mio]; anzi ogni rinnegamento di

religione cristiana nelle strutture politiche dapprima del tardo impero e poi nelle realtà politiche medievali, si dimostrò l'antidoto più efficace, dal Medio Evo all'Assolutismo, contro gli effetti negativi dell'anello di Gyge, creando per le società umane vissute in Europa in quei secoli l'enorme difficoltà di liberarsi dal peso dell'idea del "giusto sociale", nel senso oramai del "giusto cristiano", quale espressione monolitica della cultura e dell'autoritarismo della *respublica christianorum*.⁸ Il fattore maggiormente condizionale resta per l'uomo medievale l'impossibilità anche solo di immaginare l'invisibilità di cui aveva goduto Gyge, in quanto l'esclusività del rapporto del credente con il Dio cristiano esclude per definizione zone d'ombra nel giudizio divino dei comportamenti umani (di cui il sacramento della penitenza è momento di liberazione, riconciliazione e perdono), fornendo il presupposto della convinzione nel singolo della sicura visibilità del proprio comportamento, sempre e ovunque. Il contenuto religioso e morale del giuridico medievale, pesando sui comportamenti del singolo, si dimostra un fattore di forte controllo sociale e di resistenza a nuovi modelli umani di sviluppo.⁹

In fondo, la forma politico-giuridica dello Stato moderno, nella sua versione laica, ha tentato di aspirare allo stesso ruolo delle religioni monoteiste, utilizzando, però, l'unica arma a sua disposizione, che non era tanto quella di una presunta superiorità morale (come voleva Hegel, ma come in fondo riemerge talvolta nella teorizzazione della superiorità dello stato democratico), ma quella dell'esercizio di un potere coercitivo sovrano esterno sul consociato, fissando eteronomamente precetti minimi diretti a vietare comportamenti considerati illeciti. Nasce cioè l'idea portante del diritto penale borghese, quale minimo etico garantito dallo Stato,¹⁰ e del carcere come pena coercitiva espressione del potere sovrano statale.¹¹

una norma o di un dovere, la cui osservanza è considerata necessaria per la sopravvivenza e la coesione della società, entro un orizzonte che è, per i secoli antichi in genere e per l'epoca imperiale in specie, totalizzante, è ritenuto come una grave frattura del tessuto sociale che si deve sanare con la punizione di chi ha realizzato il comportamento anomalo".

⁸ D'altronde, proprio in questi contesti di pensiero si sviluppa l'idea della giustizia come virtù sociale: S.Thomas, *Sum. Theol.*, II-II, q. 57, a. 1: "*Iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. ...Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in iis quae ei convenient secundum seipsam*".

⁹ H. J. Berman, *Diritto e rivoluzione*, Bologna, 1988, 175 ss.

¹⁰ Sul diritto penale borghese, per il mio punto di vista, si vd. *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, in XII Tabulae. Testo e commento, II, Napoli, 2018, 817 ss.

¹¹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, [trad. it. di *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975], Torino, 1978, 11 ss., che accentua come proprio nei secoli XVIII e XIX, nell'esercizio della coercizione sovrana degli stati, tenda a scomparire lo

Con Immanuel Kant, d'altronde, si era già perfezionata definitivamente —sebbene in una prospettiva filosofica— la deriva individualista della società liberale, con l'esclusione del ruolo concreto della comunità, a favore del soggetto-individuo e della sua volontà. Ciò ha avuto, come è noto, importanti conseguenze anche sul pensiero giuridico ottocentesco tedesco, nel quale questa prospettiva (già in parte emersa nella costruzione di un sistema di diritto imperniato nella centralità del *subiectum iuris* nelle scuole del diritto naturale dei secoli XVII e XVIII) entra prepotentemente nel *System* di diritto privato di Savigny, con la costruzione ordinante del concetto di “soggetto di diritto” (*Rechtssubjekt*). Il diritto privato della società liberale dell'800 si concentra, infatti, sul modello dell'individuo (secondo il modello storico del cittadino borghese) e sulla sua volontà, alla quale collega la dinamica giuridica della società stessa, preparando l'ulteriore slittamento che si realizzerà poi nella prima metà del '900, nel passaggio dalla società borghese alla società di massa, dove proprio il superamento anche dell'ultima distinzione in classi sociali dello stato borghese (capitalisti e lavoratori), elemento fondativo del ruolo stesso dello Stato quale strumento di mediazione tra esse, porterà in alcuni paesi alla crisi della forma democratica dello stato ed all'avvento dei totalitarismi.

Si comprende bene, in questi contesti, come per il Kelsen della prima fase, nella ricerca (a mio avviso utopica) di un “diritto puro”, proprio la nozione di “giustizia” diventi un problema irrisolvibile per la sua *reine Rechtslehre*.¹² La relatività della nozione di “giustizia”, confermata dal fatto che la

“spettacolo della punizione” e la “presa sul corpo” del condannato, con l'annullamento del dolore.

¹² Il tema fu oggetto della lezione di congedo di Kelsen dall'insegnamento americano nel 1952, lezione poi pubblicata nel 1953 ed inserita nella sua seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960) come appendice al più ampio studio; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960. Significative sono le sue conclusioni al riguardo: “Da Jesus von Nazareth in dem Verhör vor dem römischen Statthalter zugab, ein König zu sein, sagte er: «Ich bin geboren und in diese Welt gekommen, um Zeugnis zu geben für die Wahrheit». Worauf Pilatus fragte: «Was ist Wahrheit?» Der skeptische Römer erwartete offenbar keine Antwort auf diese Frage, und der Heilige gab auch keine. Denn Zeugnis zu geben für die Wahrheit war nicht das Wesentliche seiner Sendung als Messianischer König. Er war geboren, Zeugnis zu geben für die Gerechtigkeit, jene Gerechtigkeit, die er in dem Königreich Gottes verwirklichen wollte. Und für diese Gerechtigkeit ist er auf dem Kreuze gestorben. So erhebt sich hinter der Frage des Pilatus: Was ist Wahrheit? aus dem Blute des Gekreuzigten eine andere, eine noch viel gewaltigere Frage, die ewige Frage der Menschheit: Was ist Gerechtigkeit? Keine andere Frage ist so leidenschaftlich erörtert, für keine andere Frage so viel kostbares Blut, so viel bittere Tränen vergossen worden, über keine andere Frage haben die erlauchtesten Geister —von Platon bis Kant— so tief gegrübelt. Und doch ist diese Frage heute so unbeantwortet wie je. Vielleicht, weil es eine jener Fragen ist, für die die

stessa condotta può assumere, a seconda del contesto storico e sociale, una qualificazione sia in termini di giustizia che di ingiustizia, la renderebbe per il giurista austriaco inutilizzabile ai fini di riempire ed orientare i contenuti del diritto. Kelsen critica la definizione di Ulpiano della *iustitia* come “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (Ulp. 1 *reg.* D.1.1.10 pr.) in quanto sarebbe una *Leerformel*, una “formula vuota”: ciascun ordinamento giuridico determinerà nel suo diritto positivo quale sia il diritto (qui inteso da Kelsen nel senso di attribuzione soggettiva di vantaggio) da attribuire a ciascuno. Con la definizione ulpianea sarebbe, cioè, giusto qualsiasi diritto positivo a prescindere dai suoi contenuti concreti.

La critica di Kelsen ha imposto alla scienza romanistica di cercare di capire quale fosse realmente la visione romana del rapporto tra *ius* e *iustitia*.¹³

resignierte Weisheit gilt, dass der Mensch nie eine endgültige Antwort finden, sondern nur suchen kann, besser zu fragen. ... Ich habe diese Abhandlung mit der Frage begonnen: Was ist Gerechtigkeit? Nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, dass ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin. Es wäre mehr als anmaßend, meine Leser glauben zu machen, mir könnte gelingen, was die größten Denker verfehlt haben. Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz”.

¹³ Sul problema della *iustitia* in diritto romano e del suo rapporto col diritto, si vd. F. Senn, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice*, 1927, *passim*; Th. Mayer Maly, *De iustitia et iure*, in ZSS. 66, 1948, 458 ss.; A. Burdese, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, in *Annali di storia del diritto*, 14-17, 1970-73, 103 ss.; 108; M. Kaser, *Zum “ius”-Begriff der Römer*, in *Acta juridica* 1977, 67; W. Waldstein, *Zu Ulpian’s Definition der Gerechtigkeit (D.1.1.10 pr.)*, in *Festschr. Flume*, I, 1978, 225s.; 230; *id.*, *Ist das suum cuique eine Leerformel?*, in SDHI 61, 1995, 186ss.; *id.*, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian*, in *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschr. f. Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, III, 1996, 64; U. von Lübtow, *Die Anschauungen der römischen Jurisprudenz über Recht und Gerechtigkeit*, in *Studi in onore Sanfilippo VI*, 1985, 526; 530; M. Diesselhorst, *Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpian’s in D.1.1.10 pr. und die praecepta iuris nach D. 1.1.10,1 sowie ihre Rezeption bei Leibniz und Kant*, in AA.VV., *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium für Franz Wieacker*, Göttingen, 1985, 185; 190ss.; F. Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI. 54, 1988, 15 ss. [= *Opuscula selecta*, Padova, 1999, 621 ss.]; U. Manthe, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles*, in ZSS.RA. 113, 1996, 1 ss.; *id.*, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs II: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpian’s*, in ZSS RA 114, 1997, 1 ss.; A. Schiavone, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un’esegesi*, in SDHI. 69, 2003, 15ss.; *id.*, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 361ss.; L. Peppe, “*Jedem das Seine*”, (*uni*)*cuique suum*, “*a ciascuno il suo*”, in AA.VV., *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, II, 2006, 1745 ss.; G. Falcone, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA. LII, 2007-2008, 133 ss.; D.

Filippo Gallo ha fortemente insistito sull'errore interpretativo a cui porta la lettura di Kelsen del testo di Ulpiano, evidenziando come la definizione ulpianea non stia qualificando come giusta l'attribuzione del diritto quale proprio di un determinato ordinamento giuridico, ma collochi la giustizia nel contesto delle virtù umane, nelle quali il significato della giustizia sarebbe caratterizzato dal fatto che l'uomo giusto è colui che orienta consapevolmente le sue azioni cercando di attribuire a ciascuno il diritto che gli spetta. Non vi sarebbe nella considerazione della giustizia da parte del giurista severiano alcuna assolutizzazione di contenuti, né tantomeno una automatica predeterminazione di cosa sia giusto attribuire a ciascuno, in chiave di contenuti normativi prefissatisi nel singolo ordinamento giuridico, dato che ne imporrebbe la valutazione in termini di 'clausola in bianco' idonea a giustificare in termini di giustizia qualsiasi ordinamento, anche quello più ingiusto.

Ritengo che la strada indicata da Filippo Gallo sia quella corretta. Da ciò si possono, infatti, dedurre due conseguenze importanti: la prima, che per Ulpiano la giustizia è una virtù umana universale. Ci sono cioè esseri umani giusti ed esseri umani ingiusti, caratterizzandosi i primi come coloro che orientano —con fermezza e costanza— le proprie azioni cercando di attribuire a ciascuno il suo in base alla sua posizione nella comunità. Quindi è altresì chiaro, in seconda battuta, come tale attività umana (che in quanto tale può essere fallace e non perfetta) non si possa intendere esclusivamente in chiave attributiva di posizioni positive, ma è necessario accordargli anche il significato di attribuzione di posizioni negative. *Ius suum tribuere* va reso meglio con il verbo italiano “distribuire” o “ripartire”, più che attribuire. L'idea di attribuzione, infatti, rischia di trascinare con sé l'idea del vantaggio. Così come il segno *ius* qui usato non deve essere riletto in chiave di diritto soggettivo.¹⁴

Mantovani, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Antiquorum philosophia* 11, 2017, 27-55, in particolare 34 ss.

¹⁴ Per il significato storico della distinzione concettuale tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, si vd. per tutti B. Albanese, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore A.C. Jemolo*, IV, Milano, 1963, 1 ss.; *id.*, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, 75 ss.; 197 ss. Per lo svelamento delle premesse ideologiche della distinzione, si vd. P. Catalano, *Diritto Soggetti Oggetti. Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 95-117. Che *ius suum* nella definizione ulpianea di giustizia non possa essere inteso né come diritto (in senso oggettivo), né come diritto soggettivo, è affermato da M. Viley, *Suum ius cuique tribuens*, in *Studi in onore P. De Francisci*, I, Milano, 1954, 364s.; velocemente anche in F. Gallo, *Diritto e giustizia*, cit., 20 n.80. Sul punto insiste giustamente G. Falcone, *Ius suum cuique tribuere*, cit., 135 ss. che interpreta la frase ulpianea quale “attribuzione della «posizione giuridica» che spetta a ciascuno: posizione non

È altresì chiaro che —come lo stesso Filippo Gallo ha dimostrato— la *permutatio legum* realizzatasi con la codificazione giustiniana¹⁵ può aver impresso alla definizione giurisprudenziale di giustizia una sua considerazione funzionale a giustificare l'intera opera di codificazione dall'imperatore Giustiniano, come rappresentazione imperitura della giustizia stessa (si vd. il concetto giustiniano di *templum iustitiae* nelle costituzioni *Deo auctore* 5 e *Tanta* 20).¹⁶ La giustizia nei codici viene cioè ad assumere una sua più statica determinazione collegata al contenuto del diritto fissatosi e finalizzato alla applicazione giudiziale, come nella riflessa definizione delle Istituzioni imperiali I.1.1 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*, dove la *tribuens voluntas* si incarna oramai nel contenuto dei codici e nella volontà dell'imperatore come personificazione stessa della giustizia. Qualcosa di analogo accade nella costruzione della cosiddetta “equità positiva” nei moderni diritti codificati.¹⁷

Al contrario, la concezione del giurista Ulpiano è caratterizzata da una dinamica della giustizia che non è predeterminata dal contenuto normativo esistente in un certo momento storico, ma rappresenta una forza potenzialmente innovatrice e modificativa del diritto esistente, forza di critica e miglioramento espresse bene nell'attività caratteristica della giurisprudenza nella concezione ulpiana in Ulp. I.1 *inst.* D.1.1.1.1, quella appunto secondo la quale i giuristi —che non ne sono gli esclusivi custodi e mediatori in quanto virtù universale— “coltivano” la virtù della giustizia (*iustitia enim colimus*). La giustizia di Ulpiano resta coerente alla concezione propria della società romana —anche nel periodo cosmopolita dell'impero— come riflessa non soltanto nella giustizia correttiva, ma anche in quella distributiva, nell'apporcionamiento diseguale delle posizioni giuridiche.¹⁸ Ciò se da

necessariamente favorevole (quale la titolarità di un diritto, di una pretesa etc.), bensì anche, a seconda dei casi, di svantaggio” (p.136).

¹⁵ F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 42 ss. (ne esiste una traduzione in lingua spagnola nella Collana *Tradición y Dogmática* della editrice Eudeba di Buenos Aires, 2015). Si vedano anche le riflessioni di M. Miglietta, *Alle origine della rimozione del pensiero celsino: la “legum permutatio” giustiniana*, in AA.VV., *Celso teorico del diritto*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 3 ss.

¹⁶ Si vd. al riguardo G.G. Archi, *Il diritto nell'azione politica di Giustiniano*, in SDHI. 47, 1981, 39 ss.; S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999, 19 ss.

¹⁷ Vd. ora per l'approfondimento del ruolo di Vittorio Scialoja nella costruzione della nozione di “equità” positiva, M. Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, 34 ss.

¹⁸ Si tratta come è noto di una concezione che Roma ha ereditato dal pensiero greco: Plat. *Rep.* I, 332β-ξ (ἡνίκατο ἄρα, ἦν δ' ἐγώ, ὡς ἔοικεν, ὁ Σιμωνίδης ποιητικῶς [332ξ] τὸ δίκαιον ὁ εἶη. διεννοεῖτο μὲν γάρ, ὡς φαίνεται, ὅτι τοῦτ' εἶη δίκαιον, τὸ προσήκον ἐκάστῳ

un lato impone determinazioni di attribuzioni giuridiche diseguali e non esclusivamente di vantaggio, coerentemente alla diseguaglianza degli *status* delle *personae* e alle condotte compiute, dall'altro lato ciò si inserisce all'interno di un tendenziale eguagliamento del diritto degli esseri umani non esclusivamente realizzato sul piano della sola cittadinanza, nelle forme concettuali assunte dalla maggiore astrazione che il pensiero giuridico viene ad acquisire da Quinto Mucio Scevola in poi. Ciò significa, per intenderci che, se da un lato resta nella visione romana come netta la distinzione tra liberi e schiavi (così come d'altronde quella tipicamente romana tra padri e figli), dall'altro ciò non è di impedimento per la realizzazione nel pensiero giuridico romano di schemi unificanti sul piano della forma, quali quelli delle *personae* (distinte in *liberi*, *liberti*, *servi*), degli *animalia* (distinti in domestici, mansuefatti e selvatici) delle *res* (distinte in private, pubbliche e comuni, in *mancipi* e *nec mancipi*, in mobili ed immobili, i corporali ed incorporali), dei *dominia* (distinti in civile, pretorio e provinciale), dei *contractus* (distinti in verbali, reali, letterali e consensuali), delle *obligationes* (distinte in civili, pretorie e naturali), delle *successiones* (distinte in testamentarie, legittime, pretorie, fedecommissarie) etc. Tali forme linguistiche di espressione tese a costruire categorie unitarie ordinanti la realtà, sebbene riposassero sopra un sostrato consuetudinario di figure giuridiche dell'esperienza, quali ad es. *homo*, *equus*, *fundum*, *meum esse ex iure Quiritium*, *in bonis habere*, *mutuum*, *emptio venditio*, *oportere*, *heres* e *bonorum possessor*, ne divengono la forma astratta di espressione, la quale viene a svincolarsi dalla vischiosità delle specifiche differenziazioni che ne avevano caratterizzato la maturazione originaria in termini di realtà. Le nuove forme, che vengono ad astrarsi sulle forme antiche, permettono di

ἀποδιδόναι, τοῦτο δὲ ὠνόμασεν ὀφειλόμενον.); Arist. *Eth. Nic.* 1130b30: τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ' αὐτὴν δικαίου ἐν μὲν ἐστὶν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου) [1131 a 1] ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. [...] [1131a10] εἰ οὖν τὸ ἄδικον ἄνισον, τὸ δίκαιον ἴσον: ὅπερ καὶ ἄνευ λόγου δοκεῖ πᾶσιν. ἐπεὶ δὲ τὸ ἴσον μέσον, τὸ δίκαιον μέσον τι ἂν εἴη. ἔστι δὲ τὸ ἴσον ἐν ἐλαχίστοις δυσὶν. ἀνάγκη τοίνυν τὸ δίκαιον μέσον τε καὶ ἴσον εἶναι καὶ πρὸς τι καὶ τισὶν, καὶ ἢ μὲν μέσον, τινῶν (ταῦτα δ' ἐστὶ πλεῖον καὶ ἑλαττον), ἢ δ' ἴσον, δυοῖν, ἢ δὲ δίκαιον, τισὶν.; *Stoicorum Veterum Fragmenta* (von Arnim), III. 266 (Chrysippus): δικαιοσύνη δὲ ἔξις ἀπονεμητικὴ τοῦ κατ' ἀξίαν ἐκάστω; *Rhet.ad Her.* (3.3): *Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque*; Cic. *de inv.* 2.160: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*. Per una lettura del rapporto tra *iustitia* ed *aequitas* nella *Rhetorica ad Herennium*, A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto*, cit., 259 ss. Per un approfondimento delle basi filosofiche greche della nozione di giustizia come virtù soggettiva e della verifica storica delle loro concrete penetrazioni nella cultura giuridica romana, si vd. E.M. Atkins, "Domina et Regina Virtutum": *Justice and Societas*, in *Phronesis* 1990, 35/3, 258 ss. Sul tema si vd. ora, con valorizzazione della prospettiva giuridica romana, D. Mantovani, *L'aequitas romana*, cit., 34 ss.

abbracciare situazioni giuridiche differenziate e sono anche idonee ad accogliere tendenzialmente nuove realtà di relazioni. Ora è il lessico giuridico a dominare la realtà e non più il contrario.¹⁹ È chiaro che questo salto di qualità nelle forme espressive del discorso giuridico può avere riflessi anche su categorie “principiali” quali quelle che in questa sede assumono un ruolo centrale.

Se seguiamo un tale orientamento nella comprensione del significato della dottrina ulpiana di giustizia, nel contesto originario della sua opera e poi nella sua utilizzazione nel contesto dei codici di Giustiniano, non possiamo non cercare di comprendere più a fondo quale sia il significato che il *sum ius* viene ad assumere quale oggetto del *tribuere* nella definizione. La virtù soggettiva dell'uomo giusto (virtù che in particolare il giurista deve coltivare) non sarebbe quella di attribuire a ciascuno il *quid* di vantaggio oggetto di un suo diritto, che sarebbe prefissato nel diritto positivo esistente (un po' poi come accadrà nella dottrina positivistica del giudice giusto), ma quella di adeguare il ‘porzionamento’ di quanto spetti giuridicamente (a vantaggio o a svantaggio) a ciascuno in base alla sua posizione giuridica nella società e alle sue concrete azioni.²⁰ Sovrapporre alla definizione ulpiana un'interpretazione orientata a riconoscere al *ius sum* di Ulpiano il significato moderno di attribuzione del “diritto soggettivo” che il singolo ordinamento, attraverso la positivizzazione del suo diritto, ha codificato —come in definitiva fa Kelsen— non è corretto, né in chiave di interpretazione storica della dottrina della giustizia del giurista romano, poiché cancella con un solo colpo di spugna il vero contesto valoriale entro il quale quella definizione va ricondotta, né in chiave di comprensione di valori fuori dal contesto sociale e culturale nel quale vengono attuati.

La definizione che incontriamo nel *de inventione* ciceroniano della *iustitia* quale “*habitus animi communi utilitate conervata suam cuique tribuens dignitatem*” (Cic. *de inv.* 2.53.160), pur nelle dovute differenze ben evidenziate in dottrina, si colloca su un piano di identità di fondo, dove il giurista, con la sostituzione alla *dignitas* del *ius* opera una precisa scelta valoriale di maggiore consistenza per il discorso giuridico.²¹

¹⁹ Tocco problemi sui quali è ancora ampio il dibattito: si veda per le diverse posizioni A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma tardo-repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987; *id.*, *Ius. L'invenzione del diritto*, *cit.*, 171 ss.; e M. Talamanca, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. Giardina- A. Schiavone (cur.), *Società romana e produzione schiavistica, III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, [Roma-Bari], 1981, 35 ss.

²⁰ Vd. *supra* n. 13.

²¹ F. Gallo, *Diritto e giustizia*, *cit.*, 18-19.

D'altronde, è proprio la cultura romana, ed in particolare Cicerone, a rappresentare un anello di congiunzione significativo tra l'idea della *dikaio-syne* di Glaucone (e la conseguente critica di Socrate) e quella romana di *iustitia*, partendo proprio dall'aneddoto di Gyge (e la concezione da esso emergente). L'anello di Gyge e Platone vengono, infatti, ricordati da Cicerone nel *de officiis* 3.8.35-3.10.40.²² Va subito evidenziata però la differenza di contesto nel quale l'aneddoto viene ricordato. In Platone, all'interno del dialogo su cosa sia la giustizia, mentre in Cicerone nell'ambito della questione del rapporto tra l'utile e l'onesto, questione filosofica che assume un valore fondamentale nella scuola stoica. In Cicerone l'antico mito si colloca

²² Cic., *de officiis*, 3.8.35-3.10.40: *Cum igitur aliqua species utilitatis obiecta est, commoveri necesse est; sed si, cum animum attenderis, turpitudinem videas adiunctam ei rei, quae speciem utilitatis attulerit, turn non utilitas relinquenda est, sed intellegendum, ubi turpitude sit, ibi utilitatem esse non posse. Quodsi nihil est tam contra naturam quam turpitude (recta enim et convenientia et constantia natura desiderat aspernaturque contraria) nihilque tam secundum naturam quam utilitas, certe in eadem re utilitas et turpitude esse non potest. Itemque, si ad honestatem nati sumus eaque aut sola expetenda est, ut Zenoni visum est, aut certe omni pondere gravior habenda quam reliqua omnia, quod Aristoteli placet, necesse est, quod honestum sit, id esse aut solum aut summum bonum; quod autem bonum, id certe utile; ita, quicquid honestum, id utile. Atque etiam ex omni deliberatione celandi et occultandi spes opinioque removenda est. Satis enim nobis, si modo in philosophia aliquid profecimus, persuasum esse debet, si omnes deos hominesque celare possimus, nihil tamen avare, nihil iniuste, nihil libidinese, nihil incontinentem esse faciendum. Hinc ille Gyges inducitur a Platone, qui, cum terra discessisset magnis quibusdam imbribus, descendit in illum hiatum aeneumque equum, ut ferunt fabulae, animadvertit, cuius in lateribus fores essent; quibus apertis corpus hominis mortui vidit magnitudine invisitata anulumque aureum in digito; quem ut detraxit, ipse induit (erat autem regius pastor), tum in concilium se pastorum recepit. Ibi cum palam eius anuli ad palmam converterat, a nullo videbatur, ipse autem omnia videbat; idem rursus videbatur, cum in locum anulum inverterat. Itaque hac opportunitate anuli usus reginae stuprum intulit eaque adiutrice regem dominum interemit, sustulit, quos obstar arbitrabatur, nec in his eum facinoribus quisquam potuit videre. Sic repente anuli beneficio rex exortus est Lydiae. Hunc igitur ipsum anulum si habeat sapiens, nihilo plus sibi licere putet peccare, quam si non haberet; honesta enim bonis viris, non occulta quaeruntur. Atque hoc loco philosophis quidam, minime mali illi quidem, sed non satis acuti, fictam et commenticiam fabulam prolatam dicunt a Platone; quasi vero ille aut factum id esse aut fieri potuisse defendat! Ille est vis huius anuli et huius exempli: si nemo sciturus, nemo ne suspicaturus quidem sit, cum aliquid divitiarum, potentiae, dominationis, libidinis causa feceris, si id dis hominibusque futurum sit semper ignotum, si ne facturus. Negant id fieri posse. Nequaquam potest id quidem; sed quaero, quod negant posse, id si posset, quidnam facerent. Urgent rustice sane; negant enim posse et in eo perstant; hoc verbum quid valeat, non vident. Cum enim quaerimus, si celare possint, quid facturi sint, non quaerimus, possintne celare, sed tamquam tormenta quaedam adhibemus, ut, si responderint se impunitate proposita facturos, quod expediat, facinorosos se esse fateantur, si negent, omnia turpia per se ipsa fugienda esse concedant. Sed iam ad propositum revertamur. Incidunt multae saepe causae, quae conturbent animos utilitatis specie, non, cum hoc deliberetur, relinquendane sit honestas propter utilitatis magnitudinem (nam id quidem improbum est), sed illud, possintne id, quod utile videatur, fieri non turpiter. Vd. su questi paragrafi ciceroniani si vd. A. R. Dyck, *A commentary on Cicero de officiis*, Ann Arbor, 1996, 541. Sulla nozione ciceroniana nel *de officiis* della *lex naturae*, si vd., con posizioni non coincidenti, R. Fiori, *Bonus vir, cit.*, 270 ss. e *id.*, *Ius gentium*, in *Scritti in onore di A. Corbino*, 3, Tricase, 2016, 110 ss.; G. Falcone, *Il rapporto ius gentium - ius civile e la societas vitae in Cic., off.* 3.69-70, in *AUPA LVI*, 2013, 259 ss.*

entro la tesi “*quod bonum, id certe utile; ita quicquid honestum id utile*”. Un’altra differenza, che è sintomo di come Cicerone si inserisca in una riflessione già maturata sul punto nella scuola stoica e che rileggeva il mito di Gyge nel contesto dei concetti stoici di *bonum* e di *sapientia*, è data dal fatto che la prospettiva ciceroniana non è più quella dell’uomo giusto (*dikaios/iustus*), ma quella dell’uomo saggio (*sapiens*), il quale non verrebbe mai dirottato in ragione dell’invisibilità nel seguire il suo principio ordinatore della condotta, in quanto il fine del *sapiens* sarebbe sempre ed in ogni caso l’*honestas*. La questione, quindi, in Cicerone assume una prospettiva ribaltata, e cioè se sia effettivamente possibile compiere azioni che ci sembrano utili, senza contravvenire l’onesto. La prospettiva scarta dalla dimensione dell’azione giusta alla dimensione dell’azione conforme all’*honos* (l’unica sempre giusta).

La dottrina ha ben evidenziato come il piano dell’*honos* sia fortemente caratterizzato dalla componente comunitaria.²³ Esso esprime la esatta “posizione” del singolo nella comunità —a cui corrisponde una corrispondente porzione di *ius* non necessariamente in chiave attributiva di vantaggio, ma anche di svantaggio—, assumendo precise connotazioni (diremmo noi) giuridico-morali nel contesto di una società gerarchicamente organizzata e nella quale l’eguaglianza non è mai egalitarismo, ma appunto parità di trattamento giuridico a parità di posizione giuridica, frutto di una mentalità che ponderi la posizione di ciascuno nella società e la coerenza delle sue condotte a tale posizione. Sarebbe altrimenti difficile comprendere la logica romana della *fides* di relazione tra patrono e cliente o quella della *deditio in fidem* tra popolo romano e popoli vinti.²⁴

Lo slittamento ciceroniano dal *dikaios* platonico al *sapiens* stoico sposta anche la considerazione della condotta giusta che è conseguentemente espressione della posizione congrua al proprio *honos* in rapporto anche a quello dell’altro, determinandosi così un modello attributivo (rectius distributivo) teso a determinare un collegamento tra *iustitia* e *honestas* che contribuisce a chiarire il senso che bisogna accordare al *ius suum cuique tribuendi* ulpiano.

II. PER UNA CRITICA ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO DELL’UTOPIA MODERNA DEL “DIRITTO PURO”

Hans Kelsen, nel 1934, nello sforzo di chiarire il contenuto della sua teoria pura del diritto, scelse come modello antitetico a quello da lui propugnato

²³ R. Fiori, *Bonus vir*, cit., 118 ss.

²⁴ D. Nörr, *Die “fides” im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991.

proprio il diritto romano. La scelta del diritto romano come esempio di un diritto “impuro” potrebbe essere stata caratterizzata sia dalla grande autorevolezza che esso aveva avuto nell’ottocento tedesco, sia dalle critiche più o meno espresse che al diritto tedesco liberale erano state fatte in termini di diritto romano borghese. Per Kelsen il diritto romano sarebbe stato condizionato da una prospettiva chiusa nel riconoscimento dei diritti al soggetto, rappresentativa di una trama individualistica di attribuzione di posizioni giuridiche soggettive in base a valori non esclusivamente giuridici, ma anche morali e politici. L’intreccio inestricabile tra diritto, morale e politica dei criteri attributivi al soggetto che il diritto romano aveva consegnato alla tradizione giuridica successiva attraverso la codificazione giustiniana ne aveva anche determinato la inconsapevole acquisizione nella scienza giuridica moderna quale forma di *ratio scripta*. Questa struttura nascosta del diritto romano e della tradizione giuridica su di esso fondata sarebbe stata per Kelsen la conseguenza quasi inevitabile della natura giurisprudenziale del materiale giuridico poi codificato da Giustiniano, nel quale la prassi dei *responsa* dei giuristi dell’età classica era orientata essenzialmente ad attribuire o negare alla parte richiedente una tutela in via di azione processuale. Il meccanismo esclusivo di riconoscimento o di disconoscimento dell’azione giudiziale al privato rendeva impossibile quella necessaria (a detta di Kelsen) ripulitura della norma giuridica di attribuzione dai profili etici e politici propri della società di cui era espressione. Al contrario, invece, nella *reine Rechtslehre* dallo stesso autore propugnata, la virtù di realizzare, nella sua purezza ed astrazione, un contenuto oggettivo ed universale, liberato così da qualsiasi giudizio di valore di tipo etico e politico (in una prospettiva moderna), era resa possibile dalla analisi strutturale del diritto positivo:²⁵ la definitiva realizzazione di una *Iso-*

²⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934 (rist. 1 ed. Aalen, 1985), [§ 26: sul carattere universalistico della teoria pura del diritto, 55 ss.]: p. 60: “Indem die Reine Rechtlehre das sogenannte subjektive Recht in allen seinen Erscheinungsformen: Berechtigung, Rechtspflicht, Rechtssubjekt, als vom objektiven Recht verschiedene Wesenheit auflöst und nur als besondere Gestaltung oder personifikative Darstellung des objektiven Rechts begreift, hebt sie jene subjektivistische Einstellung zum Recht auf, in deren Dienst der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht: jene advocatorische Auffassung, die das Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Parteiinteresses, das heißt im Hinblick darauf betrachtet, was es für den Einzelnen bedeutet inwiefern es ihm nützt, das heißt seinen Interessen dient, oder schadet, das heißt ihm mit einem Übel droht. Es ist die spezifische Haltung der römischen Jurisprudenz, die, in wesentlichen aus der gutachtlichen Praxis respondierender Rechtsanwälte hervorgegangen, zugleich mit dem römischen Recht rezipiert wurde. Die Haltung der Reinen-Rechtslehre ist dagegen eine durchaus objektivistisch-universalistische. Sie geht grundsätzlich auf das Ganze des Rechts und sucht jedes Einzelphänomen nur im systematischen Zusammenhang mit allen anderen, in jeden Rechtsteil, die Funktion des Rechtsganzen zu erfassen”; p. 61: “Die Rechtstheorie wird so zu

lierung del diritto quale espressione di una sua presunta purezza da altre forme sociali quali la politica e l'etica.

La critica kelseniana al diritto romano (tra le più dure e se vogliamo anche tra le più incisive nella recente storia del pensiero giuridico, data anche la fortuna del pensiero kelseniano nel XX secolo) non è esente però — se contestualizzata storicamente — da critica. In primo luogo, essa è condizionata da una unilaterale percezione del contenuto che l'età contemporanea avrebbe ereditato dal diritto romano. La critica, a saperne cogliere la profonda storicità, non è, infatti, diretta tanto al diritto romano come esperienza storica, ma al diritto romano quale sostrato di contenuto utilizzato poi nella reinterpretazione pandettistica in funzione di struttura concettuale e sistematica acconcia alla nuova società liberale europea. Il peccato originale che Kelsen contesta al diritto romano (e che avrebbe impedito inesorabilmente al diritto romano di separarsi dai contenuti politici, etici e sociali) si sarebbe riflesso in maniera inevitabile anche sul diritto del XIX secolo. La contrapposizione kelseniana andrebbe, quindi, pesata e considerata per quello che è, cioè una contrapposizione tra teoria pura del diritto e sistema pandettistico, per una affermazione delle prospettive normative ed oggettivistiche, su quelle volontaristiche e individualistiche della scuola pandettistica. Ciò, come è stato già esattamente evidenziato in altro contesto storico, rispetto alla critica nazionalsocialista al diritto romano, rischia di confondere quest'ultimo con una sua re-interpretazione, suscettibile a sua volta di una specifica contestualizzazione storica.²⁶ D'altronde, in secondo luogo, è espressione di pensiero utopico immaginare che un prodotto dell'uomo possa esprimersi senza una sua precisa validità di contenuti propri dell'epoca in cui esso è espresso. La concezione formale e positivista del diritto è a sua volta espressione di una visione politica ed etica che è funzionale (anche se vestita del manto dell'oggettiva purezza) alla costruzione (o meglio alla de-strutturazione) di un tipo di società umana. La ipotizzata natura “avaloriale” del diritto puro è, infatti, funzionale, nell'Europa della prima metà del '900, a realizzare una saldatura tra il superamento del ruolo dello stato come strumento di mediazione tra le classi sociali in conflitto e una sua ipotetica terzietà, la quale non esprimerebbe un potere ed un diritto di parte, favorevole alla classe dominante e che i contenuti del diritto positivo non siano in realtà scelte operate consapevolmente in chiave di politica del

einer von allem ethisch-politischen Werturteil befreien, möglichst exakten Strukturanalyse des positiven Rechts”.

²⁶ F. De Martino, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 16, 1941, 1-51 (cito da riedizione, Torino, 1999).

diritto, ma semplicemente diritto validamente posto in base alla norma di validità presupposta.

La critica di Kelsen, al di là poi delle ricadute che la teoria pura ha avuto sull'attuale concezione generale del diritto (in contrasto con quella romana),²⁷ è paradigmatica di un tipo di giudizio sul diritto romano che ne impedisce la valorizzazione come fondamento critico del diritto attuale (non solo europeo). Al contrario, il diritto romano, se correttamente inteso nei suoi contenuti concettuali (innervati nel contesto storico di loro emersione, che è compito della scienza giuridica e storica che lo studia cogliere), è un formidabile strumento di critica delle categorie giuridiche attuali e delle loro pregiudiziali ideologiche. Proprio queste ultime spesso incidono sui contenuti del diritto del XX e XXI secolo con una tale forza da impedirne il riconoscimento, quasi si tratti di categorie imperiture e fuori dalla storia. Si pensi al contratto come accordo, quale privilegiata forma di negozialità o alla proprietà privata quale preponderante forma di appartenenza nella società capitalistica. Da questo punto di vista, e tenendo in conto il tema che qui si sta esaminando, l'isolamento tra diritto e morale (nella prospettiva post-kantiana) risulta funzionale nei secoli XIX e XX al superamento dei limiti nell'uso delle risorse che gli spazi della libera iniziativa, pur in chiave di immoralità, possono percorrere in chiave di formale legittimità. Ciò vale (a titolo di meri esempi) sia per l'illimitato uso del ricorso agli interessi pecuniari quale reddito del capitale, sia all'illimitato sfruttamento delle risorse naturali per la crescita della produzione industriale funzionale ai consumi indotti.

La posizione proposta da Kelsen, al di là della sua correttezza metodologica in rapporto alla ricerca utopica di una presunta "purezza" del giuridico, assume quasi un valore paradigmatico ai fini di una concezione del diritto che sembra porsi come momento scientifico valoriale che fa da contrappunto, quasi, negli stessi decenni, alla riflessione romanistica su alcune caratteristiche di fondo del diritto romano nella sua esperienza storica. In particolare, la *Isolierung* proposta da Kelsen potrebbe determinare un effetto distorsivo, qualora la si assumesse come valore di scientificità, condizionando indirettamente l'idea di ponderare l'esistenza di tale «isolamento» nel diritto romano.

Fritz Schulz, professore di diritto romano dal 1909, costretto a fuggire nel 1939 prima in Olanda e poi in Gran Bretagna in ragione delle leggi razziali e delle persecuzioni, nei suoi "principi", corso di lezione per gli stu-

²⁷ Sul punto si vd. F. Gallo, *Celso e Kelsen*, cit.

denti pubblicato nel 1934,²⁸ evidenzia come proprio la *Isolierung* tra diritto e religione o tra diritto e morale sarebbe stata uno dei principi cardine del diritto elaborato dai giuristi romani, isolamento del momento giuridico dalle riflessioni etiche, religiose o dalla complessa trama sociale che avrebbe reso il diritto romano resistente al tempo proprio perché non condizionato dai valori che mano a mano venivano a mutare nella società antica. Al riguardo va precisato che quanto emerge dalla tesi di Schulz non è soltanto la convinzione che il diritto europeo del Novecento avrebbe ereditato dalla tradizione romana dei contenuti propri e diversi rispetto ai precetti morali o alle ideologie politiche e ai modelli sociali della cultura romana, in sostanza una specificità del diritto, particolarmente utile ai fini del governo e della realizzazione pacifica di rapporti interrelazionali all'interno di una società anche complessa. Per Schulz, infatti, è centrale l'idea che il giuridico, per assumere una veste propria rispetto a contenuti che vengono attratti in altre sfere di relazione connesse alla morale o alla politica o alla economia, abbisogna di isolarsi da queste ultime per assumere una sua specifica autonomia, ed il primo "isolamento" andrebbe riconosciuto senz'altro grazie alle capacità di divisione realizzate dall'operato della scienza giuridica romana. È quella particolarissima specializzazione del sapere giuridico a Roma (con l'importanza ed il ruolo dei giuristi) ad evidenziare come il lascito più importante per la contemporaneità giuridica non sia da ricercarsi tanto nei contenuti specifici, dal confronto dei quali spesso emerge una forte varianza di prospettive, quanto dalla stessa inconsapevole e scontata acquisizione (storicamente una vera conquista) del ragionare giuridico, attraverso una trama concettuale che, attraverso forme di astrazione dal concreto socio-economico e politico, operano in chiave di pacificazione o comunque di appianamento pacifico di contese attraverso il processo. Ciò però, a ben vedere, non significa isolamento del giuridico dalle istanze sociali, economiche e politiche, ma una sua tendenziale pervasività anche in questi ambiti di relazione. Se lo si intendesse, invece, quale isolamento di contenuti precettivi inconciliabili, si avrebbe il grave effetto distorsivo di precludere all'interpre-

²⁸ F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 13 ss. Sul problema, con discussione della bibliografia sul punto, si vd. ora F. Nasti, *Pensiero giuridico romano e tradizione europea nei "Prinzipien" di Fritz Schulz*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019, 225 ss. A. Mantello, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in *Nozione formazione interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al Professore Filippo Gallo*, Napoli, 1997, I, 573 ss, in particolare 573-576, ha sottolineato aspetti di dipendenza della *Isolierung* di Schulz dal *Geist* di Rudolf von Jhering, sebbene il contesto ideologico jheringhiano sia diverso.

te storico la comprensione di contenuti fondamentali del diritto romano e delle loro ricadute nel quadro della società antica, soltanto perché, per noi sarebbero propri di sfere pre-giuridiche o non giuridiche dei rapporti interrelazionali.²⁹

Da questo punto di vista, la scienza giuridica post-kelseniana in generale e quella romanistica post-schulziana in particolare hanno posto in evidenza che 1) in realtà, l'isolamento, almeno nei termini kelseniani non esiste, e lo stesso orientamento verso la purezza dei contenuti del diritto positivo è un'opzione politico-ideologica con ricadute significative non soltanto sul significato del diritto, ma anche sul ruolo dello Stato come sua fonte privilegiata;³⁰ 2) potrebbero essere anche emerse dottrine nel sapere filosofico (media Stoa) che sembrano agli occhi contemporanei aver realizzato una possibile distinzione, ma in realtà ciò non implica necessariamente la consapevolezza dell'isolamento così realizzato ed in ogni caso ciò nulla dice sul suo eventuale influsso sul pensiero dei giuristi romani;³¹ 3) il rapporto tra

²⁹ A scanso di equivoci, con ciò non intendo dire che non possano essere utilizzate categorie concettuali estranee ai contesti storici esaminati, ma quando ciò accade sono convinto sia essenziale averne una adeguata padronanza di significato e del loro condizionamento ideologico, al fine di evitare che il loro uso possa avere (anche se ciò possa non essere un effetto ineluttabile del loro uso) effetti distorsivi sulla comprensione del contesto storico studiato. Le categorie concettuali contemporanee del "pre-giuridico" e del "non-giuridico" risentono particolarmente di questo possibile rischio, in connessione alla forte compressione dei contenuti del giuridico novecentesco nelle maglie del formalismo e del positivismo.

³⁰ È d'obbligo il richiamo alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di S. Romano, *Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946; già nella prima edizione del 1918, col titolo *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918, alla nt. 1 dell'opera, Santi Romano si confronta con quanto Hans Kelsen (a trent'anni di età) aveva sostenuto nella sua opera, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911 (per ulteriori momenti di confronto tra Santi Romano e Kelsen si vd. p. 40 n. 34; 75 n. 64; p. 78 e n. 68; p. 91 n. 72; 119 n. 95 bis [aggiunta nella riedizione del 1946]). Si veda sui presupposti ideologici di tale impostazione anche N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, 1969. Nella dottrina romanistica, per la necessità di un superamento della teoria della *Isolierung* del diritto dalla religione e dalla morale, si vd. P. Catalano, *Diritto e persone I*, Torino, 1990, VIII-IX; *id.*, *Religione morale e diritto nella prospettiva dello ius Romanum*, in *RomAm* 1, 1996, 3 ss. Per una critica della concezione kelseniana attraverso il diritto romano, esemplare è il libro di F. Gallo, *Celso e Kelsen*, *cit.*

³¹ Vd. quanto dice a mo' di conclusione, ma a mio modo di vedere significativamente, A. Mantello, *Un'etica del giurista*, *cit.*, 582-584: "A parte il passaggio terminologico da ius a «diritto»..., è decisivo intanto che termini come *moralis* o *ethicus* non facessero parte del vocabolario giurisprudenziale romano e che anche negli altri settori culturali non fossero correnti sostantivizzazioni tipo «(la) morale» o «l'etica». Prevaleva la forma aggettivale, mentre quella sostantivale si realizzava attraverso il neutro plurale della forma aggettivale e solo raramente attraverso il «greccizzato» *ethice*. ...In secondo luogo, tali impegni postulavano valenze rappresentative abbastanza diverse da quelle proprie delle successive sostantivizza-

diritto e morale non rifletterebbe nell'atichità in nessun caso la prospettiva contemporanea, in quanto nella società romana, nella quale l'elemento della comunità prevale su quello dell'individuo, il diritto avrebbe una forza di pervasività totalizzante che ne impedirebbe anche la sola possibilità di immaginare una distinzione tra diritto e morale nei termini moderni.³²

zioni «(la) morale» e «(l')etica». ...si potrebbe prendere le mosse da Cicerone per individuare addirittura la genesi nel modno occidentale dell'impegno di *moralis* come aggettivo qualificante una parte della filosofia, secondo un significato che di massima persiste ancora nelle moderne sostantivizzazioni e, in particolare, in quella di «etica» (ove intese come «scienza della condotta»): ...*quia pertinet ad mores, quod ἠθικός illi vocant, nos eam partem philosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augentem linguam Latinam nominare moralem*. È sufficiente però arrivare già alla testimonianza di Seneca figlio per trovar conferma alla circostanza che l'aggettivo *moralis* tendesse a caratterizzare la suddetta parte della filosofia, ma anche il suo oggetto, con riferimento presso che esclusivo al momento pratico, del realizzarsi del comportamento, piuttosto che a quello strettamente «interiore» e «spirituale», cui invece ci riferiamo oggi con i sostantivi «etica» e soprattutto «morale» (nella corrente accezione di «condotta giustificata dall'interiorità della coscienza, dal foro interno»). Mi sembra che tale conclusione, aderente alla lettura delle fonti esaminate da Mantello possa però creare una aporia con quanto lo stesso studioso (ma a mo' solo di ipotesi interpretativa, poi, in realtà smentita dall'analisi esegetica operata dallo stesso) afferma in relazione alla distinzione tra coscienza della speranza e sua teorizzazione (p. 581 e 582). Punto quest'ultimo che è stato sottoposto a critica da R. Fiori, *Bonus vir*, cit., 181 ss. (192-195), il quale è orientato con più nettezza verso una lettura «totalizzante» del giuridico nella prospettiva romana, non suscettibile di essere compreso con gli occhiali della distinzione contemporanea tra diritto e morale. Sul punto ora vd. G. Falcone, *A proposito di Paul. 29 ad ed. - D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*. Con una appendice in tema di alterità tra morale e diritto, in AA.VV., *Giuristi romani e storiografia moderna: dalla palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017, 184 ss., il quale ritiene che in relazione agli *officia* (ed in particolare dalla lettura del testo di Paolo; sul mio puntodi vista si veda prossimo §) in termini di «doveri morali» le fonti romane da Cicerone in poi considerano «*moralis*» «la *philosophia* che si occupa dei *mores*, vale a dire dei comportamenti in quanto obiettivizzazione esterne di *virtutes* e cioè di predisposizioni e sollecitazioni interiori». In particolare, lo studioso siciliano fonda tale convinzione della distinzione partendo dalle sue importanti riflessioni sulla qualifica di *obligatio* quale *vinculum iuris* (I. 3.13 pr.) in contrapposizione a quanto si precisa nelle Istituzioni imperiali (I.2.23.1) riguardo all'introduzione della tutela per i fedecommissi (*quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur*). Per il mio punto di vista si vedano le mie considerazioni nel corso del contributo. In questo contesto basti rilevare che se da un lato è certo che l'azionabilità giudiziale sia stato un dato reale dell'esperienza giuridica ben chiaro nel pensiero romano e da un certo momento in poi della sua storia un segno importante del grado di intensità della tutela nel giuridico (appunto giungendo a qualificarsi nell'ambito dei rapporti rientranti nello schema della obbligazione come *vinculum iuris*), dall'altro lato ciò non può essere portato all'estreme conseguenze di un giudizio di esclusività del giuridico nell'ambito della sola azionabilità. Ciò per altro proprio nell'età dei giuristi severiani sembra portare ad nuovi possibili paradigmi della doverosità nel *ius*, riconosciuti appunto anche laddove azione non v'era (ma se ne vedevano altri importanti effetti sul piano del *ius*).

³² P. Catalano, *Religione morale e diritto nella prospettiva dello ius Romanum*, in *RomAm* 1, 1996, 3 ss.; R. Fiori, *Bonus vir*, cit., 141-195.

In entrambe le diverse linee interpretative, ci si accorge che in ogni caso la tesi di Kelsen (anche nella differente declinazione di Schulz) non è accolta nel suo originario tenore rispetto ai conenuti giuridici del diritto romano. D'altronde, la maggiore attenzione alla questione trova sul versante dei testi giuridici a noi pervenuti della grande cultura giuridica romana una sua significativa rilevanza, in quanto è presente nel discorso dei giuristi romani un ampio riferimento a concetti quali *bonum, aequum, iustum, verum, fides, bona fides*. Qui, le preoccupazioni di Jellinek,³³ relative al problema dei “concetti giuridici indeterminati” nel diritto legislativo statuale non sembrano portare chiarimento, in quanto il discorso dei giuristi romani (poi confluito nel contenuto normativo della codificazione giustiniana) è un discorso tecnico all'interno di un dialogo limitato ad un ceto omogeneo (quello appunto dei giuristi), la cui precettività assume il valore di guida della società alla quale è destinato, e ciò avviene nell'età classica in chiave subitanea di responso e di sua trasposizione nel testo scritto dell'opera del giurista e non quale fissità normativa utopisticamente imperitura (come accade nelle leggi e nei codici). Tale ultima declinazione di significato verrà data al materiale contenuto nelle opere dei giuristi dall'imperatore Giustiniano, il quale diede alla *interpretatio prudentium* classica selezionata nella codificazione quella di essere legge imperiale (cd. *permutatio legum* giustiniana). Di qui è chiaro che molti di questi termini, presenti nelle opere dei giuristi classici poi confluite nel Digesto e nelle Istituzioni, non vengono spiegati, né tantomeno definiti, ma sono nel loro significato profondo pienamente compresi dai contemporanei che ne dibattevano, lasciando a noi l'enorma difficoltà di coglierne la complessità di contenuto rispetto al momento giuridico, retorico, filosofico, etico e religioso. Ciò comporta, per lo studioso del diritto romano, un approccio necessariamente destrutturante delle aree nelle quali tale intessitura del discorso è al centro della riflessione giurisprudenziale romana, in quanto è necessario tenere in conto di quella forte penetrazione del giuridico nella cultura romana sopra richiamata, come dato caratterizzante il problema toccato da questo intervento.

III. “OFFICIUM” ED “OBLIGATIO” TRA PENSIERO DEGLI ANTICHI (CICERONE E SENECA) E PENSIERO DEI MODERNI (KANT)

Come ha avuto modo di cogliere con una serie di studi particolarmente ispirati Filippo Gallo, la definizione del giurista Celso di un *ius* quale *ars boni et*

³³ W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 37 ss.

aequi rifletterebe l'immagine di una realtà dinamica che non coglie la caratteristica fondamentale del diritto né nella struttura formale della "norma", come nella concezione kelseniana, né nel semplice precipitato di un'attività sapienziale. Essa realizza, al contrario, una saldatura nella nozione di *ius* tra la struttura (*ars-tèchne* e non *scientia-epistème*) e il suo contenuto di valore potenziale (*bonum et aequum*). Non è casuale che la comprensione del significato profondo della definizione romana contenuta in Cels.-Ulp.-Iust. *1 inst. D. 1, 1, 1 pr. (ius est ars boni et aequi)*, quale definizione del "diritto" —e non della "scienza giuridica"— sia divenuto un problema interpretativo dagli inizi del '900,³⁴

³⁴ Già la scienza giuridica dei Glossatori venne, in particolare, attratta dal rapporto di derivazione che Ulpiano ipotizza tra *iustitia* e *ius*, interpretando la dottrina ulpiana in termini logico-concettuali (paragonandolo a quello tra *obligatio* e *actio*, dove la prima sarebbe la *mater actionis*), e giungendo così a concludere che se il diritto è *ars boni et aequi*, in quanto successivo alla giustizia, che ne è *mater*, necessariamente anche la giustizia che lo presuppone non può essere che essa stessa *aequitas et bonitas* (Accursii gl. *Iustitia* in *D. 1.1.1 pr.*, de iust et iure, l. iuri operam: "*est autem ius a iustitia sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius, sed contra infra eo lex iustitia. ibi ius suum etc. ex quo colligitur quod statim fuit ius, postquam fuit iustitia: sed dicit ibi, ius suum in hominis meritum. Vel dic puta in actione et obligatione, bene dico ius a iustitia appellari. si nunc ius est ars boni et aequi, ut subiicit, et iustitia nihil aliud est, quam ipsa aequitas et bonitas: ergo iustitiam habet matrem: et hoc subiicit, nam etc sic et obligatio dicitur mater actionis: ut infra de proc. l. licet. § ea obligatio. ...«Sacerdotes» quia ut sacerdotes sacra ministrant et conficiunt: ita et nos, cum leges sint sacratissimae. ut C. de legi et consti. l. leges. et ut ius suum cuique tribuit sacerdos in danda poenitentia, sic et nos in iudicando ut infra eodem l. iustitia. «Colimus» id est eius voluntatem servamus, quae est ius ut ius suum cuique tribuatur, ut infra eod. l. iustitia. § 1.*"). Come è stato autorevolmente affermato in dottrina, con ciò non si realizzava soltanto "un modo di esprimere allegoricamente un rapporto causale che legava due realtà: era altresì un espediente per figurar nell'una l'oggetto cui l'altra si volgeva, anzi il suo stesso contenuto"; E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1964, 24 ss. (le parole citate sono da p.25), capitolo del libro che era già apparso quale pubblicazione autonoma in *Annali di storia del diritto*, 3-4, 1959-1960, 119 ss. Come è stato sottolineato, si tratta di una differenza importante tra pensiero medievale e pensiero giuridico della modernità; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 15 ss.

Per ulteriori approfondimenti dei condizionamenti ideologici del rapporto tra *iustitia* e diritto nella storia medievale e moderna, si vd. anche D. Quagliani, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004 e P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2014.

Ancora Grotius, pur non fondando la sua tesi sulla definizione del giurista romano, teneva a precisare, in rapporto al titolo della sua opera ed all'uso in essa del termine *ius* in singnificato oggettivo: "de iure belli cum inscribimus hanc tractationem, primum hoc ipsum intelligimus quod dictum iam est, sitne bellum aliquod iustum, & deinde quid in bello iustum sit. Nam ius hic nihil aliud quam quod iustum est significat: idque negante magis sensu quam aiente, ut ius sit quod iniustum non est. Est autem iniustum quod naturae societatis ratione utentium repugnat"; Hugonis Grotii *De iure belli ac pacis*, ed. Parisiis 1625, 3 (sul significato soggettivo, invece, Grozio precisa che: "Ab hac significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur; quo sensu ius est Qualitas oralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum... Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur", p. 4).

all'interno di una cultura giuridica sempre più condizionata dalla concezione positivistica e normativistica del diritto. A conferma, però, che quella di Celso, ripresa poi da Ulpiano, sia al contrario una definizione del diritto, sta il dato che emerge dallo stesso contesto nel quale Ulpiano ricorda la definizione celsina di *ius*. Il giurista severiano, infatti, collega ad essa una definizione proprio della *iurisprudencia* (D. 1, 1, 1, 1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniqui separantes, licitum ab illicito discernentes...*).³⁵ Il *ius* di Celso quale *ars boni et aequi* non sembra distinguere tra diritto, società e morale, ma al contrario esprimere una loro compenetrazione (in una prospettiva moderna), nella quale il momento del contenuto del diritto palesa idee di valore che assumono in un certo momento storico il senso condiviso (da tutta la società o da una parte elitaria di essa, ma nella quale tutti i consociati alla fine si riconoscono o che non hanno la forza di rifiutare) di una struttura dinamica tesa al raggiungimento di uno scopo attraverso il diritto. È un'idea che pervade l'intera rilettura giurisprudenziale degli scopi migliorativi che si riconoscono alla giurisprudenza (Pomp. Ench. D. 1, 2, 2,... *in melius produci*) e all'editto del pretore romano, dove *bonum et aequum* ricorrono con forza e ripetutamente nelle *laudationes edicti* dei giuristi.³⁶ Si ha una caratterizzazione che centra il diritto — nella prospettiva dei giuristi romani — non sulla “forma” e sulla sua “validità formale”, come veicolo di

³⁵ Su Ulp. *1 inst.* D. 1, 1, 1, 1 ed il suo confronto con la diversa concezione della *iurisprudencia* rappresentata in Ulp. *1 reg.* D. 1, 1, 10, 2, dove la *prudencia iuris* assume una connotazione più statica (*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*), paragonabile ad una vera scuola filosofica alla pari delle grandi scuole filosofiche ellenistiche, il dibattito nella scienza romanistica è ancora fortemente vivo; si veda da ultimi, M. J. Schermaier, *Ulpian als "wahrer Philosoph"*. *Notizien zum Selbstverständnis eines römischen Juristen*, in *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein*, Stuttgart, 1993, 303 ss., in particolare, 317 ss.; D. Dalla, “Scientia” e “notitia” nella definizione di “*iuris prudentia*” (D. 1, 1, 10, 2), in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo*, Napoli, 1997, I, 157 ss.; G. Falcone, La “vera philosophia” dei “*sacerdotes iuris*”. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1. 1. 1. 1), in AUPA. XLIX, 2004 [cito da estratto a numerazione autonoma], 78 ss.; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 369-370; F. Gallo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, 2006, 1949 ss., in particolare 1954 ss.; G. Falcone, *Ius suum cuique tribuere*, cit., in AUPA LII, 2007-2008, 133-176; L. Maganzani, *Diritto e “simulata philosophia” nelle Istituzioni d'Ulpiano*, in *Erga-Logoi*, 8, 2020, 55 ss.

³⁶ L'*aequitas* romana (più eguaglianza proporzionale che equità canonica) impone di riconsiderare l'idea dell'eguale in un contesto giuridico di sostanziale diseguaglianza, liberandosi dall'occhiale dell'egalitarismo in un contesto giuridico di formale eguaglianza. Sul tema, per un riferimento dove anche altra ampia bibliografia: AA.VV., *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006; L. Solidoro Maruotti, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*. Lezioni, Torino, 2013; D. Mantovani, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Antiquorum philosophia* 11, 2017, 27-55.

caratterizzazione del giuridico, ma sul “contenuto sostanziale” come elemento caratterizzante il *ius*.

Il dato ha riscontro anche riguardo altri veicoli linguistici di contenuto giuridico-morale come la *fides*, la quale non sembra determinare nella società della Roma arcaica dubbi sul significato che ad essa i consociati riconoscevano (vuoi perché realmente condivisa, vuoi perché pur espressa dal patriziato, essa era accettata dalla plebe), ed alla sua espansione alla *nobilitas* patrizio-plebea prima, e poi ai non romani con la necessaria qualifica di *bona*. Ciò valga anche per il veicolo linguistico rappresentato dal *vir bonus* e del *bene agi* presente espressamente nella formula dell'*actio fiduciae* e fondativo dei significati che poi verranno attratti nel criterio della *bona fides*.³⁷

In un noto passo ciceroniano (Cic. *de off.* 3.16.64-66),³⁸ nel contesto del problema del rapporto dell'utile con l'onesto, per chiarire chi sia un *vir bonus* e che cosa significhi *bene agi*, si menziona come condotta propria di un uomo onesto e per bene, quella di non celare quanto si conosce al fine arrecare un danno ad altri. La “trasparenza” nell'agire rientrerebbe cioè nell'ufficio proprio del *vir bonus*, che a sua volta, proprio grazie alla *bona fides* che alimenta l'*oportere* sorto dall'*emptio venditio*, è attirato nel contenuto della obbligazione del venditore in caso di conclusione di un contratto di compravendita.³⁹

³⁷ Per il mio punto di vista, “*Bona fides*” tra storia e sistema, Torino, 2014, 57 ss.

³⁸ Cic. *de officiis* 3.6.64-66: ... *Numquam igitur est utile peccare, quia semper est turpe, et, quia semper est honestum virum bonum esse, semper est utile.* [65] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.* [66] *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QVICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progeniuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

³⁹ Mi sono occupato della fonte sia in relazione al ricorrere della costruzione *praestari oportere* in L'obbligazione di “*praestare*” e la responsabilità contrattuale in diritto romano, Milano, 1995, 157 ss.; sia rispetto alla concretizzazione del principio di *bona fides* in essa testimoniata: La “buona fede” come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina, in AA.VV., Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, I, 283-369, in particolare 330-332 [= “*Bona fides*” tra storia e sistema, cit., 77 ss.]. Sulla testimonianza, si vd. ora anche M. Talamanca, La “*bona fides*” nei giuristi romani: “*Leerformeln*” e valori dell'ordinamento, in AA.VV., Il ruolo della buona fede oggettiva, cit., IV, 1-312, in particolare 136-139; L. Solidoro, Gli obblighi di

Va sottolineato che questa saldatura della precettività del comportamento con un ampio dovere di correttezza morale e giuridico insieme (proprio dell'*officium* del *vir bonus* e riversato nel contenuto dell'*oportere ex fide bona* del venditore), è declinato in concreto nella condotta di non celare ciò di cui si sia a conoscenza, se ciò può ledere gli interessi dell'altro contraente (in concreto nel caso esaminato da Catone padre dell'Uticense, del compratore). Questo salto è rivendicato da Cicerone espressamente come il risultato della *interpretatio* costitutiva dei giuristi romani ("*poena a iurisconsultis constituta*"; Cic., *de off.* 3. 6. 65) in termini di *poena reticentiae*.

Officium viri boni ed *oportere ex fide bona* nel discorso di Cicerone si intersecano senza confondersi, né debbono rileggersi in chiave di successione evolutiva dalla morale al diritto, dimostrandosi però la consapevole differenza da essi evocata, differenza che non si realizza sul piano della diversità di contenuto della condotta (in entrambi i casi celare quanto si sa per perseguire un proprio vantaggio), ma sul piano della responsabilità conseguente, che nel caso del *vir bonus* implica inofficiosità del compiuto perché chi cela si allontana dal principio direttivo che deve guidare i suoi comportamenti, mentre per il venditore significa soggezione all'*actio ex empto* esercitata dal compratore.

Officium e *obligatio* qui non esprimono, quindi, doveri distinti sul piano dell'ordine, morale (il primo) e giuridico (la seconda), in quanto entrambi comparabili quali strutture di doverosità relazionali che assumono intensità diverse di tutela, ma possono attrarre identici contenuti comportamentali.⁴⁰ Qui non si ha l'impressione, per intenderci, come nel concetto fondante

informazione a carico del venditore. *Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 61-62; R. Fiori, *Bonus vir*, cit., 318 ss.

⁴⁰ Per una diversa interpretazione del rapporto tra *officium* e *obligatio* quali esponenti la distinzione tra morale e diritto, si vd. G. Falcone, *A proposito di Paul. 29 ad ed. — D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*. Con una appendice, cit., 189ss, il quale fonda la sua interpretazione soprattutto sul riconoscimento dell'azionabilità e — a p. 206 (appendice) — richiama un luogo del *de ira* di Seneca, che evidenzierebbe in Seneca "la consapevolezza di una netta alterità tra sfera giuridica e sfera morale degli officia" provata "anche dal punto di vista della 'fonte della doverosità'". Mi sembra, però, che il contrappunto ivi realizzato tra *regula officiorum* e *regula iuris* non possa essere stressato eccessivamente in chiave di netta distinzione, come a mio modo di vedere dimostra la stessa concreta esemplificazione che Seneca vi ricollega (*Quam multa pietas humanitas liberalitas iustitia fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt*). Per una diversa interpretazione del luogo seneciano si vd. A. Mantello, *Un'etica per il giurista*, cit., 589, il quale accentua come in "Seneca *regula* tende ad essere sinonimo di *lex* (come si argomenta dall'altra sua affermazione: *legem dicimus iusti iniustique regulam esse*), ma che ambedue i termini tendono a significare in modo piuttosto ambiguo e da un punto di vista squisitamente filosofico sia la «fonte» del principio direttivo, sia il principio direttivo stesso, sia il fatto o l'atto che dia vita al precetto, sia il precetto stesso. Di modo che tutto appare tradursi in un problema di canoni

dell'autonomia e della libertà della scelta che esprime la caratteristica propria del dovere etico a differenza di quello giuridico in Immanuel Kant,⁴¹ che per il *vir bonus* la scelta tra il dichiarare quanto si sa o essere reticenti sia atto libero ed autonomo, rilevante solo ai fini del suo foro interno e per la sua cattiva condotta, ma al contrario che la reticenza produca comunque effetti negativi nella comunità. Una *divisio* tra due sfere comunicabili di doveri, etici da un lato e giuridici dall'altro, mi sembra estranea alla prospettiva evidenziata da Cicerone, alla quale la proiezione del modello kantiano di distinzione rischia di essere di impedimento per una sua adeguata comprensione.⁴²

In un altro testo famoso, questa volta di Seneca, molto studiato,⁴³ il tema degli *officia* si interseca con quello dei *beneficia* e della *voluntas* dell'agente. In

di vita distinti in base al solito prammatico criterio del *cogere*, al solo scopo di constatare altrettanto prammaticamente e genericamente il loro differente ambito di applicazione”.

⁴¹ I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, in *Kant's Werke*, B. V, *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlin, 1913, 33: “Die Autonomie des Willens ist das alleinige Princip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten: alle Heteronomie der Willkür gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist 10 vielmehr dem Princip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen. In der Unabhängigkeit nämlich von aller Materie des Gesetzes (nämlich einem begehren Objecte) und zugleich doch Bestimmung der Willkür durch die bloße allgemeine gesetzgebende Form, deren eine Maxime fähig sein muß, besteht das alleinige Princip der Sittlichkeit. Jene Unabhängigkeit 15 aber ist Freiheit im negativen, diese eigene Gesetzgebung aber 59 der reinen und als solche praktischen Vernunft ist Freiheit im positiven Verstande. Also drückt das moralische Gesetz nichts anders aus, als die Autonomie der reinen praktischen Vernunft, d. i. der Freiheit, und diese ist selbst die formale Bedingung aller Maximen, unter der sie allein mit 20 dem obersten praktischen Gesetze zusammenstimmen können. Wenn daher die Materie des Willens, welche nichts anders als das Object einer Begierde sein kann, die mit dem Gesetz verbunden wird, in das praktische Gesetz als Bedingung der Möglichkeit desselben hineinkommt, so wird daraus Heteronomie der Willkür, nämlich Abhängigkeit vom Naturgesetze, 25 irgend einem Antriebe oder Neigung zu folgen, und der Wille giebt sich nicht selbst das Gesetz, sondern nur die Vorschrift zur vernünftigen Befolgung pathologischer Gesetze; die Maxime aber, die auf solche Weise niemals die allgemein-gesetzgebende Form in sich enthalten kann, stiftet auf diese Weise nicht allein keine Verbindlichkeit, sondern ist selbst dem 30 Princip einer reinen praktischen Vernunft, hiemit also auch der sittlichen Gesinnung entgegen, wenn gleich die Handlung, die daraus entspringt, gesetzmäßig sein sollte”.

⁴² Vd. al riguardo, con approfondimenti, quanto emerge nello studio di R. Fiori, *Bonus vir*, cit., 147 ss.

⁴³ Si vd. ad es. le posizioni assunte e la discussione tra A. Mantello, *Beneficium servile*, cit., 98 ss.; D. Nörr, *Ethik und Recht*, cit., 270 ss.; G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, 75 ss.; 177 ss.; *id.*, *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice*, cit., 183 ss.; G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, in AAA., *Homo caput persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri, Pavia, 2010, 633 ss. (*beneficia* e *vinculum iuris*, 692-697); R. Fiori, *Vir bonus*, cit., 180 ss.

un lungo stralcio del terzo libro *de beneficiis* (3.18.1 – 3.22.2)⁴⁴ Seneca pone la

⁴⁴ Sen. *de beneficiis* 3.18.1-3.22.2: [18] *Quamquam quaeritur a quibusdam, sicut ab Hecatone, an beneficium dare seruis domino possit. Sunt enim, qui ita distinguant, quaedam beneficia esse, quaedam officia, quaedam ministeria; beneficium esse, quod alienus det (alienus est, qui potuit sine reprehensione cessare); officium esse filii, uxoris, earum personarum, quas necessitudo suscitatur et ferre opem iubet; ministerium esse serui, quem condicio sua eo loco posuit, ut nihil eorum, quae praestat, imputet superiori. Praeterea seruum qui negat dare aliquando domino beneficium, ignarus est iuris humani; refert enim, cuius animi sit, qui praestat, non cuius status. Nulli praeclusa uirtus est; omnibus patet, omnes admittit, omnes inuitat, et ingenuos et libertinos et seruos et reges et exules; non eligit domum nec censum, nudo homine contenta est. Quid enim erat tui aduersus repentina, quid animus magnum promitteret sibi, si certam uirtutem fortuna amitteret? Si non dat beneficium seruis domino, nec regi quisquam suo nec duci suo miles; quid enim interest, quali quis teneatur imperio, si summo tenetur? Nam si seruo, quo minus in nomen meriti perueniat, necessitas obstat et patiendi ultima timor, idem istuc obstat et ei, qui regem habet, et ei, qui ducem, quoniam sub dispari titulo paria in illos licent. Atqui dant regibus suis, dant imperatoribus beneficia: ergo et dominis. Potest seruus iustus esse, potest fortis, potest magni animi: ergo et beneficium dare potest; nam et hoc uirtutis est. Adeo quidem dominis serui beneficia possunt dare, ut ipsos saepe beneficii sui fecerint. [19] Non est dubium, quin seruus beneficium dare possit cui libet; quare ergo non et domino suo possit? «Quia non potest — inquit — creditor domini sui fieri, si pecuniam illi dederit. Alioqui cotidie dominum suum obligat: peregrinantem sequitur, aegro ministrat, rus eius labore summo colit; omnia tamen ista, quae alio praestante beneficia dicerentur, praestante seruo ministeria sunt. Beneficium enim id est, quod quis dedit, cum illi liceret et non dare; seruus autem non habet negandi potestatem; ita non praestat, sed parat, nec id se fecisse iactat, quod non facere non potuit». Iam sub ista ipsa lege uincam et eo perducam seruum, ut in multa liber sit; interim dic mihi, si tibi ostendero aliquem pro salute domini sui sine respectu sui dimicantem et confossum uolueribus reliquias tamen sanguinis ab ipsis uitalibus fundentem et, ut ille effugiendi tempus habeat, moram sua morte quaerentem, hunc tu negabis beneficium dedisse, quia seruus est? Si tibi ostendero aliquem, ut secreta domini prodant, nulla tyranni pollicitatione corruptum, nullis terribus minis, nullis cruciatibus uictum auertisse, quantum potuerit, suspiciones quaerentis et impendisse spiritum fidei, hunc tu negabis beneficium domino dedisse, quia seruus est? Vide, ne eo maius sit, quo rarius est exemplum uirtutis in seruis, eoque gratius, quod, cum fere inuisa imperia sint et omnis necessitas grauis, commune seruitutis odium in aliquo domini caritas uicit. Ita non ideo beneficium non est, quia a seruo profectum est, sed ideo maius, quia detertere ab illo ne seruitus quidem potuit. [20] Errat, si quis existimat seruitutem in totum hominem descendere. Pars melior eius excepta est: corpora obnoxia sunt et adscripta dominis, mens quidem sui iuris, quae adeo libera et uaga est, ut ne ab hoc quidem carcere, cui inclusa est, teneri queat, quo minus in petu suo utatur et ingentia agat et in infinitum comes caelestibus exeat. Corpus itaque est, quod domino fortuna tradidit; hoc emit, hoc uendit; interior illa pars mancipio dari non potest. Ab hac quidquid uenit, liberum est; nec enim aut nos omnia iubere possumus aut in omnia serui parere coguntur: contra rem publicam imperata non facient, nulli sceleri manus commodabunt. [21] Quaedam sunt, quae leges nec iubent nec uelant facere; in iis seruus materiam beneficii habet. Quam diu praestatur, quod a seruo exigi solet, ministerium est; ubi plus, quam quod seruo necesse est, beneficium est; ubi in adfectum amici transit, desinit uocari ministerium. Est aliquid, quod dominus praestare seruo debeat, ut cibaria, ut uestiarius; nemo hoc dixit beneficium; at indulsit, liberalius educauit, artes, quibus erudiuntur ingenui, tradidit: beneficium est. Idem e contrario fit in persona serui: quidquid est, quod seruili officii formulam excedit, quod non ex imperio, sed ex uoluntate praestatur, beneficium est, si modo tantum est, ut hoc uocari potuerit quolibet alio praestante. [22] Seruus, ut placet Chrysippo, perpetuus mercennarius est. Quemadmodum ille beneficium dat, ubi plus praestat, quam “in” quod operas locauit, sic seruus, ubi beneuolentia erga dominum fortunae suae modum transit et altius aliquid ausus, quod etiam felicius natis decori esset, spem domini antecessit, beneficium est intra domum inuentum. An eum uideri tibi, quibus, si minus debito faciant, irascimur, non haberi gratiam, si plus debito solitoque fecerint? Vis scire, quando non sit beneficium? ubi dici potest: «Quid, si nolle?» Vbi uero id praestitit, quod nolle licuit, uoluisse laudandum est. Inter se contraria sunt beneficium et iniuria; potest*

questione se uno schiavo possa effettivamente dare un “beneficio” a favore del suo padrone. Seneca sviluppa contenuti presenti nella tradizione della media stoà, forse già maturati nel *de officio* di Ecatone di Rodi (opera dedicata al giurista Quinto Tuberone a sua volta allievo come Ecatone di Panezio; Cic. *de off.* 3.63),⁴⁵ evidenziando come la tradizionale tripartizione tra beneficio, ufficio e ministero, non fondata sul tipo di comportamento tenuto a favore di un altro, ma sulla natura della interrelazione tra chi lo compie e chi ne riceve i vantaggi, debba essere superata. La visione più antica, criticata poi dal medio stoicismo seguito da Seneca, ammetteva il beneficio soltanto nelle relazioni umane tra estranei (*alienus*), tra i quali il comportamento qualificato in termini di beneficio non potesse quindi né essere richiesto, né tantomeno preteso. Il beneficio doveva cioè caratterizzarsi per essere un atto pienamente libero di essere compiuto o meno.

Officium, invece, esprime un dovere al quale si è tenuti in base a preesistenti vincoli sociali, quali quelli familiari tra genitori e figli, tra moglie e marito oppure quelli amicali. Qui la relazione sociale è caratterizzata da forti vincoli giuridici e colloca il comportamento nell’ambito della doverosità in coerenza coi modelli valoriali della società a cui si appartiene. Un figlio che non rispetta il proprio genitore tradisce il suo ufficio filiale. Un amico che non rispetta il proprio dovere di lealtà tradisce il proprio ufficio amicale.

Il *ministerium*, infine, indicherebbe la natura dei doveri dello schiavo.

A questa tripartizione stoica più risalente (e che in definitiva negava sempre e comunque ai doveri degli schiavi un pur se minimo valore di atto libero) si oppone nella media Stoa e poi in Seneca una visione più umana che tende a valorizzare l’*animus* che sostiene la condotta dello schiavo anche nelle relazioni di dipendenza servile. Non, quindi, solo il suo *status*, ma anche l’*animus* che sostiene la condotta diviene elemento dirimente per comprendere se il comportamento tenuto possa o meno essere considerato quale un dovere qualificabile come ministero oppure come beneficio. Qui ritorna, in chiave di fondamento del “dovere”, la concezione stoica del principio ordinatore e del significato profondo della libertà umana, la quale non è più solo connessa

dare beneficium domino, si a domino iniuriam accipere. Atqui de iniuriis dominorum in servos qui audiat positus est, qui et saevitiam et libidinem et in praebendis ad uictum necessariis auaritiam confescat. Quid ergo? beneficium dominus a seruo accipit? immo homo ab homine. Denique, quod in illius potestate fuit, fecit: beneficium domino dedit; ne a seruo acceperis, in tua potestate est. Quis autem tantus est, quem non fortuna indigere etiam infimis cogat?

⁴⁵ Hecatonem quidem Rhodium, discipulum Panaetii, video in iis libris, quos de officio scripsit Q. Tuberoni, dicere, sapientis esse nihil contra mores, leges, instituta facientem habere rationem rei familiaris. Sul testo si vd. F. D’Ippolito, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*, Napoli, 1978, 83-84.

alla concezione giuridica di assenza di schiavitù, ma si soppesa insieme alla nozione di libertà interiore, quella cioè di seguire il proprio principio ordinatore anche in contesti di forte coercizione esterna. Come la libertà sarebbe in questa nuova prospettiva stoica un valore interiore e non una forma giuridica, così anche l'*animus* che sostiene la condotta e non lo *status* di chi la compie diviene qualificante per capire se quanto fatto rientri tra i benefici o no.

Seneca, quindi, si orienta —ammessa la possibilità che anche lo schiavo possa dare *beneficia*— a verificare se possa addirittura ammettersi un suo *beneficium* nei confronti anche del suo padrone. Anche in questo caso si confronta una concezione più dura e formalmente più rigida (quella più antica), che nega perentoriamente tale possibilità, in quanto lo schiavo non avrebbe nessuna *potestas negandi* di fare quanto richiestogli dal padrone, elemento invece considerato essenziale perché si possa dare un “beneficio”. Da ciò Seneca deduce che anche l’atto normalmente libero, che se compiuto da una qualsiasi altra persona sarebbe un beneficio, se fatto però dallo schiavo sarebbe comunque da considerare un ministero, in quanto quest’ultimo non sarebbe in nessun modo libero di non farlo. Anche in questo caso Seneca supera la concezione più antica, evidenziando come in realtà non tutte le condotte tenute dallo schiavo per il suo padrone debbano valutarsi come espressione esclusiva del suo ministero. Riemerge l’idea (già presente nella valutazione del nuovo concetto stoico di libertà naturale) che la dipendenza giuridica attiene al corpo dello schiavo e non alla sua *mens*, restando quest’ultima invece pienamente libera (*corpora obnoxia sunt et adscripta dominis, mens quidem sui iuris, quae adeo libera et uaga est*). Qui ritornano, come detto, i temi poi sviluppati dall’ultimo stoicismo sulla libertà come valore interiore (presente anche in chi giuridicamente sia di stato servile o assente anche in chi sia giuridicamente libero).⁴⁶

Tutto ciò che non è espressione di un dovere dello schiavo fissato dal diritto o dalla legge, potrebbe quindi qualificarsi come suo *beneficium* al padrone (*quaedam sunt, quae leges nec iubent nec uelant facere; in iis seruus materiam beneficij habet*).

Anche in questo caso il superamento della concezione più antica, che era costruita sul sostrato interrelazionale della condotta compiuta per comprenderne la natura, accentua la via della volontà che sostiene la condotta. La dimostrazione della nuova tesi è compiuta partendo dalla constatazione che anche il padrone può compiere cose a favore dello schiavo che non sono

⁴⁶ Sul mio punto di vista si vd. *Il problema della libertà naturale in diritto romano*, in *Liber amicorum per S. Tafaro*, I, Bari, 2019, 129 ss. dove anche si richiama la recente bibliografia sul punto (versione digitale in <https://revistes.uab.cat/da/article/view/v10-n3-cardilli/449-pdf-it>).

esclusivamente conseguenza del rapporto dominicale, ma dell'animo di fare qualcosa a suo favore anche se non era tenuto a farlo. Così, allo stesso modo, anche per lo schiavo quanto non rientri nei suoi doveri di schiavo, ma venga compiuto in base alla sua mera volontà sarebbe un *beneficium*.

Il discorso della media Stoà sembra quindi evidenziare uno slittamento dallo *status* all'*animus* al fine di qualificare le condotte tenute quali *beneficia*. Non il tipo di dovere a compiere la condotta di per sé, ma l'inclinazione della volontà che la sostiene sarebbe qualificante per comprendere la natura del comportamento tenuto. Nel beneficio, l'autore è pienamente libero di non farlo (e quindi facendolo, esprime un pieno un suo atto di libertà); nell'ufficio, l'autore sente il dovere di farlo in base alla natura della relazione che lo lega con l'altra parte; nel ministero l'autore non ha alcun potere di sottrarsi al dovere imposto. Talvolta il beneficio può innestarsi in un ufficio, come ad esempio nella gratitudine di chi ha ricevuto il beneficio, sebbene a stretto rigore anche l'atto di gratitudine potrebbe essere considerato come a sua volta un mero beneficio, in quanto atto totalmente libero.⁴⁷

In Seneca sembra, quindi, innestarsi, su una trama pervasiva del giuridico nella società e cultura romane, una valorizzazione del momento interiore (*mens, voluntas*) quale motore della condotta che ne può *ex post* modificare la qualificazione in termini di beneficio. Qui la riflessione filosofica si apre ad una ponderazione degli atti umani in connessione ad un significato ampio di “doverosità” (per noi considerata ampiamente in termini giuridico-morali), venendo a cogliersi una più profonda distinzione tra “atto libero/atto dovuto” e libertà di agire, che sembra imporre una valorizzazione del momento della *voluntas* quale momento caratterizzante l'atto di libertà, rispetto alla *necessitas* che caratterizzerebbe invece l'atto dovuto. Ciò può considerarsi come una distinzione che, a differenza della concezione del primo stoicismo (nel quale si ha un'ampia percezione della “doverosità” pur nelle sue diverse declinazioni), circoscrive la sfera della “doverosità” (l'*officium* o il *ministerium*) da quella della libertà (*beneficium*). Ad essa resta in ogni caso difficilmente sovrapponibile la distinzione kantiana tra dovere giuridico e dovere morale, salvo non rischiare di confondere l'importanza, nel contesto antico di emersione di questa dottrina, di un'idea di libertà sganciata dalla forma giuridica della schiavitù, con una tensione innestata da nuovi valori nella società romana del I e II sec. d.C.⁴⁸

⁴⁷ Sul *referre gratiam* si vd. ora quanto posto esattamente in luce da R. Fiori, *Bonus vir, cit.*, 184-187.

⁴⁸ Al riguardo, va segnalato che nell'importante lavoro di A. Mantello, “*Beneficium servile*” – “*debitum naturale*”, *cit.*, 39-182 e 431-451, la conclusione storica cui giunge lo studioso

IV. “*BENEFICIUM*”, “*OFFICIUM*” E “*OBLIGATIO*”
 IN PAULUS LIBRO 29 *AD EDICTUM* D.13.6.17.3

In un famoso testo di Paolo (D.13.6.17.3),⁴⁹ tratto dal libro ventinovesimo del suo commento all’editto del pretore in materia di *actio commodati*, il discorso del giurista severiano è fondato sull’uso dei termini *beneficium*, *officium* e *obligatio*, orientandosi però ad approfondire un problema giuridico specifico legato ad una condotta del comodante successiva alla conclusione del contratto lesiva del comodatario, legittimante per quest’ultimo l’esperimento dell’*actio commodati contraria*.

D.13.6.17.3 Paulus 29 *ad edictum*.

Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut

è meno netta ed anzi fortemente problematizzante nell’individuare criteri di separazione del giuridico dal non giuridico nel pensiero dei giuristi romani, sebbene egli si orienti poi a reinterpretare le concordanze, le differenze e le influenze tra la dottrina filosofica e quella giurisprudenziale, quali possibili espressioni di una inconsapevole separazione tra “mondo morale” e “mondo giuridico”; si vd. altresì A. Mantello, *Un’etica per il giurista?*, cit., 573 ss., da leggere con quanto rileva R. Fiori, *Bonus vir*, cit., 180 ss. Vd. anche *supra* n. 31.

⁴⁹ Sul testo con particolare attenzione ai profili problematici del tema qui esaminato, si vd. D. Nörr, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13.6.17.3*, in: *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993, 267-284; *id.*, *Mandatum fides amicitia*, in AA.VV., *Mandatum und Verwandtes*, Berlin, 1993, 13 ss., in particolare 23; A. Mantello, *Un’etica per il giurista?*, cit., 573 ss., sul passo 591-595; G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, 177 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 41 ss.; *id.*, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 633 ss. (*beneficia et vinculum iuris*, 692-697; sul passo 730-734; 738-743); G. Falcone, *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in AUPA LIX (2016), 241 ss.; *id.*, *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*. Con una appendice in tema di alterità tra morale e diritto, cit., 183 ss.; E. Sciandrello, *Ricerche in tema di “iudicia contraria”*, Napoli, 2017, 108-114.

*etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.*⁵⁰

L'orientamento del discorso è abbastanza strano, tenendo conto che il giurista vuole comunque risolvere un problema giuridico e dimostra anche una precisa attenzione alle ricadute del suo ragionamento sulla soluzione di questioni concrete ipotizzabili nella prassi del comodato.⁵¹ Paolo, nel contesto del suo commento editale al *iudicium commodati* (D.13.6.17.1), valuta la rilevanza di condotte del comodante che possano legittimare l'esercizio dell'azione contraria contro di lui da parte del comodatario. La particolare ipotesi al centro dell'interesse di Paolo attiene alle modalità della richiesta di restituzione della cosa comodata che possano arrecare un danno al comodatario.

La richiesta intempestiva di restituzione della cosa⁵² non è in realtà né rilevante ai fini esclusivi del *iudicium commodati contrarium* (potendosi anche pensare ad una azione diretta intempestivamente esercitata, paralizzabile in giudizio dal comodatario in relazione alla natura di buona fede della sua obbligazione), né è impositiva di una riflessione più ampia sulla natura reale

⁵⁰ Come, poi, il dare in comodato dipende più dalla volontà e dall'ufficio, che dalla necessità, così lo stabilire le modalità e la durata del comodato spetta a colui che concede il beneficio. Quando poi abbia fatto ciò, una volta cioè che abbia dato in comodato, fissandone il limite, per tornare sulla propria decisione e privare "il comodatario" anzitempo dell'uso della cosa prestata, è di ostacolo non soltanto l'ufficio, ma anche la stessa obbligazione assunta con il dare e il ricevere. Infatti, il negozio viene compiuto nell'interesse reciproco e per questo sono state proposte due azioni reciproche, affinché sia messo in chiaro che ciò che da principio era solo beneficio e nuda volontà, si converte in prestazioni reciproche e azioni civili. Così pure accade per colui che ha iniziato a gestire gli affari di un assente: egli infatti non potrebbe impunemente abbandonarli, lasciandoli andare in rovina, dato che altri avrebbero potuto assumerne la gestione se non l'avesse iniziata; allo stesso modo, se assumere un mandato è fatto di volontà, condurlo a termine è una necessità. Pertanto, se mi hai comodato delle tavolette "cerate" affinché un debitore mi documentasse un debito, non ti comporterai rettamente riprendendole inopportuno; infatti, se me le avessi negate, avrei potuto o comperarle oppure avvalermi di testimoni. E lo stesso vale, se mi hai comodato delle travi per puntellare un edificio e poi me le hai sottratte; o, pur sapendolo, me le hai comodate difettose, perché da un beneficio dobbiamo trarre un'utilità, non subire un inganno. In queste ipotesi deve dirsi che torna utile anche l'azione contraria.

⁵¹ G. Finazzi, "Amicitia" e doveri giuridici, cit., 740, accentua l'interesse esclusivamente giuridico del ragionamento di Paolo, di cui proprio l'attenzione alla casistica sarebbe prova.

⁵² Gli esempi concretamente esaminati sono pensati ad arte, per corroborare la coerenza logica del discorso a seguire e coglierne l'importanza. L'ipotesi tipica di esercizio del *iudicium commodati contrarium* che i giuristi romani precedenti tendono ad esaminare di regola era invece quella dei danni cagionati al comodatario dalla cosa comodata di cui il comodante è tenuto a tenerlo indenne.

e non consensuale del contratto di comodato, né è tantomeno condizionante una espansione della valutazione ad altri tipi di situazioni e rapporti giuridici diversi dal comodato, come poi, invece, Paolo fa richiamando anche la *negotiorum gestio* ed il mandato. Da altro punto di vista, il *re contrahere* quale categoria ordinante fin da Quinto Mucio Scevola di una serie di contratti tipici (Pomp. *l. 4 ad Q. Muc. D.* 46.3.80), accentua nella qualificazione del *contrahere* quale *re* e della *obligatio* quale *re contracta* un regime giuridico tecnico ben chiaro nella cultura tra giuristi che non abbisognava certo di chiarimenti o tanto più di delucidazioni di natura filosofica.⁵³

Ciò non ostante, il discorso paolino segue una logica che pone a fondamento del diritto del comodante di fissare le modalità dell'uso della cosa comodata proprio la natura di atto di piena libertà della consegna della stessa. Il particolare taglio che il discorso del giurista severiano assume nel passo esaminato, evidenzia una spiegazione inconsueta dello statuto giuridico della "realità" del comodato in termini di *distinctio* tra le categorie del *beneficium*, dell'*officium* e dell'*obligatio*, collocandosi la testimonianza in un campo di analisi esegetica che impone di comprendere nel suo specifico contesto il significato del discorso del giurista, per poi cercare anche di capire (se possibile) quali siano state le ragioni che, all'interno del suo commento all'editto pretorio, possano averlo spinto a rigettare la consueta prospettiva in materia e a prospettarne una nuova che appunto sembrerebbe evocare riflessioni filosofiche.⁵⁴

⁵³ Vd. A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Milano, 2002, 141 ss. che accentua come una tale importante costruzione sistematica sia accertabile quanto meno dal I sec. a.C. Per G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 740, il ricorso di Paolo a concetti della filosofia stoica nel contesto giuridico del suo discorso andrebbe spiegata in termini di scelta di raffinatezza ed eleganza.

⁵⁴ Vd. anche *supra* n. 53. Basta in questo senso confrontare con quanto emerge in Paolo stesso, nei suoi *libri ad edictum*, in relazione alla natura della realtà e delle sue conseguenze rispetto al mutuo in D. 2.14.17 pr. (*si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*) oppure nel commentario gaiano sul *iudicium commodati contrarium* (D.13.6.18.2-4 Gaius 9 *ad ed. provinc.*: *Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibarium ad eundem pertineant. Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensionis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensionis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem*), come anche nel prosieguo del commento editale di Paolo stesso: D.13.6.22 (Paulus 22 *ad ed.*: *Si servus, quem tibi*

La valorizzazione, nel discorso di Paolo, della natura incoercibile e spontanea che esprime la scelta di volontà del comodante di consegnare la cosa in uso gratuito al comodatario (e quindi qualora vi si decida, perfezionante un *beneficium* a favore del comodatario),⁵⁵ vuole accentuare la natura libera, perché appunto spontanea dell'atto di prestito, che ne sarebbe la caratterizzazione fondante. L'immediato affiancamento alla natura di atto pienamente libero della consegna della cosa comodata ad una possibile coerenza della stessa ad un *officium* che lega il comodante al comodatario, evidenzia l'importanza della *humus* relazionale nella quale si colloca il prestito d'uso gratuito compiuto tra le parti.⁵⁶ Lo sguardo del giurista severiano si proietta sulla fase precontrattuale (il che non significa di per sé pre-giuridica), in rapporto alla valutazione della *voluntas* del comodante, illuminando in modo diverso la caratteristica fondante la stessa categorizzazione della realtà di tutta una serie di contratti tipici.

Il discorso paolino è centrato sulla contrapposizione tra (*libera*) *voluntas* e *necessitas*, una polarità che illumina su piani diversi il giudizio relativo alla condotta tenuta dal comodante e alla sua importanza sul piano delle conseguenze. Credo sia utile chiarire il senso che si può riconoscere all'uso di *necessitas* in Paolo nella fonte considerata, in quanto è lo stesso che illumina poi il significato che può accordarsi a *voluntas* nel testo in esame e non il contrario, dato che quest'ultimo è termine più anodino difficilmente assunto quale termine che possa escludere di per sé che il giurista stesse qui approfondendo contenuti giuridici. All'età di Paolo, *necessitas* non esprime soltan-

commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.); sul punto si vd. ora E. Sciandrello, Ricerche in tema di "iudicia contraria", cit., 108 ss.

⁵⁵ Di per sé l'uso del termine *beneficium* non è sicuro appiglio di una influenza filosofica della prospettiva paolina (ed il dubbio potrebbe ad es. venire con maggiore forza per la qualifica ulpiana della *manumissio* come *beneficium* in D. 1.1.4), in quanto beneficio è termine che ricorre nelle fonti giuridiche spesso nel significato generico o fattuale di utilità o vantaggio (H.G.Heumann-E.Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926, 47-48), e non v'è dubbio che nel comodato è il comodante a dare una utilità al comodatario. La prospettiva filosofeggiante può assumere una sua maggiore forza di persuasione nella distinzione tra *voluntas* e *necessitas*, che sorregge il discorso del giurista e che appunto gli permette il collegamento tra l'atto libero del comodante, con quelli del mandatario e del gestore di affari altrui, aprendo trasversalmente una diversa ed innovativa chiave di lettura di fonti dell'obbligazione tradizionalmente poste su piani sistematici differenti (il comodato come *obligatio re contracta*, la *negotiorum gestio* quale *obligatio quasi ex contractu* e il mandato come *obligatio consensu contracta*).

⁵⁶ Per un approfondimento del rapporto tra *commodatum* e *amicitia* si vd. G. Finazzi, "*Amicitia*" e doveri giuridici, cit., 751-752.

to più la soggezione ad una situazione reale non evitabile (ad es. la morte o nell'ambito giuridico la soggezione alla *manus iniectio*), ma anche l'idea di soggezione all'azione giudiziale dichiarativa. È un grosso salto di significato che l'idea di doverosità espressa dalla *obligatio* (a differenza dell'*oportere*) fa quando viene ad includere nel suo significato anche quello della soggezione all'azione dichiarativa e che si riflette bene nella definizione di *obligatio* ora in I. 3.13.1 (*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*).⁵⁷

Nel contesto del passo in esame, la 'necessità' si conferma quale caratteristica peculiare dell'azionabilità anche dell'obbligazione assunta dal comodante verso il comodatario con la consegna della cosa comodata. La precisazione in Paolo sembra funzionale ad individuare condotte che possano perfezionare l'inadempimento del comodante nei confronti del comodatario rispetto alle obbligazioni sorte dal contratto perfezionato con la consegna. È chiaro, infatti, che una volta che il comodante, spontaneamente, si sia deciso per il prestito d'uso gratuito della cosa, avendo il diritto di fissarne i limiti temporali e spaziali d'uso, egli non abbia con ciò fissato soltanto i limiti di contenuto dell'obbligazione del comodatario alla restituzione (con il possibile aggravamento della valutazione dei suoi comportamenti col *furtum usus*) — e quindi i limiti dell'esercizio del *iudicium commodati* diretto contro il comodatario per la restituzione — ma anche il diritto di quest'ultimo nell'uso accordatogli, che quindi, qualora gli venga richiesto intempestivamente indietro la cosa comodata, può resistere legittimamente a tale pretesa del comodante.

Richiedere indietro intempestivamente la cosa comodata viene, infatti, a ledere inesorabilmente una sfera di contenuto giuridico spettante al comodatario in base al contratto concluso. L'insistenza con la quale il giurista severiano approfondisce nel testo quale sia la concreta incidenza della richiesta intempestiva sul rapporto tra le parti, piuttosto che limitarsi alla ponderazione degli strumenti processuali coi quali il comodatario può paralizzare l'azione del comodante diretta alla intempestiva restituzione (*actio directa*) o può ottenere immediata tutela (*iudicium contrarium*), ci proietta in un orizzonte teorizzante, che non è di per sé funzionale alla soluzione topica del problema delle tavolette cerate, che sembra quindi non tanto il caso da cui scaturisce la riflessione, ma l'esempio ad arte scelto per confermare la teorizzazione fatta. Per Paolo, se da un lato la condotta del comodante sarebbe

⁵⁷ Vd. G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, cit., 112-113; il mio *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 304 ss.; id., *Il problema della nascita delle obbligazioni onorarie in diritto romano*, in AUPA LXI 2018, 11 ss.

in ogni caso inofficiosa, essa perfeziona altresì un inadempimento della sua obbligazione verso il comodatario, violazione che ne avrebbe determinato l'azionabilità in giudizio e la conseguente quantificazione patrimoniale del danno subito da parte del comodatario in conseguenza di essa.

L'ipotesi prospettata da Paolo, a chiarimento della costruzione concettuale da lui proposta,⁵⁸ evidenzia il danno subito dal comodatario di tavolette cerate, in quanto esse erano state richieste in prestito per documentare l'esistenza di un debito, o di quello dei *tigna* prestati *ad fulciendam insulam*. Gli esempi permettono a Paolo di evidenziare che chi fosse stato nella necessità di entrare nella disponibilità di *tabulae* (per attestare un debito) o di *tigna* (per restaurare un edificio), avrebbe ben potuto gestire diversamente la situazione a fronte del legittimo diniego del prestito da parte chi ne fosse provvisto. Una volta però che quest'ultimo si decida di dare il beneficio al comodatario, prestandogli gratuitamente le tavolette, la sua intempestiva richiesta di restituzione finisce per tradursi in un concreto danno per il comodatario, danno che sul piano stesso dell'*obligatio* del comodatario alla restituzione avrebbe potuto far considerare come non dovuta la restituzione in quanto contraria alla buona fede valutata in caso di *actio directa* del comodante, oppure sul piano dell'obbligazione di buona fede del comodante avrebbe determinato una sua risarcibilità con l'esercizio del *iudicium contrarium* di comodato da parte del comodatario.

Il contenuto della condotta stigmatizzata è sempre lo stesso ed è rilevante in negativo sia in termini di mancato rispetto dei doveri d'ufficio nella interrelazione tra richiedente e dante, sia in termini di inadempimento dell'obbligazione che lega il comodante al comodatario (ed eventualmente anche sui suoi riflessi sulla stessa configurabilità di una obbligazione del comodatario a restituire le cose comodate, se intempestivamente richieste indietro).

A ben vedere, sul piano del problema della teorizzazione dei “doveri”, non è la “doverosità” a trasformarsi, ma la forma di tutela della relazione. L'immagine di Paolo —cosa a mio modo di vedere in questo contesto molto rilevante— è quella che un tale comportamento del comodante (intempestivo e perciò da considerare un *non recte facere*) non sarebbe soltanto contrario ai suoi *officia*, ma lo sarebbe anche alla oramai assunta *obligatio* nei confronti del beneficiario-comodatario. Il verbo che descrive questo passaggio dal piano dell'*officium* a quello dell'*obligatio* è “*convertere*”, verbo che non

⁵⁸ Il che orienta a far ritenere —come detto nel corpo del testo— che in questo caso il momento teorico sia prevalso su quello topico, funzionalmente orientato il primo a chiarire il senso dei diversi significati di *beneficium*, *officium* e *obligatio*.

esprime tanto un salto di piano, quanto l'idea di una trasformazione. La "conversione" non mi sembra colta sul piano del contenuto o della natura della "doverosità" (giuridica o morale), ma su quello dell'azionabilità in giudizio. La richiesta di restituzione della cosa comodata (di per sé legittima e tutelata sia sul piano dell'ufficio, che su quello dell'obbligazione), qualora sia intempestiva, frustrando l'utilità del beneficio accordato liberamente al comodatario, è sia perfezionante una inofficiosità che un inadempimento dell'obbligazione del comodante.

È altresì utile all'esame della testimonianza chiarire quale fosse il riferimento terminologico della doverosità del comodante verso il comodatario, in caso di richiesta intempestiva di restituzione della cosa comodata. Paolo, parlando espressamente di *actiones civiles*, dimostra di pensare alle *formulae in ius concepta* dell'*actio commodati*, sia del *iudicium directum* che del *iudicium contrarium*,⁵⁹ e ciò a prescindere del fatto che vi fosse o meno nell'editto per il *iudicium contrarium* una rubrica autonoma, come io comunque propendo a credere per l'*actio commodati* con *formula in ius concepta*.⁶⁰

Il "dovere" del comodante verso il comodatario a cui Paolo sta pensando in D. 13.6.17.3 una volta consegnata la cosa in comodato e quindi nate le *mutuae praestationes actionesque civiles*, è il *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Sul piano del rapporto tra *officium* ed *obligatio*, lo schema dell'*oportere ex fide bona* rappresenta —come visto— una vera struttura di congiunzione tra le due categorie. L'*officium* del *vir bonus* e l'*oportere ex fide bona*, quanto meno nella loro rappresentazione tardo-repubblicana ed inizio imperiale, tendono contenutisticamente quasi a coincidere. Potremmo dire che nella costruzione dell'*oportere ex fide bona* (quale espansione del modello romano ai non romani di un'idea di correttezza romana) vengono attratti contenuti specifici propri degli *officia* del *vir bonus*. L'intempestiva richiesta di restituzione della cosa comodata è in contrasto sia con l'ufficio del comodante corretto quale *vir bonus*, sia contestualmente inesecuzione della sua obbligazione di buona fede. Mi sembra che tale modo di intendere la relazione tra i due

⁵⁹ Vd. esattamente G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 732, che fa perno in particolare anche sul ricorrere della qualifica di *civiles* delle *actiones* nel passo.

⁶⁰ Per la negativa sembrerebbe propendere O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, 253 s., proprio in base a quanto Paolo afferma in D.13.6.17 pr.: "*contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*". Il dubbio è riproposto con prudenza anche in D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 53 n. 119. Per G. Provera, *Contributi alla teoria dei "iudicia contraria"*, Torino, 1951, 12 ss., proprio Paolo in D. 13.6.17 pr. dimostrerebbe la originaria natura riconvenzionale dei *iudicia contraria*. Ipotizza, ora, una autonomia previsione editale del *iudicium commodati contrarium* con l'introduzione dell'*actio commodati* con *formula in ius concepta*, E. Sciandrello, *Ricerche in tema di "iudicia contraria"*, cit., 93-117.

concetti sia pienamente coerente a quanto Paolo esprime nel testo, quando non contrappone *officium* e *obligatio* come vasi comunicabili, ma ne coglie sfere sovrapponibili: *postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*.⁶¹

Paolo conferma la sua costruzione richiamando altresì la *negotiorum gestio* e il mandato, quali espressione di tale conversione da un gesto spontaneo e libero a conseguenze, una volta assunto, che non ne permettano la ritrattazione senza incorrere nella soggezione ad un'azione giudiziale. Così il gestore di affari altrui, che non può mai essere costretto ad assumere la gestione, una volta che decide di assumerla (sia per gli *officia* che lo legano all'assente, sia per altri motivi), non può sottrarvisi in un secondo momento fino al ritorno del diretto interessato.⁶² Così allo stesso modo il mandatario può tranquillamente rifiutarsi di accettare incarico del mandante, ma una volta assunto lo deve portare a termini rispettandone per altro i contenuti imposti dal mandante.⁶³

Sul piano della tutela giudiziale la condotta del comodante può quindi concretizzarsi o in una tutela *ex post* con *iudicium contrarium* del comodatario che restituisce il bene comodato diretta a vedersi risarcire il danno subito a seguito della richiesta intempestiva del comodante, oppure in una tutela *ex ante*, con la paralisi dell'eventuale *actio commodati directa* esercitata dal comodante intempestivamente, in quanto in questo caso non sarebbe tutelabile l'*oportere* del comodatario alla restituzione a favore del comodante in base al principio di *bona fides*. Paolo, come detto, sta nel contesto dell'editto relativo all'*actio commodati* con formula *in ius concepta*, sia *directa* che *contraria*, quindi, la “doverosità” (differentemente declinata in termini di *officium* e di *obligatio*) non è condizionata dai contenuti del comportamento dovuto, ma dalla “conversione” dello stesso da condotta “dovuta” sul piano dei rapporti attratti nell'ufficio caratterizzante il rapporto interrelazionale nel quale il prestito si collocava, a condotta dovuta che, se disattesa, è azionabile in giudizio in termini di *oportere ex fide bona* del como-

⁶¹ Sottolineano dal tenore del passo come in esso non appaia un'immagine di distinzione tra *officium* preesistente e *suscepta obligatio*, quanto quella di contenuti che entrano in comunicazione e si sovrappongono, sebbene in una prospettiva —diversa da quella da me proposta nel presente contributo— che conserva la distinctio tra doverimorali e doveri giuridici: G. Finazzi, “*Amicitia*” e doveri giuridici, cit., 742; G. Falcone, *A proposito di Paul. 29 ad ed. — D. 13.6.17.3, cit.*, 258.

⁶² Vd. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2., cit.*, 41 ss.

⁶³ Vd. sul rapporto tra *officia* amicali e mandato, D. Nörr, *Mandatum fides amicitia*, cit., 13 ss.; G. Finazzi, “*Amicitia*” e doveri giuridici, cit., 752 ss.

dante o paralizzante l'azionabilità dell'*oportere ex fide bona* del comodatario alla restituzione.

Intendere, quindi, quanto afferma Paolo in chiave di contrapposizione tra dovere morale (di cui sarebbe espressione l'*officium*) e dovere giuridico (*obligatio*), oltre che a mio modo di vedere in contrasto con la terminologia della *conversio* —non espressiva di un'idea di antitesi— avrebbe altresì l'effetto parossistico di escludere dal giuridico ogni forma di *voluntas* liberamente espressa.

Voluntas e *necessitas* si pongono, quindi, su piani diversi di doverosità, se trasposte sul piano dell'*officium* e della *obligatio*. Per altro, il dovere d'ufficio non è sempre non azionabile, mentre l'obbligazione non è sempre azionabile. Si tratta di caratteristiche di prevalenza e non di esclusività.⁶⁴ Il piano della *necessitas* in Paolo concretizza —a differenza che nella concezione giuridica più antica— la coercizione insita nella azionabilità giudiziale, coerentemente alla stessa definizione di *obligatio* come *iuris vinculum quo necessitate adstringimur* ora nelle Istituzioni imperiali. Ciò, se da un lato individua una caratteristica per lo più specifica della relazione espressa in termini di obbligazione, non esclude per ciò solo (e questa sarebbe al contrario una nostra possibile proiezione) l'ufficio dal giuridico.⁶⁵ A mio modo di vedere, il testo sarebbe sottoposto ad un eccessivo stress interpretativo, qualora gli si voglia far dire che è giuridico soltanto ciò che è azionabile, in contrasto con quanto lo stesso Paolo evidenzia in altre testimonianze, ed in particolare nel noto passo in cui il giurista severiano ricorda i diversi significati di *ius*, tra i quali anche il *ius naturale* quale *ius semper bonum et aequum* (Paul. 14 *ad Sab.* D.1.1.11).

Mi sembra, quindi che se da un lato sia esatto cogliere una differenza di significati tra beneficio, ufficio e obbligazione nel pensiero giuridico di Paolo, essa sia funzionale nel discorso del giurista a lumeggiare alcuni dati tecnici molto importanti (e se vogliamo anche complessi) del regime contrat-

⁶⁴ Ciò che il testo esprime bene (*non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*). Con ciò non significa che nel proprio ambito, pur comunicanti, *officia* e *obligationes* non presentino caratteristiche peculiari loro proprie (ad es. l'*officium* di regola si colloca su un piano relazionale di durata, mentre l'obbligazione per lo più in chiave di rapporto destinato al singolo affare; si vd. al riguardo la precisazione di D. Nörr, *Mandatum fides amicitia*, cit., 23-24), ma che la “comunicazione” tra tali ambiti può trovare proprio nello schema dell'*oportere ex fide bona* una chiave di inclusione e commistione significativo.

⁶⁵ Va detto che anche il filone interpretativo che accentua una tale contrapposizione nella lettura di D. 13.6.17.3, risulta ad una lettura attenta meno netto di quanto sembrerebbe; D. Nörr, *Ethik und Recht im Widerstreit?*, cit., 267-284; A. Mantello, *Un'etica per il giurista?*, cit., 591-595; G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, 177 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2.*, cit., 41 ss.; id., *Amicitia e doveri giuridici*, cit. 738-743; G. Falcone, *A proposito di Paul. 29 ad ed. — D. 13.6.17.3*, cit., 241 ss.; id., *A proposito di Paul. 29 ad ed. — D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*. Con una appendice, cit., 183 ss.

tuale e della ponderazione del momento volontaristico in essi, che d'altro canto da diverso tempo erano al centro dell'attenzione dei giuristi romani (si pensi ad es. a Pedio in Ulp. l. 4 ad ed. D. 2.14.1.3). Una sua rilettura tesa a proiettarla sulla possibile maturazione già nel pensiero giuridico romano di una distinzione tra etica e diritto, paragonabile a quella che caratterizza il pensiero giuridico contemporaneo, rischia di impedirne la valorizzazione della dimensione specifica del discorso giuridico in essa svolto.

Le differenze sul piano dell'intensità della doverosità in esse espresse (che però trovano piani ampiamente sovrapponibili data la natura di buona fede dell'*oportere* del rapporto nato dal comodato, come anche nel mandato e nella gestione di affari altrui, quanto meno all'età di Paolo), non sembrano riflettersi in una ontologica differenziazione sul piano dei contenuti relazionali da essa espressi, esclusivamente etici i primi e giuridici i secondi. Al contrario mi sembra cogliersi una pervasività del giuridico anche su piani che noi moderni saremmo portati a proiettare esclusivamente nell'etica. Ed anche dove tali sfumature di intensità cedono il passo ad una diversa percezione della rilevanza della volontà dei contraenti (quella che sostiene il comodante al *commodatum*, quale espressione di un atto di piena ed incoercibile libertà, mentre quella che sostiene la ricezione della cosa da parte del comodatario è produttiva di una "dovere" di restituzione azionabile) ciò non sembra esprimere una contrapposizione tra mondo morale e mondo giuridico, ma tra atti e condotte che hanno una tutela giudiziale e atti e condotte che hanno tutela non giudiziale, senza però che tale assenza di azionabilità giudiziale sia percepita nella cultura romana come rilevante esclusivamente in chiave di foro interno e non ricada invece su piani giuridico-morali del *ius*, non sentiti come meno intensi nella comunità nei quali sono compiuti, rispetto a quelli azionabili.

V. "BONA FIDES", "AEQUITAS" E "IUSTITIA" IN TRIFONINO D. 16.3.31 PR.

In questo quadro problematico, rientrano come detto anche i modelli del *vir bonus* e della *bona fides*, categorie la cui precisazione contenutistica non può sottrarsi ad una verifica storica concreta non solo del loro ruolo e delle conseguenze che ad esse si riconnettono nell'ambito del giuridico, ma anche della carica sociale ed etica con esse evocata sul piano degli istituti giuridici nei quali esse assumono importanza.⁶⁶

⁶⁶ Per un quadro di insieme dei problemi qui evocati, mi si permetta di rimandare a "*Bona fides*" tra storia e sistema, Torino, 2014.

A tale riguardo è interessante notare come nel dibattito dei giuristi, mentre il sostantivo *iustitia* assume una forte connotazione simbolica in rapporto al *ius* nella parte introduttiva ed in particolare nel titolo *de iustitia et iure* del Digesto e della Istituzioni imperiali, non sembra invece assumere, almeno nel discorso dei giuristi romani, una particolare frequenza di uso, l'aggettivo *iustum* si trova con alta frequenza per indicare ad es.: 1) la qualifica di una posizione giuridica corretta o conforme al diritto esistente (come ad es. quella di *filius iustus* per indicare il figlio legittimo nato in costanza di matrimonio; o il *iustum sepulchrum* per indicare un luogo di sepoltura legittimo); 2) la qualifica del modello di una persona che svolge attività rilevanti nel giuridico (giudice, *pater familias*, pretore etc.) nell'esercizio delle sue funzioni; 3) il giudizio di valore che viene espresso su un precedente parere di altro giurista; 4) a volte un giudizio di valore che è frutto di una comparazione tra soluzioni diverse, per indicare quella preferita come la più giusta per il loquente; 5) il giudizio di valore che lo stesso giurista esprime sulla soluzione da lui proposta nel parere.

Nella ricerca delle ragioni che possano aver portato i giuristi verso una condivisione in termini di maggiore giustizia di un determinato parere rispetto ad un altro, l'interprete attuale si trova di fronte ad argomentazioni di tipo tecnico che non sempre lasciano però vedere sullo sfondo la scala di valori più profonda utilizzata.

Ne è un esempio un testo del giurista severiano Trifonino:

Dig. 16.3.31pr. 1 Tryphoninus 9 disp.: *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.*

Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure

*gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati conditio competet.*⁶⁷

Il discorso è ai nostri fini particolarmente suggestivo, perché in esso emerge una concatenazione complessa e logicamente non sempre chiara tra i concetti di *bona fides*, *aequitas* e *iustitia*.⁶⁸ Entrambe le *disputationes* esa-

⁶⁷ “La buona fede, che si esige nei contratti, richiede una equità somma. Ma dobbiamo noi valutarla secondo il mero diritto delle genti, oppure secondo i precetti civili e pretori? Ad esempio, se uno, accusato in un giudizio capitale, depositò presso di te cento. Egli fu “poi” deportato e i suoi beni confiscati, le cose “da lui” depositate si devono restituire a lui oppure devolvere alla cassa pubblica? Se guardiamo al solo diritto naturale e delle genti, si devono restituire a colui che diede; se guardiamo al diritto civile e all’ordine legale, si devono piuttosto devolvere alla cassa pubblica: infatti, uno che abbia pubblicamente demeritato deve anche soffrire l’indigenza, affinché sia d’esempio per gli altri nel trattenersi dal commettere delitti.

Si presenta qui un’altra indagine. Dobbiamo valutare la buona fede soltanto tra coloro tra i quali si è concluso il contratto, senza considerare alcun terzo, oppure con riferimento anche ad altre persone, con le quali ha a che fare ciò che si è concluso? Per esempio, un ladro depositò presso Seio, che era ignaro del male compiuto dal depositante, quelle cose di cui mi aveva spogliato e che mi aveva portato via. Seio deve restituire a me o al ladro? Se guardiamo la cosa soltanto tenendo conto di chi dà e chi riceve, la buona fede è tale che colui che diede deve riavere la cosa affidata. Se invece guardiamo all’equità di tutta la situazione, che risulta da tutte le persone che sono coinvolte in questo affare, si devono restituire a me, perché mi furono tolte a seguito di una condotta delittuosa. Ed approvo che questa sia la giustizia, quella che dà a ciascuno il suo, in modo tale che a questi le cose non vengano tolte da una richiesta di ripetizione più giusta di qualche altra persona. Per la qual cosa, se io non venga a richiederle in giudizio, si devono ugualmente restituire a chi le depositò, sebbene le abbia depositate dopo averle male acquisite. E ciò Marcello scrive anche riguardo al predone “cioè un possessore di malafede” e al ladro. Se però, il ladro, ignorando la persona al cui figlio o servo egli avesse sottratto la cosa, la depositò presso tale padre o padrone, ignaro di ciò, nemmeno in base al diritto delle genti esisterà un deposito, la cui efficacia è tale, che sia da conservare “una cosa” ad un altro, e non “si dia” al proprietario la sua propria come fosse cosa altrui. E. se un ladro abbia depositato presso di me, ancora ignaro del suo delitto, la mia cosa, che mi sottrasse senza che io me ne accorgessi, correttamente si dirà che non si è contratto un deposito, poiché “l’essere obbligato a restituire” in base alla buona fede non consiste nel fatto che il padrone [proprietario?] sia obbligato a restituire una cosa propria al predone “cioè al possessore di mala fede”. Ma anche se dal proprietario, ancora ignaro, “la cosa” sia stata restituita come in base al deposito, gli competerà tuttavia l’azione di intimazione “di ripetizione” della cosa data indebitamente”; *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III 12-19, a cura di S. Schipani, Milano, 2007, 257-258.

⁶⁸ Sul passo si vd. D. Nörr, *Rechtskritik im römischen Antike*, München, 1974, 120; O. Behrends, Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*. Milano, 1984, V, 1 ss. in particolare 50 e n. 110; P. Cerami, “Ordo legum”

minate da Trifonino si collegano ad una affermazione iniziale — a dir poco folgorante — del giurista severiano: “la buona fede che si esige nei contratti richiede una equità somma”. Trifonino sembrerebbe enunciare una ampia rilevanza della buona fede nel diritto contrattuale (*in contractibus*), senza che emerga la consueta delimitazione ai soli contratti produttivi di *oportere ex fide bona* e tutelati con *iudicia bonae fidei*. Il punto, che si approfondirà più avanti nell’esegesi, potrebbe deporre per una considerazione della buona fede non più esclusivamente invischiata nella sua topica considerazione in termini formulari di *oportere ex fide bona*, ma oramai come categoria qualificante l’intera materia contrattuale, attraverso anche l’uso dell’*exceptio doli* cd. *generalis* come strumento equitativo di riequilibrio nei contratti di *ius strictum*.⁶⁹ L’esempio, però, che il giurista tratta nell’ambito dell’affermazione più generale tende a ridimensionare questa impressione, restando il discorso del giurista severiano legato ad un contratto di buona fede come il deposito. Il dato è ulteriormente confermato dalla stessa direzione dell’inclusione dell’*aequitas* nella *bona fides* (e non il contrario),⁷⁰ il che dimostra quanto meno che la prospettiva del giurista fosse comunque ancorata ai *verba* formulari dell’*actio depositi* con *formula in ius*.

La prima *disputatio* approfondisce la collisione tra i doveri di restituzione del depositario a seconda del *ius* in accezione oggettiva al quale riferire il principio di buona fede. È secondo me scorretto intendere la contrapposizione tra *merum ius gentium* e i *praecepta civilia et praetoria* come espressione

e “iustitia” in Claudio Trifonino, in AUPA. XL, 1988, 5-33; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, 346 ss.; R. Knütel, *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, in *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, I, 239 ss. in particolare 245-258; M. J. Schermaier, “*Bona fides*” in *Roman Contract Law*, in S. Whittaker – R. Zimmermann, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, 63 ss., in particolare 87 n. 155; M. Talamanca, *La “bona fides” nei giuristi romani: “Leerformeln” e valori dell’ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti Conv. Intern. In onore di A. Burdese, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 1-312, in particolare 106-117 e 297-299 n. 815; E. Stolfi, “*Bonae fidei interpretatio*”. *Ricerche sull’interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, 139-162; il quale evidenzia altresì l’importanza del passo del Digesto (insieme a C. 4.10.4) nella tradizione romanistica, in particolare in Domat, per costruire la “convergenza, o sovrapposizione, moderna dei criteri della buona fede e dell’equità” (216); G. Falcone, *Ius suum cuique tribuere*, cit. 139-140 n. 9; G. Finazzi, “*Amicitia*” e doveri giuridici, cit., 749-751; L. Solidoro Maruotti, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas*, Lezioni, Torino, 2013, 116-117; L. Di Cintio, “*Ordo*” e ordinamento. *Idee e categorie giuridiche nel mondo romano*, Milano, 2019, 87-88.

⁶⁹ Vd. sul rapporto complesso tra *bona fides* e *dolus praesens* M. Talamanca, *La “bona fides” nei giuristi romani*, cit., 297 ss. Per il mio punto di vista al riguardo, si vd. “*Bona fides*”, cit., 141 ss. Nella tradizione romanistica questo collegamento tra *aequitas* e *bona fides* determinerà sviluppi importanti, tesi a creare un’attrazione nella medesima dimensione di buona fede ed equità; E. Stolfi, “*Bonae fidei interpretatio*”, cit., 298-299.

⁷⁰ Puntuale M. Talamanca, *La “bona fides” nei giuristi romani*, cit., 298.

dell'ambito di operatività della sola buona fede il primo e dell'equità i secondi. Per Trifonino, infatti, se si prende in considerazione l'endiadi *naturale et gentium ius* (il che nella prospettiva del giurista significa valutare essenzialmente il rapporto nato dal contratto di deposito tra deponente e depositario), l'unica restituzione conforme alla buona fede sarebbe quella al solo deponente (*ipsi haec reddenda sunt*). Il giurista, però, precisa immediatamente che la buona fede pretende anche una ponderazione della equità, imponendosi quindi la considerazione dei *civile ius et legum ordo*, in base ai quali la restituzione conforme a buona fede e secondo equità nel caso di specie non sarebbe quella fatta al deponente, ma quella fatta all'erario pubblico (*haec in publicum deferenda sunt*).

Nella comparazione dei contenuti valoriali confliggenti (lo strato, cioè, più profondo della *disputatio* in esame), Trifonino si orienta per la restituzione delle somme alla cosa pubblica nel caso del deponente condannato con pena capitale. La *ratio* della soluzione, quale effetto dell'inclusione dell'equità nella buona fede, è la funzione deterrente di prevenzione generale (*ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit*).⁷¹ In questo caso, la prevenzione generale riposerebbe sul fatto che chi abbia commesso un delitto non può in nessun modo evitarne le conseguenze negative (anche accessorie) della condanna penale (in questo caso non soltanto personali, ma anche patrimoniali), celando all'erario pubblico (al quale spetta in conseguenza della *publicatio bonorum* tutto il patrimonio del reo) alcune sue somme di denaro attraverso il loro deposito prima della avvenuta condanna (*reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt*). Prevale la sovraordinata realizzazione della funzione penale della *publicatio bonorum* in caso di condanna capitale in un giudizio pubblico per un delitto compiuto, rispetto alla tutela dell'affidamento alla riconsegna al deponente. L'espansione della buona fede (attraverso l'inclusione in essa della *summa aequitas*) impone di considerare espressione del *quidquid dare facere oportet ex fide bona* del depositario non più solo la restituzione delle somme depositate al reus-deponente, ma soltanto la restituzione delle stesse all'erario pubblico.

Il discorso del giurista si apre, quindi, pur nella prospettiva del rapporto tra *aequitas* e *bona fides*, ad una seconda e diversa *disputatio*:⁷² quella secon-

⁷¹ R. Knütel, *Zum Pflichtenkonflikt*, cit., 247.

⁷² Il testo parla di *alia inspectio*, il che potrebbe far pensare ad una seconda declinazione della stessa *disputatio*. In realtà, le due ipotesi discusse sono distanti tra loro, pur interagenti sul piano della interrelazione tra *bona fides* ed *aequitas*, essendo la prima attinente alla possibile collisione, sul piano dei doveri di restituzione del depositario delle cose depositate presso di lui, tra diritti in accezione oggettiva, che pone la necessità di una ponderazione comparativa di prevalenza che espande la valutazione dell'*oportere ex fide bona* fino a ricomprendervi la

do la quale l'inclusione dell'equità nella buona fede impone di prendere in considerazione eventuali interessi di terzi che possano essere lesi in caso di restituzione delle cose depositate al solo deponente. L'efficacia esclusivamente relativa alle parti contraenti oppure includente possibili terzi rispetto al contratto concluso è posta da Trifonino in forma di contrapposizione tra 'valutazione interna', limitata soltanto a quanto compiuto dalle parti, senza alcuna valutazione di elementi esterni, oppure una "valutazione più ampia" relativa anche alle altre persone alle quali quanto compiuto risulta poter riguardare.

L'esempio prescelto è il deposito presso Seio di quanto sia stato rubato ad Ego, senza che il depositario sappia della provenienza illecita delle cose depositate. La *disputatio* qui sarebbe in concreto un conflitto sull'obbligazione di restituzione del depositario, in particolare se egli debba restituire quanto depositato soltanto al deponente-ladro, oppure al proprietario derubato dei beni depositati. La contrapposizione qui si esplicita tra una valutazione in termini esclusivi di *bona fides* oppure si apre alla *totius rei aequitas*: nella prima prospettiva, la cosa depositata va restituita a colui che la consegnò. Nella seconda prospettiva, che implica la considerazione degli interessi di tutti coloro che siano toccati dal negozio compiuto tra le parti (*quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur*), le cose depositate vanno restituite ad Ego-proprietario, in quanto gli sono state sottratte per un fatto illecito grave.

Trifonino in questo caso (a differenza che nella prima *disputatio*) apre la ponderazione della "disputa" sulla considerazione della *iustitia*, in un significato che evoca la nota definizione ulpianea (*probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit*),⁷³ orientandosi a ritenere che, sebbene la restituzione al deponente sarebbe conforme ad attribuire a ciascuno il suo (anche se sia un ladro), in questo caso riconoscere l'azione di ripetizione della cosa al proprietario derubato sarebbe la soluzione "più giusta". Proprio l'uso del comparativo è illuminante. La restituzione al deponente, infatti, non è come tale esclusa, ed anzi a ben vedere sarebbe a sua volta "giusta", ed espressione di una corretta attribuzione del *suum*. Tale attribuzione verrebbe però

restituzione ad un soggetto che non abbia effettuato il deposito, quale appunto l'erario pubblico; mentre la seconda, approfondisce l'efficacia esclusivamente relativa o aperta anche ad eventuali terzi rispetto alle parti contrattuali, ma non tanto in rapporto all'affidamento ingenerato con la consegna della cosa, quanto al conflitto nella spettanza della cosa tra creditore e proprietario. Sul problema della possibile provenienza del secondo quesito da domande degli allievi, si vd. E. Stolfi, "*Bonae fidei interpretatio*", cit., 156-157 e n. 76.

⁷³ Sul rapporto (storico e concettuale) tra le due concezioni di giustizia si vd. E. Stolfi, "*Bonae fidei interpretatio*", cit., 159 n. 79.

considerata come meno giusta qualora il vero proprietario, al quale le cose depositate siano state rubate, agisca contro il depositario per la loro restituzione. In questo caso la *iustior repetitio* del proprietario prevale sulla pur giusta restituzione al deponente. Proprio il giudizio di comparazione e non di verità assoluta, fa sì che in assenza di una specifica richiesta del proprietario, il depositario sia comunque obbligato a restituire al deponente, sebbene costui abbia acquisito illecitamente le cose depositate (*Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit*). Qui emerge il profilo della correttezza del depositario, che per non restituire al deponente deve innanzitutto essere a conoscenza del fatto che la cosa depositata è stata in realtà rubata a *Ego*.

Lo strato più profondo del conflitto valoriale preso in considerazione da Trifonino nella seconda *disputatio* è quello tra obbligazione e appartenenza. Forse è anche per questo che il giurista severiano non si sente appagato nel limitare la valutazione alla *bona fides* ed all'*aequitas* in essa inclusa, ma introduce nell'esame della *disputatio* anche il tema della *iustitia*, ma non quale criterio che viene incluso nella buona fede come per l'equità.⁷⁴ Proprio il *suum cuique tribuere* sembra essere funzionale in questo caso al superamento della ponderazione della questione in termini esclusivi di prestazione di buona fede del depositario, pur se più ampiamente considerata in termini di prestazione correttamente equa. Il conflitto, a differenza che nella prima *disputatio* esaminata, si realizza sul piano dell'inconciliabilità tra appartenenza e obbligazione, vasi non comunicanti sul piano dell'affidamento e dell'equità. In sostanza, la valutazione equitativa della buona fede permetterebbe in questo caso di introdurre una ponderazione del conflitto in chiave di giustizia, ritenendo —ed è proprio questo il punto a mio avviso degno di approfondimento— che sia più giusto dare prevalenza al proprietario della cosa, piuttosto che al suo creditore.

In dottrina si è ritenuto di dover in particolare stressare tale prevalenza valoriale, tendendo a rileggerla in chiave di prevalenza della proprietà sul credito. Trifonino, cioè riterrebbe comparativamente prevalente l'interesse alla conservazione del bene da parte del proprietario, piuttosto che l'interesse del deponente a riavere la cosa depositata.⁷⁵ Ciò però, almeno per come

⁷⁴ È merito di O. Behrends, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter*, cit., 50 e n. 110, aver evidenziato —contro le ipotesi di interpolazione— come l'affermazione di Tryphoninus non sia in contraddizione ed anzi tenda a sviluppare contenuti di riflessioni che erano già emersi nella giurisprudenza romana dei secoli precedenti, in rapporto ad esempio alla definizione celsina di *ius* come *ars boni et aequi*.

⁷⁵ R. Knütel, *Zum Pflichtenkonflikt*, cit., 255: "Insoweit ist der Schutz des Eigentums ein der vertraglichen fides übergeordneter Wert". Dubbi su tale lettura (sebbene non riferendosi alla

Trifonino si esprime, sembra avere una operatività concreta soltanto se il proprietario esegue l'onere di richiedere la cosa al depositario, e non invece nel senso che sia a carico del depositario l'onere di accertare se il deponente sia o no il proprietario della cosa depositata. Ciò è a mio avviso comprovato dal fatto che Trifonino, esprime la sua preferenza in termini di eccezione alla regola: la giusta restituzione è di regola quella al deponente, anche quando —caso limite— questi abbia rubato la cosa, salvo che non via sia una “più giusta” pretesa da parte di un altro, come —nel caso esaminato— il proprietario della cosa rubata.

Nel passo di Trifonino emerge bene lo sforzo del giurista romano di scegliere una soluzione che egli reputa la più giusta (coerentemente alla concezione della giustizia come virtù soggettiva, che i giuristi devono coltivare), quella *in primis* di considerare conforme a buona fede, quale principio-valore inglobante l'*aequitas*, la restituzione della cosa depositata a chi l'ha depositata, restituzione che può però cedere di fronte alla richiesta del legittimo proprietario della cosa soltanto se questa sia stata rubata, aprendosi così ad una comparazione valoriale di livello superiore.

D'altronde il piano della giustizia resta nel pensiero giuridico romano (e non solo) quello delle virtù umane. Non vi è, come abbiamo visto, una sua assolutizzazione, quanto la piena consapevolezza che il diritto è espressione della società umana, con tutte le sue imperfezioni, i suoi egoismi, le sue malvagità. La ricerca del *bonum*, dell'*aequum*, della *iustitia* è la strada maestra di un ceto, quello dei giuristi romani, che opera su un piano elitario di confronto, quello che Lelio Lantella ha individuato come modello della comunicazione giuridica a partire dalla laicizzazione della giurisprudenza, in termini di “conversazione”, nel quale proprio quello della variante della scuola,⁷⁶ che sembra riaffiorare nel discorso giuridico di Trifonino nei suoi

posizione dello Knütel) esprime M. Talamanca, *La “bona fides” nei giuristi romani*, cit., 112 e n. 113, ritenendo che comunque la prospettiva delittuale sia assorbente anche nella seconda *disputatio*.

⁷⁶ L. Lantella, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 1 ss., in particolare 280 ss. Val la pena riportare alcune frasi che mi sembrano molto significative: “Per ciò che riguarda in particolare il discorso giuridico romano (escluso il periodo pontificale, di cui diremo a parte) può affermarsi abbastanza correttamente, per quanto la cosa possa sembrare paradossale, che il modello della comunicazione giuridica è sempre stato molto vicino a quello della «conversazione». La sostanza di quest'ultima sembra, infatti, risiedere nella eguaglianza sociale, e quindi nella non-conflictualità, tra coloro che si scambiano i messaggi; la «conversazione» presenta invece altri aspetti (è per esempio, come si suol dire, «fine a se stessa») che la comunicazione giuridica non ha; ma quantomeno il primo requisito è soddisfatto molto bene dalla comunicazione giuridica, in quanto avveniva tra soggetti omogenei, tutti appartenenti alla

libri disputationum, evoca un modello di messaggio del parlante teso ad accentuare una trama espressiva tra lingua, società e diritto, che resta in ogni caso espressione di un ceto intellettuale omologo, senza perdere la possibilità di veicolare un'idea aristocratica del diritto in una società cosmopolita ed interetnica.

Il contesto della testimonianza resta quello della *disputatio* retorica della *quaestio de aequitate*, il che fa assumere alla testimonianza una chiara delimitazione di contesto nella quale misurare con attenzione il filo logico del discorso del maestro che guida i discenti nella discussione sui singoli problemi. Qui gioca un ruolo, altresì, il contesto specifico degli enunciati del giurista severiano, in quanto essi, all'interno delle diverse *disputationes* realizza uno slittamento significativo di concetti portanti cariche valoriali aperte, come *bona fides*, *aequitas* e *iustitia*. La necessità di una loro lettura specifica e concreta non sembra impedire una verifica di tenuta rispetto alla trama più generale di correlazione con quanto le fonti attestano sia per l'età precedenti a Trifonino, sia per quella a lui contemporanea.

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE (O MEGLIO INTERLOCUTORIE)

Provo ad indicare alcune considerazioni sul tema, che non reputo conclusive ma interlocutorie. Il problema da cui siamo partiti, col mito dell'anello di Gyge, di un significato della giustizia come necessariamente interrelazionale, se collocato sul piano di quello che, almeno, per la mentalità contemporanea, è il rapporto tra diritto e morale, non può che evidenziare nel diritto elaborato dai giuristi romani una ampia forza di pervasione nella società, nella quale emergono contesti nei quali invece di operare con una distinzione *ex ante* tra condotte umane eticamente giuste e condotte umane giuridicamente sanzionate, tale *distinctio* sembra restare quale interna ad una percezione estesa del giuridico (con una stretta compenetrazione tra *mos* e *ius*).

Officium e *obligatio* non sembrano quindi espressivi di una contrapposizione di contenuto tra dovere morale e dovere giuridico, quanto piuttosto

aggregazione sociale dominante... Si può quindi affermare che la comunicazione giuridica era una sorta di conversazione specializzata, e settoriale, tipica della classe dominante" (p. 283). Ciò potrebbe rafforzare, nelle indagini sul diritto romano e sul pensiero dei giuristi romani —come sostiene M. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta, in AA.VV., Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla "Palingenesia iuris civilis" agli "Scriptores iuris Romani"*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017, 13 ss. in particolare 47— l'utilità di operare per "campi discorsivi", secondo l'ipotesi metodologica di Foucault.

forme che esprimono una intensificazione diversa della “doverosità” giuridico-morale, che si colloca in radice su un piano esteso di contenuto del *ius*, evidenziandosi tuttavia un diverso regime di operatività. Il rapporto tra i piani di contenuto non sembra caratterizzato da una diversità per così dire ontologica dei contenuti del dovere (come invece accadrà nell’etica di Kant), quanto sulla consapevole scelta di politica del diritto —e quindi per ciò solo propria di uno specifico contesto storico da accertare di volta in volta— di rendere quel dovere azionabile in giudizio o meno.

Ciò sembra, per altro, collegato alla presenza di schemi giuridici che svolgano da vere e proprie camere di compensazione tra istanze che noi moderni saremmo portati a qualificare come morali (almeno dai contesti valoriali nei quali emergono) e istanze giuridiche. Uno schema giuridico tra i più significativi in tal senso è proprio l’*oportere ex fide bona* (struttura giuridica che risale al III-II sec. a.C.) il quale se da un lato è la rappresentazione, se vogliamo, migliore del lascito di Roma del diritto delle obbligazioni, dall’altro è anche lo schema azionabile nel quale assumono forma di obbligazione non soltanto le prestazioni volute dalle parti, ma anche tutto ciò che rientra nell’ufficio del *vir bonus* (inteso quale modello giuridico-sociale concreto e non come modello filosofico astratto).⁷⁷ Ciò per altro non significa che non sia possibile cogliere momenti di differenziazione nel regime giuridico tra *officia* e *obligationes*, come ad esempio la trama sociale proiettata nel tempo dei primi e la tendenziale unilateralità e unicità della prestazione nei secondi,⁷⁸ ma ciò implica appunto uno specifico studio dei contesti nei quali il passaggio dei contenuti tra i due schemi permesso dalla *bona fides* sia specificamente individuato all’interno dei diversi tipi contrattuali.

VII. BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006.
- ALBANESE, Bernardo, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore A. C. Jemolo*, IV, Milano, 1963.
- AQUINO, S. Thomas, *Suma Theologica.*, II-II, q. 57.
- ARCHI, Gian Gualberto, “Il diritto nell’azione politica di Giustiniano”, *SDHI*, 47, 1981.

⁷⁷ Sul problema si vedano ora i contributi nel volume “*Vir bonus*”. *Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013.

⁷⁸ D. Nörr, *Mandatum, fides, amicitia, cit.*, 34-35.

- ATKINS, E. M., “«Domina et Regina Virtutum»: Justice and Societas”, *Phronesis* 1990, 35/3, 258.
- BEHREND, Okko, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*. Milano, 1984.
- BERMAN, Harold J., *Diritto e rivoluzione*, Bologna, 1988.
- BOBBIO, Norberto, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, 1969.
- BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987.
- BRUTTI, Massimo, “Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta”, in AA.VV., *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla “Palingenesia iuris civilis” agli “Scriptores iuris Romani”*, a cura di Schiavone, Aldo Torino, 2017.
- BRUTTI, Massimo, *Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013.
- BURDESE, Alberto, “Sul concetto di giustizia nel diritto romano”, in *Annali di storia del diritto*, 14-17, 1970-73, 103.
- CACCIARI, Massimo, *La città*, Rimini 2009.
- CARDILLI, Riccardo, “*Bona fides*” tra storia e sistema, Torino, 2014.
- CARDILLI, Riccardo, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, 2016.
- CARDILLI, Riccardo, *Il problema della libertà naturale in diritto romano*, in *Liber amicorum per S. Tafaro, I*, Bari, 2019.
- CARDILLI, Riccardo, “La «buona fede» come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina”, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003.
- CARDILLI, Riccardo, *L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995.
- CARDILLI, Riccardo, “*Vir bonus*”. *Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013.
- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e persone I*, Torino, 1990.
- CATALANO, Pierangelo, “Diritto Soggetti Oggetti. Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12”, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamana*, II, Napoli, 2001.
- CATALANO, Pierangelo, “Religione morale e diritto nella prospettiva dello ius Romanum”, in *RomAm* 1, 1996.
- CERAMI, Pietro, “«Ordo legum» e «iustitia» in Claudio Trifonino”, in *AUPA*. XL, 1988.
- CORTESE, Ennio, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1964.

- DALLA, D., “«Scientia» e «notitia» nella definizione di «iuris prudentia» (D. 1, 1, 10, 2)”, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo*, Napoli, 1997.
- DE MARTINO, Francesco, “Individualismo e diritto privato romano”, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 16, 1941, 1-51 (cito da riedizione, Torino, 1999).
- DIESSELHORST, Malte, “Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpian in D.1,1,10 pr. und die praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Rezeption bei Leibniz und Kant”, in AA.VV., *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium für Franz Wieacker*, Göttingen, 1985.
- D’IPPOLITO, Federico, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*, Napoli, 1978.
- DI CINTIO, Lucia, “Ordo” e ordinamento. *Idee e categorie giuridiche nel mondo romano*, Milano, 2019.
- DYCK, A. R., *A commentary on Cicero de officiis*, Ann Arbor, 1996.
- FALCONE, Giuseppe, “A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice in tema di alterità tra morale e diritto”, in AA.VV., *Giuristi romani e storiografia moderna: dalla palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017.
- FALCONE, Giuseppe, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003.
- FALCONE, Giuseppe, “Il rapporto ius gentium - ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70”, in *AUPA* LVI, 2013, 259.
- FALCONE, Giuseppe, “Ius suum cuique tribuere”, in *AUPA*. LII, 2007-2008, 133.
- FALCONE, Giuseppe, “La «vera philosophia» dei «sacerdotes iuris». Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1. 1. 1. 1)”, in *AUPA*. XLIX, 2004 [cito da estratto a numerazione autonoma].
- FINAZZI, Giovanni, “Amicitia e doveri giuridici”, in AAA., *Homo caput persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana. Dall’epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri, Pavia, 2010.
- FINAZZI, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006.
- FIORI, Roberto, “Bonus vir”. *Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011.
- FOUCAULT, Michel, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* [trad. it. di Surveiller et punir. Naissance de la prison, Paris, Gallimard, 1975], Torino, 1978.
- GALLO, Filippo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010.

- GALLO, Filippo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI. 54, 1988.
- GALLO, Filippo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, 2006.
- GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.
- HEUMANN, Hermann Gottlieb, SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926.
- GROTH, Hugonis, *De iure belli ac pacis*, Parisiis, 1625.
- IRWIN, Terence, *Plato's Ethics*, New York-Oxford, 1995.
- JELLINEK, Walter, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.
- KANT, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, in Kant's Werke, B. V, *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlin, 1913.
- KASER, Max, *Zum "ius"-Begriff der Römer*, in *Acta juridica* 1977.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960.
- KNÜTEL, Rolf, *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, in *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999.
- LANTELLA, Lelio, "Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano", in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927.
- LÜBTOW, Ulrich von, "Die Anschauungen der römischen Jurisprudenz über Recht und Gerechtigkeit", in *Studi in onore Sanfilippo VI*, 1985.
- MAGANZANI, Laureta, "Diritto e «simulata philosophia» nelle Istituzioni d Ulpiano", in *Erga-Logoi*, 8, 2020.
- MANTELO, Antonio, "Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato", in *Nozione formazione interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al Professore Filippo Gallo*, Napoli, 1997.
- MANTHE, Ulrich, "Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles", *ZSS. RA*. 113, 1996.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999.
- MANTOVANI, Dario, "L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio", in *Antiquorum philosophia* 11, 2017.

- MAYER MALY, Theo, “De iustitia et iure”, in *ŹSS*. 66, 1948.
- MIGLIETTA, Massimo, “Alle origine della rimozione del pensiero celsino: la «legum permutatio» giustiniana”, in AA.VV., *Celso teorico del diritto*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016.
- NASTI, Fara, “Pensiero giuridico romano e tradizione europea nei «Prinzipien» di Fritz Schulz”, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019.
- NÖRR, Dieter, *Die “fides” im römischen Volkerrecht*, Heidelberg, 1991.
- NÖRR, Dieter, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13.6.17.3*, in: *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993.
- NÖRR, Dieter, *Rechtskritik im römischen Antike*, München, 1974.
- PEPPE, Leo, “«Jedem das Seine», (uni)cuique suum, «a ciascuno il suo»”, in AA.VV., *Tradizione romanistica e Costituzione, diretto da L. Labruna*, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, II, 2006.
- PHILIPPAKIS, Katherine, “See No Evil: The Story of Gyges in Herodotus and Plato”, in AA.VV., *Justice v. Law in Greek Political Thought*, ed. by L. G. Rubin, Lanham-NewYork-Boulder-Oxford, 1997.
- PRODI, Paolo, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2014.
- PROVERA, Giuseppe, *Contributi alla teoria dei “iudicia contraria”*, Torino, 1951.
- QUAGLIONI, Diego, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004.
- ROMANO, Santi, *Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.
- RAWLS, John, *A theory of Justice*, Cambridge Mass., 1971.
- SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano, 2002.
- SCHERMAIER, Martin J., “‘Bona fides’ in Roman Contract Law”, in S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.
- SCHERMAIER, Martin J., “Ulpian als «wahrer Philosoph». Notizen zum Selbstverständnis eines römischen Juristen”, in *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein*, Stuttgart, 1993.
- SCHIAVONE, Aldo, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019.
- SCHIAVONE, Aldo, *Giuristi e nobili nella Roma tardorepubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.

- SCHIAVONE, Aldo, “Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un’esege-
 si”, in *SDHI*. 69, 2003.
- SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999.
- SCHULZ, Franz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934.
- SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche in tema di “iudicia contraria”*, Napoli, 2017.
- SENN, Félix, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la
 justice*, 1927.
- SINISCALCO, Paolo, *Il cammino di Cristo nell’Impero romano*, Roma-Bari, 2004.
- SOLIDORO, Laura, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche
 e prospettive attuali*, Napoli, 2007.
- SOLIDORO, Laura, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas. Lezioni*, Torino,
 2013.
- STOLFI, Emanuele, “*Bonae fidei interpretatio*”. *Ricerche sull’interpretazione di buona
 fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004.
- TALAMANCA, Mario, “Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto
 Mucio”, in A. GIARDINA- A. SCHIAVONE (cur.), *Società romana e produzione
 schiavistica, III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali* [Roma-Bari], 1981.
- TALAMANCA, Mario, “La «bona fides» nei giuristi romani: «Leerformeln»
 e valori dell’ordinamento”, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza
 giuridica storica e contemporanea, Atti Conv. Intern. In onore di A. Burdese*, a cura di
 L. Garofalo, IV, Padova, 2003.
- VEGETTI, Mario, *L’etica degli antichi*, Roma-Bari, 1989.
- VILLEY, Michel, “*Suum jus cuique tribuens*”, in *Studi in onore P. De Francisci*, I,
 Milano, 1954.
- WALDSTEIN, Wolfgang, “Zu Ulpian’s Definition der Gerechtigkeit (D.1,1,10
 pr.)”, in *Festschr. Flume*, I, 1978.

LA INSUFICIENCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO DE TRADICIÓN ROMANÍSTICA: UNA PERSPECTIVA DIACRÓNICA DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO ROMANO, POR EL VALOR ACTUAL DEL JURISTA Y DE LA *PRUDENTIA IURIS* COMO ELEMENTOS DE RESISTENCIA

José Félix CHAMIE*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Perspectiva romanista.* *El ius y la iurisprudencia. La prudentia iuris dentro del sistema de fuentes del derecho no se compara con el precedente judicial; aquélla es expresión de una actividad profesional y especializada alrededor de un sistema complejo de ius civile, ius gentium y ius honorarium, de la interpretación y de la búsqueda de la decisión más justa.* III. *Perspectiva hodierna.* *La posición jurídica del juez y su función social: la decisión justa del juez con ocasión del discernimiento de lo justo. El precedente judicial: su noción y su diferencia con la iurisprudencia romana. Similitud en el discernimiento sobre la decisión justa del caso concreto: el hábito de juzgar rectamente y la prudentia iuris del juez y del jurista. Insuficiencia del “precedente”.* IV. *Conclusión.* *El precedente judicial es insuficiente para resolver los problemas de la crisis actual del sistema de fuentes del derecho. En cambio la idea de iurisprudencia podría contribuir para llegar a mejores soluciones.* V. *Bibliografía.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Deseo expresar mi más sincera gratitud al ilustre profesor Jorge Adame Goddard, con todo mi afecto y amistad, y a la querida amiga profesora Laura Velázquez, por la invitación a participar en esta publicación en ocasión del 80

* Profesor de derecho romano y derecho civil en la Universidad Externado de Colombia. Doctor en derecho por la Universidad de Roma “Tor Vergata”; jose.chamie@uexternado.edu.co.

Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Para mí es motivo de gran honor participar en este emblemático homenaje.

Este escrito se propone apenas enunciar algunas reflexiones en clave diacrónica alrededor de uno de los argumentos más interesantes en la mente del jurista, el del precedente judicial, con el objetivo de distinguirlo de los elementos de la tradición romanística, en particular la *iurisprudentia*, y aprovechar la ocasión para, en clave diacrónica, proponer una relectura de la posición del jurista en el sistema actual de las fuentes del derecho. Desde ya, se debe decir que el precedente judicial no es igual al valor de la *opinio iuris* del jurista romano. La idea de precedente está en estrecha relación con el momento de aplicación del derecho, con la certeza y la seguridad jurídicas, con el principio de igualdad, con la motivación de la decisión judicial, con los fines del ordenamiento jurídico, con los fines del derecho en sí mismo, en últimas, con la justicia. No obstante, en los países del sistema jurídico de tradición romanista, en las últimas décadas, se ha venido empleando la expresión “precedente judicial” por una marcada influencia del derecho anglosajón, y se ha pretendido comparar el sistema de precedentes con la *prudentia iuris* romana. Sin embargo, en nuestros países realmente no se trata de “precedente” en el sentido del *common law*, sino más bien de técnicas de vinculación al precedente. Y, por otro lado, la *iurisprudentia* romana difícilmente es comparable con el precedente judicial. Es cierto que la certeza del derecho es un postulado básico, pero también es cierto que el sistema de fuentes del derecho del estatal-legalismo se encuentra en crisis, y que la ley como fuente principal del derecho, por lo mismo, es evidencia de esa crisis en la hipertrofia legislativa de nuestra época. Por esto, conviene al jurista reflexionar inclusive más allá de la idea de precedente judicial, y proponer una re-lectura de la tradición que permita devolver la *auctoritas* al jurista y, por qué no, a sus opiniones; aceptar que tenemos mucho más que los jueces *boca de la ley*, y que la *iurisprudentia* en el sentido romano podría ser hoy una vía de salida del laberinto del estatal-legalismo.

Intentaré abordar la cuestión del valor del precedente desde dos perspectivas sincréticas: la del derecho romano, para distinguirlo de la experiencia única del derecho romano en materia de *iurisprudentia* (II), y la hodierna, de la doctrina procesalista contemporánea sobre el precedente (III). Finalmente, enunciaré algunas reflexiones conclusivas que se deducen de ambas perspectivas (IV), con miras a evidenciar la autonomía de la ciencia jurídica como actividad de expertos, reposicionar la figura del jurista, y plantear soluciones a la crisis del sistema de fuentes del derecho en el estatal-legalismo.

II. PERSPECTIVA ROMANISTA. EL *IUS* Y LA *IURISPRUDENTIA*.

LA *PRUDENTIA IURIS* DENTRO DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO NO SE COMPARA CON EL PRECEDENTE JUDICIAL, AQUELLA ES EXPRESIÓN DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL Y ESPECIALIZADA ALREDEDOR DE UN SISTEMA COMPLEJO DE *IUS CIVILE*, *IUS GENTIUM*, Y *IUS HONORARIUM*, DE LA INTERPRETACIÓN Y DE LA BÚSQUEDA DE LA DECISIÓN MÁS JUSTA

Derecho, justicia, equidad, igualdad, al igual que sobre estas ideas dijera hace veinte años el profesor Fernando Hinestrosa, no es “ampuloso ni ocioso traer a colación estos conceptos, ni la actividad de quienes han de elaborar el primero, el derecho, para la regulación de la conducta de los miembros de una sociedad, interpretarlo y aplicarlo”.¹ Ahora más que nunca “se evocan las tareas primordiales del jurista romano (*agere, cavere, respondere*), la singular posición que ocupaba en la sociedad, la exigencia de condiciones, calidades y talante correspondientes a la trascendencia de la responsabilidad de su tarea, de su rol en la sociedad”.² El papel del jurista, y su importancia para la solución de muchos de los problemas que nos aquejan en la actualidad debe ser una cuestión a considerar con seriedad. Se ha pretendido comparar el precedente judicial con la jurisprudencia romana, y esto quizá merezca algunas precisiones. Para comprender mejor la idea de la actividad del jurista romano conviene aproximarse desde la idea misma del objeto de su estudio, el *ius*.

Como sabemos, en relación con la terminología en latín de los juristas romanos, *ius* / “derecho”, en sentido general, es *ars boni et aequi*, obra realizada conforme al sistema de reglas de un arte que une en su base el fundamento religioso, la dimensión ético-política y la igualdad (D. 1, 1, 1 pr.),³ y se mantiene unido en un sistema gracias a la tarea de un grupo profesional

¹ Cfr. Hinestrosa, Fernando, “La profesión jurídica”, conferencia de instalación del Ier. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, *Revista de Derecho Privado*, Cartagena de Indias, núm. 30, enero-junio de 2016, pp. 5 y ss.

² *Idem*.

³ Acerca de la definición de Celso, indispensable ver las contribuciones de Gallo, Filippo, “Sulla definizione celsina del diritto”, *SDHI*, 53, 1987, pp. 7 y ss. (ahora en *Opuscula selecta*, Padova, 1999, pp. 551 y ss.); *id.*, Celso e Kelsen. *Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, que pone énfasis en el llamado que la definición hace en cuanto a ser el derecho obra del hombre y en cuanto a la igualdad; tal obra humana se desarrolla conforme a reglas y, yendo más allá de las palabras de Gallo, sobre la base de Riccobono reinterpretado por Catalano y de los juristas justinianos (Const. Δέδωκεν / Δέδοκεν 7), uso la referencia a “sistema”. Considero que la referencia a *bonum* expresa bien el ligamen entre los momentos religioso, ético y jurídico, pero el discurso se ampliaría sobre aspectos que no es posible afrontar en esta ocasión.

de expertos que lo mejora cotidianamente y cuya existencia y actividad se presuponen en la palabra *ars* de la definición (D. 1, 2, 2, 13).

En otro tipo de definiciones, el *ius* es aquel que ha sido establecido por la *natura* y/o por la *naturalis ratio*, por las leyes, por los plebiscitos, por los senadoconsultos, por las Constituciones imperiales, por el edicto del pretor, por las opiniones de los juristas, por la costumbre (Gai. 1, 3-7; J. 1, 2, 3-10; D. 1, 1, 7).⁴ Sin entrar en el examen de las referencias a la *natura* y/o a la *naturalis ratio* (Gai. 1, 1 = D. 1, 1, 9; J. 1, 2 pr. 2; D. 1, 1, 1, 3), se puede recordar cómo se precisa que la *lex* / “ley” es *quod populus iubet atque constituit* (Gai. 1, 3; J. 1, 2, 4), pero que son también leyes las otras disposiciones normativas que, si bien indirectamente, se reconducen a la expresión de la voluntad del pueblo: los plebiscitos mediante la *lex Hortensia* (Gai. 1,3; J. 1,2,4; D. 1, 2, 2, 8), los senadoconsultos por analogía de tratamiento con las decisiones de la plebe y por necesidad (J. 1, 2, 5; D. 1, 2, 2, 9), las Constituciones imperiales, mediante la *lex de imperio* (Gai. 1, 5; J. 1, 2, 6; D. 1, 2, 2, 11; D. 1, 4, 1 pr.), en fin, la costumbre (J. 1, 2, 9; D. 1, 3, 32) (como se sabe, el *legis vicem optinet / pro lege servetur / legis habet vigorem* de la doctrina de las fuentes, en ocasiones, derivó en un uso directo de la calificación de *lex* para tales disposiciones, y, para las Constituciones imperiales, devino también *legem esse constat*).⁵ Por el contrario, el edicto de los magistrados es una expresión de la autolimitación del *ius edicendi* (Gai. 1, 6; J. 1, 1, 7; D. 1, 1, 7, 1).⁶

⁴ No me detengo sobre las diferencias entre los tres elencos. Un elenco más completo del uso del término *ius* por parte de los juristas lo da Paulo en D. 1, 1, 11; también este elenco es incompleto, y la integración del siguiente fragmento, D. 1, 1, 12, es tan sólo un inicio: en efecto, en ese título el objetivo está delimitado. Los usos de *ius* para indicar el derecho del que una persona es titular no se toman en consideración en esta reflexión respecto a su relación con el término *lex*.

⁵ Cfr. para la doctrina de las fuentes: Gai., 1, 3-5; Pomp., D. 1, 2, 2, 12; Ulp., D. 1, 4, 1 pr. 1; para los usos mencionados, por ejemplo para los plebiscitos, ya Quinto Mucio, D. 9, 2, 39 pr., calificaba como *lex* el plebiscito del tribuno Aquilio; para los senadoconsultos, Ulpiano, en D. 14, 6, 9, 4, calificaba como *lex* el Macedoniano; para las Constituciones imperiales, véase Papiniano, en D. 37, 5, 21 (junto con la Glosa, D. 37, 5, 7), Paulo, en D. 4, 5, 7 pr. Cfr. otros ejemplos en Heumann-Seckel, *Handlexikon*, s.v. *lex*, cada uno merecedor de explicación: por ejemplo: *lex Quiritium* en Ulpiano, D. 6, 1, 1, 2, ha provocado una nota en la traducción en alemán de los digestos, a cura di Knütel et alii, que precisan que se trata de las Leyes de las XII Tablas, y la misma edición Mommsen-Krüger (17a. ed.), al igual que H.-S. denuncian la sospecha de interpolación; sin embargo, también la interpolación tiene un autor cuyo uso del término no puede no interesar, y podría explicarse en relación con el latín de los greco-parlantes, de los que hablamos *infra*. Para la designación de las Constituciones imperiales como *leges* en época tardía, véase siempre Archi, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970; id., *Teodosio II e la sua codificazione*, 1976, *passim*.

⁶ Cfr. Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una lectura de limpieza terminológico-

El término “jurisprudencia” sabemos que tiene distintos significados, pero a pesar de ello no se trata de un término ambiguo.⁷ En el sistema romano germánico, o también llamado de *Civil Law*, “jurisprudencia” tuvo inicialmente el significado de “ciencia del derecho”, referida especialmente a los juristas romanos (*iuris prudentes*) como señala Ulpiano (D. 1, 1, 10, 2), al definirla como “*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”. Se trata de un particular discernimiento sobre la justicia y la equidad de las cosas, una toma de decisiones sobre lo que es más justo y más productor de igualdad. Este significado de ciencia del derecho no es ajeno a la tradición germánica, que forma parte de la familia del derecho romano, pero tampoco es extraño al mundo anglosajón.⁸ No obstante ello, el término, en su significado romano, no es completamente equivalente al concepto moderno de “ciencia jurídica”, ni en el derecho germánico con el desarrollo de la *Jurisprudenz*, ni en el derecho anglosajón con su noción de *Jurisprudence*.

El equivalente griego de la noción romana está en la expresión *phronesis* (*Φρόνησις*), que se refiere a una sabiduría práctica, a la virtud del pensamiento moral para la comprensión de la diferencia entre el bien y el mal, el conocimiento y la evaluación de lo justo y de lo injusto, de la decisión más productora de igualdad y de justicia, dentro de un sistema de lo correcto, honesto, probo, y más igualitario, para un mejor vivir y un mejor morir. Para los juristas romanos, *scientia* está por *systema*, o *système* (*Σύστημα*) en griego. Así, *prudentia* no es propiamente *sapientia*, conocimiento en sí mismo, sino *ars*, entendido como un sistema de lo bueno y lo equitativo, un arte encaminado a distinguir ciertas cosas, alcanzar unas y evitar otras, conocimiento de lo que es justo y de aquello que no lo es; en otras palabras, una *prudentia* en el campo del derecho (*prudentia iuris*),⁹ se insiste, de la solución

conceptual”, *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014, t. I, pp. 28 y ss.; *id.*, “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, *Roma e America*, 13, 2002, p. 275; *id.*, “Nómos e lex e il loro rapporto con il ius”, en A. Lamarra y C. Buccolini (dirs.), *Nomos-lex. XV Colloquio Internazionale del Lessico Intellettuale Europeo. Atti del convegno*, Roma, 4-6 gennaio 2016 (en preparación).

⁷ Falcón y Tella, María José, *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Brill, Hague, 2011, pp. 7 y ss.

⁸ La voz “jurisprudencia” significa “ciencia adquirida del derecho”, *prudentia iuris*, pero también el hábito práctico de aplicar la ley a los casos, o el resultado de este hábito, los precedentes y el conjunto de decisiones semejantes dadas sobre un punto: García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, Roix, 1842, p. 6.

⁹ *Cfr.* Adame Goddard, Jorge, “Método para la solución de casos jurídicos”, *Ars Iuris*, núm. 37, 2007, pp. 13 y ss., que además con lucidez explica cómo “[e]l razonamiento pru-

cada día mejor, en el sentido de la más cercana a lo honesto, a lo justo, a lo más productor de igualdad.

La elaboración de los juristas en el siglo II a.C. fue estructurada científicamente por Quinto Mucio, quien fue el primero que plasmó el método sistemático-constitutivo en la elaboración del derecho, y la jurisprudencia se elevó hacia aquel específico rol ambivalente de principio ordenador del derecho, autónomo e indispensable, para cualquier otro principio ordenador.¹⁰ Es el carácter de indispensable que ostenta la labor de la jurisprudencia en el derecho romano, como lo observa el jurista Pomponio al trazar el *origo iuris atque processus*, cuando dice que “*ita in civitate nostra... aut est proprium ius civile, quod sine scriptum in sola prudentium interpretatione consistit*” (D. 1, 1, 1, 12), y este derecho se hace efectivo por los magistrados. Como dice Schipani, el presupuesto estructural asumido por este rol es el de una sociedad de libres e iguales, que en ella encuentra su propia expresión coherente y de ella constituye su fuerza.¹¹

Los juristas, en su tarea cotidiana de mejorar y sistematizar el derecho, en su propia elaboración doctrinal engloban las normas producidas en un derecho fragmentario por el Senado, y luego especialmente por el príncipe, combinándolas con pericia en el campo de su propia elaboración, coordinándolas con otras fuentes, realizando de alguna manera una tarea de unificación al menos parcial.¹² Los (*iuris*) *prudentes* romanos son los juristas, y la *iurisprudencia* es el conjunto de las opiniones que se formulan en razón de su actividad, identificada con la moderna doctrina. Las fuentes (Gai., 1, 5;

dencial propio del Derecho está orientado a definir la conducta justa, por lo cual se le llama prudencia de lo justo o jurisprudencia. Por su fin se distingue de la prudencia ética orientada a definir la conducta buena desde el punto de vista del bien o perfección de la persona, y de la prudencia política que define la conducta adecuada al bien común”; Falcón y Tella, M., *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, cit., p. 7.

¹⁰ Cfr. Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de limpieza terminológico-conceptual”, cit., pp. 28 y ss.; id., “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, cit., p. 275; id., “Nómos e *lex* e il loro rapporto con il *ius*”, cit. (en preparación).

¹¹ Cfr. Schipani, Sandro, *La codificación del derecho romano común*, trad. de J. F. Chamie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 24 y ss.

¹² Cfr. Volterra, Edoardo, “Il problema del testo delle costituzioni imperiali”, *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, p. 1096, observa: “los juristas se sirven de dichos pasajes y de tales citas [sc. de las Constituciones imperiales] en su tarea de construcción del Derecho reduciendo y traduciendo en reglas precisas y en principios generales las órdenes, las instrucciones, las decisiones imperiales emanadas por especies singulares, dando a decisiones de casos aislados y concretos el alcance de norma general y de principio abstracto, coordinando al sistema jurídico las normas y los principios por ellos individualizados y formulados”.

Pomponio en D. 1, 2, 2, 5 y 12; Papiniano en D. 1, 1, 7 pr.) afirman que la *auctoritas* o los *responsa prudentium* concurren en la formación de los *iura populi Romani* al mismo nivel de los otros hechos normativos. La *iurisprudencia* no es sólo una de las partes de todos los *iura*, sino que representa el momento central y unificador de la experiencia jurídica romana.¹³

Como lo señaló en su oportunidad Pugliese, el derecho que se produjo no estuvo constituido por un acercamiento atomista de soluciones particulares, cuya aplicación a nuevos casos era posible sólo si éstos podían en cierta manera coincidir con aquel inicialmente resuelto. Los juristas interpretaron y (re)elaboraron la solución de casos concretos, imaginaron otros casos, extrayendo de éstos reglas y principios.¹⁴ El mismo Pugliese subraya la importancia de la diferencia entre derecho “casuístico-jurisprudencial” y “derecho casuístico-judicial”, porque el primero lleva el sello de la jurisprudencia. La época clásica estuvo indudablemente caracterizada por un número tal y una relevancia tal de preceptos particulares y concretos, que no se encuentra parangón en la experiencia de los sistemas jurídicos modernos; estos preceptos tenían su contrapeso en otros preceptos generales y abstractos igualmente importantes.¹⁵

La actividad interpretativa de los juristas se presenta en la formación y elaboración del derecho, de reglas y principios prácticos y científicos; en la experiencia romana el derecho se forma del “caso”, de la “solución del caso”. Pero de esta simple enunciación nace una gran cantidad de problemas reconstructivos e interpretativos de la tradición, pues la doctrina romanista está lejos de ser unánime en cuanto al “método” de los juristas romanos.¹⁶ Mucho se ha dicho en relación con el derecho romano que fue un “derecho casuístico”; la idea ahora es introducir algo nuevo en la argumentación que se ha sostenido ya en la romanística, y vincular la reflexión con el argumento del precedente judicial, en especial en nuestro tiempo luego de investigaciones de interés.¹⁷ Como sabemos, el método de los juristas romanos en el

¹³ Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 31.

¹⁴ Cfr. Adame Goddard, Jorge, “Método para la solución de casos jurídicos”, *cit.*, pp. 13 y ss.

¹⁵ Pugliese, Giovanni, “Spunti e precedenti romani nelle moderne codificazioni”, *Index*, 14, 1986, pp. 19 y ss.

¹⁶ Cfr. Vacca, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, 2a. ed., Torino, 2012, p. 133.

¹⁷ Falchi, G., *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano, 2007, pp. 105 y ss.; Horak, F., “Osservazioni sulla legge, la casistica e il «case law» nel diritto romano e nel diritto moderno”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, Milano, 1982, pp. 67 y ss.; Thomas, J., “Aspetti metodologici della giurisprudenza romana classica”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, 30, 1971, pp. 311 y ss.; Vacca, Letizia, *Contributo allo*

estudio y la solución de los casos sometidos de diversa forma a su consideración era de tipo inductivo.

Como ha sido evidenciado en la romanística,¹⁸ los *iuris prudentes*, al afrontar las cuestiones, no se comportan de manera muy distinta a como lo harán muchos siglos después los juristas del *Common Law* inglés. La aproximación al estudio de los hechos (como dirá luego el pretor, *da mihi facto dabo tibi ius*) está despojado de la búsqueda de un principio de legalidad propio de la mentalidad moderna, y que representa un “peso” que influencia psicológicamente al jurista y al juez en los ordenamientos del *Civil Law*.

Precisamente esta autonomía al afrontar los hechos del caso, y el análisis del caso mismo, sin prejuicios legalistas, es la que constituye el dato más significativo de la experiencia del *case law* romano, pero al mismo tiempo la más difícil de comprender para nosotros. Los romanos se valían de un método radicado en aspectos espirituales de su tiempo, actualmente desaparecidos por el paso de los siglos, el tiempo transcurrido que impuso en el derecho un *Volksgeist* objetivamente distinto, con una lógica deductiva que impera hoy, y de la cual el intérprete hodierno no podrá liberarse tan fácilmente.¹⁹

El jurista romano examina el caso en todos sus elementos y todos sus aspectos, precisamente la *iurisprudencia*, que si bien es definida como “*divinarum atque humanarum rerum notitiae iusti atque iniusti scientia*”, es en realidad conocimiento adquirido por el estudio de la experiencia. Inicialmente el proceso de escogencia de los elementos esenciales para la decisión o la solución de la cuestión puesta a consideración del jurista es intuitivo, pero se trata de una intuición culta, afinada por los años de ejercicio profesional en el ámbito de la asesoría jurídica tanto a privados como al emperador.

Pero con mayor importancia, ese criterio jurídico se ha formado en atención a la experiencia jurídica de otros colegas de su tiempo o del pasa-

studio del metodo casistico nel diritto romano, Milano, 1976; *id.*, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 133 y ss.

¹⁸ Cfr. Pringsheim, E., “The Inner Relationship between English and Roman Law”, en *CLJ*, 5, 1935, pp. 347 y ss.; Stein, Peter, “I precedenti nella «Common Law»”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, cit., pp. 53 y ss.; Dawson, J. P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, pp. 103 y ss.; Monateri, P. et al., *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005, pp. 118 y ss.; cfr. Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12, *passim*.

¹⁹ Pugliese, Giovanni, “I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, 1977, pp. 29 y ss.; Talamanca, Mario, “La romanistica italiana fra Otto e Novecento”, *Index*, 33, 1995, pp. 159 y ss.; Mannino, V., “Considerazioni intorno a una presunta Pandettistica di ritorno”, *Europa e Diritto privato*, 2005, I, pp. 365 y ss.

do, conocimiento que consta en obras escritas o cuando menos mediante la tradición de orientaciones interpretativas ya consolidadas.²⁰ Las orientaciones prevalecientes se hacen *regulae*, es decir, la tendencia de ser prevalentes en la solución de los casos, consideradas de tiempo atrás ya las más razonables y plausibles, *pithaná*, para citar el título de la célebre obra de Labeón.

Se trata de los elementos esenciales para la solución, cuya efectividad los hace reglas elásticas y apropiadas para el caso concreto, y casos evidentemente similares. Al parecer, desprenderse de los elementos empleados en la solución de casos anteriores no sería posible; parecería que la analogía fue siempre aplicada en el contexto del *ius controversum* romano, donde los *responsa* jurisprudenciales fungían como de “precedente”,²¹ o que desconocerlos al menos sería extraño a la mentalidad y al *modus operandi* de la jurisprudencia romana. Empero, esto no indica en sí mismo un paralelismo con la metodología de los juristas ingleses, que osaban atenerse a los precedentes ya antes de que en el tardo siglo XIX fuera sancionado formalmente el *stare decisis*.²²

Sin embargo, el jurista romano no sentirá el vínculo de atenerse a la solución dada en casos similares cuando encuentre particulares características diferenciadoras entre el caso sometido a su consideración y la regla de casos anteriores. Esto recuerda el *distinguishing* sobre el cual a menudo se basan las decisiones de los tribunales en países del *Common Law*,²³ y si nos fijamos con atención, los juristas romanos usan la metodología de la distinción. Si, por el contrario, el jurista considera más relevantes los elementos que caracterizan al nuevo caso como caso análogo,²⁴ la solución debería ser como aquella tomada en el caso referencia o caso anterior.

²⁰ Cfr. Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de limpieza terminológico-conceptual”, *cit.*, pp. 28 y ss.

²¹ Talamanca, Mario, Comentario a F. Gallo, “Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)”, *BIDR*, 1989-1990, pp. 92, 93 y 743.

²² Vacca, Letizia, *Contributo*, *cit.*, pp. 21-23; Stein, Peter, *I precedenti*, *cit.*, pp. 54 y 55; Mattei, Ugo, “*Stare decisis*”. *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988; Crisculi, Giovanni, *Introduzione al diritto inglese. Le fonti*, 2a. ed., Milano, 1994, pp. 325 y ss.

²³ Vacca, Letizia, *Contributo*, *cit.*, p. 27; Thomas, J., “The Art of Distinguishing”, *L’educazione giuridica*, II. *Profili storici*, Perugia, 1979, pp. 207 y ss.; Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12, *passim*.

²⁴ Gallo, Filippo, “Alle origini dell’analogia”, *Diritto e processo nell’esperienza romana. Atti G. Provera*, Napoli, 1994, pp. 37 y ss.; Vacca, Letizia, “La «svolta adrianea» e l’interpretazione analogica”, *Metodo casistico*, *cit.*, pp. 39 y ss.; Mantello, Antonio, “L’analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici”, *Studi R. Martini*, II, Milano, 2009, pp. 605 y ss.

Resulta significativo que las dos posibilidades con las que puede ser solucionado un caso sometido a la consideración del jurista (solución con los elementos del caso de referencia o solución con elementos diferentes), de acuerdo con la técnica diairetica empleada por los juristas romanos, sean precisamente consideradas en la *responsa prudentium*; así formulada, de acuerdo con la técnica mencionada, indica alternativamente una u otra solución según las circunstancias de cada caso. El jurista romano no se ocupa de la verificación de los hechos, pero busca destacarlos cuando su valor específico así lo requiere, y a su vez cuando la distinción misma lo requiere.²⁵

A título de ejemplo se toman en cuenta algunos pasajes del epítome de Paulo a los digestos de Alfeno Varo:²⁶

Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. Respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset [D. 10, 4, 19].

Servus cuiusdam insciente domino magidem commodavit: is cui commodaverat pignori eam posuit et fugit: qui accepit non aliter se redditurum aiebat, quam si pecuniam accepisset: accepit a servulo et reddidit magidem: quaesitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respondit, si is qui pignori accepisset magidem alienam scit apud se pignori deponi, furti eum se obligasse ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti: sed si nescisset alienam apud se deponi, non esse furem, item, si pecunia eius nomine, a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti [D. 12, 6, 36].

Villae instrumento legato supellectilem non contineri verius est. Vineae et instrumento eius legato instrumentum vineae nihil esse Servius respondit: qui eum consulebat, Cornellium respondisse aiebat palos perticas rastros ligones instrumenti vineae esse: quod verius est [D. 33, 7, 16 pr. 1].

Se observa cómo según las características del caso el jurista resuelve la *quaestio* o mediante la adecuación a la orientación precedente, o si no, dando lugar a una nueva regla con características específicas similares. Si no se trata de una nueva regla *ex casu*, entonces el jurista concede, en cierta medida, validez a la regla precedente mediante una metodología basada en el *ars boni et aequi*. Esta, precisamente, es una diferencia notoria con la dis-

²⁵ Cfr. Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *cit.*, *passim*.

²⁶ Se sabe que Alfeno fue discípulo de Servio, de cuya formación habría refinado esta técnica en los *responsa*; cfr. Guarino, Antonio, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1968, pp. 724 y ss.

ciplina hodierna del precedente judicial y su funcionamiento. Se refleja la elasticidad de una cierta forma de un “derecho casuístico”, pero por obra de los juristas y de su *interpretatio* del sistema complejo y articulado de fuentes del derecho. A propósito, el conocido pasaje de Paulo en D. 50, 17, 1, que podría considerarse un claro ejemplo del método casuístico romano: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

Desde la perspectiva sincrónica, se observa cómo a una orientación interpretativa la sustituye otra, mediante la interacción entre el *ius controversum* y la consolidación de interpretaciones u orientaciones jurisprudenciales.²⁷ La consolidación de reglas mediante su aplicación a casos análogos es, sin duda, quizá un aspecto común a los juristas romanos y anglosajones, pero con la marcada diferencia —por lo menos en los periodos preclásico y clásico— de que en ese derecho romano la consolidación de las reglas se da con el *ius controversum*. El siempre presente problema de la fuerza de la ley (*legis vicem*) de la *responsa prudentium* y su larga vicisitud que pasa por el *ius publice respondendi*, la ley de citas y la codificación de Justiniano.

En cierta medida también en el *Common Law* se observa la consolidación de orientaciones jurisprudenciales: pero esto ocurre con el paso del tiempo, y a uno se sustituye otro, desde un punto de vista diacrónico.²⁸ Entre los siglos II a.C. y III d.C. coexisten distintas tendencias jurisprudenciales opuestas, empleadas para resolver el mismo género de casos, valga recordar las posiciones contrapuestas entre sabinianos y proculeyanos, que compartieron su vigencia en un mismo periodo de tiempo. Se debe decir que “vigentes” en el sentido de que eran objeto de aplicación inclusive en sede judicial, pero no eran todavía *ius receptum*.

Esto en cuanto a partir de la mitad del siglo III a.C. la consultoría jurídica se desarrolla de forma libre, por lo cual los casos similares iban sometidos a la *responsa* de distintos juristas, con soluciones basadas en diferentes *rationes decidendi*. Pluralidad y divergencia propia de una jurisprudencia que no estaba todavía influenciada por la autoridad imperial. Otro aspecto es que no existía un órgano oficial que unificara la actividad interpretativa, lo que hoy se observa inclusive para el jurista del *Common Law*.

No es el caso ahora de revisar a fondo la realización práctica del *ius controversum*, tan sólo mencionar que detrás de la labor del jurista están siempre los principios de buena fe y equidad, y que ninguna otra sociedad supo darse

²⁷ Cfr. Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *cit.*, *passim*.

²⁸ Cfr. Cannata, Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 2a. ed., Milano, 1976, p. 56; Criscuoli, Giovanni, *Introduzione, cit.*, pp. 231 y ss., p. 274.

un ordenamiento jurídico como lo hizo la romana en el periodo clásico de la jurisprudencia. El fenómeno jurídico expresa una variedad de tendencias que imponen soluciones distintas a casos similares, pero de manera espontánea estas tendencias se superan para avanzar hacia la uniformidad de las decisiones, y es también el caso del derecho romano a partir del siglo II d.C., al superar la dialéctica jurisprudencial entre sabinianos y proculeyanos.

No han faltado intentos para explicar la fuerza vinculante de la jurisprudencia en los distintos casos: 1) *responsa* acogidos de inmediato en la praxis; 2) *responsa* acogidos parcialmente; 3) *responsa* rechazados de inmediato.²⁹ Pero cuáles eran los mecanismos para establecer el carácter vinculante de una u otra línea jurisprudencial o bien de una u otra línea de interpretación. Es posible formular hipótesis razonables, pero no tenemos los elementos suficientes en las fuentes para afirmar que fuese un rescripto imperial a poner fin a la controversia interpretativa, o lo fuese la opinión de un jurista de gran autoridad. Se piensa entonces en el *ius publice respondendi* otorgado por Augusto a ciertos juristas. Se sostiene que Juliano, último de los sabinianos,³⁰ habría cumplido esta función, por así decirlo, de unificar criterios.³¹ En la mayoría de los casos las fuentes no dicen que la jurisprudencia misma ponga fin al estado de *ius controversum*, alcanzando cierta uniformidad interpretativa. Esta perspectiva podría sostenerse con base en el célebre rescripto citado por Gai. 1, 7, y así los *responsa prudentium* habrían tenido una eficacia de tipo para-legislativo.³²

Se debe tener en cuenta también la hipótesis según la cual habría sido la praxis la que dio prevalencia a una corriente sobre otra.³³ Es decir, una orientación interpretativa que prevalecía por la aprobación general de usos y costumbres jurídicamente relevantes.³⁴ El *ius controversum* se transforma en *ius receptum*. La noción de *ius receptum* (o *inductum*) se confirma en las fuentes,³⁵

²⁹ Gallo, Filippo, “La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giulianea o interpolazione postclassica?”, *BIDR*, 1991-1992, pp. 94, 95, 99 y ss.; Giaro, Tomasz, “Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale”, «*Fides, Humanitas, Ius*». *Studii L. Labruna*, IV, Napoli, Jovene, 2007, pp. 2249-2252 y ss.

³⁰ Pomp. D. 1, 2, 2, 53.

³¹ Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 219.

³² Cfr., *ibidem*, p. 209; Gallo, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1971, 47-48, pp. 153 y ss.

³³ Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12, *passim*.

³⁴ Betti, Emilio, “La creazione del diritto nella «iurisdictio» del pretore romano”, *Studi G. Chiovenda*, Padova, CEDAM, 1927, pp. 65 y ss.

³⁵ Gai. 3, 82; 3, 160; D. 1, 3, 14; D. 1, 3, 32; D. 2, 1, 14; D. 9, 2, 51, 2; D. 19, 1, 11, 8; D. 21, 2, 56, 7; D. 22, 1, 2; D. 24, 1, 1; D. 27, 4, 1 pr.; D. 30, 71, 4; D. 35, 1, 24; D. 35, 1,

y hace referencia en particular a la praxis judicial, a las sentencias de los jueces.

Se dice que en relación con el *ius controversum*, desde la perspectiva sincrónica, hay una cercanía entre el derecho romano y la experiencia anglosajona,³⁶ pero si bien en ciertos aspectos son similares, la primera difiere notablemente de la segunda. La referencia al periodo arcaico dentro del paralelismo entre los dos modelos en comentario había ya sido evidenciada por la doctrina, al señalar la posible analogía entre las funciones del “tribunal ciudadano” en el periodo de las *legis actiones*, y las cortes centrales de Londres en los siglos XII al XVII.³⁷

Es posible sostener que en la época arcaica, en el periodo del derecho pontifical, la actividad de asesoría jurídica se desarrollaba por medio de un monopolio de la interpretación por parte del colegio de los pontífices, en relación con los *mores maiorum*, y que evidencia una pluralidad de horizontes interpretativos. Esto es así si se observa desde la perspectiva diacrónica. Vale la pena preguntarse entonces con qué modalidad se desarrollaban el *agere*, *cavere*, *respondere* de la jurisprudencia de los pontífices, cómo expresaban sus opiniones oficiales, para realizar un completo análisis comparativo de los dos sistemas.

El proceso de centralización del poder a partir de Augusto, y el absolutismo del mismo durante la época posclásica, en especial a partir de Constantino, modificaron sensiblemente el cuadro de las fuentes formales del derecho, y entonces la codificación iba a marcar un punto de particular importancia al colocar definitivamente a las Constituciones imperiales (*leges*) en la cúspide de la jerarquía.³⁸ El otorgamiento por Augusto del *ius publice respondendi ex auctoritate principis* a algunos juristas, precisamente a aquellos que simpatizaban con las reformas constitucionales que hacían caminar la República hacia el Principado, fue el inicio de un largo pro-

73; D. 39, 3, 3, 3; D. 40, 7, 2, 4; D. 41, 2, 1, 14; D. 41, 2, 32, 2; D. 44, 7, 5 pr.; D. 45, 1, 4, 2; Paul. Sent. 5, 2, 2; Gell. 12, 13, 3.

³⁶ Gorla, Gino, “Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme d'azione)”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 1962, pp. 25 y ss.; Pringsheim, F., *The Inner Relationship*, cit., pp. 347 y ss.; Stein, Peter, *Roman Law and English Jurisprudence in Yesterday and Today. An Inaugural Lecture*, Cambridge, 1969, pp. 3 y ss.; Sarfatti, M., “«Roman Law» and «Common Law»: Forerunners of a General Unification of Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1954, pp. 102 y ss.; Peter, Hans, «*Actio*» und «*Writ*». Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe, Tübingen, 1957, pp. 51 y ss., 81 y ss.

³⁷ Cfr., por todos, Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, cit., *passim*.

³⁸ González de Cancino, Emilssen, “Non exemplis sed legibus iudicandum est”, *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper Polo*, Santiago, 2007, pp. 415 y ss.

ceso que llegaría dentro de la misma codificación justiniana a su cúspide, con la idea de un desplazamiento de la base del valor de las opiniones jurisprudenciales: sólo las acogidas en la codificación de Justiniano, y en las formas en que allí se presentaban, podían ser consideradas verdaderas fuentes del derecho.³⁹

Una fuente que, aunque parezca aislada, alimenta el debate acerca del sistema de fuentes en el derecho romano y el valor del precedente es D. 1, 3, 38 (*Callistrato, libro I quaestiorum*): “*Nam imperator noster Servus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus profiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*”.

Para González de Cancino, esta fuente es, literalmente, una golondrina extraviada. Esto si se la ve desde su exégesis. Sin embargo, en el sistema y el orden del *Digesto* el pasaje se encuentra en el libro I, título III, “De las leyes, de los senadoconsultos, y de la costumbre inveterada”. En este título del *Digesto* se enuncia el sistema de fuentes planteado por la codificación de Justiniano.

En la época de Adriano, la labor de Salvio Juliano sobre el edicto de los magistrados sistematizándolo, clarificándolo, cristalizando sus disposiciones, determinó la superación del dualismo *ius civile-ius honorarium* y, de cierta manera, el control del emperador y sus órganos de justicia sobre lo que fuera la tradición pretoria. En la época posclásica las Constituciones imperiales se convierten en la fuente principal, o quizá la única, del derecho. Podría ser que los precedentes judiciales a los que alude D. 1, 3, 38 se refieran a la reiteración de la costumbre de una ciudad, en varios juicios, y se pregunta González de Cancino, ¿de manera que aparezca la preexistencia de tal uso? Esto podría haber sido así, pero quizá para la época de los severos.⁴⁰

La relación entre los dos sistemas se plantea entre el derecho y el juez, entre interpretación del derecho y decisión del caso. En el sistema romano el jurista “sugiere” con sus respuestas (*responsa*) las soluciones, pero estas soluciones no tienen *per se* un contenido preceptivo, ni para el caso concreto ni en general para otros casos, no tienen un valor formalmente preceptivo para otros casos. Y esto parece indiscutible.⁴¹ En el derecho anglosajón el juez profiere sentencias que tienen no sólo un valor normativo para el caso concreto, sino que también tienen valor formalmente preceptivo para sucesivos casos análogos. Lo cierto es que el procedimiento de formación de la experiencia jurídica romana en la jurisprudencia clásica resulta bastante

³⁹ *Ibidem*, pp. 415 y ss.

⁴⁰ *Cfr. ibidem*, p. 424.

⁴¹ *Cfr. Vacca, Letizia, La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, cit.*, p. 114; Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 59 y ss.

similar al procedimiento de formación y de interpretación del derecho del *Common Law*, y no tanto similar a los actuales procedimientos de producción del derecho en los ordenamientos continentales en la actualidad.⁴²

Como lo señala Letizia Vacca, entre los dos sistemas (derecho romano y *Common Law*) es análogo el procedimiento racional que el jurista de uno y otro emplea para “encontrar” en el ordenamiento la solución al caso singular, y para “construir” a partir de los casos singulares el ordenamiento mismo. Este procedimiento es diferente de aquel en el cual se debe “encontrar” en la ley, que es precepto general, la norma para “aplicar” al caso singular.⁴³

Las modificaciones del derecho consuetudinario no llegan a hacerse necesarias sino en casos muy raros; la experiencia confirma que las reglas de derecho en una sociedad se forman por sí mismas, se encuentran adaptadas a sus relaciones, a su realidad y necesidades. Junto al derecho consuetudinario se ubica la práctica judicial, el *usus fori*, o conjunto de reglas de derecho que se forman por la práctica uniforme de los funcionarios públicos, y las máximas establecidas de este modo tienen también fuerza de ley.⁴⁴ ¿Pero cuándo comienzan a tenerla? Esto es lo que no puede señalarse con exactitud, todo lo que puede decirse se reduce a que es necesario que el número de precedentes sea suficiente para constituir una opinión pública sobre un punto de derecho.⁴⁵ No parecería racional pensar que se atribuyera un efecto semejante a una sola decisión judicial, pero la autoridad de un funcionario o de un cuerpo ha sido tan grande que ha puesto fuera de duda con una sola decisión puntos controvertidos en derecho. Es así como la fuente romana en D. 1, 3, 38 (Callistrato, *Quaest.*) debe leerse en el sentido de que supone un cierto número de decisiones.⁴⁶

“Hay una diferencia metodológica radical entre los dos sistemas. En el moderno derecho continental, como ocurría en el derecho romano, el énfasis no está en el caso individual en particular, sino en una serie o grupo

⁴² Vacca, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 114.

⁴³ Cfr. *idem*.

⁴⁴ Falck, N., *Prologómenos del derecho o enciclopedia jurídica*, trad. de R. Navarro Zamorano y J. A. de Zafra, México, 1852, p. 13, que recuerda cómo Blackstone destacaba la ventaja del derecho consuetudinario como ventaja del derecho inglés, en el hecho de que, como un derecho compuesto de costumbres, descansa sobre la libre voluntad del pueblo.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 14 y ss.

⁴⁶ Cfr. Mackeldey, Ferdinand, *Compendium of Modern Civil Law*, New York, Kaufmann, 1845, que destaca cómo este derecho consuetudinario se forma de las decisiones judiciales uniformes en casos similares, que hoy en día los alemanes llaman la “*práctica*”, o los “*usos judiciales*” (*usus fori*), y los franceses llaman la “*jurisprudence des arrêts*”. Cfr. Phillimore, J. G., *Private law among the romans*, London, 1863, pp. 38 y ss.

de casos que crean una práctica”.⁴⁷ Los sistemas abiertos son esencialmente sistemas de derecho jurisprudencial, o judicial, caracterizados por la menor, o, sin más, marginal importancia de las disposiciones normativas expresas. En estos sistemas, los órganos llamados a verificar en última instancia el derecho a aplicar (los pretores en Roma, y los jueces en el *Common Law*), observando reglas y límites que cambian de ordenamiento en ordenamiento, pueden innovar el estado del derecho precedente, asumiendo nuevos juicios de valor, en el plano de la política del derecho.

Hay toda una proyección sobre el plano político-legislativo. Desde el punto de vista de la operatividad lógica, no hay diferencia entre la norma jurídica y el precedente: en ambos, a una determinada situación de hecho se reconducen determinados efectos sobre el plano del derecho. Un sistema de derecho jurisprudencial o judicial en estado puro no existe; tanto juristas como jueces deben confrontarse con las disposiciones normativas expresas y heterónomas que imponen reglas de conducta que no dependen de la valoración autónoma de ellos.⁴⁸ No obstante esta afirmación, se deben tener en cuenta los argumentos de Taruffo en relación con la complejidad de la decisión judicial y la motivación de ésta. No hay duda entonces de que las dos experiencias, la del derecho romano y la del *Common Law*, son diferentes.

III. PERSPECTIVA HODIERNA. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL JUEZ Y SU FUNCIÓN SOCIAL: LA DECISIÓN JUSTA DEL JUEZ CON OCASIÓN DEL DISCERNIMIENTO DE LO JUSTO. EL PRECEDENTE JUDICIAL: SU NOCIÓN Y SU DIFERENCIA CON LA *IURISPRUDENTIA* ROMANA. SIMILITUD EN EL DISCERNIMIENTO SOBRE LA DECISIÓN JUSTA DEL CASO CONCRETO: EL HÁBITO DE JUZGAR RECTAMENTE Y LA *PRUDENTIA IURIS* DEL JUEZ Y DEL JURISTA. INSUFICIENCIA DEL “PRECEDENTE”

La reflexión acerca del precedente judicial pone al centro de la cuestión al juez y su tarea frente al caso. No en vano se ha ocupado el maestro Jorge Adame también de la responsabilidad del juez en el cumplimiento de su tarea, y ha destacado cómo también en la actividad del juez hodierno encontramos la “prudencia” del juicio. Así, “[l]a responsabilidad principal de un juez es

⁴⁷ Goodhart, A., “Precedent in English and Continental Law”, 50 *Law Quarterly Review*, 40, 1934, p. 42.

⁴⁸ Así, Talamanca, Mario y Capogrossi, Luigi, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 5 y ss.

juzgar bien, por lo que toda la ética judicial, en lo que tiene de ética específica o particular, se orienta a la práctica de la conducta necesaria y conveniente para que el juez cumpla esa delicada misión de juzgar rectamente”.⁴⁹

Con atinada precisión señala Adame Goddard que la actividad de los jueces es baluarte de la paz social; el juez define cómo ha de restablecerse la justicia mediante sentencias justas y convincentes, definiendo lo justo debido y los medios para reparar la injusticia en el caso concreto, lo que el maestro Adame denomina “la función social del juez”.⁵⁰ De esta manera, lo primero que se evidencia es que el juez debe discernir sobre la decisión justa, tal y como el jurista romano, pero en un ámbito distinto de la profesión jurídica si lo vemos desde el presente. La posición del juez en la actualidad es distinta de aquella del *iudex* romano, y, obviamente, de aquella del *ius perito*.

Dicho esto, es decir, teniendo en cuenta la posición del juez en la actualidad respecto del discernimiento para la decisión justa del caso sometido a su conocimiento, hagamos entonces referencia al precedente judicial.

Lo que antes fuera una doctrina válida sólo dentro de los confines del *Common Law*, hoy es correctamente considerado como un problema universal de la teoría jurídica y las teorías normativas de la argumentación;⁵¹ este es el punto de partida y la conclusión inevitable en materia de precedente judicial en la actualidad.

Para Taruffo, el precedente consiste en “una decisión anterior de la que es posible extraer una regla jurídica con base en la cual es posible resolver un caso posterior igual o similar... el núcleo del precedente es la *ratio decidendi* de la decisión anterior”.⁵² Las investigaciones desde la perspectiva argumentativa han evidenciado problemas que de otro modo no habrían sido considerados, evitando el riesgo de ver sólo una imagen unidimensional de un fenómeno jurídico problemático complejo, como lo es la decisión judicial y su relación con el precedente, y con la necesaria argumentación del juez para la escogencia de la regla o principio para la solución del caso concreto por decidir, y también en relación con los decididos.⁵³ Se trata de los “perfiles de complejidad” de la decisión judicial, como dice Taruffo.

⁴⁹ Adame Goddard, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien”, *Revista de la Judicatura*, núm. 21, 2006, pp. 115 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 118.

⁵¹ Bernal Pulido, Carlos, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, trad. de R. Camarena, Bogotá, 2015, pp. 10 y ss.

⁵² Taruffo, Michele, “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, *Ragion Pratica*, 6, 1996, p. 62.

⁵³ Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *Precedente. Anuario Jurídico*, vol. 1, 2012, pp. 185 y ss.; Iturralde, V., “Precedente judicial”, *Eunomia. Revista en*

La función principal de la decisión judicial es resolver una controversia según criterios legales y racionales controlables. Esto sería lo que reemplazaría al “discernimiento sobre lo justo y lo injusto”, o bien, el discernimiento para la decisión “más honesta y productora de igualdad”. Tal función se realiza cuando el juez toma una decisión final en el procedimiento individual de entre diversas hipótesis posibles en conflicto.⁵⁴ Se trata del “discurso justificativo” del juez. Debe haber claridad, “en Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa”.⁵⁵ Esto quiere decir que en el *Common Law* americano no hay realmente precedente vinculante.⁵⁶

Otro punto a destacar, siempre con Taruffo, es que inicialmente se piensa que en el *Civil Law* el precedente no existe, o al menos no existe el precedente de tipo original, precedente de tipo angloamericano.⁵⁷ En Latinoamérica hay un “precedente” como va interpretado por la ciencia jurídica latinoamericana. En la teoría clásica del precedente angloamericano su función más importante es la de asegurar la igualdad de los ciudadanos frente a la ley. En el mismo sentido, que el ciudadano pueda prever cómo el juez en un caso futuro va a decidir un caso similar, esto es, la garantía de la seguridad jurídica y certeza del derecho para el ciudadano. Ya en los años veinte, Calamandrei indicaba la función de unificar o de uniformar que debía cumplir la jurisprudencia. La previsibilidad de las decisiones judiciales se consideró, en el periodo de la codificación, como finalidad de la ley escrita y no de la jurisprudencia o de las decisiones judiciales (*cfr.* la doctrina probable en Colombia, Corte Constitucional colombiana sentencias de constitucionalidad: C-836/2001 y C-537/2010).

Taruffo dice que el mito de la ley que no se interpreta, del juez como boca inanimada, ya no existe. Esta idea había ya entrado en crisis con la

Cultura de la Legalidad, 4, 2013, pp. 194 y ss.; Moreno Cruz, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, en Benavides, José Luis (comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014, pp. 59 y ss.

⁵⁴ Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 186.

⁵⁵ Kozel, R., “Stare decisis as judicial doctrine”, 67 *Wash. & Lee L. Rev.*, 2010, 411; Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *Ius et Veritas*, vol. 22, núm. 45, 2012, pp. 88 y ss.

⁵⁶ Goodhart, A., “Precedent in English and Continental Law”, *cit.*, pp. 41 y ss.; Taruffo, M., “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

⁵⁷ Moschzisker, R., “Stare decisis in Courts of last resort”, 37 *Harvard Law Review*, 1924, p. 409; Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

obra de François Géný en la teoría de la interpretación, y con la jurisprudencia de intereses en Alemania. En los discursos sobre el precedente en el *Civil Law* nunca se habla de igualdad. El valor de la igualdad frente al derecho se ha perdido. Se habla de previsibilidad y uniformidad, pero no de igualdad, afirma Taruffo.⁵⁸ Es cierto, el juez ya no es “la boca de la ley”, es un paradigma superado; el juez debe enfrentarse a cantidades enormes de trabajo, y a un texto legal cada vez más farragoso y especializado, debe hacer frente a la decodificación, con cada vez menos herramientas hermenéuticas, con lentos desarrollos en innovación y con poco reconocimiento salarial. Si bien la ley sigue siendo una de las fuentes más relevantes, no es la única, y cada vez se muestra menos eficaz dentro de un sistema de producción normativa disperso y con poca legitimidad.

Se ha dejado de lado la teoría clásica del precedente, y se emplean otras técnicas para uniformar la jurisprudencia. Pero estas técnicas no tienen nada que ver con el precedente. Así, en el *Civil Law* no sería correcto hablar de precedente, o no por lo menos en su concepto clásico, señala Taruffo. En este sentido, se piensa en la *súmula vinculante* en Brasil (tomada del sistema de la vieja URRSS y de Cuba), que no es precedente porque no decide un caso específico. Empero, Taruffo dice que el precedente en el *Common Law* inglés y americano es persuasivo, o más o menos persuasivo, pero no vinculante.⁵⁹

En particular en mi país, Colombia, hablamos de la doctrina probable, que ha sido definida como una “técnica de vinculación al precedente”. Así, en los términos de la Corte Constitucional colombiana:

La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la *perpetuo similiter judicatarum*. En Colombia, como se indica en la Sentencia C-836 de 2001, la figura tuvo su origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10o. de la Ley 153 de 1887. Posteriormente, en la Ley 105 de 1890 se especificaron aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema, y cambió el nombre de “doctrina legal más probable” a “doctrina legal”. Finalmente, en el artículo 4o. de la Ley 169 de 1896 se estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁸ Cfr. Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 186; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

⁵⁹ Cfr. Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 180; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, p. 90.

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.⁶⁰

Cabe preguntarse, junto con Taruffo, si hablamos de “precedente” en el *Civil Law*, ¿hablamos mejor de técnicas para uniformar? ¿O hablamos de jurisprudencia? Hay ambigüedad en el uso del término. ¿Se trata de enunciados generales y abstractos? (¿ley?, ¿en cuál sentido?).

Se debe tener en cuenta que muchas veces la máxima jurídica no representa la verdadera razón de la decisión, y es tan sólo algo que el autor de la motivación pone como retórica de su discurso sin conexión con el caso que ha sido decidido. En el precedente clásico se distingue entre la motivación de una decisión (*ratio decidendi*) y el *obiter dictum*.⁶¹ La máxima puede ser mentirosa y no corresponder a la razón de la decisión del caso. Para el jurista no puede dejarse a un lado la preocupación por el avance de un modelo burocrático, autoritario y vertical de la administración de justicia, dando a las altas cortes o a un tribunal supremo el poder de interpretar en términos generales la ley sin hacer referencia a un caso específico.⁶² De ser vinculante este poder, crea un modelo burocrático y autoritario (en el sentido de Weber); todo poder está encima y nada por debajo. Taruffo piensa que la justicia debe hacerse en primera instancia, y sobre los hechos. La justicia se administra aplicando la ley, interpretando la ley de acuerdo con los hechos sobre los que las partes están en litigio.⁶³

El nivel de administración concreta de justicia es la primera instancia. La justicia se hace abajo, mucho más que al extremo de arriba del sistema judicial. A este fenómeno se le denomina “particularismo judicial”. Es el juez de los hechos el que en realidad interpreta la ley. El Tribunal supremo implica un alto grado de abstracción interpretativa. Por este motivo se

⁶⁰ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-537 de 2010.

⁶¹ Cfr. Moreno Cruz, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, *cit.*, pp. 59 y ss.

⁶² Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 188 y ss.; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

⁶³ Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 190; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, p. 92.

deben buscar soluciones intermedias y menos formalistas. En realidad, la distinción tradicional entre los dos sistemas ha venido a menos. Fundados el uno en el precedente y el otro en la ley escrita, la distinción no tiene en la actualidad ningún valor descriptivo, si es que acaso la tuvo antes.⁶⁴ Es curioso que en el sistema romano germánico o de *Civil Law* se amplía el uso de la jurisprudencia. En el *Common Law* se amplía el uso de la ley escrita (en “áreas codificadas”).

Vista la jurisprudencia como fuente de derecho, el ámbito de la interpretación judicial se condiciona a la estructura de la argumentación jurídica, pero ahora no es una estructura silogística-deductiva, ni dogmática-sistemática, sino una estructura tópica propia en el sentido declarado en los años setenta por Theodor Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*) y eficazmente recordado por Taruffo.⁶⁵ “Los precedentes representan los *topoi* que orientan la interpretación de la norma en la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung*, que sustentan a la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa, como por ejemplo, la motivación de la sentencia”.⁶⁶

La cuestión es que el juez está obligado no sólo a mostrar la corrección de sus fallos, sino también a presentarlos convincentemente. La jurisprudencia constituye el contenido efectivo del derecho viviente.⁶⁷

En la actualidad, jurisprudencia en sentido amplio se refiere a la pluralidad de casos resueltos.⁶⁸ El precedente, en cambio, a la decisión del caso

⁶⁴ Así, los resultados de la investigación comparativa de MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Aldershot, Ashgate, 1997, *passim*; cfr. Anderlini, Felli, Riboni, “Why stare decisis?”, *Review of Economic Dynamics*, 17, 2014, pp. 726-773; cfr. Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente. Anuario Jurídico*, 2007, pp. 85 y ss.

⁶⁵ Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.; *id.*, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 185 y ss.

⁶⁶ Cfr. Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, S Aafl, 1974, pp. 7 y ss., y *passim*, uno de los principales exponentes de la llamada “Escuela de Maguncia”.

⁶⁷ Cfr. Mengoni, Luigi, “Diritto vivente”, *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Torino, Giappichelli, 1990, vol. VI, pp. 445 y ss.

⁶⁸ Como se dijo, la *iurisprudentia* romana, en cambio, se refiere a una actividad profesional e independiente a cargo de un grupo de expertos (*iuris periti*), actividad principalmente de interpretación del *ius* para dar al caso la solución más honesta, correcta, justa, productora de igualdad. Esto dentro de un sistema de fuentes del derecho complejo y articulado de “varios derechos” (*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*) que interactúan entre sí y sobre el cual se ocupa el jurista. En este sentido, la *iurisprudentia* en concreto es la ciencia jurídica, la actividad del jurista de discernir entre lo justo y lo injusto, entre lo que debe hacerse y lo que no, la decisión justa, ajustada a la *interpretatio* del *ius* y de sus principios, la búsqueda de la

particular. Asume acá importante valor la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* en el concepto de precedente, y el *distinguishing* y el *overruling* como técnicas para no considerar vinculante el precedente que no se pretende seguir, es decir, apartarse de la *regula iuris* porque no encaja en el caso.

Taruffo explica que en el sistema norteamericano la fuerza del precedente existe, pero en grado menor. Los jueces americanos lo aplican con gran discrecionalidad, pero la regla de *stare decisis* permanece. En el *Civil Law* el grado de fuerza es menor, pero nada excluye que existen precedentes que por ser autoridad y carácter persuasivo se impongan a los jueces sucesivos. La fuerza del precedente no se expresa de manera general o de forma indiferenciada en relación con un juez cualquiera, depende de la dirección, de la jerarquía. Se habla de precedente vertical y horizontal.⁶⁹

Parece improbable que la casación vaya a convertirse en una “Corte del precedente” siguiendo la tendencia evolutiva. Ojalá no se acentúe la situación actual, con una jurisprudencia aluvional, cada vez menos coherente e influyente. El precedente puede operar como las estructuras disipativas de la teoría de la complejidad, esto es, como momentos de formación de áreas de orden dentro del fluir desordenado de jurisprudencia; factores de racionalización, de uniformidad. De predictibilidad y de igualdad de tratamiento en la incontrolable cantidad y variedad de casos decididos por las cortes.⁷⁰

En cuanto a la *auctoritas* del precedente, conviene preguntarse por sus caracteres en sentido propio. Siempre con Taruffo, estos son: “unidad”, “autoridad” e “influencia”, en función de los cuales dichos precedentes puedan emerger del caos de la praxis judicial. Por otro lado, las decisiones de cortes extranjeras se difunden con la creciente globalización de la cultura jurídica, pero este fenómeno no cabe dentro en la definición de precedente.

Según el *Common Law* en general, el primer juez decide el caso, y el segundo juez crea el precedente, pues aplica la regla del primer juez. El 90% de la motivación de la decisión en las cortes inglesas es el análisis de los hechos; el derecho cuenta poco desde este punto de vista, son los hechos que están en todos los niveles de la jurisdicción y sobre la mesa de lo que el juez decide.⁷¹

En esto asume relevancia la consideración acerca de las categorías explicativas del razonamiento judicial. La motivación judicial es, sin lugar a

solución justa mediante la “*prudentia*” calificada como “*prudentia iuris*”, por la cual los juristas son “*discernientes*” dentro de un sistema del *bonum et aequum*.

⁶⁹ Cfr. Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.; *id.*, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 185 y ss.

⁷⁰ Cfr. Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, p. 90.; *id.*, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 195.

⁷¹ Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

duda, un proceso complejo. Como ha dicho Taruffo, deben ser consideradas las dimensiones dialéctica, epistemológica, jurídica, lógica, axiológica, y también el sentido común. La cuestión acá es que el proceso complejo de la decisión judicial no depende de una sola dimensión en la construcción del razonamiento argumentativo.⁷²

En materia de motivación judicial, bajo la influencia de autores como Dworkin, Alexy, MacCormick, Marmor, Waldron, entre otros, una gran parte de la teoría jurídica actual gira alrededor de algún tipo de “normatividad jurídica”.⁷³ Uno de los aspectos esenciales de este tipo de teoría es que ésta se ocupa especialmente de la justificación de resoluciones judiciales y de la racionalidad de las mismas. Por ello es de gran relevancia establecer los contenidos y los usos argumentativos del concepto jurídico de precedente judicial, en la medida en que la relación entre la filosofía del derecho y el precedente judicial se observa desde dos puntos de vista.⁷⁴

El primero indica que para aplicar un precedente judicial es necesario dar argumentos que justifiquen la similitud entre los dos casos, argumento también de índole filosófica. Ningún operador jurídico puede evitar los argumentos teóricos y filosóficos, analíticos y normativos, para aplicar racionalmente un precedente, las razones prácticas que sustenten la aplicación del precedente.⁷⁵

El segundo consiste en que no puede haber un sistema jurídico racional si los jueces no siguen sus propios precedentes, como asunto de certeza y seguridad jurídicas. Cualquier aplicación del precedente judicial debe ir acompañada de una analogía entre los casos, y ello es posible sólo mediante un razonamiento teórico complejo acerca de las similitudes y diferencias, para luego distinguir (*distinguish*) y comparar precedentes con la debida razón motivada del camino escogido por el fallador; en cualquier caso, el operador jurídico debe dar razones prácticas que justifiquen sus argumentos.⁷⁶

La obligación de considerar los precedentes no implica necesariamente seguir cada precedente, y es una condición de racionalidad para cualquier sistema jurídico. Como indican Neil MacCormick y Robert Summers, la adherencia a los precedentes es un requisito del razonamiento

⁷² Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 185 y ss.

⁷³ Bernal Pulido, Carlos, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, *cit.*, pp. 10 y ss.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

humano práctico, en la medida en que no puede haber justificación racional de una práctica social sin la aplicación universal de las mismas reglas.⁷⁷

La regla de reconocimiento de los países de *Common Law* identifica al precedente judicial como regla de derecho, y si bien no ocurre otro tanto en las jurisdicciones de *Civil Law*, en las que el “precedente” tiene carácter persuasivo, sin olvidar la doctrina probable del derecho colombiano, y la *súmula vinculante* del derecho brasileño, que no son propiamente de fácil ubicación en el concepto clásico de precedente.⁷⁸

IV. CONCLUSIÓN. EL PRECEDENTE JUDICIAL ES INSUFICIENTE PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA CRISIS ACTUAL DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. EN CAMBIO, LA IDEA DE *IURISPRUDENTIA* PODRÍA CONTRIBUIR PARA LLEGAR A MEJORES SOLUCIONES

El juez romano, durante el periodo del procedimiento formulario, debe atenerse a la fórmula del pretor, y éste debe atenerse a lo que él mismo dispone en su edicto. Por otro lado, la *responsa prudentium* de los juristas era tenida en cuenta por los pretores en las causas, y es de asumir que también otros tipos de obra eran tenidos en cuenta, como los comentarios, las instituciones, o las *quaestiones*. Por su parte, tales *responsa prudentium*, como expresión de la *iurisprudentia*, fueron asumiendo valor de ley, bien por sí mismos, bien mediante la autorización del emperador, luego con la ley de citas, y finalmente inmortalizados para todos los tiempos por Justiniano en sus digestos.

Dentro de esta experiencia jurídica tan peculiar difícilmente puede encontrarse la misma idea moderna de precedente judicial. Ni el *iudex* romano seguía un “precedente” ni tampoco puede afirmarse que los juristas seguían un sistema de “precedentes” vinculados a las reglas jurídicas. De acuerdo con el caso y el tipo de obra, los juristas siguen una u otra opinión de otro jurista con reconocida *auctoritas*, sin que se explique todas las veces por qué se deja de seguir o por qué se adopta.

El *iudex* romano aplica la fórmula que el pretor ha redactado para el caso concreto; en cierto periodo histórico, la *responsa* del jurista puede ser esgrimida en el proceso y el pretor atenderla, reconocida la *auctoritas* del *iuris perito*, para resolver la causa en la fórmula. En el derecho imperial,

⁷⁷ MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents*, cit., pp. 4 y ss.

⁷⁸ De allí que sea atinado hablar mejor de “relevancia” mayor o menor del precedente judicial según el caso y de acuerdo con la técnica de vinculación: *cf.* Moreno Cruz, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, cit., pp. 59 y ss.

el *iudex* es un funcionario de la burocracia imperial, el derecho que lo sujeta es el de las Constituciones imperiales, y su operación hermenéutica es ya similar a la del juez moderno. Sin embargo, resulta insuficiente el precedente judicial para resolver todos los problemas de la crisis actual del sistema de fuentes del derecho, y en cambio la idea de *iurisprudencia* y de *responsa prudentium* podría ser, en una relectura, de gran ayuda para alimentar el debate.

En lo que puede decirse que hay una semejanza es en el momento de discernir sobre la decisión más justa, independientemente de estar vinculado a una regla de precedente. El jurista discierne sobre el *ius* para la *responsa*, el pretor discierne a la luz de su *iurisdictio* para dar el derecho en la fórmula, el juez posclásico, como el juez moderno, discierne sobre las normas para dictar la sentencia. En realidad, ninguno está rigurosamente vinculado a un “precedente”, pero es cierto que los interesados han de esperar fundadamente que si los hechos de su caso son similares, entonces la autoridad jurisdiccional decida conforme a las mismas reglas análogas. Se habla de la exigencia de certeza del derecho. Ante la dispersión, seguramente se ha intentado poner límite, y ello seguramente explica las codificaciones.

En estos últimos tiempos se asiste a la progresiva afirmación de instancias que tienden a privilegiar la interpretación judicial para promover la adaptación de las normas a las cambiantes exigencias de la sociedad civil. Taruffo eleva la preocupación de que parece privilegiarse una orientación hacia el reconocimiento de una eficacia al menos “persuasiva” del “precedente” en el sistema continental. En esta dirección opera el principio de igualdad, cuyo significado hoy en día va mucho más allá del tradicional alcance de ciudadanos iguales ante la ley y que los casos similares sean decididos de manera uniforme.

Es cierto que no es el propósito el retorno o vuelta a tiempos, concepciones y actitudes pretéritos, como dijera el profesor Fernando Hinestrosa, hemos de rescatar los valores de la especie y de la patria, construir el verdadero tejido social, privilegiar la ética y el sentido del derecho. Por cierto, no es un “trabajo de Hércules”; se trata del cambio de actitud, perseverancia, conducta severa, estricta, vigilante.

Por qué no permitir la creación del derecho mediante otros medios de producción normativa distintos al formalismo parlamentario, medios de producción normativa más dinámicos, fuentes del derecho expresión de la cambiante realidad. Sin embargo, persiste la exigencia de seguridad jurídica, de preservar la dignidad de la persona humana, de los derechos fundamentales, preservarlos de cualquier riesgo de emplear el derecho o la jurisdicción

para cumplir con la oscura cita de fundamentalismos religiosos, políticos, de raza, clase, cultura.

En todo esto ha de proponerse una re-lectura del papel del jurista en el sistema de fuentes del derecho. Si se suprime el valor de la ciencia jurídica en la tarea de iluminar e instruir a los tribunales y a los magistrados en la interpretación doctrinal y aplicación de las leyes, se abrirá siempre paso el oráculo del legislador. “La inflación legislativa actual confirma tal previsión”. Considero necesario recuperar el significado pleno del dualismo terminológico y conceptual presente en nuestro sistema entre ley y principios, mediante una operación de, por así decirlo, “limpieza terminológico-conceptual”, “releer la tradición, la experiencia jurídica, los momentos de la estabilización del derecho de nuestro sistema, una relectura problemáticamente abierta a descubrir cuál significado se tomó en ellos inclusive en locuciones que se fijaron de tiempo atrás, como, p. ej., la de «el juez está sometido sólo a la ley» (¿a la «ley»? o ¿al «derecho»?).⁷⁹

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien”, *Revista de la Judicatura*, núm. 21, 2006.
- ADAME GODDARD, Jorge, “Método para la solución de casos jurídicos”, *Ars Iuris*, núm. 37, 2007.
- ANDERLINI, Felli Riboni, “Why stare decisis?”, *Review of Economic Dynamics*, 17, 2014.
- ARCHI, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, trad. de R. Camarena, Bogotá, 2015.
- BETTI, Emilio, “La creazione del diritto nella «iurisdictio» del pretore romano”, *Studi G. Chiovenda*, Padova, Cedam, 1927.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 2a. ed., Milano, 1976.
- CRISCUOLI, Giovanni, *Introduzione al diritto inglese. Le fonti*, 2a. ed., Milano, 1994.
- DAWSON, J. P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.
- FALCHI, G., *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano, 2007.

⁷⁹ Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius y lex*. Observaciones introductorias para una relectura de lipieza terminológico-conceptual”, *cit.*, p. 118.

- FALCK, N., *Prologómenos del derecho o enciclopedia jurídica*, trad. de R. Navarro Zamorano y J. A. de Zafra, México, 1852.
- FALCÓN Y TELLA, María José, *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Hague, Brill, 2011.
- FRANCHINI, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12.
- GALLO, Filippo, “*Alle origini dell’analogia*”, *Diritto e processo nell’esperienza romana*, Napoli, Atti G. Provera, 1994.
- GALLO, Filippo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010.
- GALLO, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1971.
- GALLO, Filippo, “La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giulianea o interpolazione postclassica?”, *BIDR*, 1991-1992.
- GALLO, Filippo, “Sulla definizione celsina del diritto”, *SDHI*, 53, 1987.
- GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, Roix, 1842.
- GIARO, Tomasz, “Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale”, “*Fides, Humanitas, Ius*”. *Studii L. Labruna*, IV, Napoli, Jovene, 2007.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, “Non exemplis sed legibus iudicandum est”, *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper Polo*, Santiago, 2007.
- GOODHART, A., “Precedent in English and Continental Law”, *50 Law Quarterly Review* 40, 1934.
- GORLA, Gino, “Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme d’azione)”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, I.
- GUARINO, Antonio, *L’esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1968.
- HINESTROSA, Fernando, “La profesión jurídica”, conferencia de instalación del 1er. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, *Revista de Derecho Privado*, Cartagena de Indias, núm. 30, enero-junio de 2016.
- HORAK, F., “*Osservazioni sulla legge, la casistica e il «case law» nel diritto romano e nel diritto moderno*”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, Milano, 1982.
- ITURRALDE, V., “Precedente judicial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 2013.
- KOZEL, R., “Stare decisis as judicial doctrine”, *67 Wash. & Lee L. Rev.*, 2010.

- LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- MACKELDEY, Ferdinand, *Compendium of Modern Civil Law*, New York, Kaufmann, 1845.
- MANNINO, V., “Considerazioni intorno a una presunta Pandettistica di ritorno”, *Europa e Diritto Privato*, I, 2005.
- MANTELLO, Antonio, “L’analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici”, *Studi R. Martini*, II, Milano, 2009.
- MATTEI, Ugo, “*Stare decisis*”. *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988.
- MENGONI, Luigi, “*Diritto vivente*”, *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Torino, Giappichelli, vol. VI, 1990.
- MONATERI, P. et al., *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005.
- MORENO CRUZ, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, en BENAVIDES, José Luis (comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014.
- MOSCHZISKER, R., “*Stare decisis* in Courts of last resort”, *37 Harvard Law Review*, 1924.
- PETER, Hans, “*Actio*” und “*Writ*”. *Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957.
- PHILLIMORE, J. G., *Private law among the romans*, London, 1863.
- PRINGSHEIM, F., “The Inner Relationship between English and Roman Law”, *CLJ*, 5, 1935.
- PUGLIESE, Giovanni, “Spunti e precedenti romani nelle moderne codificazioni”, *Index*, 14, 1986.
- PUGLIESE, Giovanni, “*I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, 1977.
- SARFATTI, M., “«Roman Law» and «Common Law»: Forerunners of a General Unification of Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1954.
- SCHIPANI, Sandro, *La codificación del derecho romano común*, trad. de J. F. Chamie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- SCHIPANI, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de lim-

- pieza terminológico-conceptual”, *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014, t. I.
- SCHIPANI, Sandro, “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, *Roma e America*, 13, 2002.
- SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968.
- STEIN, Peter, *Roman Law and English Jurisprudence in Yesterday and Today. An Inaugural Lecture*, Cambridge, 1969.
- STEIN, Peter, “I precedenti nella «Common Law»”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, mayo, 1981.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TALAMANCA, Mario, Comentario a F. Gallo, “Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)”, *BIDR*, 1989-1990.
- TALAMANCA, Mario, “La romanistica italiana fra Otto e Novecento”, *Index*, 33, 1995.
- TALAMANCA, Mario y CAPOGROSSI, Luigi, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2013.
- TARUFFO, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *Ius et Veritas*, vol. 22, núm. 45, 2012.
- TARUFFO, Michele, “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, *Ragion Pratica*, 6, 1996.
- TARUFFO, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *Precedente. Anuario Juridico*, vol. 1, 2012.
- THOMAS, J., “*The Art of Distinguishing*”, *L’educazione giuridica, II. Profili storici*, Perugia, 1979.
- THOMAS, J., “Aspetti metodologici della giurisprudenza romana classica”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Macerata*, 30, 1971.
- VACCA, Letizia, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976.
- VACCA, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, 2a. ed., Torino, 2012.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munchen, S Aafl, 1974.
- VOLTERRA, Edoardo, “*Il problema del testo delle costituzioni imperiali*”, *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971.

EL DERECHO DE SUPERFICIE. UNA ALTERNATIVA REAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, MÉXICO

José Luis CUEVAS GAYOSSO
Bertha Alicia RAMÍREZ ARCE

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Antecedentes en la tradición ius romanista*. III. *El derecho de superficie como un derecho real sui generis*. IV. *Recepción del derecho de superficie en México*. V. *Reforma al Código Civil del Estado de Veracruz, México*. VI. *Reflexiones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO

Recientemente, la legislatura local del estado de Veracruz, México, impulsó una reforma al Código Civil veracruzano, con la cual se suma a otras entidades federativas, como Coahuila de Zaragoza,¹ Guerrero,² Jalisco,³ Nuevo León,⁴ Tabasco⁵ y Quintana Roo,⁶ que aportan al ámbito jurídico local el reconocimiento y regulación del derecho de superficie.

En la exposición de motivos de dicha reforma destacan los argumentos realizados de manera específica con la finalidad de incentivar beneficios sociales y económicos:

- 1) Tutelar la inversión económica realizada sobre terreno ajeno por persona distinta al propietario de éste, siempre que se haya hecho con su consentimiento;

¹ Artículos 1670 a 1679 del Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza.

² Artículos 1075 a 1082 del Código Civil del Estado de Guerrero.

³ Artículos 1213 a 1223 del Código Civil del Estado de Jalisco.

⁴ Artículos 1046 a 1053 bis IX del Código Civil del Estado de Nuevo León.

⁵ Artículos 1283 a 1291 del Código Civil del Estado de Tabasco.

⁶ Artículos 2207 a 2214 del Código Civil del Estado de Quintana Roo.

- 2) Garantizar la libertad del *animus domini* del edificador o sembrador, aun cuando de manera temporal, sobre los bienes incorporados artificialmente al terreno que le permiten el disfrute del *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius vindicandi* y *ius abutendi* sobre los mismos, así como
- 3) Regular jurídicamente las situaciones de hecho que en la realidad acontecen, atribuyendo derechos y obligaciones tanto al “superficiante” como al “superficiario”.⁷

Reconocemos que en esencia el interés del legislador se aproxima a proporcionar alternativas jurídicas para atender a necesidades concretas que en la sociedad veracruzana se han hecho patentes, como se desprende de los argumentos presentados por el Colegio de Notarios del Estado de Veracruz,⁸ en los que detallan las alternativas jurídicas a las que se han obligado a observar, como el caso del “contrato de ocupación superficial”, del “contrato atípico”, e incluso del “arrendamiento”, al no contar con un derecho específico regulado que permita y dé cause a garantizar y otorgar certeza jurídica a la sociedad que actualmente precisa de alternativas confiables y ciertas en la realización de sus negocios jurídicos.

Destacamos que el derecho de superficie brinda importantes ventajas, particularmente económicas, abriendo posibilidades al tráfico inmobiliario privado; facilita políticas del suelo en la administración pública, aumentando la plusvalía para el propietario, como en el caso de la construcción y explotación de centros comerciales; es alternativa a las permutas de suelo para edificación futura, y particularmente útil en los procesos urbanísticos, ventajas advertidas en la iniciativa de referencia.

En este sentido, y anticipando nuestro particular convencimiento, en el acierto de acudir a la clásica regulación de uno de los derechos reales sobre la propiedad ajena, “el derecho de superficie”, consideramos necesario realizar un desarrollo del origen de este importante derecho en la experiencia *ius romanista* y de las circunstancias que particularmente pusieron en duda su eficacia, y consecuentemente su falta de inclusión en las legislaciones civiles mexicanas.

La finalidad será atender a la lógica jurídica *sui generis* del derecho de superficie y establecer algunas propuestas sobre la eficacia de esta particu-

⁷ “Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones al Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave”, por virtud del cual se propone incorporar al marco jurídico local el derecho de superficie. Turnada por acuerdo del Pleno tomada en sesión del 5 de marzo de 2020, p. 23.

⁸ *Ibidem*, p. 16.

lar alternativa, en el contexto actual de una sociedad que transita en medio de un panorama adverso para toda la sociedad mexicana y el mundo, al encontrarnos en el curso de una pandemia por efecto del COVID-19 (2020) y las consecuencias que en los ámbitos social y económico ha traído consigo.

Consideramos que legislar el derecho de superficie contribuirá a la solución de problemas de vivienda, actividad urbanística, así como en la industria forestal, dando paso a una comprensión del derecho de propiedad más amplia, no sólo vertical, sino horizontal; romperá el paradigma que ha impuesto la concepción tradicional de la propiedad privada, excluyendo cualquier interés que no sea el del propietario y dando paso a las visiones congruentes con las necesidades de la sociedad actual y el contexto de tutela y protección de los derechos humanos, particularmente el derecho humano a la propiedad.⁹

II. ANTECEDENTES EN LA TRADICIÓN *IUS ROMANISTA*

El derecho romano como ciencia jurídica desarrolla las bases y el fundamento de las categorías, instituciones y estructura sobre las cuales descansa la construcción del *Corpus Iuris Civilis*, trascendiendo con el derecho común, para luego insertarse al mundo por efecto del fenómeno codificador.

⁹ En este sentido, hay que remitirse al contenido del artículo 1o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el deber de todas las autoridades para otorgar la protección más amplia en materia de derechos humanos, y, de igual manera, al artículo 4o. de la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, párrafo décimo (reformado en la *G.O.* del 27 de diciembre de 2018): “En el Estado, todas las personas gozarán de los derechos humanos y garantías para su protección, consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, esta Constitución y las Leyes que de ella emanen; así como aquellos que reconozca el Poder Judicial del Estado sin distinción alguna de origen étnico o nacional, sexo, idioma, religión, situación migratoria, opinión política, preferencias sexuales, condición o actividad social. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución General de la República, los tratados internacionales de la materia y esta Constitución, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. En concordancia con lo establecido en el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

No obstante, el desarrollo del derecho de propiedad y los derechos reales que de ella emanan han sido transformados por la lógica de las circunstancias históricas para cada experiencia jurídica en el mundo occidental.

El derecho de superficie, en el periodo clásico, siguiendo a Ulpiano, establece que si algún particular edifica sin permiso o licencia en el suelo público, el Estado o el municipio podrá unilateralmente demoler lo edificado, o autorizar la construcción superficiaria sujeta al pago del *tributo superficarium, solarium*:

D. 43.8.2.17. Quien haya edificado en solar público sin que nadie se lo hubiese prohibido, el procurador de las obras públicas debe demolerlo, pero si no obsta debe imponer al promotor —superficiario— un *solarium* [*Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere*].¹⁰

Suárez Blázquez¹¹ señala que la construcción en la superficie queda sujeta al control y fiscalización urbanística y tributaria del ente público. Los magistrados y funcionarios públicos municipales vigilaban al suelo público superficiario y a la construcción y el mantenimiento de las obras públicas superficiarias, concretando un poder de corte urbanístico, administrativo y tributario de la superficie pública.¹²

Los predios superficiarios públicos y los predios patrimoniales de la República constituyeron una fuente de riqueza tributaria pública del tesoro romano y del erario de las ciudades, colonias y municipios del imperio.

La utilidad pública y las concesiones atendieron a la utilidad privada, por lo que la creación de negocios-empresas y la puesta en marcha de un mercado superficiario público fueron instrumentos de fomento a la riqueza privada en Roma y los municipios del Imperio.¹³

La superficie como negocio privado constituye una entidad jurídico-económica en la que participan una pluralidad de partes; Gayo es el único que desarrolla una definición de superficie en D.43.18.2: “Llamamos edificios superficiarios, aquellos que se construyeron en el suelo ajeno tomando

¹⁰ D.43.8.2.17. Traducción de Guillermo Suárez Blázquez.

¹¹ Suárez Blázquez, Guillermo, “Derecho de superficie *¿ius in re aliena?* Negocio superficiario público-negocio superficiario privado en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, núm. 26, enero-junio de 2011, pp. 8-10, disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub68.pdf

¹² En este sentido, v. D.43.8.1., D.43.8.2, C.8.12.21., D.43.8.2.18., D.43.9.1., D.43.9.1.1., D.39.1.3.4., D.1.15.3.1.

¹³ Suárez Blázquez, Guillermo, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

en arrendamiento [*Superficiarias aedes apellamus, quae in conducto solo positae sint; quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*]].¹⁴

Es sabido que durante los periodos clásico y postclásico los problemas de escasez de terrenos para cultivo y el crecimiento poblacional fueron los factores que modificaron la regla *superficies solo cedit*; por su importancia, nos permitimos transcribir esta sentencia de Gayo, 2.73: “Además lo que otro ha edificado en nuestro suelo, aunque sea en su nombre, se hace nuestro por derecho natural, por que la superficie cede al terreno”.

La cita expresa que lo que otro edifique en terreno propio se hace nuestro, ya que “la construcción cede al terreno”,¹⁵ principio de accesión de inmuebles,¹⁶ que, no obstante, el acuerdo entre las partes permitía la separación de la superficie de la propiedad del suelo, ya que de manera contraria el negocio no sería viable o podría significar la ruina para el superficiario.

Maschi¹⁷ advierte que la formulación de la sentencia gayana pone de manifiesto la vigencia del axioma en aquel tiempo; no obstante, a propósito de la vigencia del principio de accesión, existen ciertos testimonios textuales que plasman lecturas controvertidas de la propia jurisprudencia clásica.

En este sentido, el autor destaca el texto del comentario de Paulo a Sabino, recogido en D.41.1.28: “*Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium eius id quod aedificaverit fieri Labeo et Sabinus aiunt: sed Proculus tuum proprium, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset: quod verius est*”.

Dicho texto pone de manifiesto cómo una parte de la jurisprudencia clásica mitiga la rígida aplicación que se venía haciendo del axioma de accesión. Ante la pregunta *si supram tuum parietem vicinus aedificaverit*, los juristas responden en sentidos diferentes.

¹⁴ D.43.18.2. Traducción de Guillermo Suárez Blázquez.

¹⁵ Referencias en el mismo sentido: D.43.18.3.7, D.9.2.50, D.43.18.2.

¹⁶ “El origen de *superficies solo cedit* se encuentra en los *mores maiorum*, pasando a ser reconocido por el *ius civile* como un principio absoluto, inderogable. Sin embargo, la inderogabilidad de éste se aviene mal con las distintas prácticas de construcción que desde el final de la etapa republicana surgen en Roma. La nueva realidad social y económica de Roma, como constatan las fuentes, lleva tanto a la jurisprudencia como al *ius honorarium* a flexibilizar la aplicación del mismo. Esta flexibilización, iniciada en el derecho clásico, encuentra reconocimiento en el derecho postclásico que, debido a la influencia de los pueblos orientales, consagra el mismo como un principio disponible por las partes, lo que permite el reconocimiento de institutos como *ius superficies*”. Zaera García, Ana Belén, “*Superficies solo cedit*”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, 1007-1015, disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/7433>.

¹⁷ Maschi, Carlo A., “La proprietà divisa per piani, superficie e l’estensione ai provinciali del principio”, *Studi Arancio-Ruiz* 4, Napoli, 1953, p.136, citado por Zaera García, Ana Belén, *op. cit.*

Por un lado, Labeón y Sabino sostienen que quien edifica apoyando su construcción sobre la pared ya levantada se hace dueño de lo construido, en cuyo caso lo edificado no accede al dueño de la pared en la que se apoya, sino al dueño de la construcción. Asimismo, Pomponio cita la opinión de Próculo, quien aplica el principio de accesión en virtud del cual la superficie sigue el destino del suelo.

En este sentido, se encuentra que el texto expone las dudas a la hora de determinar la aplicación estricta del principio de accesión. Todo parece indicar que en algún caso concreto, y a modo de solución *sui generis*, el principio de *superficies solo cedit no se aplica*.

La tutela jurídica de la superficie como objeto de circulación entre personas distintas y la asignación de un valor individualizado determinado, con independencia del valor económico del suelo donde se ubique, destaca el valor económico de la superficie que no sigue al valor económico del suelo.¹⁸

III. EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO UN DERECHO REAL SUI GÉNERIS

De acuerdo con la doctrina, la superficie se constituye inicialmente a través de la concesión de terrenos públicos a particulares,¹⁹ siendo el antecedente el *Ager vectigalis*.²⁰

En la época clásica, “se admite la posibilidad de tener tales derechos sobre el edificio construido en terreno privado; el canon que se pagaba es llamado solárium (de *solum*) y edificio *superficies*”.²¹

El derecho de superficie proviene de un arrendamiento de cosas, “el superficiario arrienda el suelo para edificar. El superficiario edifica en suelo ajeno y paga una pensión. La pensión es una cantidad de dinero que le debe compensar no sólo por el uso del suelo ajeno sino por la inversión constructiva realizada”.²²

En esta lógica, consideramos que de ahí deviene su naturaleza *sui generis*, al trascender los límites jurídicos y económicos de la *locatio-conductio*,

¹⁸ Suárez Blázquez, Guillermo, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. I, p. 639.

²⁰ Kaser, Max, *Derecho privado romano*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1968, p. 136, y Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 639.

²¹ Kaser, Max, *op. cit.*, p. 137. En el mismo sentido, v. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 640.

²² Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 640.

toda vez que en la época clásica aparece independizado de esa figura contractual, pues, a decir de Guzmán Brito, la causa o título de la concesión del terreno para edificar puede fundarse no sólo en el convenio de pagar una renta periódica, sino además en el de pagar un precio único, y en este caso se trataría de una compraventa.²³

Determinar la naturaleza jurídica del derecho de superficie es una discusión aún inacabada por parte de los tratadistas, romanistas y civilistas. Es conveniente apelar a los criterios y perspectivas histórico-jurídicos para valorar el sentido e importancia de este derecho, independientemente de concederle la calidad de un derecho sobre propiedad ajena, *ius in re aliena*, que a decir de Suárez Blázquez resulta inapropiado o demasiado rígido; no obstante, consideramos pertinente aludir al razonamiento realizado por el autor, tomándolo como sustento para advertir el carácter sui generis del derecho de superficie.

En periodos de expansión urbanística se apreciaría de valor. En tiempos de guerra y de crisis generalizada el mercado superficiario público se deprecia. En todo caso, los negocios superficiarios privados sobre edificios y locales superficiarios públicos constituyeron un mecanismo poderoso de fomento del urbanismo en altura, del comercio, de la industria y de la creación y circulación de riqueza privada en el imperio.²⁴

De manera particular, quien edificara, plantara o sembrara en terreno ajeno podría ser propietario de lo edificado, plantado o sembrado, sin que accediera en propiedad al dueño del terreno. Lo anterior requería el consentimiento del dueño del terreno, quien generalmente recibía a cambio un pago (*canon*), constituyéndose el derecho de superficie por un tiempo muy largo (cincuenta años o más). Con ello, el derecho de superficie revela su especial esencia y naturaleza sui generis.

El derecho justiniano, aunque enuncia *superficies solo cedit* en las *Instituciones*, se acoge a la evolución del mismo y, al igual que en el derecho postclásico, queda configurado como un principio derogable en virtud de la autonomía de las partes.²⁵

Inst. Inst. 2.1.29. Cuando alguno hubiere edificado en su suelo con materiales ajenos, se entiende que él mismo es dueño del edificio, por que cede al suelo todo lo que en él se edifique. Sin embargo, el que había sido dueño de los materiales no deja por eso de ser su dueño; pero mientras tanto, ni puede

²³ Refiere en cita a pie de página el texto general en D.43.18.1.1, donde se distingue entre tomar en arriendo la superficie (*si conduxit superficies*) y compra (*si emit*).

²⁴ Suárez Blázquez, Guillermo, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ Zaera García, Ana Belén, *op. cit.*, p. 1015.

vindicarlos, ni intentar respecto de ellos la acción *ad exhibendum*, por virtud de la ley de las Doce Tablas en que se dispone, que nadie sea obligado a arrancar el madero ajeno puesto en sus casas, sino que pague por él el duplo por la acción que se llama *dtigno iniuncto*. Más con la denominación de madero se significa todo material con que se hacen los edificios. Lo que se dispuso así, para que no fuese necesario demoler edificios. Más si por alguna causa se hubiese derruido el edificio, podrá el dueño de los materiales, si ya no hubiese percibido el duplo, vindicarlos entonces e intentar respecto de ellos la acción *ad exhibendum* [*Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuerat desinit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestat per actionem quae vocatur de tigno iuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur ex qua aedificia fiunt): quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam consecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere. 30. Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intellegitur, utique si non ignorabat, in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non poterit. certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti, alienum esse solum, potest culpa obici, quod temere aedificaverit in eo solo quod intellegeret alienum esse].*

En este sentido, podemos advertir que el principio de accesión únicamente actuará en los supuestos en los que el dueño del suelo no autorice construir en el mismo; esto resulta de particular interés, ya que ahora basta el consentimiento del *dominus* para que el principio no se aplique. De este modo, *superficies solo cedit*, en consonancia con la realidad social del momento, se hace derogable, lo cual confirma la naturaleza sui generis del derecho de superficie que pondera la circunstancia económica con la circunstancia jurídica, confirmando la vocación de adaptabilidad del derecho a las necesidades de aquel momento histórico.

IV. RECEPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN MÉXICO

Habiendo desarrollado el origen y naturaleza jurídica del derecho de superficie, corresponde aproximarnos a la experiencia mexicana; para ello será particularmente útil referirnos al “Código napoleónico” en la comprensión de su influencia determinante no sólo para México, sino para toda América Latina.

La superficie, siendo concebida como una verdadera propiedad paralela a la propiedad del suelo, será desestimada y rechazada en el pensamiento e ideología liberal francés, cuando, debido a los abusos cometidos por los señores feudales, la esclavitud de los hombres a la tierra y los altos precios de los censos que estaban obligados a soportar por el uso de la superficie, hicieron que ante tales injusticias la enfiteusis y la superficie fueran prohibidas, incorporando la propiedad absoluta en la persona del propietario del suelo.²⁶

Esta circunstancia es coherente con el hecho de que el Código napoleónico no la incluyera; por el contrario, en el artículo 546 y siguientes incluyen el principio de la accesión.²⁷ Al iniciarse el movimiento codificador, las nuevas legislaciones ignoraron el derecho de superficie. Llama la atención que uno de los códigos más importantes por su filiación romanista, el Código Argentino,²⁸ señale en una de las citas del artículo 2503, redactado por Velez Sarsfield, lo siguiente:

No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, cómo edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicarse los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno... La singularidad de este derecho ha hecho que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina están llenas de incertidumbres y de controversias. La conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitían los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos que constituían el derecho sucesorio al arbitrio de los padres. Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado, que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios. Suprimiendo la enfiteusis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de sucesión el derecho enfiteútico y el derecho del señor

²⁶ Ramírez Santibañez, Ana María Estela, *Concepto, evolución y carácter derogatorio del derecho de superficie*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla, Cuadernos de Investigación, 2013, p. 12, disponible en: <https://repositorio.iberopuebla.mx/bitstream/handle/20.500.11777/236/Cuadernosdeinvestigacion8-Ramirez.pdf?sequence=1>.

²⁷ *Superficies solo cedit* significa que todo lo construido en terreno ajeno, así como lo plantado o sembrado, *Plantae quae terra coalescunt solo cedunt*, se accesan al terreno, bajo el principio de “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

²⁸ Código Civil Argentino, vigente hasta el 31 de julio de 2015. Actualmente derogado.

directo. El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente. En virtud pues, de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, la Comisión que proyectó el Código Civil para España suprimió la enfiteusis, y Goyena en la nota al artículo 1547 expone los males que ese contrato había causado en aquel reino. En casi todos los códigos modernos está prohibida la enfiteusis. En el código francés no hay la palabra enfiteusis. Si se hace pues, un contrato de enfiteusis, valdrá sólo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará sólo por el tiempo que puede durar la locación.²⁹

Como advertimos, Argentina, así como la mayoría de los países en América Latina, siguieron la tendencia que el Código napoleónico marcó de no reconocer el derecho de superficie, al considerar que “este derecho era una de las antiguas formas de sofocación de la propiedad inmobiliaria”.³⁰

No obstante, en el caso particular de México, habrá que señalar que el Código Civil de 1870, en el artículo 1945, así como en el Código Civil de 1884, en su artículo 1828, expresan, de manera coincidente en su redacción con el artículo 2133 del Código Civil Francés, lo siguiente:

Cuando una persona posee un derecho actual que le permite construir en beneficio suyo sobre un fundo ajeno puede constituir hipoteca sobre los edificios cuya construcción haya comenzado o que esté simplemente proyectada; en caso de destrucción de los edificios la hipoteca se traslada de pleno derecho a las nuevas construcciones edificadas en el mismo lugar.

Esta redacción nos parece que introduce con toda claridad la posibilidad de atender al principio de “autonomía de la voluntad”, dejando a las partes en aptitud de generar por vía convencional la alternativa de crear un contrato atípico, permitiendo, a voluntad, construir en beneficio de un particular, sobre un fundo ajeno.

Asimismo, siguiendo a Cruz Ponce, destacaremos la redacción del artículo 2899 del Código Civil del Distrito Federal, actual para la Ciudad de México y de aplicación supletoria para toda la República mexicana: “Artículo 2899. La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área”.

²⁹ Micieli, Laura, “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano, en el nuevo Código Civil Argentino”, en Adame Goddard, Jorge y Heredia Vázquez, Horacio (eds.), *Estudios latinoamericanos de derecho romano México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 343-345, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/22.pdf>.

³⁰ Ramírez Santibañez, Ana María Estela, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

Coincidimos en que a partir de esta redacción se desprende un reconocimiento del derecho de superficie, al señalar que la hipoteca sobre construcciones levantadas por un tercero en suelo ajeno, “no comprende el área”; con ello separa y reconoce la existencia de dos propiedades diferentes con dos propietarios distintos.³¹

Respecto al Código Civil del Estado de Veracruz, encontramos que la misma redacción se encuentra en el artículo 2832, por lo que aplicarían los mismos razonamientos jurídicos en el ámbito local veracruzano.

En consecuencia, advertimos que si bien es cierto que la tradición liberal francesa desestimó al derecho de superficie, con base en las motivaciones de orden abusivo a causa del régimen feudal que el pensamiento liberal deseaba aniquilar, también lo es que el principio de “autonomía de la voluntad” emergió como un poderoso medio para superar al ordenamiento jurídico, haciendo valer el poder individual que, como dice Díez Picazo y Guillón, si “el poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho”, no obstante, la “autonomía es fuente generadora o reglamentadora de relaciones jurídicas”.³²

En cuanto al avance que han tenido otras entidades federativas de la República mexicana, las cuales han incluido en sus disposiciones jurídicas locales al derecho de superficie, anotamos los artículos de los siguientes estados:

Coahuila de Zaragoza, artículos 1670 a 1679:

Artículo 1670. El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno en favor de otra persona, facultándola para:

- I. Construir un edificio sobre el suelo.
- II. Hacer construcciones debajo del suelo.

También se constituye el derecho de superficie cuando se mantiene sobre el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad de ella. El derecho de superficie sólo puede constituirse por tiempo determinado...

Guerrero, artículos 1075 a 1082:

Artículo 1075. El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar o plantar sobre terreno ajeno, sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho, puedan confundirse ambas propiedades, pues la del terreno seguirá

³¹ Cruz Ponce, Lisandro, *El derecho de superficie*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 132, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20146/18073>.

³² Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, vol. I, p. 375.

perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado o plantado será del superficiario.

Jalisco, artículos 1213 al 1223:

Artículo 1213. El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre parte o la totalidad del terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, ya que el terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario.

Nuevo León, artículos 1046 a 1053 bis IX:

Artículo 1046. El derecho real de superficie puede constituirlo o transmitirlo el propietario de un terreno a favor del superficiario, ya sea a título oneroso o gratuito, por acto intervivos o por mortis causa, sobre la superficie del terreno o por debajo de ésta, sobre construcciones ya existentes o por edificar, sobre la totalidad del terreno o parte de éste.

Tabasco, artículos 1283 al 1291:

Artículo 1283. El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno en favor de otra persona, facultándola para:

- I. Construir un edificio sobre el suelo; y
- II. Hacer construcciones debajo del suelo.

El derecho de superficie sólo puede constituirse por tiempo determinado, a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento.

Quintana Roo, artículos 2207 al 2214:

Artículo 2207. El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, pues la del terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario.

Con lo anterior podemos concluir que la tendencia protectora para el derecho de superficie se ha logrado imponer en la mayoría de las regulaciones locales citadas; Coahuila de Zaragoza, Nuevo León y Tabasco facultan el derecho de construir sobre el suelo o debajo de éste, empleando incluso términos distintos, como suelo, superficie, terreno.

Llama nuestra atención la redacción relativa al Código de Guerrero, el cual sólo faculta el derecho de sembrar o plantar, siendo omiso en el derecho de superficie el caso de la edificación.

Asimismo, encontramos coincidencia en las legislaciones de Jalisco y Quintana Roo, al facultar, en ambos casos, a los derechos de sembrar, plantar o edificar.

V. REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ, MÉXICO

El 5 de marzo del 2020 se publicó en la *Gaceta Legislativa del Estado de Veracruz* la iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones al Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, con la finalidad de incluir en la regulación civil al derecho de superficie.

Inicialmente conviene, para nuestro estudio, citar la exposición de motivos, que por su importancia lo haremos en su totalidad.

En la actualidad, en nuestro Código Civil, encontramos reconocidos siete derechos reales: Propiedad, Usufructo, Uso, Habitación, Servidumbre, Prenda e Hipoteca; sin embargo, existe otro derecho que se da en nuestra cotidianidad y no se encuentra regulado, el Derecho de Superficie. En una definición, podemos decir que el derecho de superficie consiste en la facultad de construir y mantener un edificio o plantación propia en suelo ajeno o el adquirir una construcción o plantación ya existente separada del terreno o predio donde se establezca o siembre. Se denomina Superficiante, al propietario de una finca que, teniendo la capacidad y el libre poder de disposición sobre la misma, permite a otro; llamado superficiario, construya, plante o haga uso de una construcción o plantación existente en dicha finca a título de propietario, a largo tiempo, a cambio del pago de una renta, de un precio o bien a título gratuito. El Superficiario, es la persona que tiene un derecho de propiedad sobre el edificio o plantación adherido al suelo ajeno, sobre el que tiene un derecho real o goce, a largo tiempo, mediante el pago de una contraprestación o sin ella. Hoy en día, luego de haber sido condenado al ostracismo en la mayoría de los códigos decimonónicos, en el siglo XX se produjo un nuevo renacer del derecho de superficie, que consiste en el derecho por cuya virtud una persona otorga a otra llamada superficiario, el derecho de levantar en el suelo de su propiedad, edificios o plantaciones de las cuales deviene titular bajo ciertas condiciones. El derecho de superficie, ostenta hoy en día, una renovada y relevante importancia económica, el derecho de superficie es objeto de elevado interés entre doctrinarios y tratadistas, y entre los urbanistas. España, Brasil, Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay, entre otros países,

y algunos estados como Coahuila, Guerrero, Jalisco, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Tabasco y Sonora; ya han sancionado leyes referentes al derecho real de superficie o lo han incluido, por su importancia en la actualidad en sus codificaciones civiles. Las ventajas que pueden resultar de este derecho, son muy importantes, especialmente económicas, ya que abre posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, facilita políticas del suelo en administraciones públicas, aumentando el valor de la propiedad para el propietario de ella, al realizar el superficiario obras o construcciones. Este derecho resulta hoy necesario para resolver conflictos particulares, permitir asociaciones en negocios, en zonas ya sean urbanas o rurales y dar forma a proyectos inmobiliarios. Se pueden enumerar algunas de las más sobresalientes ventajas del derecho de superficie: su novedad en la construcción y explotación de centros comerciales, alternativa a las permutas de suelo para edificación futura, facilitación del tráfico inmobiliario, elemento, útil en los procesos urbanísticos, permite reducir el volumen de la inversión y consecuentemente el precio de la obra, resulta altamente atractivo para construcciones no perdurables cuyo proyecto económico tenga horizontes temporales de mediano o largo plazo, responde positivamente a las necesidades del planificador urbanista y es de utilidad a los mercados inmobiliarios. La adecuada aplicación del derecho de superficie se puede vincular con una cuidadosa planificación y gestión de ciudades y regiones. Esta figura legal, en varios ordenamientos jurídicos actuales, reviste cada vez mayor importancia por la función económica que está llamada a cumplir. El derecho de superficie, permite construir sobre suelo ajeno, a cambio de una prestación optativa, sin necesidad de comprar el terreno sobre el cual se apoya la construcción, donde al superficiario se le confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido. Al admitir el derecho temporal de superficie, la construcción sobre suelo ajeno sin necesidad de comprar el terreno, a cambio de una contraprestación, permite reducir el precio de la obra, por lo que resulta altamente atractivo para construcciones temporales o no perdurables que se montan en un terreno para ferias, exposiciones, centros comerciales, corredores de negocios, etcétera. Principalmente, se da el caso cuando el propietario de un inmueble, no desea o no pueda por dificultades económicas explotar su propiedad, tenga la posibilidad de constituir un derecho de superficie a favor de un tercero, quien tendrá la facultad de disponer de la superficie física y jurídicamente, favoreciendo de este modo el progreso rural y urbano. La actualidad, en nuestra legislación estatal, partiendo del supuesto del artículo 935 del Código Civil vigente para nuestro Estado, relativo al derecho de accesión, es la siguiente: “El dueño del terreno en que se edifique, siembre o plante de buena fe tendrá derecho de hacer suya la obra, siembra o plantación o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta. Si el dueño ha procedido de mala fe, solo tendrá

derecho de que se le pague el valor de la renta o el precio del terreno, en sus respectivos casos”. El aforismo “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal” si se desconecta de la función económico social de la propiedad, puede llevar a consecuencias injustas en unos casos; y si no se tiene en cuenta el fecundo campo de la autonomía de la voluntad, a resultados desajustados con la realidad de la vida social. Basta exponer como demostración: los supuestos en que —por convenirlo así las partes— se constituye un derecho real sobre lo incorporado (edificación, plantación o siembra) en suelo ajeno, como el derecho de superficie. ¿Qué sucedería en estos casos?, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de convenir la constitución de un derecho de superficie? El derecho de superficie no se encuentra contemplado en la legislación civil veracruzana. Los artículos 930 y 931 del Código Civil de Veracruz, acogen el principio romanista de la accesión, según el cual todo lo edificado en terreno ajeno pertenece al dueño del suelo y se supone hecho por el propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Estas disposiciones no son de orden público, porque puede desvirtuarse su contenido probando que las obras realizadas en el terreno no las hizo el dueño del suelo, sino un tercero debidamente autorizado. Se trataría de una presunción *juris tantum*; por lo tanto, es permisible la constitución del derecho de superficie que presenta características opuestas a la accesión y constituye una excepción a dicho derecho. La inclusión regulada del Derecho real de Superficie, en nuestro Código Civil vigente, significaría un instrumento dinamizador de la construcción y de la actividad agrícola, que brindaría seguridad jurídica y originaría un nuevo modo de producción; siendo susceptible de constituirse en el Estado de Veracruz por voluntad de los particulares, por no tratarse de un derecho que proteja un bien de interés público. Estos argumentos esbozados aquí brevemente, prueban la utilidad de este Derecho y surge la necesidad que se regule esta materia dentro de nuestra legislación con la amplitud suficiente para prever y evitar, que quienes pretendan constituir derechos superficiarios incurran en abusos; pudiéndose afirmar que la superficie, implica una renuncia al derecho de accesión hecha por el propietario del suelo en favor del superficiario, para cuya prueba y eficacia deberá establecerse en forma expresa y constituirse en escritura pública, evitando así la aplicación de los artículos 921 y 922 del Código Civil; siendo necesaria la inscripción del título constitutivo en el Registro Público de la Propiedad, como todo derecho real para ser oponible a terceros.³³

Deducido de la exposición de motivos, realizamos la enumeración descriptiva del derecho de superficie:

³³ *Gaceta Legislativa del Estado de Veracruz*, que contiene la “Iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones al Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave” del 5 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.legisver.gob.mx/gaceta/gacetaLXV/GACETA87.pdf>.

Función. El derecho de superficie permite construir sobre suelo ajeno, a cambio de una prestación optativa, sin necesidad de comprar el terreno sobre el cual se apoya la construcción; al superficiario se le confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido.

Ventajas. Al admitir el derecho temporal de superficie la construcción sobre suelo ajeno, sin necesidad de comprar el terreno, a cambio de una contraprestación, permite reducir el precio de la obra, por lo que resulta altamente atractivo para construcciones temporales o no perdurables que se montan en un terreno para ferias, exposiciones, centros comerciales, corredores de negocios, etcétera.

Eficacia. La adecuada aplicación del derecho de superficie se puede vincular con una cuidadosa planificación y gestión de ciudades y regiones.

Constitución. Se constituye un derecho real sobre lo incorporado (edificación, plantación o siembra) en suelo ajeno.

En consecuencia, la reforma y adición legislativa se concretó en los siguientes términos.

TÍTULO QUINTO DEL USUFRUCTO, DE SUPERFICIE, DEL USO Y DE LA HABITACIÓN CAPÍTULO V DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Artículo 1081 bis. El derecho real de superficie consiste en la facultad de construir y mantener un edificio o plantación propia en suelo ajeno o el adquirir una construcción o plantación ya existente separada del terreno o predio donde se establezca o siembre.

Artículo 1081 ter. El derecho real de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, por acto *inter vivos* o por *mortis causa*, sobre la superficie del terreno o por debajo de ésta, sobre construcciones ya existentes o por edificar, sobre la totalidad del predio o una fracción del mismo.

Artículo 1081 quater. En el derecho de superficie, el terreno pertenece al propietario o superficiante y lo sembrado o edificado al superficiario.

Artículo 1081 quinquies. El derecho de superficie como derecho real y temporal deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para ser oponible a terceros.

Artículo 1081 sexies. Puede el superficiario dar en usufructo su derecho y puede hipotecarlo, pero en todo caso, los derechos reales o personales que el superficiario haya constituido en favor de terceros, respecto de la siembra, plantaciones o construcciones del derecho de superficie concluyen al extinguirse éste.

Artículo 1081 septies. El derecho real de superficie no se extingue por la destrucción de lo sembrado o construido, salvo pacto en contrario. En caso

de destrucción, puede el superficiario construir nuevamente, respetando los plazos iniciales de su derecho.

Artículo 1081 octies. En caso de que el superficiante quiera vender el terreno o el superficiario o sus causahabientes sus construcciones o siembras, ambos gozarán del derecho del tanto, siendo aplicables lo dispuesto en los artículos 985 y 986 respecto del uso del derecho del tanto.

Artículo 1081 nonies. El derecho de superficie debe constituirse a plazo fijo o sujeto a condición resolutoria.

Artículo 1081 decies. Una vez que se haya dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 1081 Octies y hecha la enajenación a terceros, el nuevo superficiario deberá hacérselo saber por notificación vía judicial o notarial al superficiante. De la misma manera, cuando el superficiante enajene el inmueble o predio, deberá el nuevo propietario, notificarlo de la misma manera al superficiario, en un término de ocho días a partir de que se realice la enajenación.

Artículo 1081 undecies. El derecho de superficie se extingue:

I. Por mutuo consentimiento entre las partes;

II. Por vencimiento del plazo por el cual se constituyó;

III. Por cumplirse la condición resolutoria impuesta en el título constitutivo

IV. Por la reunión del superficiante y superficiario en una misma persona; más si la reunión se verifica en solo una parte del inmueble o predio, en lo demás subsistirá el derecho de superficie;

V. Por renuncia expresa del superficiario, salvo lo dispuesto respecto de las renunciaciones hechas en fraude de los acreedores; y

VI. Por la pérdida total de la cosa que era objeto del derecho de superficie. Si la destrucción no es total, el derecho continúa sobre lo que de la cosa haya quedado.

Artículo 1081 duodecies. Declarada la nulidad del acto jurídico que dio origen al derecho de superficie, si existe construcción, se aplicarán las reglas de la accesión.

Artículo 1081 terdecies. La prescripción no puede comenzar, ni corre entre el superficiante y el superficiario.

Consideramos que para el estado de Veracruz, la presente reforma y adición al Código Civil constituye un acierto, por su importancia y pertinencia. Es claro que el legislador veracruzano entiende que la realidad actual impone una transformación en la forma tradicional de tratar al derecho de propiedad, inscrita en el pensamiento liberal francés, y avanzar a nuevas formas de comprensión en las que tenga cabida la más amplia protección de los derechos fundamentales de las personas.³⁴

³⁴ En armonización con el deber constitucional en el orden federal y local, que impone el principio pro persona.

Por ello, atender la necesidad de planificar y gestionar el desarrollo de ciudades y regiones es comprender que el derecho de propiedad se puede regular a partir no sólo de los esquemas que excluyen cualquier interés que no sea el del propietario.

Apoyados en Rodotà, afirmamos que debe ser entendida y regularizada en función de las actitudes de los bienes que la constituyen, sin olvidar, aunque sea de modo peculiar, que también ella “vive en sociedad”, dando especial relieve a sus componentes públicos y comunes, sacados a la luz por una multiplicidad de instrumentos jurídicos, desde los planes reguladores a las disciplinas sobre el medio ambiente.³⁵

En este sentido, auguramos que la presente reforma armonizará a la legislación urbanística, ambiental, forestal, de desarrollo urbano y rural, a fin de empezar a tomar conciencia de la necesaria regulación del suelo, superficie, vuelo,³⁶ subsuelo, y de su creciente importancia.

VI. REFLEXIONES FINALES

Una de las finalidades de la regulación del derecho de superficie es contribuir con la certeza y viabilidad de los procesos de urbanización, por lo que consideramos que “el proceso de urbanización implica la apropiación, transformación y aprovechamiento del espacio territorial que sirve de asiento al hombre, su familia y su comunidad para realizar sus funciones vitales en el menor tiempo y costo”.³⁷

Por ello, consideramos que la presente reforma se enmarca no sólo en la inminente necesidad de vitalizar el tema de la solución a los conflictos de orden urbanístico, sino también de carencia de vivienda, en un contexto

³⁵ Rodotà, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Madrid, Trotta, 2014, p. 117.

³⁶ Respecto a la distinción entre el *derecho de vuelo y superficie*, la diferencia es que en ésta el propietario del suelo no lo es del vuelo, es decir, de lo edificado en ejercicio de la superficie, propiedad superficiaria, separada por definición de la propiedad del suelo. En el derecho de vuelo, su titular adquiere la propiedad de una parte del suelo al ser éste un elemento común del edificio en propiedad horizontal del que formará parte lo construido en ejercicio del derecho de vuelo.

En consecuencia, el propietario superficiante será temporal y el de vuelo perpetuo, ya que el derecho de superficie recae siempre sobre el suelo; el de vuelo, sobre un edificio. V. *Enciclopedia jurídica, derecho civil*, 2020, disponible en: <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/superficie-vuelo-sobreedificacion-y-subedificacion-derecho-de/superficie-vuelo-sobreedificacion-y-subedificacion-derecho-de.htm>.

³⁷ López Velarde Vega, Oscar, “Nociones básicas de derecho urbanístico mexicano”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 102, 1991, p. 179, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/6637-5971-1-PB.pdf>.

que ha sido aún más agravado por efecto de la crisis económica ocasionada por la pandemia por COVID-19 (2020).

En el ámbito de la materia ambiental y forestal, las alternativas podrían ser de gran importancia para el sector industrial, comercial y, fundamentalmente, el de la administración pública, ya que el Estado mexicano encuentra deberes y obligaciones en cuanto a la conservación y preservación de un medio ambiente sano y equilibrado,³⁸ en seguimiento a los principios precautorio³⁹ e intergeneracional,⁴⁰ que lo obligan a generar e implementar las estrategias necesarias para otorgar la debida protección.⁴¹

En este sentido, observamos que el derecho de superficie marca una *vis* fundamental que bien orientada y diseñada podría iniciar el camino en la regulación de estándares básicos y ciertos para el manejo de la propiedad horizontal e incentivar el flujo de capitales con la certeza de sus inversiones y capitales.

En el mismo orden de ideas, conviene traer a cuenta la reciente experiencia argentina, en relación con la reforma y adición a su codificación civil en materia del derecho de superficie; veamos el artículo 2114:

Artículo 2114. Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar, o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su construcción y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.⁴²

³⁸ Principio 4: “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992, suscrita y ratificada por el Estado mexicano.

³⁹ Principio 15: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, *ibidem*.

⁴⁰ Principio 3: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”, *ibidem*.

⁴¹ Principio 11: “Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”, *ibidem*.

⁴² Código Civil vigente de Argentina, 2015.

En este sentido, así como Argentina ha dado un importante paso en el ámbito de la regulación civil de las negociaciones en el desarrollo de la industria forestal, en México podríamos hacer lo propio, generando certeza a través de la regulación de formas novedosas, pertinentes y sustentables, con fundamento en el derecho de superficie, visible como una entidad jurídico-económica sui generis.

La necesidad de planificar y gestionar el desarrollo sustentable de ciudades y regiones es comprender que el derecho de propiedad se puede regular a partir no sólo de los esquemas que excluyen cualquier interés que no sea el del propietario, sino hacer partícipe del cambio de protección y tutela al derecho de propiedad, sacándolo del trato exclusivo individual, para dar cabida a un trato inclusivo plural.

La experiencia romana, en este sentido, es clara; ponderar la circunstancia económica con la circunstancia jurídica, confirmando la vocación de adaptabilidad del derecho a las necesidades que nuestro momento histórico exige, es uno más de los ejemplos que nos ha legado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ PONCE, Lisandro, *El derecho de superficie*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, vol. I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. I.
- KASER, Max, *Derecho privado romano*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1968.
- LÓPEZ VELARDE VEGA, Oscar, “Nociones básicas de derecho urbanístico mexicano”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 102, 1991.
- MICIELI, Laura, “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano, en el nuevo Código Civil Argentino”, en ADAME GODDARD, Jorge y HEREDIA VÁZQUEZ, Horacio (eds.), *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- RAMÍREZ SANTIBAÑEZ, Ana María Estela, *Concepto, evolución y carácter derogatorio del derecho de superficie*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla, Cuadernos de Investigación, 2013.

RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Madrid, Trotta, 2014.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, “Derecho de superficie *jus in re aliena*? Negocio superficiario público-negocio superficiario privado en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, núm. 26, enero-junio de 2011.

ZAERA GARCÍA, Ana Belén, “Superficies solo cedit”, *Anuario da Facultade de Dereito da Univesidade da Coruña*, 12, 2008.

LA NUEVA REGLA DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS CONEXOS INTRODUCIDA POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO: UNA INNOVACIÓN EN LÍNEA CON LA TRADICIÓN

David Fabio ESBORRAZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación de la categoría de los contratos conexos en el Código Civil y Comercial argentino y la previsión de una regla hermenéutica acorde con la naturaleza de esta categoría negocial*. III. *La nueva regla hermenéutica de los contratos conexos reconoce sus antecedentes en los diferentes desarrollos de la tradición romanística en materia de interpretación sistemática de las leyes y de los contratos*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un verdadero honor poder participar en la conmemoración del octogésimo aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), el que reconoce sus orígenes en el Instituto de Derecho Comparado, fundado en 1940, como una dependencia de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia por iniciativa del civilista y comparatista español —exiliado en tierras aztecas— don Felipe Sánchez-Román y Gallifa (1893-1956).

Se trata, sin lugar a dudas, de una de las instituciones académicas más importantes y prestigiosas de América Latina, donde tuve la oportunidad de realizar dos estancias de investigación (en octubre de 2010 y en febrero de 2018) como beneficiario del programa Short Term Mobility, del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) de Italia,¹ y en colaboración con dos de

* Investigador en el Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) de Italia.

¹ Fruto de la primera estancia de investigación fue la voz “Messico”, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, X aggiornamento, Turín, UTET, 2012, pp. 638-669, y de la segunda, el ensayo “L'altra Via della Seta: la rotta transpacificca del «Galeone di Manila» (1565-1815).

sus investigadores: el maestro Jorge Adame Goddard, y el colega y amigo Horacio Heredia Vázquez, temprana y repentinamente desaparecido, a cuya memoria dedico afectuosamente este trabajo.

Por tal motivo, agradezco a los responsables de la línea de investigación en derecho romano y tradición romanista del IIJ, así como a los coordinadores de la presente obra colectiva sobre derecho civil y derecho romano, por la invitación a sumarme a la celebración de este aniversario con un estudio sobre una institución del derecho privado patrimonial desde una perspectiva histórica y comparativa, con la finalidad de analizar su regulación actual en comparación con la del derecho romano clásico para detectar las semejanzas y/o diferencias existentes entre ambos regímenes.

De acuerdo con esta metodología, propongo ocuparme seguidamente de la nueva regla de interpretación de los contratos conexos introducida por el Código Civil y Comercial de la República Argentina, partiendo de la regulación que hace de esta categoría negocial y, en particular, del referido canon hermenéutico (párrafo II), tratando luego de identificar los antecedentes de éste último en los diferentes desarrollos de la tradición romanística (párrafo III), ello con la finalidad de constatar si esta innovación se encuentra o no en línea con la mencionada tradición (párrafo IV).

II. LA REGULACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS CONEXOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO Y LA PREVISIÓN DE UNA REGLA HERMENÉUTICA ACORDE CON LA NATURALEZA DE ESTA CATEGORÍA NEGOCIAL

1. *La definición de la conexidad contractual y la reglamentación de sus principales efectos*

Una de las novedades más relevantes del actual Código Civil y Comercial argentino, sancionado en 2014 y en vigor desde 2015, en lo concerniente a la teoría general del contrato, está representada por la amplia regulación dedicada a la categoría de los denominados “contratos conexos” (artículos 1073-1075)² contenida en el capítulo 12 del título II (“Contratos en general”),

Aspetti storico-giuridici”, *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 2018, núm. 39, pp. 121-143.

² Aun cuando el fenómeno de la “conexidad” excede el ámbito de los contratos, abarcando, en realidad, la totalidad de los actos o negocios jurídicos, tal como sostienen, entre otros, Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, pp. 219 y ss., y más próximo en el tiempo, Nicolau, Noemí L., “Los

libro III (“Derechos personales”), y presenta una cierta originalidad en el panorama de la legislación comparada.³

En ella se ve reflejada gran parte de las ricas elaboraciones llevadas a cabo en esta materia —en las últimas décadas— por la jurisprudencia y por la doctrina argentina,⁴ cuyos hitos más destacados fueron el Proyecto de Có-

negocios jurídicos conexos”, *Trabajos del Centro*, Rosario, núm. 2, 1997, pp. 9 y ss. En este sentido, cabe señalar que el mismo Código Civil y Comercial argentino emplea, en el ámbito de los “Contratos de consumo”, la expresión “actos jurídicos conexos” (artículo 1120), categoría que podría referir a la conexidad entre un contrato de crédito y un título valor cartular (muy habitual en la contratación con consumidores).

³ Sobre todo si se tiene en cuenta la ausencia de un tratamiento sistemático de la materia en los principales instrumentos internacionales de unificación de la materia contractual, como los Principios de UNIDROIT, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de Contratos, el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos y los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, así como en los más avanzados códigos sancionados en las primeras décadas del siglo XXI, entre los que se pueden citar el Código Civil brasileño de 2002 y el chino de 2020. Sólo en forma embrionaria este fenómeno fue regulado en el Código Civil francés (artículos 1186, 2o. párrafo, y 1189) mediante la reforma introducida por la Ordonnance número 2016-131, ratificada por la ley del 20/04/2018. Véase, entre otros, Bros, Sarah, “L’interdépendance contractuelle, la Cour de Cassation et la réforme du droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, París, 2016, pp. 29 y ss., y “Los contratos conexos en el derecho comparado francés y argentino”, en Santarelli, Fulvio G. y Chamatropulos, Demetrio A. (coords.), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz*, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 805 y s., y más recientemente, en el Código Civil puertorriqueño de 2020 (artículo 356).

⁴ El primer tratamiento sistemático de la conexidad contractual en la doctrina argentina se debió a Ricardo L. Lorenzetti (quien más tarde fuera el presidente de la Comisión encargada de redactar el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, antecedente inmediato del Código vigente), en un artículo titulado “¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios (aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)?”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1995-E, pp. 1013 y ss., retomando el tema en otros trabajos sucesivos: “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, núm. 17, 1998, pp. 207 y ss.; “Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros”, *Revista de Direito do Consumidor*, San Pablo, núm. 28, 1998, pp. 22 y ss.; *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, t. I, pp. 41 y ss., y *Contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 232 y ss. En este mismo sentido, cabe señalar, a mero título ejemplificativo, las contribuciones dadas a esta materia por Lorenzo, Miguel Federico de y Tobías, José W., “Complejo de negocios unidos por un nexo (el ligamen negocial)”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1996-D, pp. 1387 y ss.; Alterini, Atilio A., *Contratos (civiles-comerciales-de consumo). Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 193 y ss. y 421 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, *passim*; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Los contratos conexos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, *passim*; Nicolau, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, pp. 220 y ss.; Hernández, Carlos A. y Picasso, Sebastián, “Régimen jurídico de los contratos conexos. Informe para

digo Civil de 1998,⁵ que dedicó una norma a la interpretación de los “Grupos de contratos” (artículo 1030), y las conclusiones de la Comisión 3a. de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999),⁶ que se ocupó específicamente de la problemática planteada por los “Contratos conexos” y formuló una serie de recomendaciones acerca del modo de regularlos.⁷

La normativa aquí analizada principia con la definición de la conexidad contractual, disponiendo el artículo 1073 que ella existe

...cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.⁸

la reforma del Código Civil en materia de contratos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, año XII, núm. 5, 2010, pp. 86 y ss.; Esborraz, David F., “El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. especial, 2012, pp. 111 y ss., y de manera particular por los trabajos presentados al Seminario sobre los negocios jurídicos conexos (organizado por el Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario en 1996) publicados en *Trabajos del Centro*, Rosario, 1997, núm. 2 (con artículos de N. L. Nicolau; A. Ariza; D. F. Esborraz y C. A. Hernández; S. Frustagli, y S. Gueiler y S. M. Alou), y los publicados en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, t. 2007-2, dedicados enteramente a los contratos conexos (con artículos de J. Mosset Iturraspe, C. A. Hernández, J. C. Venini, E. H. Richard, M. E. Paolantonio, A. J. Rinesi, J. F. Márquez, C. Weingarten, N. L. Nicolau, J. H. Wajntraub, C. Tale, E. M. Pita y G. Sozzo).

⁵ Véase el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina”, *Antecedentes Parlamentarios*, Buenos Aires, año VI, núm. 7, 1999, pp. 60 y 326.

⁶ Véanse las *Conclusiones de los congresos y jornadas nacionales de derecho civil (1927-2003)*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 186-188. Ya con anterioridad la preocupación de la doctrina argentina por esta categoría negocial se había visto reflejada en algunas recomendaciones aisladas de las XV (Mar del Plata, 1995) y XVI (Buenos Aires, 1997) Jornadas Nacionales de Derecho Civil en materia, respectivamente, de “Protección del consumidor en el ámbito contractual” y de “Autonomía de la voluntad: problemática actual” (véase *ibidem*, pp. 148 y 167).

⁷ Ambos antecedentes habían ya inspirado un proyecto de reforma del Código Civil abrogado, presentado a la Cámara de Diputados de la Nación en 2005, por el cual se preveía la introducción de los artículos 1143 *bis* (sobre la definición de los contratos conexos) y 1198 *bis* (sobre interpretación y efectos de la conexidad).

⁸ Como hemos apenas indicado, la definición legal de este fenómeno había sido ya contemplada —aunque con algunos matices diversos— por la reforma proyectada en esta materia al Código Civil abrogado en 2005, por la que se preveía introducir un nuevo artículo en el que se disponía: “Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o entre partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio” (artículo 1143 *bis*). Dicha disposición

Se trata de una norma bastante descriptiva, puesto que, regulándose en ella una excepción al efecto de la relatividad de los efectos de los contratos, no podían admitirse criterios laxos que afectaran la noción y el funcionamiento de la institución contractual.⁹ Es por ello que en la definición legal se puntualiza que para que exista conexidad es necesario: a) una “pluralidad de contratos autónomos”, cada uno de los cuales deberá integrarse con todos los elementos esenciales generales y particulares y tener plena eficacia, ya sean principales o accesorios, básicos o derivados, preparatorios o definitivos, otorgados por las mismas partes o por sujetos diferentes, en forma simultánea o sucesiva y en un único instrumento o en instrumentos separados; b) la “vinculados entre sí por una finalidad económica común o supracontractual” (la que se distingue de la causa fin de cada uno de los contratos conexos), identificada con los objetivos perseguidos por las partes mediante el negocio económico global, lo que torna necesario que se utilicen varios contratos integrados en un sistema o en una red para concretarlo o para hacerlo más eficaz, y c) “previamente establecida”, en el sentido de que esa finalidad económica común no puede ser posterior a la celebración de los contratos conexos ni tampoco producto del azar, en atención a que la decisión de vincular contratos es determinante para el logro del resultado perseguido.¹⁰

Con relación a este último requisito, la disposición comentada se cierra aclarando que esa finalidad económica común puede reconocer su fuente en la ley (como es el caso, por ejemplo, de los artículos 4o., 5o., 8o. bis, 11, 12, 13, 36 y 40 de la Ley 24.240 de defensa del consumidor; de la Ley 24.921 sobre transporte multimodal; de los artículos 43, 44, 45 y 55 de la

reproducía a la letra la recomendación 1.2 de la Comisión 3a. de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999).

⁹ Tal como se reconoce en los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión designada por Decreto Presidencial 191/2011*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 530.

¹⁰ Véanse, en general, los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial...”, *cit.*, p. 530; Albano, Carlos A., “Contratos conexos”, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, t. III, pp. 627 y ss.; Kitainik, Nicolás, “Contratos conexos”, en Bueres, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hamurabi, 2014, t. 1, p. 614; Hernández, Carlos A., “Contratos conexos”, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, t. VI, pp. 146 y ss., y “Conexidad contractual”, en Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 327 y ss.; Chomer, Héctor y Sicoli, Jorge S., “Contratos conexos”, en Herrera, Marisa *et al.* (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. III, pp. 460 y ss., y Armella, Cristina N., “Contratos conexos”, en Stiglitz, Rubén S. (dir.), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015, vol. I, pp. 205 y ss.

Ley 25.065 sobre el sistema de tarjetas de crédito, o de los artículos 1227-1250 del Código Civil y Comercial sobre *leasing* financiero) o en la voluntad de las partes (como sucede en las redes contractuales propias de la colaboración empresarial, tales como la agencia, la concesión, la franquicia, los *shopping centers*, en la subcontratación y en ciertos negocios de garantía, como la fianza),¹¹ sea que ella resulte expresamente de lo convenido al momento de la celebración de cada contrato conexo o que se deduzca —en cambio— implícitamente de la interpretación del grupo de contratos, de su función económica y del resultado perseguido (artículo 1074).¹²

De esta manera, el legislador argentino ha tratado de abarcar las más variadas manifestaciones del fenómeno de la conexidad contractual, caracterizado por su particular heterogeneidad, que pese a ello ha logrado sistematizar y ordenar a través de criterios que tienen una cierta generalidad.¹³ Esto es lo que sucede, por ejemplo, con relación a los efectos de la conexidad, respecto de los cuales, el Código Civil y Comercial argentino establece, en su artículo 1075, que

...[s]egún las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción

¹¹ Me he ocupado con mayor detenimiento de algunos de estos supuestos en “El fenómeno de la vinculación negocial...”, *cit.*, pp. 120 y ss.

¹² En este último sentido resulta paradigmático el artículo 92 del Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor de 2018, que en materia de “Conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo”, dispone que “[s]e entiende que existe un contrato de crédito conexo al de consumo cuando en virtud del primero, el consumidor obtiene financiación para la adquisición de bienes o para la prestación de servicios como destinatario final, y ambos contratos tienen una finalidad económica común. La conexidad contractual se presume: 1. Cuando se publiciten ambos contratos de manera conjunta, o en la publicidad de uno de ellos se haga referencia al otro; 2. Cuando existe una cooperación regular entre el proveedor de bienes y servicios y el de crédito, sin que se exija un acuerdo formal previo ni que sea concertado en exclusividad; 3. Cuando el contrato de crédito se ofrece o se celebra en el ámbito donde se desarrolla la actividad del proveedor de bienes o servicios y a la inversa; 4. Cuando en cualquiera de los contratos exista una referencia a las obligaciones emergentes del otro; 5. Cuando el bien objeto del contrato de consumo sirva de garantía de cumplimiento del contrato de crédito”. Véase, al respecto, Junyent Bas, Francisco, “El crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. La regulación de obligaciones cambiarias conexas”, en Santarelli, Fulvio G. y Chamatropulos, Demetrio A. (coords.), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz*, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 451 y ss.

¹³ Sobre este particular se remite a Hernández, Carlos A., “Contratos conexos”, *cit.*, pp. 146 y 150, y “Conexidad contractual”, *cit.*, p. 330.

de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.¹⁴

Esta otra disposición consagra, expresamente, una verdadera excepción al principio de la eficacia relativa de los contratos, no presente —hasta ahora y en estos términos— en ninguna otra codificación, según la cual ciertas vicisitudes que afecten a uno de los contratos conexos pueden extenderse (según las circunstancias; es decir, de acuerdo con las particularidades del caso) a los demás contratos que integren el sistema o la red.¹⁵ Así, en la primera parte del artículo se establece la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o la *exceptio non rite adimpleti contractus*, fundada en el incumplimiento total, parcial o defectuoso de las obligaciones impuestas a otro contratante en un negocio distinto, pero vinculado a aquel en el que es parte quien reclama (como sucedería, por decir, en las operaciones de crédito para el consumo).¹⁶

En la segunda parte del artículo 1075 del Código Civil y Comercial se precisa, además, aplicándose la misma *ratio* de la *fattispecie* precedente, que la extinción de uno o de alguno de los contratos conexos puede extenderse

¹⁴ Como hemos anticipado, ya el citado Proyecto de 2005 también había previsto introducir en el Código Civil abrogado, aunque en términos menos precisos que los de la regulación vigente, una nueva disposición en la que se establecía que “La conexidad relevante tiene por efecto que la ineficacia o vicisitudes padecidas por uno de los contratos pueda propagarse a los restantes contratos determinantes del negocio único” (artículo 1198 *bis, in fine*).

¹⁵ Acerca de esta otra disposición véanse, nuevamente, los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial...”, *cit.*, p. 530; Albano, Carlos A., *op. cit.*, pp. 630 y ss.; Kitainik, Nicolás, *op. cit.*, p. 615; Hernández, Carlos A., “Contratos conexos”, *cit.*, pp. 155 y ss., y “Conexidad contractual”, *cit.*, pp. 334 y ss.; Chomer, Héctor y Sicoli, Jorge S., *op. cit.*, pp. 469 y ss., y Armella, Cristina N., *op. cit.*, pp. 208 y ss.

¹⁶ La jurisprudencia argentina ya había admitido, en casos similares, esta posibilidad (véase la sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, 17/05/2000, “Bank Boston National Association c. Agarie Julio”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, 2000, pp. 612 y ss.). También aquí resulta ilustrativo lo previsto por el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de 2018, cuyo artículo 93 (“Efectos de la conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo”) establece que “...en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas al proveedor de bienes y servicios, el consumidor quedará habilitado a: 1. Suspender los pagos pendientes al proveedor del crédito; 2. Oponer el incumplimiento del proveedor de bienes y servicios, como defensa, en caso de ser demandado por el proveedor de crédito; 3. Peticionar una reducción proporcional del monto del crédito inicialmente otorgado, con la consiguiente disminución del importe de los plazos de amortización, en caso de cumplimiento defectuoso o parcial del proveedor de bienes y servicios; 4. Reclamar al proveedor del crédito el cumplimiento de la obligación impuesta al proveedor de bienes y servicios, previo requerimiento insatisfactorio contra este último; 5. Exigir al proveedor del crédito el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor de bienes y servicios...”.

también a todo el conjunto cuando la ineficacia que afecta a una parte de ellos impide la realización de la finalidad económica supracontractual,¹⁷ en cuyo caso no sería de aplicación el principio de conservación del negocio que permite la divisibilidad de la ineficacia, pues el entero sistema o red de contratos no podría subsistir si no se puede cumplir con dicha finalidad común (arg. del artículo 389, 2o. párrafo del mismo cuerpo legal en materia de nulidad parcial¹⁸).¹⁹ Nada se dice —en cambio— con relación a la posibilidad de ejercicio de la acción directa (es decir, que un contratante pueda demandar por responsabilidad contractual a un tercero que es parte de otro contrato, vinculado con la contraparte del actor), lo que en principio debería ser considerado como una negativa en atención a que en el régimen del Código argentino unificado este tipo de acciones tiene “carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley” (artículo 736, *in fine*).²⁰

¹⁷ También este otro supuesto había sido ya admitido por la jurisprudencia argentina en el ámbito de los sistemas de *shopping centers* (véanse, entre otras, las sentencias de la Cámara Nacional Civil, Sala H, 22/09/1994, “Carrefour Argentina S. A. c. Kids And Co S. R. L.”, *La Ley*, Buenos Aires, 1995-C, pp. 18 y ss., y Sala I, 24/11/1994, “Carrefour Argentina S. A. c. James Smart S. A.”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 163, pp. 208 y ss.). Al respecto se remite a Frustagli, Sandra Analía, “Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial”, *Trabajos del Centro*, Rosario, núm. 2, 1997, pp. 51 y ss.

¹⁸ En este sentido se expresa Albano, Carlos A., *op. cit.*, p. 631.

¹⁹ Asimismo, como acertadamente señala Carlos A. Hernández (“Contratos conexos”, *cit.*, pp. 159 y ss.), del principio general de la buena fe receptado por el artículo 961 del mismo Código se desprenderían otros efectos de la conexidad, como son los deberes de cooperación y de mantenimiento del sistema o red, cuyo incumplimiento podría dar lugar, en su caso, a diferentes mecanismos de tutela del crédito, tanto en cabeza del organizador (concedente, franquiciante o administrador del *shopping center*) como de los participantes (concesionarios, franquiciados o usuarios de los locales del *shopping*) ejercidos contra el integrante del grupo que afecte el interés común más allá de los límites de sus respectivos contratos.

²⁰ Tal como sucede en el ámbito del subcontrato (artículos 1071 y 1072) del *leasing* financiero (artículo 1232) y de la protección del consumidor (artículos 10 *bis*, 11, 12, 13, 36 y 40 de la Ley 24.240). Nuevamente resulta esclarecedor también en esta materia lo previsto por el Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor de 2018, cuyo artículo 65 (“Conexidad. Acción preventiva, acción directa y tutela resarcitoria”), mejorando el régimen vigente, dispone que “[l]a conexidad descripta en el artículo 1073 del Código Civil y Comercial y la tutela de la confianza, podrán habilitar al consumidor según las circunstancias, a quien sea parte en alguno de los contratos coligados a ejercer los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él: 1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad; 2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, más allá de los casos especiales expresamente previstos; 3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones”.

Por último, cabe señalar que, aunque fuera de la *sedes materiae* dedicada a los contratos conexos, el artículo 1120 del Código Civil y Comercial argentino establece —en tema de “Cláusulas abusivas” en los “Contratos de consumo”—²¹ que se “considera que existe una situación jurídica abusiva” cuando se provoca un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, “a través de la pre-disposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos” mediante los cuales se fragmenta la operación económica a los fines de obtener una ventaja jurídica excesiva o desproporcionada (por ejemplo, exoneración de la responsabilidad en caso de incumplimiento).²² Es por ello que también en este supuesto se impone, como veremos inmediatamente, una interpretación en función de la operación económica global.²³

2. *La exigencia de llevar a cabo una interpretación grupal de los contratos conexos: de la contextualidad a la intertextualidad*

La tríade de disposiciones que integran la normativa sobre los contratos conexos del Código Civil y Comercial argentino se completa con el artículo 1074, sobre “Interpretación”, en el que se establece: “Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”.

Esta norma, que constituye casi un *unicum* en el panorama del derecho comparado,²⁴ no sólo es útil para interpretar el sentido que debe darse al con-

²¹ Aun cuando algunos autores consideren que esta disposición podría ser aplicada también a los contratos conexos en general (así se expresa Sánchez Herrero, Andrés, *Tratado de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2016, t. IV, p. 585).

²² Al respecto se remite a Lorenzo, Miguel Federico de, *La causa del contrato en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2020, pp. 29 y ss.

²³ Ver nuevamente Sánchez Herrero, Andrés, *op. cit.*, p. 587.

²⁴ Con las únicas excepciones —en lo que nos consta— del Código Civil francés, que luego de la reforma introducida por la Ordonnance número 2016-131, dispone, en el artículo 1189, 2o. párrafo: “Lorsque dans l’intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s’interprètent en fonction de celle-ci” (sobre cuyo significado y alcances véase, entre otros, Deshayes, Olivier *et al.*, *Réforme du droit des contrats. Du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2a. ed., París, LexisNexis, 2018, pp. 420 y ss.), y del nuevo Código Civil puertorriqueño (respecto del cual véase *infra* III. 2. C). En Brasil, la VIII Jornada de Direito Civil (Brasília, 2018) ha resuelto que “Os contratos coligados devem ser interpretados a partir do exame do conjunto das cláusulas contratuais, de forma a privilegiar a finalidade negocial que lhes é comum” (Enunciado núm. 621), fundando su decisión en que “[t]rata-se de uma decorrência do postulado clássico de interpretação sistemática:

junto de contratos conexos, sino también como instrumento para determinar cuando hay conexidad, sobre todo en aquellos casos en los que no está expresamente reconocida por la ley ni por la voluntad manifiesta de las partes.²⁵

Como ya he adelantado, este artículo reconoce sus antecedentes inmediatos en el Proyecto de Código Civil de 1998, en el que se disponía, en el capítulo correspondiente a la “Interpretación” de los contratos en general, que “Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación” (artículo 1030, sobre los “Grupos de contrato”) y, también, en las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), que, al respecto, recomendaron: “Los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen” (Despacho 2.1 de la Comisión 3a. “Contratos conexos”).²⁶

Con una adecuada técnica legislativa, el Código unificado regula esta nueva regla interpretativa en el capítulo dedicado a los “Contratos conexos”, y no en el correspondiente a la “Interpretación” de los contratos en general, dado que no es de aplicación a la hermenéutica de cada uno de los contratos conexos en forma aislada, sino a la de todos ellos en cuanto a integrantes de un grupo o conjunto. Sin embargo, esto no obsta a que, además, cada uno de los contratos conexos pueda ser interpretado según los criterios generales (artículos 1061-1068) y que, en el caso de tratarse de contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas o de contratos de consumo, les

tal como cada cláusula contratual deve ser interpretada à luz do contrato como um todo, no caso de coligação contratual, cada contrato deve ser analisado à luz do grupo de contratos em que se insere, tendo em vista sua finalidade comum. Esse entendimento foi expressamente consagrado nos artigos 1073 e seguintes do novo Código Civil argentino, cuja redação serve de inspiração para o presente enunciado. Na falta de dispositivo similar do Código Civil brasileiro, entendeu-se que o enunciado mais se aproxima do artigo 421, já que o dispositivo indica a tutela da liberdade de contratar indicando a importância de se considerar a função socialmente buscada pelo contrato, sua razão e seu limite nos termos do legislador”.

²⁵ En el mismo sentido me he expresado en “El fenómeno de la vinculación negocial...”, *cit.*, pp. 142 y ss.

²⁶ Ambos antecedentes habían inspirado también, en este mismo tema, el ya varias veces citado proyecto de reforma de 2005, que preveía la incorporación, en el Código Civil abrogado, de una nueva norma según la cual “[l]os contratos conexos son interpretados los unos por medio de los otros, teniendo en cuenta la finalidad económica supracontractual, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del negocio...” (artículo 1198 *bis*, 1a. parte). La jurisprudencia argentina ha reconocido que “[l]os contratos vinculados entre sí, por haberse celebrado en cumplimiento de una operación económica global, deben interpretarse conjunta y coherentemente sin soslayar la finalidad supracontractual que puede surgir a través de la red de vínculos” (sentencia de la Cámara Nacional Comercial, Sala B, 2/12/2003, “Frigorífico Rizoma c. Argencard S. A.”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2005-I, pp. 138 y ss.).

sean aplicables también los criterios hermenéuticos especiales propios de estas otras categorías contractuales (artículos 987 y 1095, respectivamente).²⁷

En honor a la verdad, la regla aquí analizada constituye una adaptación al fenómeno de la conexidad contractual del criterio sistemático de la interpretación “contextual” elaborado para el contrato aislado (sintetizado en la máxima *ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio*²⁸),²⁹ reconocido expresamente por la mayor parte de los códigos civiles del sistema jurídico romanístico³⁰ y ahora también por el Código Civil y Comercial argentino, según el cual “Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto” (artículo 1064). En la norma del artículo 1073 que aquí se comenta —en cambio— dicha correlación no se establece entre las distintas cláusulas de un mismo contrato, sino entre las de contratos diferentes pero vinculados entre sí, con la finalidad de desentrañar el sentido apropiado que surge del grupo de contratos (teniendo particularmente en cuenta su función económica y el resultado perseguido), integrándose de esta manera el criterio hermenéutico de la interpretación “contextual” con el que —podríamos llamar— de la interpretación “intertextual”, propio de los contratos conexos.

Sin embargo, esta última regla no resulta del todo nueva, puesto que, como veremos a continuación, ella encuentra sus orígenes en algunos desarrollos de nuestra tradición jurídica.

²⁷ Ver, en este último sentido, Hernández, Carlos A., “Contratos conexos”, *cit.*, p. 155, y “Conexidad contractual”, *cit.*, p. 334, y Chomer, Héctor y Sicoli, Jorge S., *op. cit.*, p. 469.

²⁸ Sobre la cual se remite, en general, a Broom, Herbert K., *A Selection of Legal Maxims*, 10a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1939, pp. 389 y ss.

²⁹ Acerca de esta interpretación se remite, una vez más, a Hernández, Carlos A., “Contratos conexos”, *cit.*, pp. 154 y ss., y “Conexidad contractual”, *cit.*, pp. 333 y ss.; Chomer, Héctor y Sicoli, Jorge S., *op. cit.*, p. 464, y Armella, Cristina N., *op. cit.*, p. 207. Ya con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial se había manifestado en este mismo sentido, entre otros, Sozo, Gonzalo, “Interpretación y otros efectos de la complejidad negocial (¿Para qué puede servir vincular los contratos?)”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2007-2, pp. 329 y ss., opinión a la que adherí en “El fenómeno de la vinculación negocial...”, *cit.*, pp. 143 y ss.

³⁰ Entre los que pueden citarse, en Europa, los vigentes códigos civiles de Francia (artículo 1189, párrafo 1o.), España (artículo 1285) e Italia (artículo 1363); en América, los de Haití (1161), República Dominicana (artículo 1161), Chile (artículo 1564, párrafo 1o.), Ecuador (artículo 1607, párrafo 1o.), Colombia (artículo 1622, párrafo 1o.), El Salvador (artículo 1435, párrafo 1o.), Nicaragua (artículo 2500), Honduras (artículo 1580), Panamá (artículo 1136), México-el antes Distrito Federal (artículo 1854), Guatemala (artículo 1598), Bolivia (artículo 514), Perú (artículo 169), Luisiana (artículo 2050), Quebec (artículo 1227) y el reciente Código Civil de Puerto Rico (artículo 356, párrafo 1o.), y en Asia, el de Filipinas (artículo 1374) y el también recién entrado en vigor Código Civil de la República Popular China (artículo 142, párrafo 1o.).

III. LA NUEVA REGLA HERMENÉUTICA DE LOS CONTRATOS CONEXOS RECONOCE SUS ANTECEDENTES EN LOS DIFERENTES DESARROLLOS DE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS LEYES Y DE LOS CONTRATOS

1. *Las denominadas interpretatio per praecedentia et sequentia e interpretatio per aliam legem en las elaboraciones de la jurisprudencia romana y de los intérpretes medievales y modernos*

A. *El origen de las reglas de la interpretación “contextual” y de la interpretación “intertextual” en la labor de la jurisprudencia romana*

Los criterios hermenéuticos que Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ha agrupado en el denominado elemento “sistemático” del acto interpretativo,³¹ y que luego Emilio Betti (1890-1968) ha rebautizado como canon de la “totalidad y coherencia”,³² reconocen sus antecedentes más remotos en las elaboraciones de la jurisprudencia clásica romana que conocemos gracias a la labor de conservación y —en cierta medida— de sistematización llevada a cabo por los compiladores del *Digesto* de Justiniano, quienes reunieron a modo de pequeño *corpus*, en el título “De las leyes y de los senadoconsultos y de la costumbre inmemorial” (D. 1, 3 *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*), fragmentos referidos a la interpretación de las disposiciones normativas o del derecho en general (algunos de los cuales habrían sido tomados de obras que trataban de derecho privado y/o referidos a determinadas leyes en particular, pero presentándolos fuera de su sede originaria, como si fueran principios generales), mientras que ubicaron aquellos referidos a la hermenéutica de los actos negociales —de manera principal, pero no exclusiva— en los títulos “De las cosas dudosas” (D. 34, 5 *De rebus dubiis*), “De la significación de las palabras” (D. 50, 16 *De verborum significatione*) y “De las diversas reglas del derecho antiguo” (D. 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*).³³

³¹ Véase Savigny, Friedrich Carl von, *System des Heutigen Römischen Rechts*, Berlín, Veit und Comp., 1840, t. I, pp. 213 y ss.

³² Véase Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, 2a. ed. revisada y ampliada a cargo de G. Crifò, Milán, Giuffrè Editore, 1971, p. 15.

³³ Ver en este sentido, entre otros, Gandolfi, Giuseppe, *Sull'interpretazione degli atti giuridici in diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1966, p. 12; Archi, Gian Gualberto, “*Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*”, *Scritti di diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1981, vol. I, pp. 86 y ss. (publicado originalmente en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschi-*

El primero de los referidos criterios de interpretación, antiguamente denominado *interpretatio per praecedentia et sequentia*, lo encontramos enunciado en un pasaje tomado del libro IX de los *digestos* de Celso hijo (siglos I-II d. C.) y colocado por los Comisarios justinianeos en el primero de los títulos apenas indicados: D. 1,3,24 (*cels. 9 dig*): *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*.³⁴

Teniendo en cuenta el elevado grado de genericidad del enunciado, resulta difícil determinar con precisión a que tipo de *lex* hacía referencia Celso en su *Libro VIII digestorum*, si *privata* (cláusula negocial) o *publica* —y en este último caso, a cuál de ellas—, de ahí que la romanística no se haya puesto de acuerdo al respecto. Así, mientras algunos han interpretado que el texto original habría tratado sobre la interpretación de los negocios jurídicos,³⁵ otros, en cambio, han conjeturado —al parecer con mayor tino— que se habría ocupado de las disposiciones de una ley pública (más específicamente, de la *lex Iulia de fundo dotali* o de la *lex Iulia et Papia*).³⁶

Empero, cualquiera que haya sido el alcance original del pasaje, para lo que a nosotros aquí interesa, lo importante, es que contiene una máxima de la que se puede deducir que el acto interpretativo, aun cuando tenga por objeto desentrañar el sentido de una determinada parte de un texto, debe considerar también todas las demás, de tal manera que el significado dado a unas no resulte incoherente con el que se desprende de las otras.³⁷ Se ha hipotetizado, además, que con ello Celso habría propuesto rechazar las técnicas interpretativas de tipo retórico dirigidas principalmente a encontrar

chte, R. A., Berlín, núm. 87, 1970, pp. 1 y ss.), y Burdese, Alberto, “Note sull’interpretazione in diritto romano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* “Vittorio Scialoja”, Milán, núm. 91, 1988, p. 196.

³⁴ “Cuando haya sido citada alguna pequeña parte de una ley, es jurídicamente incorrecto juzgar o responder [emitir una *responsa prudentium*] sin haberla examinado toda”.

³⁵ Sobre esta interpretación se remite, en particular, a Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici...*, cit., p. 15.

³⁶ En este sentido véase, entre otros, Cerami, Pietro, “La concezione celsina del *ius*. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche”, *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, Palermo, núm. 38, 1985, pp. 103 y ss., quien arribaba a esta conclusión teniendo en cuenta que el libro IX de los *Digestos* de Celso trataba (siguiendo el modelo del título “*de re uxoria*” del edicto del pretor) sobre la materia dotal, por lo que probablemente la alusión fuera a alguna de las referidas leyes de Augusto que versaban sobre la dote, las que si bien tenían por objeto garantizar a la mujer, al constituyente y a los hijos la disposición de los bienes dotal, contenían algunas disposiciones que, interpretadas aisladamente, podían comprometer o limitar dicha finalidad.

³⁷ Véase al respecto Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, p. 256.

el sentido más favorable a la propia causa, en lugar de la búsqueda objetiva del *bonum et aequum*.³⁸

Los romanos no eran proclives a entender los diferentes términos empleados en una norma o en una declaración teniendo en cuenta su significado meramente usual u objetivo, sino que sentían la necesidad de encuadrarlos en el contexto de la frase y las frases, como los capítulos o las cláusulas, en el conjunto de las disposiciones de la ley o del acto.³⁹ En el *Digesto*, este criterio aparece aplicado por la jurisprudencia romana en diferentes circunstancias, incluso en el ámbito negocial (véanse, por ejemplo, *Proc. 6 epist. D. 50, 16, 126*;⁴⁰ *Ulp. 20 Sab. D. 32, 75*,⁴¹ y *Ulp. 24 Sab. D. 30, 50, 342*).⁴³

³⁸ Ver, una vez más, Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici...*, cit., p. 15, y Cerami, Pietro, “La concezione celsina del *ius...*”, cit., pp. 111 y ss.

³⁹ Esta directriz ya había sido enunciada nítidamente por Cicerón (siglo I a. C.), en su *De inventione* 2, 40, 117: “...ex superiore et ex inferiore scriptura docendum id, quod quaeretur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri; quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimare” [“...es necesario mostrar que lo que se busca saber se hace claro en consideración de un texto precedente y de un texto sucesivo [tomados en su conjunto]. Por ello, si las mismas palabras son consideradas separadamente, todo o la mayor parte del texto podrá parecer ambiguo; por el contrario, el texto no será ambiguo, si las palabras son tomadas en consideración en su conjunto”].

⁴⁰ “Si, cum fundum tibi darem, legem ita dixi «uti optimus maximusque esset» et adieci «ius fundi deterius factum non esse per dominum, praestabitur», amplius eo praestabitur nihil, etiamsi prior pars, qua scriptum est «ut optimus maximusque sis» liberum esse significat eoque, si posterior pars adiecta non esset, liberum praestare deberem. Tamen inferiore parte satis me liberatum puto, quod ad iura attinet, ne quid aliud praestare debeam, quam ius fundi per dominum deterius factum non esse” [“Si al darte yo un fundo expresé esta condición: «tan bueno y grande como fuese», y añadí que el derecho del fundo no fue perjudicado por el dueño, se responderá de ello; y no se responderá de nada más que de esto, aunque la primera parte, en la que se escribió «tan bueno y grande como fuese», significa que está libre; y por ello, si no se hubiese añadido la segunda parte, yo debería entregarlo libre; pero opino que por la segunda parte quedé suficientemente libre por lo que atañe a los derechos, de suerte que yo no deberé responder de alguna otra cosa, sino de que el derecho del fundo no fue perjudicado por el dueño”].

⁴¹ “Nummis indistincte legatis hoc receptum est, ut exiguiore legati videantur, si neque ex consuetudine patris familiae neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere” [“Habiéndose legado indistintamente monedas, se admitió esto, que se consideren legadas la de menor valor, si otra cosa no pudiera demostrarse por la costumbre del padre de familia, ni de la región en la que estuvo, ni por el contexto del testamento”].

⁴² “Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt legati ... sed et mens patris familiae et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo, item earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta sunt spectanda” [“Si se hubiera legado un número de monedas, y no aparece cuales son las legadas ... se ha de atender a la mente del padre de familia, y a la dignidad del legatario, o al cariño, y al parentesco, y también a lo escrito respecto a las sumas que preceden o que siguen”].

⁴³ Sobre éstos y otros pasajes similares se remite, en general, a Gandolfi, Giuseppe, *Sull'interpretazione degli atti giuridici...*, cit., pp. 316 y ss., y Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas...*, cit., pp. 256 y ss.

La directriz hermenéutica recién analizada alude a un único texto normativo, pero nada obsta a que pueda ser extendida a textos diferentes, de tal manera que unos se interpreten por otros, operación ésta que, desde antiguo, ha sido conocida como *interpretatio per aliam legem*. Tal es lo que se desprende de una serie de pasajes pertenecientes a Paulo y a Tertuliano (ambos fl. en los siglos II-III d. C.), colocados también en el título III del libro I del *Digesto* de Justiniano, con los cuales —en cierta medida— guarda relación el ya analizado fragmento celsino: D. 1, 3, 26 (*Paul. 4 quaest.*): *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur*;⁴⁴ D. 1, 3, 27 (*Tertull. 1 quaest.*): *Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est...*;⁴⁵ D. 1, 3, 28 (*Paul. 5 ad l. Iul. et Pap.*): *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur*.⁴⁶

Tampoco, con relación a estos otros pasajes, nos es dable conocer con certeza cuáles eran sus respectivos contextos originales debido a la operación de abstracción llevada a cabo por los compiladores en esta parte del *Digesto* justinianeo.⁴⁷ La única certeza que tenemos es que el último de los pasajes transcritos fue tomado del libro V del comentario de Paulo a la *lex Iulia et Papia*, dedicado al régimen de los *caduca* (los bienes pertenecientes a un patrimonio hereditario no dado en sucesión al heredero o al legatario en razón de su incapacidad para suceder) que estaban regulados por la *lex Papia*. Esto autorizaría a presumir que el mencionado jurista se habría referido a la interpretación de ambas leyes, en el sentido de que lo que faltara en una fuera suplido por la otra, de manera tal que lo dispuesto por la posterior *lex Papia* (del 9 d. C.), que ahí comentaba, podía ser extendido a la precedente *lex Iulia* (del 18 a. C.).⁴⁸

No obstante todas estas conjeturas, resulta claro que los pasajes aquí analizados elevan a doctrina general la directriz según la cual las leyes anteriores pueden ser extendidas a las posteriores (D. 1, 3, 26 y D. 1, 3, 27), del mismo modo que las posteriores pueden extenderse a las anteriores (D. 1, 3, 28). También de esta operación hermenéutica existen otros testimonios en el *Digesto* de Justiniano, como la cita que de Celso hijo se hace en D. 9, 4, 2, 1 (*Ulp. 18 ed.*), donde se compara una *lex prior* (la de las XII

⁴⁴ “No es cosa nueva, que las leyes anteriores sean extendidas a las posteriores”.

⁴⁵ “Y por tanto, como es uso extender las leyes más antiguas a las posteriores...”.

⁴⁶ “Pero también las leyes posteriores se extienden a las anteriores, salvo si fueran contrarias; y esto se prueba con muchos argumentos”.

⁴⁷ Véase, sobre este particular, Warmelo, Paul van, “D. 1.3 («*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*»)”, en VV. AA., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milán, Giuffrè Editore, 1971, t. 1, p. 417, y Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas...*, cit., p. 258.

⁴⁸ Tal como interpretaba Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, Bernhard Tauchnitz erschienenen Ausgabe, 1889 (reimp. Graz, Akademische Druck-u. Verlagsanstalt, 1960), vol. I, col. 1128, nota 7.

Tablas) con una *posterior* (la *lex Aquilia*).⁴⁹ La problemática vinculada a la relación entre leyes de épocas diferentes que regulan, incluso en modo no uniforme, la misma materia constituye una cuestión que ha despertado el interés de los juristas desde la antigüedad, dado que hasta la Revolución francesa las leyes nuevas no derogaban necesariamente a las anteriores, de ahí la exigencia de coordinarlas a través de criterios como los previstos en los citados pasajes del *Digesto* (ampliamente utilizados por los glosadores para justificar la vigencia de una ley vieja, aun luego de la entrada en vigor de una nueva).⁵⁰

B. *El desarrollo de las reglas de la interpretación “contextual” y de la interpretación “intertextual” en las elaboraciones de los intérpretes medievales y modernos*

Sin embargo, incluso cuando los textos de Paulo y Tertuliano hagan referencia expresa a la posibilidad de coordinar textos normativos de tiempos diferentes, nada obstaría a pensar que, igualmente, está comprendida en ellos la interpretación de unas leyes por otras, lo que también puede considerarse parte integrante del savignyano elemento “sistemático” o del bettiano criterio de la “totalidad y coherencia”.⁵¹ Éste es el alcance que terminaron dándole a los citados pasajes los intérpretes medievales y modernos, quienes concebían el ordenamiento jurídico como un conjunto armónico y sistemático de preceptos (pese a la complejidad que entonces lo caracteriza-

⁴⁹ “...*Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquilianam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset*” [“...Celso hace diferencia entre la ley Aquilia y la de las XII Tablas; porque en la ley antigua, si el esclavo cometió un hurto sabiéndolo su señor, o causó algún otro daño, hay la acción noxal a nombre del esclavo, y el dueño no queda obligado en su propio nombre; mas en la ley Aquilia, dice, el dueño se obliga en su nombre, no en el del esclavo. Da la razón de una y de otra ley: de la de las XII Tablas, como si hubiere querido que en este particular los esclavos no obedecieran a sus dueños; de la ley Aquilia, como si perdonara al esclavo que obedeció a su señor y hubiera de haber perecido, si no lo hubiese hecho”]. Cabe señalar que Otto Lenel (*op. cit.*, col. 1194, nota 4) relacionaba este fragmento con el pasaje paulino de D. 1, 3, 26.

⁵⁰ Véase Caravale, Mario, “La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra antica legge e legge nuova: qualche nota”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Nápoles, Nueva Serie, núm. 9, 2018, pp. 37 y ss., 55 y ss. y 78 y ss.

⁵¹ Véase en este sentido, una vez más, Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas...*, *cit.*, p. 259.

ba, al estar integrado por normas del *ius commune* y de los *iura propria*), por lo que el contenido normativo de una disposición legal podía ser interpretada —en modo restrictivo o extensivo— mediante los términos contenidos en otra ley concerniente a la misma materia.⁵²

Así, respecto de la doctrina de los juristas medievales, puede citarse —a mero título ejemplificativo— lo dispuesto en la Glosa *Incivile*: “...utrumque totum debet legi si totum de eadem materia loquatur ... nam plerumque principium per finem corrigitur ... Item si plures sint coniuncte leges. Idem est propter eandem rationem”.⁵³

Como hemos tenido oportunidad de analizar, la ley *Incivile est* (D. 1, 3, 24) hacía referencia a la interpretación sistemática o total de una única ley (la *interpretatio per praecedentia et sequentia*), pero la *Glossa accursiana* la extendió al caso de varias leyes —siempre que versen sobre la misma materia—, pues agregó que lo mismo debe acontecer cuando cada todo es una ley; es decir, cuando se comparan leyes diferentes (la denominada *interpretatio per aliam legem*).⁵⁴

Por la influencia que sus ideas han ejercido en la codificación europea y americana, centraremos ahora nuestra atención en la lectura que de las referidas fuentes romanas llevaron a cabo Jean Domat (1625-1696), Robert Joseph Pothier (1699-1772) y, como ya adelantáramos, Savigny —aun cuando en muchos casos estos juristas se hayan valido de la doctrina hermenéutica medieval elaborada por los glosadores y los comentadores, pero sin citarlos—.⁵⁵

⁵² Sobre el particular se remite a Piano Mortari, Vincenzo, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milán, Giuffrè Editore, 1956, vol. I, pp. 83 y ss. y 131 y ss., y Sbriccoli, Mario, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milán, Giuffrè Editore, 1969, pp. 150, 160 y ss., 167 y ss. y 204 y ss.

⁵³ “...uno y otro todo [legal] debe ser leído si el todo hable de la misma materia ... pues frecuentemente el principio [de un texto] es corregido por el fin [del mismo texto] ... Lo mismo si sean muchas conjuntamente las leyes. Es lo mismo por la misma razón”. Véase Glosa *Incivile* a D. *De legibus est senatusconsultis*, etc. l. *Incivile est*, en Accursius (1184-1263), “*Glossa in Digestum Vetus*”, *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, Turín, Bottega d’Erasmus, 1969, t. VII (reimp. anastática de la ed. Venetiis, par Baptistam de Tortis, 1488), p. 9.

⁵⁴ En atención a que los glosadores habrían interpretado la palabra *lex* (ley) en la expresión *tota lege* (ley entera) empleada en D. 1, 3, 24, no sólo como una de las leyes o fragmentos de un título del *Corpus Iuris*, sino también, en un sentido un poco más amplio, integrándola con su contexto coherente; es decir, con la ley o fragmento inmediatamente sucesivo (siempre que trate de la misma materia) cuando los compiladores hayan juntado varias leyes o fragmentos. Sobre esto se remite a Hallebeek, Jan, “El precepto de D. 1, 3, 24 y su significado en la práctica jurídica”, en Piro, Isabella (coord.), *Règle et pratique du Droit dans les réalités juridiques de l’Antiquité. Atti della 51a. Sessione della SIHDA (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997)*, Catanzaro, Rubbettino, 1999, pp. 367 y ss.

⁵⁵ En este mismo sentido se expresa, con relación a las elaboraciones de Domat, Guzmán Brito, Alejandro, “La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 31, núm. 1, 2004, p. 42.

Domat se ocupó tanto de la interpretación de las leyes como de las convenciones, tratando de la hermenéutica de las primeras, en modo somero, en el capítulo XII del *Traité des loix*, bajo el título *Réflexions sur quelques remarques du chapitre précédent pour le fondement de diverses règles, de l'usage & de l'interprétation des loix*,⁵⁶ y más detalladamente, en la sección II, *De l'usage & de l'interprétation des règles*, del título I (*Des règles du droit en général*) del libro preliminar (*Ou il est traité des règles de droit en général, des personnes, & des choses*) de la obra titulada *Les loix Civiles dans leur ordre naturel*.⁵⁷ Mientras que a la interpretación de las convenciones dedicó la sección II: *Des principes qui suivent de la nature des conventions. Et des règles pour les interpréter*, del título I (*Des conventions en général*) del libro I (*Des engagements volontaires & mutuels par les conventions*), correspondiente a la primera parte (*Des engagements*) de la última obra indicada.⁵⁸

Así, respecto de las disposiciones normativas, Domat consideraba que si una ley cuyo texto es dudoso o de difícil comprensión tiene alguna relación con otra que puede aclarar su sentido, se debe preferir aquella interpretación que se desprende de esta última, tal como sucede cuando una ley nueva se relaciona con otra antigua o viceversa, en cuyo caso una se tiene que interpretar por la otra según la intensión común de ellas y en lo que la primera no haya expresamente abrogado de la segunda.⁵⁹ De igual manera que para entender el sentido de una ley aconsejaba tener en cuenta todos sus términos, e incluso el preámbulo, y no limitarse al que se podría desprender de una parte de ella o de una expresión particular sino el que se vincula con su totalidad.⁶⁰ Respecto de las convenciones —en cambio—, sólo contempló este último criterio hermenéutico al afirmar que como sucede con las diferentes partes de una ley, las cláusulas de una convención se tienen que interpretar unas por las otras, dando a cada una de ellas el sentido que se desprende del acto en su totalidad y también de lo que está enunciado en el preámbulo.⁶¹

⁵⁶ Domat, Jean, “*Traité des loix*”, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, & legum delectus*, París, Nicolas Gosselin, 1623, t. I, pp. xxiii y ss.

⁵⁷ Domat, Jean, “*Les loix civiles dans leur ordre naturel*”, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *cit.*, pp. 4 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

⁵⁹ Véase Domat, Jean, “*Traité des loix*”, *cit.*, núm. ii, p. xxiv, y “*Les loix civiles...*”, *cit.*, núm. xviii, p. 8, fundando su opinión en los pasajes conservados en D. 1, 3, 26 y 27.

⁶⁰ Véase Domat, Jean, “*Traité des loix*”, *cit.*, núm. vii, p. xxiv, y “*Les loix civiles...*”, *cit.*, núms. x y xi, p. 7, remitiendo en este otro caso al pasaje celsino conservado en D. 1, 3, 24, y para aclarar el significado del término “preámbulo” del fragmento D. 45, 1, 134, 1, en el que se lo entiende como “prefación” (*praefatio*).

⁶¹ Domat, Jean, “*Les loix civiles...*”, *cit.*, núm. x, p. 22, regla 3a., donde cita nuevamente el pasaje D. 1, 3, 24 y el fragmento D. 45, 1, 134, 1.

En sentido similar se expresó Pothier en sus *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae*, en las que, al resistemizar el material de los títulos III, del libro I, y XIV, del libro II, del *Digesto* de Justiniano, dedica sendos apartados a la interpretación de las leyes y de las convenciones,⁶² refiriéndose también a éstas últimas en su *Traité des obligations*.⁶³ De esta manera, al ocuparse de la hermenéutica de las disposiciones normativas en el párrafo I, titulado *Traduntur regulae ad perspicendum sensum legis*, del artículo IV (*De interpretatione & praxi legum*), colocado en la sección I (*De legibus in genere*) de su comentario al título *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* de las pandectas, señaló que para entender el sentido de una ley es menester comparar todos sus artículos entre sí;⁶⁴ del mismo modo en que para interpretar una ley nos podemos servir de otra que integre el mismo ordenamiento, como sucede cuando una ley posterior ordena una cosa en modo diferente pero no contrario a como lo hacía una ley precedente, en cuyo caso ésta última no es abrogada sino que se prolonga en la primera, de tal manera que una y otra se confunden.⁶⁵

Con relación a las convenciones, Pothier puntualiza, en la sección VI (*De conventionum interpretatione*) de su comentario al título *De pactis* de las pandectas, y en el artículo VII sobre las *Règles pour l'interprétation des conventions*, de la sección I (*Des Contrats*) del capítulo I (*De ce qui appartient à l'essence des obligations*) contenido en la parte primera de su tratado sobre las obligaciones, que aunque las palabras que se leen en la primera parte de una convención fueran claras, las que están escritas en la segunda parte pueden dar a las anteriores un sentido diferente del que por sí presentan, por lo que una cláusula debe ser interpretada por las demás cláusulas contenidas en el acto.⁶⁶

En lo tocante a Savigny, cabe señalar que a él se debe —como hemos anticipado— la teorización, en el capítulo IV dedicado a la “Interpretación de las leyes” (*Auslegung der Gesetze*) del libro I de su *System des Heutigen Römischen Rechts*, del denominado elemento sistemático (*systematische element*), el cual, junto al gramatical, al lógico y al histórico, debía ser empleado para una

⁶² Véase Pothier, Robert Joseph, *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae: cum legibus codicis, et novellis, que Jus Pandectarum onfirman, explicant, aut abrogant*, Lyon, Bernuset et Sociorum, 1782, t. I, pp. 9 y ss. y 82 y ss., respectivamente.

⁶³ Véase Pothier, Robert Joseph, *Traité des obligations*, París-Orleans, Debure-Rouzeau-Montaut, 1761, t. I, pp. 106 y ss.

⁶⁴ Véase Pothier, Robert Joseph, *Pandectae justinianae...*, cit., núm. xii, p. 9.

⁶⁵ *Ibidem*, núm. xiii, p. 9, con expresa referencia a los pasajes D. 1, 3, 26 y 27, y citando además en nota, como ejemplo del primer pasaje, el ya referido fragmento D. 9, 4, 2, 1 en materia de acciones noxales, conexión que igualmente hiciera luego O. Lenel (*supra* nota 49).

⁶⁶ Véase Pothier, Robert Joseph, *Pandectae justinianae...*, cit., núm. lxxiv, regla 8a., p. 83, donde se cita el también ya recordado pasaje D. 50, 16, 126 (véase *supra* nota 40), y *Traité des obligations*, cit., núm. 96, regla 6a., p. 108.

correcta interpretación —o, según sus propias palabras, para la reconstrucción del pensamiento contemporáneo— de la ley.⁶⁷

Ahora bien, al dedicarse, en concreto, al análisis de la problemática planteada por la interpretación de las leyes defectuosas, por contener ellas una expresión impropia cuyo sentido está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley, propone como primera vía de solución de este tipo de defecto el examen de la legislación en su conjunto; el cual puede ser llevado a cabo de dos maneras: interpretando la parte defectuosa con la ayuda de otras partes de la misma ley (considerado el camino más seguro)⁶⁸ o con la ayuda de otras leyes (que resultará tanto más cierto cuanto más cercana sea la fecha de las leyes comparadas, de tal manera que si emanan del mismo legislador obtendrán el más alto grado de certidumbre).⁶⁹ Seguidamente aclaraba, con relación a este último supuesto, que con dicha finalidad podemos servirnos tanto de las leyes anteriores, en la suposición legítima que el legislador las ha tenido a la vista y que deben haber servido para completar su pensamiento, como de las posteriores, en cuyo caso se supone que el espíritu de la antigua legislación se ha conservado en la nueva.⁷⁰

Sin embargo, de la reseña efectuada se desprende que en ninguna de las fuentes analizadas —en este párrafo y en el precedente— se ha extendido el criterio de la *interpretatio per aliam legem* al ámbito negocial. El verdadero “salto de *specie*” (o, mejor dicho, de *fattispecie*) lo llevó a cabo, en esta materia, la codificación luisiana en la segunda versión del Código Civil del Estado de Luisiana, de 1824, que luego se ha propagado por algunas codificaciones latinoamericanas.

2. *La recepción de las reglas de la interpretación sistemática (“contextual” e “intertextual”) en las codificaciones americanas*

A. *El carácter paradigmático de la codificación civil del estado de Luisiana en materia de interpretación: de la interpretatio per aliam legem a la interpretatio per alium contractum*

Correspondió, en realidad, al que fuera el primer Código Civil sancionado en América en 1808, aunque llevara el curioso nombre de *Digeste*

⁶⁷ Véase Savigny, Friedrich Carl von, *op. cit.*, párr. 33.A, pp. 212 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 223, párr. 35, quien cita en la nota a) el pasaje D. 1, 3, 24.

⁶⁹ *Idem*, donde además se citan, en la nota c), los pasajes D. 1, 3, 26 y 27.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 224, citando en la nota d) el pasaje D.1, 3, 28.

des lois civiles actuellement en force dans le territoire d'Orléans, el mérito de haber continuado con la referida tradición al ocuparse *De l'application et de l'interprétation de la loi* en el capítulo IV de su *Titre préliminaire* (artículos xxii y xiii), con mayor atención de cuanto lo hiciera el *Code Napoléon* de 1804 (por entonces el principal modelo de inspiración de la codificación europea y americana).⁷¹

En esta materia, el legislador luisiano habría seguido más de cerca el *Projet de Code Civil* para Francia, terminado en el año VIII de la Revolución (1800), el cual ya se había ocupado más detalladamente *De l'application et de l'interprétation des lois* en el título V (artículos 1-13) de su *Livre préliminaire*,⁷² si bien con relación a las disposiciones del *Digeste des lois civiles* que refieren a los criterios de interpretación “contextual” e “intertextual” de las leyes (véanse, respectivamente, los artículos xvi y xvii del citado capítulo del *Titre préliminaire*⁷³), y al de la interpretación “contextual” de las convenciones (véase el artículo 61 de la sección V, del capítulo III, del título III: *Des contrats et des obligations conventionnelles en general*, ubicado en el amplio libro III y titulado *Des différentes manières dont on acquiert la propriété des Biens*⁷⁴), las fuentes de inspiración parecen haber sido otras.

En efecto, si tenemos en cuenta un manuscrito del principal autor del *Digeste des lois civiles*, el jurista Louis Moreau-Lislet (1766-1832), titulado *Loix de l'État de la Louisiane avec des notes qui réfèrent aux Loix civiles et Espagnoles qui y*

⁷¹ Véase, en general, Hood Jr., John T., “The History and Development of the Louisiana Civil Code”, *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 19, 1958, pp. 26 y ss.

⁷² Véase el texto en Fenet, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, Videcoq Libraire, 1836, vol. I, pp. 3 y ss. Acerca de la influencia del denominado *Projet de l'an VIII* de 1800 sobre el *Digeste des lois civiles* se remite, entre otros, a Batiza, Rodolfo, “The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 46, núm. 1, 1971, pp. 4 y ss., y “Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 46, núm. 4, 1972, pp. 628 y ss.; Guzmán Brito, Alejandro, “Las normas sobre interpretación de las leyes en el «Projet de Code Civil» de l'an VIII (1800)”, en Labruna, Luigi (dir.), Baccari, Maria Pia y Cascione, Cosimo (coords.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, Nápoles, ESI, 2006, t. 2, pp. 1809 y ss., y “Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del *Digeste des lois civiles* (Code civil) de la Luisiana (1808/1825)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, vol. XXXI, 2009, pp. 171 y ss.

⁷³ Artículo xvi: “Quand les expressions d'une loi sont douteuses, on peut en rechercher la signification, en examinant et comparant les termes ou phrases ambiguës avec les autres parties de la loi, afin de déterminer leurs véritables sens”, y artículo xvii: “Les lois in pari materia ou sur un même sujet, doivent être interprétées suivant le rapport qu'elles ont l'une avec l'autre; ce qui est clair dans une loi, peut servir de base pour expliquer ce qui est douteux dans une autre”.

⁷⁴ Artículo 61: “Toutes les clauses des conventions s'interprètent, les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier”.

ont rapport (preparado hacia 1814 y editado recién en las últimas décadas del siglo XX),⁷⁵ las fuentes de los artículos xvi y xvii serían, respectivamente, los números x, xi y xviii de la sección II del título I del libro preliminar de la obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de Domat,⁷⁶ mientras que las del artículo 61 serían el número x de la sección II, título I, libro I, primera parte de la última obra y autor indicados, y el número 96 del tomo I (sección I, capítulo I, parte primera) del *Traité des obligations* de Pothier⁷⁷ (véase párrafo III. 1. B).⁷⁸

Sin embargo, fue la versión del *Digeste des lois civiles*, revisada en 1824 y en vigor desde 1825 —en la que también se aprovechó para cambiar su nombre a *Code Civil*—, la que realizó un verdadero salto de cualidad respecto del tema que nos ocupa. Así, además de conservar sin alteraciones sustanciales las reglas hermenéuticas contenidas en la versión original de los artículos 16 y 17, respecto de las leyes (sustituyendo la numeración romana por la arábiga e introduciendo sólo mínimos cambios de puntuación), y del artículo 61, con relación a las convenciones (pero dándole el número 1943

⁷⁵ Véase *A Reprint of Moreau Lislet's Copy of a Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans (1808), Containing Manuscript References to its Sources and Other Civils Laws on the Same Subjects. The de la Vergne Volume*, Baton Rouge, Claitor's Publishing Division, 1971, *passim*. En el “Preface to the Reprint” se aclara que se trata de una edición facsimilar de un ejemplar bilingüe (inglés-francés) del *Digest of the Civil Laws/Digeste des lois civiles* de 1808 (en poder, por generaciones, de la familia de la Vergne), en la que cada página impresa es enfrentada con una en blanco en la que Moreau Lislet anotó en manuscrito, enfrente del texto en inglés, las diferentes leyes de la tradición civilista relacionadas con las materias tratadas en cada una de las partes del *Digeste*, y enfrente del texto en francés, las fuentes de cada una de sus disposiciones (tal como se explica en la *Avant-proposit* de dicho manuscrito).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 5 enfrente (véanse *supra*, respectivamente, notas 60 y 59).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 271 enfrente (véanse *supra*, respectivamente, notas 61 y 66).

⁷⁸ Sobre las normas referidas a la interpretación de las leyes véanse, entre otros, los trabajos de Tucker, Thomas W., “Sources of Louisiana Law of Persons: Blackstone, Domat and the French Codes”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 44, núm. 2, 1970, pp. 264 y ss., e “Interpretations of the Louisiana Civil Codes, 1808-1840: The Failure of the Preliminary Title”, *Tulane European & Civil Law Forum*, Nueva Orleans, vol. 19, 2004, pp. 74 y 78, y nuevamente Guzmán Brito, Alejandro, “Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del *Digeste des lois civiles*...”, *cit.*, pp. 177 y ss., quienes, sin embargo, consideran que los artículos xvi y xvii reconocerían su fuente inmediata —haciendo un cotejo de los textos— en la obra clásica del jurista inglés Blackstone, William (1723-1780), *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, t. I, p. 60, y la edición comentada por Christian, Edward (1758-1823), *Commentaries on the Laws of England in four Books by Sir William Blackstone, Knt. ... The Twelfth Edition, with the Last Corrections of the Autor, and with Notes and Additions by Edward Christian, Esq., Barrister at Law and Professor of the Laws on England in the University of Cambridge*, Londres, S. Strahan & W. Woodfall for T. Cadell, 1793, p. 60, nota 9.

y una nueva redacción⁷⁹),⁸⁰ introdujo *ex novo* la regla de la interpretación “intertextual” también en el ámbito de los contratos, al disponer, en el artículo 1944, lo siguiente: “When there is anything doubtful in one contract, it may be explained by referring to other contracts or agreements made on the same subject between the same parties, before or after the agreement in question” [Quand il y a quelque chose de douteux dans un contrat, on peut l’expliquer en se référant à d’autres contrats ou conventions passés sur le même sujet, entre les mêmes parties, avant ou depuis le contrat qu’il s’agit d’interpréter].

Como es fácil de advertir, se trataba de una norma de gran originalidad para su época, en atención a que en ella se consagraba una regla hermenéutica para la interpretación negocial que —como hemos visto— no estaba presente en los famosos catálogos de Domat y de Pothier, como tampoco en los contenidos por los códigos y proyectos europeos que sirvieron de modelo a las codificaciones decimonónicas (véanse los párrafos 252-269 del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*/ALR de 1794; los artículos 52-59 de la sección V, capítulo II, título II, libro III del *Projet de l’an VIII*/1800; los artículos 1156-1164 del Código Civil francés de 1804, y los párrafos 914-916 del *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*/ABGB de 1811).

A este resultado se arribó —tal como había sucedido históricamente con la generalización de la regla de la interpretación “contextual”— mediante la extensión al ámbito contractual del antiguo criterio de la *interpretatio per aliam legem*, prevista ya por el artículo xvii del *Digeste des lois civiles* de 1808, reconociendo así un nuevo canon que por analogía podríamos llamar de la *interpretatio per alium contractum*. En efecto, como reconoció la comisión encargada de elaborar el proyecto de reformas al Código Civil louisiano en sus comentarios, al haberse reconocido en el artículo 1895 que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho, era adecuado, por extensión, aplicar a ambas las mismas reglas hermenéuticas⁸¹ (incli-

⁷⁹ Artículo 1943: “When there is a doubt as to the true sense of the words of a contract, they may be explained by referring to other words or phrases used in making the same contract./Lorsqu’il y a doute sur le véritable sens des termes d’un contrat, ils peuvent être expliqués suivant le rapport qu’ils peuvent avoir avec d’autres mots ou phrases, dont on a fait usage dans le même contrat”.

⁸⁰ Para una comparación entre la versión original de 1808 (artículos xvi, xvii y 61) y la de 1824 (artículos 16, 17 y 1943) del Civil Code de Luisiana, se remite a *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana, Prepared by the Louisiana State Law Institute at the Direction of the Editorial Committee and E. A. Conway, Secretary of State...*, Baton Rouge, Louisiana State Law Institute, 1940, pp. 10 y 1079 y ss.

⁸¹ Véase, en este sentido, *Additions and Amendments to the Civil Code of the State of Louisiana, by the Jurists Commissioned for that Purpose*, Nueva Orleans, 1823 (Republished by the State of

da la de la interpretación “intertextual”, siempre que se trate de contratos que versen sobre la misma materia y entre las mismas partes).⁸²

Las disposiciones sobre interpretación de las leyes y de las convenciones del Código Civil del estado de Luisiana, en su versión de 1825, ejercieron una cierta influencia en la primera generación de códigos civiles latinoamericanos debido, principalmente, a la circulación indirecta de su texto por América Latina a través de las “concordancias” legislativas del francés Fortuné Anthoine de Saint-Joseph (1794-1853) y del español Florencio García Goyena (1783-1855).⁸³

Louisiana as *Louisiana Legal Archives*, Nueva Orleans, Thos. J. Moran's Sons, 1937, vol. 1), p. 261, donde textualmente se expresa: “The three last preceding articles [1942, 1943 and 1944] are copied from the section containing the construction of law-having declared in the first section of this title [«Of the Effect of Obligations. General dispositions»], that the agreements of parties had on them the effect of laws [art. 1895], or was deemed analogous and proper, that the same rules of interpretation should be established in both they are also sanctioned by practice and the authority of the best commentators”. Sobre el particular se remite a Batiza, Rodolfo, “The Actual Sources of the Louisiana Project of 1823: A General Analytical Survey”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 47, núm. 1, 1972, p. 81, lo mismo que a Tucker, Thomas W., “Interpretations of the Louisiana Civil Codes...”, *cit.*, p. 104.

⁸² Esta regla, conservada sin alteraciones en la revisión del Civil Code de Luisiana de 1870 (artículo 1949), fue reducida a un criterio hermenéutico residual en la revisión de 1984 (artículo 2053: “A doubtful provision must be interpreted in light of the nature of the contract, equity, usages, the conduct of the parties before and after the formation of the contract, and of other contracts of a like nature between the same parties”). No obstante ello, la jurisprudencia del estado de Luisiana ha hecho aplicación de esta regla, tal como lo demuestra Ottinger, Patrick S., “Principles of Contractual Interpretation”, *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 60, núm. 3, 2000, pp. 782 y ss.

⁸³ Véase Anthoine de Saint-Joseph (Fortuné), *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, París-Leipzig, Charles Hingray-Brockhaus et Avenarius, 1840, y García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, 4 t. Al respecto se remite, en lo general, a Nadelmann, Kurt H., “Kritische Notiz zu den Quellen der Rechte Süd-und Mittelamerikas. Anthoine de Saint Josephs Tabellen”, *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Berlín-Tubinga, vol. 20, núm. 3, 1955, pp. 500 y ss.; Parise, Agustín, “Las concordancias legislativas decimonónicas: instrumentos de difusión del derecho continental europeo en América”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, núm. 17, 2010, pp. 171 y ss., y en lo particular a Knütel, Rolf, “Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 70, núm. 5, 1996, pp. 1445 y ss. Asimismo, nuevamente se recomienda acudir a Parise, Agustín, “The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851”, *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 68, núm. 3, 2008, pp. 823 y ss., y “El Código Civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: diseminación del texto americano mediante la inclusión en el Proyecto de García Goyena”, *Iushistoria*, Buenos Aires, núm. 6, 2009, pp. 33 y ss.

B. La circulación del modelo legislativo luisiano en la primera generación de códigos civiles latinoamericanos

a. La regulación de la interpretación “intertextual” de los contratos en el Código Civil peruano de 1852

En Latinoamérica, el primer Código Civil que reconoció la regla de la denominada interpretación “intertextual” de los contratos fue el peruano de 1852,⁸⁴ cuyo artículo 1277 establecía:

Para la mejor inteligencia o interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cual fue la intención de las partes al celebrarlo. Concurren al conocimiento de esta intención el sentido de las demás cláusulas del contrato, o de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona; las costumbres del lugar y todas las demás circunstancias que contribuyen al mismo fin.

De la norma transcrita se desprende que la aplicación de la interpretación “intertextual” estaba condicionada a que se tratara de contratos semejantes (o sea, de la misma naturaleza), así como entre las mismas partes. El principal comentarista del Código Civil peruano de 1852, sin tener en cuenta la actual problemática de la conexidad contractual, ilustraba la aplicación que podía darse al 2o. párrafo del artículo 1277 con el siguiente ejemplo:

Juan tiene alquilada una ventana de reja, y el propietario Pedro ocupa el principal. Renuevan el contrato y en él Pedro dice lo siguiente: “He dado en alquilar á Juan *mi casa* por el precio del anterior arrendamiento”. ¿Juan podría decir que ha alquilado toda la casa? No, porque aunque de los términos del contrato se deduce que ha alquilado toda la casa, es claro que la intención ha sido renovar el antiguo arrendamiento que era solo por la ventana. *In contrahibus rei veritas potius quam scripta perspicit debet.*⁸⁵

Aun cuando no se tenga certeza del origen de tal disposición, debido a la falta de actas, memorias, exposiciones de motivos y notas que indiquen

⁸⁴ He aquí un motivo más que justifica la calificación de “primera codificación iberoamericana endógena” que respecto de este Código propusiera Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 329.

⁸⁵ Véase Ortiz de Zevallos y Vidaurre, Ricardo, *Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico (Comentario al libro III del Código Civil de 1852)*, Lima, E. Rosay, 1906, p. 76.

las fuentes de este Código,⁸⁶ podría conjeturarse que sus autores se hayan inspirado, para su redacción, en la primera edición de la *Concordance* de Anthoine de Saint-Joseph, quien, al comparar los textos del *Code Napoléon* y del Civil Code de Luisiana de 1825, no reprodujo literalmente los artículos 1943 y 1944 de este último (referidos, respectivamente, a la interpretación “contextual” e “intertextual” de los contratos), sino que los resumió —en términos muy similares a los empleados por el codificador peruano— en un único texto: “1943 et 1944. En cas de doute sur le sens des termes, ou dans les clauses d’un contrat, ou doit se reporter ou à des termes semblables employés dans le contrat, ou à d’autres conventions intervenues entre les mêmes parties”.⁸⁷

Desafortunadamente, esta última regla de interpretación de los contratos no fue conservada ni por el Código Civil peruano de 1936 ni por el vigente de 1984.

b. La interpretación “intertextual” de las leyes y de los contratos en el Código Civil chileno de 1855 y en las legislaciones que adoptaron su texto

Más fiel aún al modelo luisiano se presenta el Código Civil chileno de 1855, elaborado por el jurista venezolano Andrés Bello (1781-1865), quien reunió en sendas disposiciones de su proyecto los artículos 16, 17, 1943 y 1944 del Código Civil de Luisiana de 1824.

Así, respecto de la interpretación de las leyes, dispuso en el artículo 22 del párrafo 4 del título preliminar que “[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía./Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Con relación a la interpretación de los contratos, hizo lo propio en el artículo 1564, ubicado en el título XIII del libro IV (“De las obligaciones en general y de los contratos”), en el que también reunió en una única disposición las reglas hermenéuticas de la “contextualidad” y de la “intertextualidad”: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras,

⁸⁶ Tal como puntualiza, entre otros, Basadre Ayulo, Jorge, *La historia de la codificación en el Perú*, Lima, Editorial Cuzco, 2003, p. 33.

⁸⁷ Ver Anthoine de Saint-Joseph (Fortuné), *op. cit.*, p. 71. En cambio, en la segunda edición enteramente revisada y aumentada de la *Concordance* (París, Cotillon, 1856, 4 t.), el texto del Código Civil luisiano fue reproducido en forma integral (véase t. 2, pp. 459 y ss., artículos 16 y 17, p. 460, y artículos 1493 y 1494, p. 530).

dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia...”.

Tal como confesara el mismo Bello en las “notas” puestas al proyecto de 1853, las fuentes de las disposiciones transcritas se encuentran en el pasaje D. 1, 3, 24 y en los ya referidos artículos del Código Civil luisiano.⁸⁸ Sin embargo, cabe señalar que este mismo jurista ya había sugerido, en sus *Principios de derecho internacional*, ambos criterios de interpretación sistemática (“contextual” e “intertextual”) en el capítulo X de la parte primera, dedicado a la “Interpretación de los tratados, leyes y otros documentos”. En concreto, nos estamos refiriendo a la regla décima, según la cual “las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante”.⁸⁹

En este otro caso, el modelo de inspiración de Bello habría sido —como él mismo también indicara— la obra del jurista suizo Emer de Vattel (1714-1767), *Le droit des gens*, en particular el capítulo XVII, *De l'inteprétation des traités*, de su libro II.⁹⁰ En efecto, las elaboraciones llevadas a cabo por los autores clásicos del derecho internacional en materia de hermenéutica de los tratados —desde el *Iure belli ac pacis*, de Hugo Grotius (1583-1645)—⁹¹ han sido de gran importancia respecto del tema que nos ocupa, en atención

⁸⁸ Ver, Bello, Andrés, “Código Civil de la República de Chile 1”, *Obras completas de Andrés Bello*, 2a. ed., Caracas, La Casa de Bello, 1981, vol. XIV, pp. 43 y ss.

⁸⁹ Empleamos aquí la edición publicada en las *Obras completas de Andrés Bello*, cit., vol. X (*Derecho internacional I. Principios de derecho internacional y escritos complementarios*), pp. 177 y ss. Sobre el particular véase Guzmán Brito, Alejandro, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar (del 23 al 25 de mayo de 1991)*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 65, y *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, pp. 145 y ss.

⁹⁰ Véase Vattel, Emer de, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, Londres, Apud Liberos Tutor, 1758, núm. 284, pp. 478 y ss.; núm. 285 (donde cita el pasaje D. 1, 3, 24), p. 479, y núm. 286, pp. 479 y ss., quien, a su vez, se había inspirado en las enseñanzas de su maestro Wolff, Christian von (1679-1754), *Jus naturae methodo scientifica pertractatum pars sexta...*, Halle, 1746, parte VI, capítulo III, núm. 487, pp. 344 y ss., y núm. 488, pp. 345 y ss. (donde cita también el pasaje D. 1, 3, 24). Acerca del influjo de la obra de Vattel sobre la de Bello se remite a Plaza A., Eduardo, “Prólogo”, en Bello, Andrés, *Principios de derecho internacional*, cit., pp. cxli y ss., y Guzmán Brito, Alejandro, *Las reglas del “Código Civil” de Chile...*, cit., pp. 145 y ss., notas 334-336.

⁹¹ Véase Grotius, Hugo, *Iure belli ac pacis libri tres, in quibus Jus Naturae & Gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Amsterdam, Apud Iohannem Blaeu, 1646, libro II, capítulo XVI: *De interpretatione*, pp. 275 y ss.

a que ellas constituyen una suerte de eslabón perdido en el pasaje de ciertas reglas sistematizadas por los medievales para la interpretación de las leyes a los contratos, como hizo también el codificador luisiano con relación al criterio de la *interpretatio per aliam legem* (véase párrafo III. 2. A).⁹²

Volviendo a la regla de la interpretación “intertextual” contenida en el artículo 1564, 2o. párrafo, del Código Civil chileno, uno de sus primeros comentaristas parecería haberse ya planteado su aplicación al fenómeno de lo que hoy llamamos conexidad contractual, al precisar que en

...un negocio largo y complicado, que ha motivado la celebración de diversos contratos, para entender las cláusulas de uno de ellos y conocer la intención de las partes, es menester considerar los diversos contratos que han celebrado sobre el mismo asunto, esto es, dominar el conjunto, porque de otra manera es imposible conocer de un modo completo la intención o voluntad de las partes.⁹³

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina “clásica” chilena ha prestado poca atención a esta regla de interpretación de los contratos, como tampoco lo han hecho quienes en las últimas décadas se han ocupado, en particular, de la problemática planteada por los contratos conexos.⁹⁴

Esta última norma terminó luego circulando hacia otras codificaciones de América Latina,⁹⁵ al ser reproducida por aquellas legislaciones latinoa-

⁹² Ver nuevamente Guzmán Brito, Alejandro, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación...”, *cit.*, pp. 63 y ss.

⁹³ Véase, en este sentido, Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de derecho civil*, 4a. ed., Santiago de Chile, Nascimento, 1932, vol. III, p. 78. Más cercano en el tiempo puede verse, en sentido análogo, Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho civil. De los contratos*, Santiago de Chile, Ediar-ConoSur, 1988, p. 67, para quien “...el juez debe relacionar las diversas cláusulas de un mismo contrato, y no puede interpretarlas aisladamente. También servirán para este efecto otros contratos que las partes hayan celebrado sobre la misma materia; hay muchos negocios que solamente llegan a efectuarse mediante la realización de una serie de contratos, todos ellos referentes al mismo asunto; por eso, es buena manera de interpretar uno de ellos la de relacionarlos con los otros, porque todos los contratos que se celebran entre las mismas partes referentes a un mismo negocio, tienden a un fin único”.

⁹⁴ En este último sentido omiten hacer cualquier referencia al artículo 1564, 2o. párrafo, del Código Civil chileno, López Santa María, Jorge, “Las cadenas de contratos o contratos coligados”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, vol. XIX, 1998, pp. 159 y ss., y Figueroa Yáñez, Gonzalo, “El efecto relativo en los contratos conexos”, en Soto Coaguila, Carlos A. y Jiménez Vargas-Machuca, Roxana (coords.), *Contratación privada. Contratos predisuestos, contratos conexos*, *Código Europeo de Contratos*, Lima, Jurista Editores, 2002, pp. 317 y ss.

⁹⁵ Sobre la circulación del Código Civil chileno por Latinoamérica véanse, entre otros, Bravo Lira, Bernardino, “Difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho cas-

americanas que adoptaron de manera integral el texto chileno, como son el Código Civil ecuatoriano de 1858-1860 (artículo 1607, 2o. párrafo), el colombiano de 1858-1887 (artículo 1622, 2o. párrafo) y el salvadoreño de 1859 (artículo 1435, 2o. párrafo).⁹⁶ No obstante, también en estos ordenamientos la regla de la interpretación “intertextual” recibió una escasa atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia,⁹⁷ siendo sólo retomada recientemente en el ámbito de los contratos conexos por un sector de la doctrina colombiana.⁹⁸

C. La posibilidad de recurrir a la interpretación conjunta de los contratos en la codificación civil española y en los códigos latinoamericanos que han seguido su modelo

Al mismo resultado puede arribarse mediante la aplicación combinada de las disposiciones que prevén, por una parte, el recurso a otros elementos extratextuales, como son los actos de las partes que rodean al contrato y, por la otra, la regla de la interpretación “contextual”.

Tal es lo que establece el Código Civil español de 1889, cuyos artículos 1282 y 1285 disponen, respectivamente: “Para juzgar la intención de los con-

tellano y portugués”, en VV. AA., *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso internacional (Roma, 10/12 de diciembre de 1981)*, Caracas, La Casa de Bello, 1987, pp. 343 y ss.; Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica...*, cit., pp. 374 y ss. y p. 607, y Tapia Rodríguez, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 50 y ss.

⁹⁶ Es de destacar, además, que estas codificaciones, al reproducir el texto de Bello elaborado para Chile, consagran también la misma regla en materia de interpretación de la ley (véanse el artículo 18, inciso 4, 2o. párrafo, del Código Civil ecuatoriano; el artículo 30, 2o. párrafo, del colombiano, y el artículo 22, 2o. párrafo, del salvadoreño).

⁹⁷ Así, véase en el derecho colombiano a Vélez, Fernando, *Derecho civil colombiano*, París, Imprenta París-América, s./f., t. 6, pp. 253 y ss., y Arévalo Delgado, Luis Alberto y Cortázar Mora, Javier, *La interpretación de los actos jurídicos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986, cap. vii, par. vi.e.

⁹⁸ Véase, en este sentido, Rodríguez Olmos, Javier M., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en Navia Arroyo, Felipe y Chinchilla Imbett, Carlos A. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello: análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 296, y Granados Camacho, Miguel A., *Remedios frente al incumplimiento en los contratos vinculados (tesis de grado)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 115 y ss. Desafortunadamente, el Proyecto de Código Civil de 2020, elaborado por profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, no ha reproducido el artículo 1622, 2o. párrafo, del Código vigente, no obstante hacer referencia al fenómeno de la conexión contractual en su artículo 516.

tratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”,⁹⁹ y “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

La doctrina española ya había sostenido, inclusive en tiempos en los que no se prestaba una particular atención al fenómeno de la vinculación contractual, que de la combinación de las referidas disposiciones “se infiere la consideración que merece como factor interpretativo el enganche del negocio de que se trate con otros que guarden relación con él, y que indudablemente tendrían la consideración de actos anteriores, coetáneos o posteriores al contrato (*ex antecedentibus et consequentibus*)”.¹⁰⁰

Ya con especial referencia a la problemática planteada por la conexidad negocial, algunos autores han sugerido que el criterio sistemático —que nosotros llamamos “contextual”— no sólo se aplica a un contrato aislado, sino también a varios contratos relacionados entre sí dentro de una unidad negocial compleja destinada a realizar una única finalidad económica,¹⁰¹ incluso cuando los diferentes contratos no son celebrados entre las mismas partes, sino entre sujetos parcialmente diversos,¹⁰² siempre que exista una

⁹⁹ La fuente mediata de esta disposición se encuentra —aunque con un alcance más restringido— en el artículo 1019 del Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851: “Para la interpretación de los contratos se observarán las reglas siguientes: 1a. Se consultará la común intención de los contrayentes, más bien que el sentido estricto literal de las palabras, atendiendo a los hechos de los mismos, particularmente a los posteriores...”. Una disposición similar contenía el Código de Comercio argentino abrogado de 1862 (artículo 218, inciso 4) y lo mismo hace también el vigente Código Civil uruguayo de 1867 (artículo 1301). Acerca de la circulación del Proyecto español de 1851 en América Latina véase, en general, Castán Vázquez, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en VV. AA., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, pp. 153 y ss.

¹⁰⁰ En este sentido se había expresado Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, t. IV (Obligaciones y contratos), vol. II (De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones), p. 44, nota 19; seguido luego, entre otros, por Puig Brutau, Josep, *Fundamentos de derecho civil*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1978, t. II, vol. I (Doctrina general del contrato), pp. 247 y ss., quien agregaba, además, que una sentencia del 21 de abril de 1951 había ya declarado que de la combinación de los artículos 1285 y 1282 del Código Civil español resulta lógico “entender que cuando entre las partes han mediado varios negocios jurídicos relacionados entre sí, deberán tomarse en cuenta todos para fijar sus propios sentido y alcance, puesto que vienen a significar los unos respecto de los otros aquellos actos anteriores, coetáneos o posteriores...” (véase *Aranzadi*, núm. 1020).

¹⁰¹ Véase, sobre el particular, Díez Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1993, vol. I (Introducción. Teoría del contrato), p. 374. El razonamiento de este autor guarda cierta analogía con el de la Glosa *Incivile* (véase *supra* nota 54).

¹⁰² Véase, en este sentido, López Frías, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 320 y ss., quien en base a la

conexión derivada de criterios objetivos y que sea conocida por todos los implicados.¹⁰³

A idénticas conclusiones podría arribarse también con relación a aquellas legislaciones latinoamericanas que han adoptado, en todo o en parte, el texto del Código Civil español de 1889, como es el caso del Código Civil nicaragüense de 1904 (artículos 2497 y 2500), del hondureño de 1906 (artículos 1577 y 1580) y del panameño de 1917 (artículos 1133 y 1136).¹⁰⁴

En esta misma situación se encontraba el derecho de Puerto Rico, cuyo primer Código Civil, entrado en vigor en 1890 y abrogado en 2020, coincidía en esta materia (artículos 1234 y 1237) con el texto del español (no obstante las revisiones a las que aquel fuera sometido en 1902 y en 1930).¹⁰⁵ Fue así que, con base en la interpretación propuesta por la doctrina peninsular de las homólogas disposiciones legales españolas,¹⁰⁶ los redactores del nuevo Código Civil puertorriqueño establecieron, en el artículo 356, párrafo 1o., que “[l]as cláusulas de un negocio jurídico deben interpretarse las unas por medio de las otras, ya pertenezcan al mismo negocio jurídico, ya a negocios jurídicos conexos, y mediante la atribución del sentido apropiado al conjunto...”.

La norma transcrita no sólo regula, expresa y conjuntamente, tanto la regla de la interpretación “contextual” como la de la “intertextual”, sino que, además, generaliza sus alcances a todos los negocios jurídicos —excediendo así su original ámbito de aplicación, limitado únicamente a los contratos o a las obligaciones—. ¹⁰⁷

aplicación de los artículos 1282 y 1285 del Código Civil español considera procedente la interpretación del contrato de préstamo de consumo en atención al contenido de la compraventa para la cual fue otorgado.

¹⁰³ La Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2018 ha mantenido el texto del actual artículo 1282 (artículo 524-2, inciso a) e integrado el del 1285 de la siguiente manera: “Interpretación sistemática. 1. Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas. 2. Cuando, conforme a la intención de las partes, varios contratos concurren en una misma operación, se interpretan en función de esta” (artículo 524-3).

¹⁰⁴ Sobre la circulación del Código Civil español de 1889 en Latinoamérica véase, una vez más, Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica...*, cit., pp. 470 y 486 y ss.

¹⁰⁵ Ver, en general, *ibidem*, pp. 480 y ss., y en particular, Ochoteco Jr., Félix, “Tabla de concordancias”, *Código Civil de Puerto Rico*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1960, p. 373.

¹⁰⁶ Sobre este particular véase el “Memorial explicativo” de los borradores correspondientes al libro I (“Relaciones jurídicas”) del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, creada en 1997 (Oficina de Servicios Legislativos de la Asamblea Legislativa puertorriqueña, disponible en: <https://www.oslpr.org/borrador-codigo-civil-ano-2010>, pp. 321 y ss.).

¹⁰⁷ Véase Figueroa Torres, Marta, “Resúmenes de los borradores del Código Civil de Puerto Rico revisado”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, vol. 40, núm. 3, 2006, pp. 439 y 444.

IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí se desprende que la regla de la interpretación “intertextual”, contenida en la regulación integral que el Código Civil y Comercial argentino de 2014 hace del fenómeno de la vinculación contractual (artículos 1073-1075),¹⁰⁸ constituyó una innovación en el cuadro de las codificaciones entonces vigentes (prevista ahora también por el Código Civil francés reformado y por el nuevo Código Civil puertorriqueño), que, sin embargo, se coloca en línea con la tradición romanística.

En efecto, el criterio hermenéutico según el cual los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros (artículo 1074),¹⁰⁹ acorde con la naturaleza de esta categoría negocial, reconocería sus antecedentes más remotos en algunos pasajes de la jurisprudencia romana conservados por los compiladores justinianos en el título del *Digesto* dedicado a las leyes (*Cels. 9 dig. D. 1, 3, 24; Paul. 4 quaest., D. 1, 3, 26; Tertull. 1 quaest., D. 1, 3, 27, y Paul. 5 ad l. Iul. et Pap. D. 1, 3, 28*).¹¹⁰

De estas fuentes los intérpretes medievales dedujeron los criterios hermenéuticos de la *interpretatio per praecedentia et sequentia* y de la *interpretatio per aliam legem*. Dichas interpretaciones fueron retomadas y desarrolladas por los juristas modernos, entre los que cabe destacar a Domat, Pothier y Savigny, en atención a la influencia que sus elaboraciones han ejercido en esta materia sobre la codificación civil europea y americana.¹¹¹

Sin embargo, correspondió al Código Civil del estado de la Luisiana de 1824 el mérito de haber extendido la regla de la interpretación “intertextual” del ámbito de las leyes (*interpretatio per aliam legem*), donde había sido consagrada originalmente, al de los contratos (*interpretatio per alium contractum*).¹¹² El modelo legislativo luisiano circuló por algunas codificaciones latinoamericanas, entre las que cabe señalar el primer Código Civil peruano¹¹³ y el Código Civil chileno (por intermedio del cual fue recepcionado, a su vez, por aquellas legislaciones que adoptaron su texto: la ecuatoriana, la colombiana y la salvadoreña).¹¹⁴

En los demás ordenamientos de América Latina se podría llegar a este mismo resultado a través de la aplicación analógica de la regla hermenéuti-

¹⁰⁸ Ver párrafo II. 1.

¹⁰⁹ Ver párrafo II. 2.

¹¹⁰ Ver párrafo III. 1. A.

¹¹¹ Ver párrafo III. 1. B.

¹¹² Ver párrafo III. 2. A.

¹¹³ Ver párrafo III. 2. B. a.

¹¹⁴ Ver párrafo III. 2. B. b.

ca de la interpretación “contextual” (prevista por la mayor parte de los códigos civiles de la región: el haitiano, el dominicano, el mexicano del antes Distrito Federal, el guatemalteco, el boliviano, el peruano, etcétera) o, mejor aún, mediante su combinación con la regla que admite el recurso a otros elementos extratextuales, como son los actos de las partes anteriores, contemporáneos o posteriores al contrato (admitida también en aquellas codificaciones latinoamericanas influenciadas por la española: la nicaragüense, la hondureña, la panameña y también, indirectamente, la uruguaya).¹¹⁵

V. BIBLIOGRAFÍA

A Reprint of Moreau Lislet's Copy of a Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans (1808), Containing Manuscript References to its Sources and Other Civils Laws on the Same Subjects. The de la Vergne Volume, Baton Rouge, Claitor's Publishing Division, 1971.

ACCURSIUS, “*Glossa in Digestum Vetus*”, *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, Turín, Bottega d'Erasmus, 1969, t. VII (reimp. anastática de la ed. Venetiis, par Baptistam de Tortis, 1488).

Additions and Amendments to the Civil Code of the State of Louisiana, by the Jurists Commissioned for that Purpose, Nueva Orleans, 1823 (Republished by the State of Louisiana as *Louisiana Legal Archives*, Nueva Orleans, Thos. J. Moran's Sons, 1937, vol. 1).

ALBANO, Carlos A., “Contratos conexos”, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, t. III.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho civil. De los contratos*, Santiago de Chile, Ediar-ConoSur, 1988.

ALTERINI, Atilio A., *Contratos (civiles-comerciales-de consumo). Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH (Fortuné), *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, París-Leipzig, Charles Hingray-Brockhaus et Avenarius, 1840.

ARCHI, Gian Gualberto, “*Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*”, *Scritti di diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1981, vol. I (publicado originalmente en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, R. A.*, Berlín, núm. 87, 1970).

¹¹⁵ Ver párrafo III. 2. C.

- ARÉVALO DELGADO, Luis Alberto y CORTÁZAR MORA, Javier, *La interpretación de los actos jurídicos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986.
- ARMELLA, Cristina N., “Contratos conexos”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015, vol. I.
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil*, 4a. ed., Santiago de Chile, Nascimento, 1932, vol. III.
- BASADRE AYULO, Jorge, *La historia de la codificación en el Perú*, Lima, Editorial Cuzco, 2003.
- BATIZA, Rodolfo, “Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 46, núm. 4, 1972.
- BATIZA, Rodolfo, “The Actual Sources of the Louisiana Project of 1823: A General Analytical Survey”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 47, núm. 1, 1972.
- BATIZA, Rodolfo, “The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 46, núm. 1, 1971.
- BELLO, Andrés, “Código Civil de la República de Chile 1”, *Obras completas de Andrés Bello*, 2a. ed., Caracas, La Casa de Bello, 1981, vol. XIV.
- BELLO, Andrés, “Principios de derecho internacional”, *Obras completas de Andrés Bello*, 2a. ed., Caracas, La Casa de Bello, 1981, vol. X.
- BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, 2a. ed. revisada y ampliada a cargo de G. Crifò, Milán, Giuffrè Editore, 1971.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.
- BLACKSTONE, William (1723-1780), *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, en VV. AA., *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso internacional (Roma, 10/12 de diciembre de 1981)*, Caracas, La Casa de Bello, 1987.
- BROOM, Herbert K., *A Selection of Legal Maxims*, 10a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1939.
- BROS, Sarah, “L’interdépendance contractuelle, la Cour de Cassation et la réforme du droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, París, 2016.
- BROS, Sarah, “Los contratos conexos en el derecho comparado francés y argentino”, en Santarelli, Fulvio G. y Chamatropulos, Demetrio A. (coords.),

- Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz*, Buenos Aires, La Ley, 2019.
- BURDESE, Alberto, “Note sull’interpretazione in diritto romano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, Milán, núm. 91, 1988.
- CARVALE, Mario, “La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra antica legge e legge nuova: qualche nota”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Nápoles, Nuova Serie, núm. 9, 2018.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en VV. AA., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989.
- CERAMI, Pietro, “La concezione celsina del *ius*. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche”, *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, Palermo, núm. 38, 1985.
- CHOMER, Héctor y SICOLI, Jorge S., “Contratos conexos”, en HERRERA, Marisa et al. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. III.
- CHRISTIAN, Edward (1758-1823), *Commentaries on the Laws of England in four Books by Sir William Blackstone, Knt. ... The Twelfth Edition, with the Last Corrections of the Autor, and with Notes and Additions by Edward Christian, Esq., Barrister at Law and Professor of the Laws on England in the University of Cambridge*, Londres, S. Strahan & W. Woodfall for T. Cadell, 1793.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Los contratos conexos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999.
- Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana, Prepared by the Louisiana State Law Institute at the Direction of the Editorial Committee and E. A. Conway, Secretary of State...*, Baton Rouge, Louisiana State Law Institute, 1940.
- Conclusiones de los congresos y jornadas nacionales de derecho civil (1927-2003)*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- DESHAYES, Olivier et al., *Réforme du droit des contrats. Du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2a. ed., París, LexisNexis, 2018.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1993, vol. I (Introducción. Teoría del contrato).
- DOMAT, Jean, “Les loix civiles dans leur ordre naturel”, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, & legum delectus*, París, Nicolas Gosselin, 1623, t. I.
- DOMAT, Jean, “Traité des loix”, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, & legum delectus*, París, Nicolas Gosselin, 1623, t. I.

- ESBORRAZ, David F., “El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. especial, 2012.
- FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, Videcoq Libraire, 1836.
- FIGUEROA TORRES, Marta, “Resúmenes de los borradores del Código Civil de Puerto Rico revisado”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, vol. 40, núm. 3, 2006.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “El efecto relativo en los contratos conexos”, en SOTO COAGUILA, Carlos A. y JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (coords.), *Contratación privada. Contratos predispuestos, contratos conexos, Código Europeo de Contratos*, Lima, Jurista Editores, 2002.
- FRUSTAGLI, Sandra Analía, “Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial”, *Trabajos del Centro*, Rosario, núm. 2, 1997.
- “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión designada por Decreto Presidencial 191/2011*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- GANDOLFI, Giuseppe, *Sull'interpretazione degli atti giuridici in diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1966.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, 4 t.
- GRANADOS CAMACHO, Miguel A., *Remedios frente al incumplimiento en los contratos vinculados (tesis de grado)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- GROTIUS, Hugo, *Iure belli ac pacis libri tres, in quibus jus Naturae & Gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Amsterdam, Apud Iohannem Blaeu, 1646.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pezreya, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 31, núm. 1, 2004.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en*

- el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar (del 23 al 25 de mayo de 1991)*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del *Digeste des lois civiles (Code civil)* de la Luisiana (1808/1825)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, vol. XXXI, 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Las normas sobre interpretación de las leyes en el «Projet de Code Civil» de l’an VIII (1800)”, en LABRUNA, Luigi (dir.), BACCARI, Maria Pia y CASCIONE, Cosimo (coords.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, Nápoles, ESI, 2006, t. 2.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2007.
- HALLEBEEK, Jan, “El precepto de D. 1, 3, 24 y su significado en la práctica jurídica”, en PIRO, Isabella (coord.), *Règle et pratique du Droit dans les réalités juridiques de l’Antiquité. Atti della 51a. Sessione della SIHDA (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997)*, Catanzaro, Rubbettino, 1999.
- HERNÁNDEZ, Carlos A., “Conexidad contractual”, en NICOLAU, Noemí L. y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- HERNÁNDEZ, Carlos A., “Contratos conexos”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, t. VI.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. y PICASSO, Sebastián, “Régimen jurídico de los contratos conexos. Informe para la reforma del Código Civil en materia de contratos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, año XII, núm. 5, 2010.
- HOOD JR., John T., “The History and Development of the Louisiana Civil Code”, *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 19, 1958.
- JUNYENT Bas, Francisco, “El crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. La regulación de obligaciones cambiarias conexas”, en SANTARELLI, Fulvio G. y CHAMATROPULOS, Demetrio A. (coords.), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz*, Buenos Aires, La Ley, 2019.
- KITAINIK, Nicolás, “Contratos conexos”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hamurabi, 2014, t. 1.
- KNÜTEL, Rolf, “Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 70, núm. 5, 1996.

- LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, Leipsig, Bernhard Tauchnitz erschiene-
 nen ausgabe, 1889 (reimp. Graz, Akademische Druck-u. Verlagsanstalt,
 1960), vol. I.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de
 una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, 1994.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Las cadenas de contratos o contratos coliga-
 dos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, vol.
 XIX, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni
 Editores, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo L., “¿Cuál es el cemento que une las redes de consu-
 midores, de distribuidores, o de paquetes de negocios (aproximación a la
 conexidad contractual como fundamento imputativo)?”, *La Ley*, Buenos
 Aires, t. 1995-E.
- LORENZETTI, Ricardo L., “Redes contractuales: conceptualización jurídica,
 relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros”, *Revista de
 Direito do Consumidor*, San Pablo, núm. 28, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo L., “Redes contractuales, contratos conexos y respon-
 sabilidad”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, núm. 17, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni
 Editores, 1999, t. I.
- LORENZO, Miguel Federico de, *La causa del contrato en el Código Civil y Comercial*,
 Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2020.
- LORENZO, Miguel Federico de y TOBIÁS, José W., “Complejo de negocios
 unidos por un nexo (el ligamen negocial)”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1996-D.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Santa
 Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- NADELMANN, Kurt H., “Kritische Notiz zu den Quellen der Rechte Süd-
 und Mittelamerikas. Anthoine de Saint Josephs Tabellen”, *Zeitschrift für
 Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Berlín-Tubinga, vol. 20, núm. 3,
 1955.
- NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, Buenos Aires, La Ley,
 2009, t. I.
- NICOLAU, Noemí L., “Los negocios jurídicos conexos”, *Trabajos del Centro*,
 Rosario, núm. 2, 1997.
- OCHOTECO JR., Félix, “Tabla de concordancias”, *Código Civil de Puerto Rico*,
 Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1960.

- ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo, *Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico (Comentario al libro III del Código Civil de 1852)*, Lima, E. Rosay, 1906.
- OTTINGER, Patrick S., “Principles of Contractual Interpretation”, *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 60, núm. 3, 2000.
- PARISE, Agustín, “El Código Civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: diseminación del texto americano mediante la inclusión en el Proyecto de García Goyena”, *Iushistoria*, Buenos Aires, núm. 6, 2009.
- PARISE, Agustín, “Las concordancias legislativas decimonónicas: instrumentos de difusión del derecho continental europeo en América”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, núm. 17, 2010.
- PARISE, Agustín, “The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851”, *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 68, núm. 3, 2008.
- PIANO MORTARI, Vincenzo, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milán, Giuffrè Editore, 1956, vol. I.
- PLAZA A., Eduardo, “Prólogo”, en “Principios de Derecho internacional”, *Obras completas de Andrés Bello*, 2a. ed., Caracas, La Casa de Bello, 1981, vol. X.
- POTHIER, Robert Joseph, *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae: cum legibus codicis, et novellis, que Jus Pandectarum onfirmant, explicant, aut abrogant*, Lyon, Bernuset et Sociorum, 1782.
- POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations*, París-Orleans, Debure-Rouzeau-Montaut, 1761.
- “Proyecto de Código Civil de la República Argentina”, *Antecedentes Parlamentarios*, Buenos Aires, año VI, núm. 7, 1999.
- PUIG BRUTAU, Josep, *Fundamentos de derecho civil*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1978, t. II, vol. I (Doctrina general del contrato).
- PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, t. IV (Obligaciones y contratos), vol. II (De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones).
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en NAVIA ARROYO, Felipe y CHINCHILLA IMBETT, Carlos A. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello: análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

- TUCKER, Thomas W., “Interpretations of the Louisiana Civil Codes, 1808-1840: The Failure of the Preliminary Title”, *Tulane European & Civil Law Forum*, Nueva Orleans, vol. 19, 2004.
- TUCKER, Thomas W., “Sources of Louisiana Law of Persons: Blackstone, Domat and the French Codes”, *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 44, núm. 2, 1970.
- SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Tratado de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2016, t. IV.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des Heutigen Römischen Rechts*, Berlín, Veit und Comp., 1840, t. I.
- SBRICCOLI, Mario, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milán, Giuffrè Editore, 1969.
- SOZO, Gonzalo, “Interpretación y otros efectos de la complejidad negocial (¿Para qué puede servir vincular los contratos?)”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2007-2.
- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, Londres, Apud Liberos Tutor, 1758.
- VÉLEZ, Fernando, *Derecho civil colombiano*, París, Imprenta París-América, s./f., t. 6.
- WARMELO, Paul van, “D. 1.3 («De legibus senatusque consultis et longa consuetudine»)”, en VV. AA., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milán, Giuffrè Editore, 1971, t. 1.
- WOLFF, Christian von (1679-1754), *Jus naturae methodo scientifica pertractatum pars sexta...*, Halle, 1746.

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL CHINO Y LA REALIDAD DEL MUTUO*

Antonio SACCOCCIO**

SUMARIO: I. *La categoría del contrato real frente a los ataques de una falsa modernidad.* II. *El nuevo Código Civil de la República Popular China y el contrato.* III. *El mutuo en la Ley china de Contratos y en el Código Civil.* IV. *Conclusiones.*

I. LA CATEGORÍA DEL CONTRATO REAL FRENTE A LOS ATAQUES DE UNA FALSA MODERNIDAD

El marco dogmático del contrato de mutuo aún representa una cuestión que reviste cierta importancia dentro del sistema jurídico romanista, especialmente considerando los desarrollos de esta institución desde la época de la “fundación” del referido sistema en el derecho romano de Justiniano, hasta sus resultados dentro de los subsistemas jurídicos europeo, latinoamericano y chino.¹

La realidad del mutuo romano ha sido durante años un pilar inexpugnable de la doctrina romanista. El legado más evidente de este enfoque es el hallazgo de la misma ubicación sistemática de nuestro contrato en todos los códigos civiles europeos de los últimos dos siglos, con excepción del OR suizo que, en cambio, abolió la categoría de los contratos reales.²

La elección suiza de calificar el mutuo como un contrato consensual fue seguida luego por otros legisladores europeos y latinoamericanos. Baste

* Agradezco mucho al Dr. David Fabio Esborraz por la revisión del texto en castellano. Una versión italiana se publicará en el *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, núm. 114, 2020.

** Universidad de Brescia.

¹ Recientemente me he ocupado de este particular en varias ocasiones. Para un resumen de mi pensamiento, véase Saccoccio, A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, *passim*.

² Excepto para la donación manual (*cf.* artículo 242, 1: “La donazione manuale si compie mediante la consegna della cosa dal donante al donatario”).

recordar el Código Civil federal de México de 1928, o los códigos de Perú de 1984 o de Cuba de 1987, o el más reciente Código Civil y comercial de la República Argentina de 2015;³ mientras que en Europa la reforma del derecho de las obligaciones en Alemania en 2002 avanzó también en esta dirección (más adelante se dará más contexto). Por el contrario, otros codificadores contemporáneos han optado por mantener la categoría de los contratos reales y colocar el mutuo dentro de ella: los ejemplos más evidentes de esta tendencia son los códigos de Paraguay de 1987 y el de Brasil de 2003,⁴ así como la Ley china de los Contratos y el nuevo Código Civil chino, que examinaremos a continuación.

Me parece interesante señalar dos factores propios de la época contemporánea: por un lado, la resistencia de la realidad del mutuo en algunos ordenamientos modernos, no obstante las fuertes presiones doctrinales y/o jurisprudenciales —y, en algunos casos, incluso legislativas— en sentido contrario; por otro lado, el modelo sistemático adoptado en la Ley china de los Contratos de 1999 y ahora por el muy reciente Código Civil chino, que (también) admite una estructura real para el mutuo. Ambos datos aparecen como homólogos respecto a la construcción que deriva directamente del

³ Sobre este particular, permítanme reenviar a lo que digo en Saccoccio, A., “Mutuo reale e mutuo consensuale nel sistema giuridico latinoamericano”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 27, 2009, pp. 101 y ss. (trad. sp. en VV.AA., *Tra Italia e Argentina tradizione romanistica e culture dei giuristi*, bajo el cuidado de C. Cascione y C. Masi Doria, Nápoles, 2007, pp. 261 y ss.; trad. china *Lun Lameifa zhong de yaowu jiedai he nuocheng jiedai*, en *Xueshuo Huizuan-Digesta*, Pekín, 2011, pp. 21 y ss.; trad. port. en VV.AA., *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latinoamericano*, bajo el cuidado de S. Schipani y D. B. Santos G de Araujo, São Paulo, 2015, pp. 455 y ss.); *idem*, “La difusión del principio del consensualismo en América Latina: las categorías real y consensual en el derecho de los contratos”, *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, bajo el cuidado de M. L. Neme Villareal, Bogotá, 2018, pp. 47 y ss.; *idem*, “Realità e consensualità nel diritto dei contratti alla luce del nuovo Cc. Argentino”, *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, bajo el cuidado de R. Cardilli y D. F. Esborraz, Padova, 2017, pp. 475 y ss.; *idem*, “Dal «re contrahere» al contratto reale. Brevi note sulla categoria di «contratto reale» nel Codice civile di Cuba del 1987”, *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, bajo el cuidado de A. Barengi *et al.*, Nápoles, 2019, pp. 429 y ss.

⁴ Para Paraguay *cfr.* artículo 1292 CC; en la doctrina *cfr.*: Torres Kimser, J. R. *et al.*, *Derecho bancario*, Asunción, 1999, pp. 226 y ss.; Pangrazio, M. A., *Código civil paraguayo comentado. Libro tercero*, Asunción, 1998, pp. 530 y ss. Para Brasil: artículo 586 CC; en la doctrina *cfr.* Gomes, O., *Contratos*, Río de Janeiro, 2002, p. 319; Rodrigues, S., *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, III, São Paulo, 2002, pp. 35 y 262; Diniz, M. H., *Curso de direito civil brasileiro*, III: *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 2002, pp. 17, 93 y 298; Roldão de Freitas Gomes, L., *Contrato*, Río de Janeiro-São Paulo, 2002, pp. 65 y 270; *idem*, *Tratado teórico e prático dos contratos*, III, São Paulo, 2002, p. 169; Villaça Azevedo, A., *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. Curso de direito civil*, São Paulo, 2002, pp. 71 y ss.; Rizzardo, A., *Contratos*, Río de Janeiro, 2005, pp. 79 y 599; Nader, P. *Curso de direito civil*, III: *Contratos*, Río de Janeiro, 2005, § 15, 48 y ss. (con dudas) y § 104 y 351.

derecho romano. En particular, la reciente elección del legislador chino de sancionar la existencia de la categoría de contratos reales y colocar el mutuo, aunque con las precauciones que veremos, dentro de ella, me parece justificar las consideraciones que pretendo volver a realizar sobre este tema.

Además, las mismas oscilaciones entre el mantenimiento y la cancelación de la categoría de los contratos reales se pueden ver observando los proyectos más o menos recientes de unificación del derecho de los contratos que circulan en Europa, en los que el modelo de la consensualidad del mutuo parece ser, y lejos, el dominante, aunque no se ignora la idea de realidad.

El primero, de hecho, parece estar inspirado en los denominados Principios Unidroit de 1994:⁵ en el punto tres del comentario “oficial”, significativamente titulado “All contracts consensual”, leemos que aunque algunos ordenamientos nacionales prevén la entrega entre los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, “these rules are not easily compatible with modern business perceptions and practice and are therefore excluded by this Article”.⁶ Con respecto al párrafo 3.2 de los Principios Unidroit, se ha establecido expresamente en la doctrina que la disposición pretende deliberadamente “escludere che il completamento del procedimento di formazione [del contratto] possa... dipendere dalla consegna di una cosa”.⁷

En el mismo sentido, los PECL (Principles of European Contract Law 1996/2000) prevén, en el artículo 2:101, en lo que se ha llamado “definizione nascosta di contratto”,⁸ que “il contratto è concluso quando: a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non è richiesto alcun altro requisito”. Es evidente que los PECL “do not recognize the legal category of «real contracts»”.⁹ Más matizada aparece la posición del DCFR (Draft Common Frame of Reference) de 2009, que al ofrecer una completa definición de

⁵ Cfr. los *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (la última versión consultada es de 2016), artículo 3.1.2 rubricado como “Validità del semplice accordo”: “Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti”. La referencia a la no necesidad de “ulteriori requisiti” me parece suficientemente clara en el sentido indicado en el texto.

⁶ Los principios y su comentario son de fácil acceso, están disponibles en: <https://www.unidroit.org/contracts>. Sobre el valor científico del comentario en los Principios Unidroit, aquí es suficiente la referencia a M. J. Bonell, *Un “Codice” internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 2006, pp. 64 y ss.

⁷ D’angelo, A., “Principi Unidroit e regole causalistiche”, *I contratti in generale: aggiornamento 1991-1998*, bajo el cuidado de G. Alpa y M. Bessone, Torino, 1999, p. 236.

⁸ Castronovo, C., *Prefazione all’edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXII.

⁹ Antonioli, L., *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, bajo el cuidado de L. Antonioli y A. Veneziano, The Hague, 2005, p. 49.

contrato, y que, por cierto, falta en los otros dos proyectos, sin duda lo identifica como un acuerdo (*agreement*).¹⁰ Sin embargo, a nivel de técnica definitoria no se escapa que el DRAFT no pretende ofrecer una lista de todos los elementos constitutivos necesarios para la existencia de un contrato, sino simplemente “enucleare l’unico elemento costitutivo (o gli unici elementi costitutivi) che non possono mancare affinché il contratto esista”.¹¹

En cambio, el Code Européen des Contrats-Avant-Projet (el llamado Proyecto Gandolfi) de 2002¹² mantiene abierta la posibilidad de “desdoblarse” un contrato real con un correspondiente —y atípico— modelo consensual: artículo 34, 2: “I contratti reali si perfezionano con l’effettiva consegna della cosa che ne costituisce l’oggetto, salvo che in base alla volontà delle parti o agli usi debba ritenersi che esse abbiano voluto concludere un contratto consensuale atípico”.¹³

El referido artículo se titula “Forma especial requerida bajo pena de nulidad”. Podría ser cierto que, desde un punto de vista puramente empírico, en el derecho romano arcaico las “formas” sirvieran para asegurar “la serietà, l’obiettivo riconoscibilità e l’efficacia della volontà e a rendere conseguentemente stabili i risultati ai quali si indirizzava il comportamento”,¹⁴ pero desde un punto de vista más dogmático, poner en común el uso de formas solemnes y la entrega como elementos de carácter objetivo que el legislador puede solicitar si considera que la causa es excesivamente frágil,¹⁵

¹⁰ Cfr. DCFR II, 1: 101: “A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect”.

¹¹ Cfr. Marchetti, C., “Un’introduzione al contract del DCFR: la (necessaria) bilateralità della formazione del vincolo?”, en Marchetti, C., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012, p. 2. Pero sobre este punto, véase particularmente Petrucci, A. y Luchetti, G. (bajo el cuidado de), *Fondamenti del diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft common Frame of Reference*, II, Bolonia, 2010; Petrucci, A., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, 2018.

¹² El libro I del Proyecto sobre los contratos en general se publicó por primera vez en francés en 1999; una segunda edición, con las relaciones del coordinador, los índices y las traducciones, ha visto la luz en 2002. Posteriormente, se completaron también el libro II, 1 relativo a la venta, y el libro II, 2, relativo a los “contratos de servicios”. Sobre el Avant-projet, entre muchos ensayos del coordinador, cfr. Gandolfi, G., “Per un Codice europeo dei contratti”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, pp. 781 y ss.; *idem*, “Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»”, *Rass. Di Dir. Civ.*, núm. 1, 1996, pp. 105 y ss.; *idem*, “Il progetto «pavese» di un codice europeo dei contratti”, *Riv. Dir. Civ.*, núm. 47, 2001, pp. 455 y ss.

¹³ Avant-projet disponible en: <http://www.eurcontrats.eu/acd2/notizie-general/>, en los varios idiomas en que esta redactado.

¹⁴ Corbino, A., *Il formalismo negoziale nell’esperienza romana*, Torino, 2006, p. 55.

¹⁵ Cfr. Garofalo, L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, TSDP, 5, 2012, pp. 35 y ss. (Garofalo, L., *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 122). Pero para la entrega como forma necesaria para la vinculatoriedad de

me parece que podría dar lugar al malentendido de colocar al mismo nivel elementos relacionados con la estructura de un contrato (como la entrega en los contratos reales) y elementos relacionados con su validez (como la forma).¹⁶ Asimismo, el hecho de que la ley china hable de “forma exigida bajo pena de nulidad”, incluyendo en este título también la entrega en la estructura real del mutuo, me parece que implica la visión básica de enmarcar la entrega de la cosa no como un mecanismo necesario para la conclusión de un contrato, sino como requisito para su validez, con lo que no estoy de acuerdo (ver también *infra*, nota 62, sobre este punto).

En cualquier caso, según el texto del Proyecto, las partes podían elegir libremente si estructurar el mutuo como contrato real o como contrato consensual.¹⁷

II. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y EL CONTRATO

Como se sabe, el 28 de mayo de 2020, tras un largo y turbulento camino,¹⁸ se aprobó el nuevo Código Civil chino, fruto de una fructífera interacción entre

la voluntad véase Forchielli, P., *I contratti reali*, Milano, 1952, pp. 87 y ss., con el cual está de acuerdo Mirabelli, G., *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, IV. 2. 2, Torino, 1958, p. 36. En cambio, para la entrega como elemento que ocupa el lugar de la causa o que la integra, *cfr.*, respectivamente, Sacco, R., “Il contratto”, en Vassalli, F. (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, VI, 2, Torino, 1975, pp. 613 y ss.; Scozzafava, O. T., *Gli interessi monetari*, Nápoles, 1984, p. 159; Tilla, M. De, “Donazione-permuta-mediazione-mandato-mutuo-comodato”, *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi*, Milano, p. 548; Teti, R., “Il mutuo”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, XII: *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 2007, p. 599 y por la primera posición; ROPPO, V., “Il contratto”, en Iudica, G. y Zatti P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 201, por la segunda.

¹⁶ *Cfr.* por ejemplo, Cenni, D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, pp. 63 y ss.

¹⁷ Sobre este punto, en un sentido crítico frente a la categoría, ver Ruffini Gandolfi, M. L., *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, Jus, 2000, pp. 341 y ss. (*Diritto Privato. Studi in onore di A. Palazzo*, III: *Proprietà e rapporti obbligatori*, Perugia, 2009, pp. 697 y ss.); Eadem, “I c. d. contratti reali: profili problematici”, en Gandolfi G., *Académie des Privatistes Européens, Code européen des contrats-Avant-projet*, II: *Des contrats en particulier*, II: *Rapports de membres de l'Académie et d'expert*, Milano, 2008. Sobre el mismo tema ver también Gandolfi, G., “Contratti reali e a favore di terzi nel “Progetto” dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei”, *L'uniformazione del diritto contrattuale. Problematiche attuali e tendenze evolutive-Atti degli Incontri di Studio della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, 2004.

¹⁸ Pazzaglini, H., “La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo”, *Mondo Cinese*, núm. 76, 1991, pp. 49 y ss. (que adolece, sin embargo, de evidentes lagunas bibliográficas); Fei Anling, “Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una

ciencia jurídica y legislación, que tiene en cuenta la multifacética —y completamente peculiar, aunque imputable al modelo socialista— articulación de las fuentes del derecho en ese país¹⁹ y que no se limita a un mero “trasplante” jurídico de reglas derivadas del mundo occidental.²⁰ La ciencia jurídica china ahora se siente madura y, creyendo haber ya pasado la época del “trapianto acritico del diritto”, se siente dispuesta a afrontar los desafíos sistemático-conceptuales que impone el lanzamiento de una codificación del derecho.²¹

Claras, y ahora ampliamente estudiadas por la doctrina, incluso fuera del estrecho círculo de juristas —y romanistas, en particular—,²² son las influencias de la tradición jurídica romana en la legislación y en la doctrina china,²³ a la luz de las cuales ahora podemos considerar definitivamente su-

análisi relativa al diritto privato”, *Roma e America. Diritto Romano comune*, núm. 23, 2007, pp. 111 y ss. Pero ver también *infra* abundantemente en el texto y en las notas siguientes.

¹⁹ Sobre este punto, *cfr.* Keller, P., “Sources of Order in Chinese Law”, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 42, 1994, pp. 711 y ss. (Keller, P. [bajo el cuidado de], *Chinese Law and Legal Theory*, Aldershot, 2001, pp. 239 y ss.); Antonelli, F. R., “La «legge sulla legislazione» ed il problema delle fonti nel diritto cinese”, *Mondo Cinese*, núm. 119, 2004, pp. 23 y ss.; Xu Guodong, “Le fonti del diritto civile nel sistema cinese”, *Diritto@Storia*, núm. 4, 2005; Toti, E., *Elementi di diritto cinese*, Roma, 2010, pp. 15 y ss.; más en general, sobre este tema ver también Ajani, G. *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985; Toti, E., *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2020, pp. 41 y ss. Sobre el “valor absoluto” (en el sentido de “valor jurídico vinculante”) que han asumido las interpretaciones de la Suprema Corte en China, ver Yin Qiu Shi, “Le Interpretazioni della Suprema Corte del Popolo cinese e lo *ius honorarium*”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 37, 2016, pp. 251 y ss.; Formichella, L., “La riforma giudiziaria in Cina e il ruolo della Suprema Corte Popolare”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 39, 2018, pp. 167 y ss., y sobre todo, Porcelli, S., *Hetong e contractus. Per una riscoperta dell’idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020, pp. 84 y ss.

²⁰ Timoteo, M., “Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?”, *Mondo Cinese*, núm. 167, 2019, pp. 13 y ss.; Ead., “La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea”, *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 35 y ss.

²¹ Xue Jun, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, disponible en: <http://www.romanlaw.cn/sub2-35.htm>.

²² Ver, por ejemplo, Castello, M. G., “L’ombra di Roma. La cultura romana e la Cina”, *Historia Magistra. Rivista di Storia Critica*, núm. 15, 2014, pp. 42 y ss.; Colangelo, L., “L’introduzione del diritto romano in Cina: evoluzione storica e recenti sviluppi relativi alla traduzione e produzione di testi e all’insegnamento”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 36, 2015, pp. 175 y ss.; Eadem, “La ricezione del sistema giuridico romanistico e la relativa produzione di testi in Cina all’inizio del XX secolo: le fonti del diritto romano in due dei primi manuali in lingua cinese”, *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 195 y ss.

²³ La literatura sobre este punto ahora se ha vuelto consistente. Al hacer una selección podemos partir de los ya clásicos escritos de Jan Ping, ex rector de CUPL, una de las universidades chinas más prestigiosas (*cfr.* Jian Ping, “Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese”, *Index*, núm. 16, 1988, pp. 367 y ss.; *idem*, “The Spirit of Roman Law in China” [en chino], *China Legal Science*, núm. 1, 1995, versión italiana en Formichella, L. *et al.* [bajo el cui-

perada la metáfora del “diritto che non c’è”.²⁴ El elevado carácter científico del derecho romano, unido a su vocación tendencialmente universalista, centrada en el respeto a la persona humana, han constituido las razones básicas de esta opción, que es, claro está, atribuible a una libre elección.²⁵

El Código Civil,²⁶ que entrará en vigor el 1.º de enero de 2021,²⁷ es de fundamental importancia tanto para la elección —nada obvia— de la regulación de lo jurídico a través de la “forma Código”²⁸ como para el papel

dado de], *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, 2005, pp. 49 y ss.; sobre la obra de Jian Ping, para la difusión del derecho romano en China ver extensamente Toti, E., *Diritto cinese dei contratti*, cit., pp. 21 y ss.), para luego considerar los numerosos escritos sobre el tema de Sandro Schipani (cfr. ex multis, Schipani, S., *Diritto romano in Cina-XXI secolo*, Treccani.it, disponible en: <http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina>, XXI-Secolo, 2009; idem, “La Cina e il nuovo diritto romano”, *Mondo Cinese*, núm. 145, 2011, pp. 50 y ss.; idem, “Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell’accrescimento del sistema)”, *BIDR*, núm. 110, 2017, pp. 35 y ss.), y de Oliviero Diliberto (cfr. Diliberto, O., “La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica popolare cinese”, en Canfora L. y Cardinale, U. [bajo el cuidado de], *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L’insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo*, Bologna, 2012, pp. 53 y ss.; idem, “Chiusura dei lavori. Diritto romano e codificazione cinese tra passato, presente e futuro. Alcune considerazioni”, *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 293 y ss.). Sobre este punto ver, además, Mi Jian, “Diritto cinese e diritto romano”, *Index*, núm. 19, 1991, pp. 343 y ss. (*Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., pp. 13 y ss.); Xue Jun, “Il diritto romano in Cina”, *Cardozo Electronic Law Bulletin*, núm. 12, 2006, pp. 1 y ss.; idem, “La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano”, *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 73 y ss.; Xu Guodong, “La base romanistica della parte generale del codice civile cinese”, *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 47 y ss.; Yang Zhenshan, “La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l’influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporáneo”, ahora en *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico cit.*, pp. 29 y ss.; Cardilli, R., “Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC”, *Mondo Cinese*, núm. 167, 2019, pp. 25 y ss.; Porcelli, S., *Hetong e contractus*, cit., pp. 15 y ss., con más bibliografía también en chino.

²⁴ Ver, por ejemplo, Moccia, L., “Prologo breve sulla «originalità» del diritto (tradizionale) cinese e sull’importanza del suo studio in prospettiva storico-comparatistica”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, pp. 991 ss., que retoma la vieja imagen de Montesquieu, según el cual es el garrote que gobierna China (cfr. *Esprit des lois*, I, 8, 21), y al cual, a su vez, la retoma (ver nota 273) del historiador orientalista Jean-Baptiste Du Halde (1674-1743).

²⁵ Cfr. S. Porcelli, *Hetong e contractus cit.*, XIII.

²⁶ Sobre el proceso que condujo a la elaboración del Código a partir de 2014, además de los autores citados antes, ver Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 277 y ss., y Toti, E., *Diritto cinese dei contratti...*, cit., pp. 34 y ss.

²⁷ El texto en chino se encuentra en el sitio de la Asamblea Nacional del Popolo Chino, disponible en: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25c8.shtml>. Para algunas primeras reflexiones sobre este Código, véase Porcelli, S., “Il nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica”, *Studium Iuris. Riv. per la Formazione nelle Professioni Giuridiche*, núms. 7-8, 2020, pp. 811 y ss.

²⁸ Cfr., por ejemplo, Rescigno, P., “La «forma Codice»: storia e geografia di un’idea”, *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pp. 29 y ss.; con referencia a China, véase también Irti, N., *La Cina verso l’unità*

de “pietra miliare di una nuova Cina, che vuole connotarsi per una autonomia dichiarata dai modelli esterni”, expresión de una “identità nazionale, sull’onda della spinta storica che va spostando il baricentro economico (e politico) del mondo da Occidente verso Oriente”.²⁹ Esta cuestión se percibe también por los colegas chinos.³⁰

Incluso dentro de este nuevo Código el contrato sigue siendo una categoría ordenadora con un valor epistemológico y social fenomenal.³¹ Ya de la propia construcción del Código resalta aún más el principio de libertad contractual que corresponde a una consecuente mayor distancia del modelo que conecta el contrato a los efectos vinculantes del acto realizado desde el punto de vista de una economía planificada,³² en la que “i contratti costituivano soltanto i mezzi e le forme per regolare e realizzare le allocazioni pianificate”.³³

En Italia se han dedicado, hasta ahora, varios estudios a la noción de contrato en China, tanto desde una perspectiva civilista-comparadística³⁴ como desde una óptica que mira más de cerca al derecho romano,³⁵ reconociendo su tortuoso desarrollo, articulado en diferentes fases temporales.³⁶

di un codice civile, disponible en: https://www.corriere.it/opinioni/17_gennaio_31/cina-l-unita-un-codice-civile-31b22dce-e705-11e6-b669-c1011b4a3bf2.shtml.

²⁹ Así, ver Timoteo, M. *Il Codice civile in Cina*, cit., p. 17.

³⁰ Cfr., por ejemplo, Fei Anling, en la “Prefazione” al volumen de Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.* Por otra parte, ya el jurista norteamericano Nathan Roscoe Pound (1870-1964), respecto al Código chino de 1931, había señalado que se trataba esencialmente de la culminación de una serie de desarrollos en los que se había asentado el precipitado del derecho romano a partir de la fundación del sistema con Justiniano: cfr. Pound, R., “Roman Law in China”, *L’Europa e il diritto romano. Studi in onore di Paul Koschaker I*, Milano, 1954, pp. 441 y ss. Sobre la “conciencia” del jurista chino hoy, ver *supra*, nota 21.

³¹ Sobre la importancia del contrato como “istituzione sociale”, ver Cores, C. de, *La teoría general del contrato a la luz de la historia*, Montevideo, 2017, citado de la traducción italiana *La teoria generale del contratto. Una prospettiva storica*, Torino, 2020, pp. 11 y ss.

³² Sobre este punto, véase particularmente Cardilli, R., “Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用”, en Papa, M. *et al.* (bajo el cuidado de), *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Roma, 2011, pp. 156 y ss., *idem*, “Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC”, *Mondo Cinese*, núm. 167, 2019, p. 36; sobre el “contrato económico” en China, véase también Ajani, G., “Contratto economico nei Paesi socialista”, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 259 y ss., y ahora extensamente Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, p. 44.

³³ Cfr. Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, p. 47.

³⁴ Cfr. Timoteo, M., *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004.

³⁵ Cfr. Toti, E., *Diritto cinese dei contratti...*, cit., y sobre todo Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*

³⁶ Cfr. Timoteo, M., *Il contratto in Cina...* cit., pp. 254 y ss., y Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 41 y ss.

Antes de la aprobación del Código, la materia contractual estaba esencialmente regulada en China por la Ley de Principios Generales de 1986 y por la Ley de Contratos de 1999, las cuales representaron un formidable instrumento de apertura del país.³⁷

Así, el artículo 85 de la Ley de Principios Generales de 1986 definió el contrato como “l'accordo per mezzo del quale si costituisce, modifica estingue un rapporto di diritto civile tra le parti”.³⁸ Por su parte, el artículo 2o. de la Ley de Contratos de 15 de marzo de 1999 definió el contrato de la siguiente manera: “Ai fini di questa legge, per contratto si intende un accordo per costituire modificare o estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, in qualità di soggetti paritari”.³⁹

La definición se repite sustancialmente, salvo algunas variantes que no afectan a esta investigación,⁴⁰ en el artículo 464 del nuevo Código Civil de la República Popular China de 2020, según el cual: “Il contratto è l'accordo tra soggetti civili per stabilire, modificare o estinguere rapporti di diritto civile”.

El modelo de referencia es claramente el franco-italiano, evidente herencia del derecho natural, del “contrato-convenio”, aunque en el plano efectual la definición supera la generalización italiana —pero antes ya alemana—, partiendo de la “relación jurídica” italo-alemana hacia la “relación de derecho civil” de tipo obligatorio,⁴¹ en una perspectiva que es más cercana al derecho romano.⁴²

El “solitario consenso che egemonizza le definizioni”, sin embargo, no puede reducirse al único elemento estructural necesario para la construc-

³⁷ Sobre el punto, ver Porcelli, S., *Helong e contractus cit.*, pp. 57 y ss.

³⁸ 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。

³⁹ Cfr. *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui contratti*, trad. de L. Formichella y E. Toti, Torino, 2002.

⁴⁰ Por ejemplo, la referencia a “personas físicas, jurídicas, etcétera” se sustituye por la mención del “sujeto civil”, mientras que la referencia a la igualdad de posición de las partes contratantes desaparece. Sobre este punto, cfr. Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanistica...*, cit., pp. 37 y ss.

⁴¹ Sobre la ausencia de la referencia expresa a la obligación en el Código por la reordenación derivada de la inclusión de la legislación sobre el contrato en el mismo Código, y por tanto sobre la necesidad de coordinación también con lo dispuesto, por ejemplo, en la parte general del mismo cuerpo legal (artículo 118) que menciona el contrato entre las fuentes de obligación, ver Cardilli, R., “Derecho chino y tradición romanista a la luz del nuevo Código Civil de la RPC”, en prensa en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 41/2020, § 5, pero cfr. también Porcelli, S., *Helong e contractus cit.*, pp. 292 y 293.

⁴² Cfr. Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanistica...*, cit., 37.

ción de la institución contractual, a menos que olvidemos la causa, la forma y el objeto, que también el mismo Código chino —así como los códigos europeos— recuerda y regula en otros puntos, o lo considera más o menos implícito.⁴³ Lo mismo puede decirse de la fuerza vinculante de la buena fe y de la “fuerza generatrice” y reequilibradora del sinalagma,⁴⁴ de modo que, más allá del dato meramente nominalista-definitorio, incluso para el ordenamiento jurídico chino se puede decir que no se corresponde con la verdad la perspectiva para la cual el contrato sería “sólo un acuerdo”.⁴⁵ En consecuencia, parece evidente que incluso en este caso la “camiciá di forza del volontarismo” no despliega plenamente sus efectos.⁴⁶

Además, la elección terminológica realizada por el legislador chino ya parece confirmar esta perspectiva, incluso desde un punto de vista meramente lingüístico. En efecto, a partir de la década de 1950 comenzó a preferirse para la identificación del contrato el término “合同” (*hetong*), que indica, más bien, el acto jurídico plurilateral (*Gesamtakt*), con un mayor énfasis dado a la “comunidad de propósito”, respecto al término “契约” (*qiyue-Vertrag*), utilizado hasta aquel momento para designar el contrato en general a partir de la época de la modernización Qing.⁴⁷

Oportunamente se ha destacado “come mai la categoria generale di contratto ha soppiantato, eliminandola, la regolamentazione dei singoli tipi contrattuali”,⁴⁸ por lo tanto, me ha parecido útil volver brevemente a la categoría del contrato real, teniendo en cuenta, en particular, el contrato de mutuo en el nuevo Código Civil para comprobar si y qué cambios ha introducido la promulgación del Código con respecto a la legislación anterior.

⁴³ Cfr. Schipani, S., “La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i Codici del sistema romanistico”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 8, 1999, pp. 225 y ss., particularmente la 231.

⁴⁴ Cfr. Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanistica...* cit., p. 38, el cual reinterpreta el sinalagma de la tradición greco-romana a la luz del principio chino (derivado del confucianismo) del “ciclo vital della reciprocidad” como “espressione concreta di una visione armonica del mondo”. Sobre el punto ver, particularmente, Porcelli, S., *Hetong e contractus* cit., pp. 259 y ss., 271 y ss., pero también la p. 58, por el rol “fondamentale, già radicato nella cultura cinese più antica” representado por la equivalencia en los intercambios.

⁴⁵ Cfr. Porcelli, S., *Hetong e contractus* cit., pp. 74, 91 y ss., a propósito de la excepción de incumplimiento y de la donación.

⁴⁶ Así cfr. Timoteo, M., *Il contratto...*, cit., p. 122. Sobre el punto, ver, además, Porcelli, S., *Hetong e contractus* cit., p. 93.

⁴⁷ Cfr. Porcelli, S., *Hetong e contractus* cit., pp. 8 y ss., según el cual 契约 (*qiyue*) sería más adecuado para identificar el encuentro de voluntades no “paralelas”, sino “opuestas”.

⁴⁸ Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanistica...*, cit., 2019, p. 38.

III. EL MUTUO EN LA LEY CHINA DE CONTRATOS Y EN EL CÓDIGO CIVIL

1. *La estructura: realidad y consensualidad*

Como es obvio, el contrato de mutuo ha estado presente en el tejido social en China desde tiempos inmemoriales. Singular es un caso de un préstamo concedido por un tal Cheng Minsheng a favor de un tal Lu Shi en la época de la dinastía Ming (1368-1644), en el que el magistrado que decidió la cuestión concluyó por la validez del contrato, incluso después de años.⁴⁹

En épocas cercanas a nosotros, nuestro contrato estaba regulado en la Ley General de Contratos de 1999, que leí en la traducción italiana editada por Laura Formichella y Enrico Toti.⁵⁰

En primer lugar, es interesante notar que el capítulo XII de la ley se titula expresamente “Mutuo de dinero”, casi como para tomar nota de que los préstamos de cosas fungibles distintos del dinero son, hoy en día, casos de escasa aplicación, por lo que no valdría la pena codificarlos.⁵¹

La Ley china de Contratos identifica, dentro del préstamo monetario, una “subespecie” relativa al mutuo entre particulares, para la que prevé una disciplina *ad hoc*. Esto nos lleva a suponer, sin que el legislador lo diga con claridad, que la intención de diversificar, en las formas que veremos, el mutuo de dinero tomado por una institución de crédito o por un banco y que constituya una verdadera operación financiera del mutuo otorgado *inter amicos*.

En términos generales, el mutuo parece estructurarse en esta ley como un contrato consensual.⁵² Ésta era, en realidad, la posición de algunos aca-

⁴⁹ Específicamente, el mutuuario afirmó que la transición de la dinastía Ming a la Qing —y el consiguiente aumento del poder político-social que él asumió gracias a su mayor proximidad a la jerarquía imperial— había hecho que la obligación de restitución fuera incoercible. Sobre este punto ver Wang Guiguo, “A Survey of China’s Economic Contract Law”, *Pacific Basin Law Journal*, núm. 4, 1985, pp. 14 y ss.

⁵⁰ *Leggi tradotte della Repubblica popolare cinese: la legge sui contratti*, cit. La prudencia con la que a veces, en el resto del trabajo, me veré obligado a expresarme depende necesariamente de la imposibilidad, por razones lingüísticas, de acceder a las fuentes citadas (así como a la doctrina) en su versión original.

⁵¹ Sin embargo, vale la pena señalar que recientemente el *restyling* del BGB parece haberse movido en dirección opuesta, dividiendo el mutuo en *Geld* y *Sachdarlehen*: cfr. § 488 Abs. 1 y § 607 Abs. 1.

⁵² Sobre este punto, por algunas observaciones en clave de comparación con el derecho mexicano, véase Mena Brito Paz, J., “Estudio sobre la naturaleza equívoca del contrato de

démicos chinos que se habían pronunciado en contra del mantenimiento de la categoría de los contratos reales, con especial referencia al mutuo.⁵³

Nada en esta dirección en realidad se deriva de la definición del contrato que, contenida en el artículo 196, dice (en el texto traducido al italiano): “El préstamo es el contrato con el que el prestatario toma dinero prestado del prestamista y lo devuelve al vencimiento, pagando también intereses”.

La norma no sólo no aclara cuál es el comportamiento debido por el mutuario, limitándose solamente a detectar el dato efectual de la devolución, pero tampoco ofrece elementos útiles para una calificación estructural de la *fattispecie*. La terminología utilizada en la traducción italiana (“prende in prestito”), de hecho, refiriéndose al momento del *accipere* y no del *dare*, no revela si la *traditio* (de la cual el *accipere* representa el momento final) es o no un elemento estructural necesario para la conclusión del contrato.

En todo caso, el siguiente artículo 201 de la ley parece aclarar suficientemente el punto, estableciendo, en el primer párrafo, que “qualora il mutuante non fornisca il denaro nel termine e nell’ammontare convenuti, provocando perdite al mutuuario, deve risarcirle”, y en el segundo párrafo, que “qualora il mutuuario non ritiri il denaro alla data e nell’ammontare convenuti, deve pagare gli interessi da tale data e su tale ammontare”.

De la lectura de estas reglas se desprende claramente que si el mutuante puede convenir con el mutuario el plazo dentro del cual realizar la *datio*, cuyo monto también es posible acordar, ésta última no puede elevarse a un elemento estructural de la *fattispecie*. Asimismo, la norma del segundo párrafo, que sanciona al mutuario que no respeta el acuerdo sobre la entrega, conduce al intérprete a considerar el contrato ya perfeccionado en el momento en que se llega a un acuerdo sobre el monto y los plazos de entrega, y sobre los términos de la dación y de la restitución (así como sobre los intereses, ver *infra*), degradando la *traditio* a un momento meramente ejecutivo del acuerdo.

Cabe señalar, de paso, cómo la obligación del mutuario de pagar intereses desde el momento del acuerdo, con independencia del desembolso real de la suma, aparece como una penalización excesiva para el mutuario, incluso en la hipótesis en la que es él quien se niega para ejecutar el acuerdo vinculante. Sobre este punto las fuentes romanas dejan en libertad al mu-

mutuo en el derecho civil mexicano y algunas consideraciones sobre su naturaleza consensual en el derecho chino”, en el II Coloquio internacional de estudios chinos y mexicanos. Del diálogo al entendimiento, Pekín, 2017, pp. 247 y ss.

⁵³ Véanse, por ejemplo, Wang Hong, “Yaowu hetong de cun yu fei. Jianlun Woguo «Minfadian» de lifa jueze”, *Shanghai Shifan Daxue Xuebao*, núm. 4, 2007, y Zhu Qingyu, “Yisi biaoshi yu falü xingwei”, *Bijiaofa Yanjiu*, núm. 1, 2004 (ambos en chino).

tuario para no dar seguimiento al acuerdo obligatorio, aunque esté cubierto con las formas solemnes de la *stipulatio*, en caso de que él no quiera más recibir el dinero, que también se ha comprometido a devolver.⁵⁴

Por otro lado, la práctica del mutuo consensual, que también está ganando popularidad en Italia en las formas de los *mutui di scopi* y de los mutuos para construir edificios (*mutui edilizi*), prevé el desembolso de las sumas por parte del mutuante “sobre la marcha” (“a stato di avanzamento lavori”), lo que permite al mutuario modular mejor, de acuerdo con sus necesidades, la percepción de los montos objetos del préstamo y que luego deberá devolver según sus necesidades.

Por último, no se puede pasar por alto que de la redacción del artículo de la ley china no queda claro cómo se sanciona a un mutuario que se niega a recibir las sumas en el tiempo y monto previstos. En particular si, como parece más que probable, el mutuante tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del mutuario, y parece espontáneo imponer a éste último también la obligación de pagar intereses. Por otra parte, la obligación de pagar los intereses se justifica en ausencia de esta obligación indemnizatoria, pero entonces se trataría de un mutuo incumplido, pero capaz, de forma anómala, de generar intereses, los cuales hay que considerar no ya en términos de convencionalidad, sino de correspondencia.

Un argumento ulterior y definitivo en favor de la consensualidad del mutuo en estas normas lo proporciona, finalmente, el contraste que se establece con lo previsto hasta ahora en el artículo 210 de la ley, donde se especifica que “Il contratto di mutuo tra persone fisiche acquista efficacia dal momento in cui il mutuante dà il denaro”.

La doctrina china, de hecho, parece querer orientar la lectura de este artículo en términos de realidad para el mutuo entre particulares.⁵⁵ Pero la traducción italiana habla de la “adquisición de eficacia” del mutuo a partir de la entrega. Esto significa, para nuestras categorías dogmáticas, que la entrega (*datio*) es un requisito requerido para la efectividad y no para la conclusión del contrato; es decir, que el contrato de mutuo se considerará concluido ya a partir del intercambio de consentimientos y la entrega se refiere únicamente a la ejecución del mismo contrato.

Ahora bien, todas las construcciones que se basan en la vigencia del contrato y que intentan desplazar luego del acuerdo el momento en el que

⁵⁴ Cfr. Paul., 5 ad Plaut. D. 12, 1, 30: *Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.*

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Jiang Ping, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Jing Jie* (en chino), Pekín, 1999, p. 164.

el contrato realmente comenzará a desplegar sus efectos, incluidas las más refinadas que se apoyan en la *condicio iuris* o que construyen la entrega como una especie de “concausa di eficacia” o que hablan de “realidad diferida”,⁵⁶ en última instancia no hacen más que aplicar el esquema del contrato real —según el cual el contrato desarrolla plenamente sus efectos sólo después de la entrega—, enmascarando así la intención de eliminar la categoría misma de la realidad del ordenamiento o del sistema.⁵⁷ Tampoco se da el argumento habitual del arrendamiento (*locatio conductio*), en el que, si bien no se trata de un contrato real, los efectos respecto al arrendatario no se producen hasta después de que el arrendador haya entregado el bien. Aquí, de hecho, estamos ante un contrato sinalagmático en el que una prestación (pago del alquiler) no puede surgir si no se realiza la otra (puesta a disposición del bien arrendado). Con respecto al mutuo, incluso si queremos reconocer su carácter bilateral en el caso de un préstamo oneroso (obligación de entregar contra la obligación de pagar intereses), el desplazamiento de la eficacia al momento de la entrega no tendría sentido en el caso de un mutuo gratuito, sino el de ocultar la recurrencia de un contrato real.

De ahí las propuestas de enmienda que han circulado en el contexto de la doctrina china. Me refiero, en particular,⁵⁸ al llamado Green Code Project, de Xu Guodong, profesor de derecho romano en la Universidad de Xiamen, quien aclara que el nombre de su proyecto deriva del deseo de definir, a través de su trabajo, “un equilibrio tra umanità e risorse, un rapporto di coesistenza pacifica tra l'uomo e gli altri esseri nonché un ridimensionamento dello status umano”.⁵⁹ En el Proyecto de Código Verde, Xu Guodong, retomando una tesis circulada en Italia en el siglo pasado,⁶⁰

⁵⁶ Cfr. Di Gravio, V., *Teoria, del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, pp. 83 y ss.; Luminoso, A., “I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito”, en Iudica, G. y Zatti, P. (bajo el cuidado de), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, p. 704.

⁵⁷ En la doctrina, en este sentido, véase Maschi, C. A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 7; recientemente se habló de un “artificio volto a soddisfare l'assorbente proposito di conciliare la categoria dei contratti reali con la regola generale per cui il contratto si perfeziona in forza del solo accordo delle parti”, cfr. Cenni, D., *La formazione del contratto...*, cit., p. 49.

⁵⁸ Pero ver también Liang Huixing (bajo el cuidado de), *Zhongguo Minfadian Cao'an Fuliyou (A Propositional Version with Reasons for Civil Code Draft of China)*, Pechino, 2013, p. 537.

⁵⁹ Cfr. Xu Guodong, “Un'esposizione sintetica del principio «verde» nel Progetto del Codice Civile Verde per la Cina”, *Contratto Impresa Europa*, núm. 13, 2008, p. 421.

⁶⁰ La tesis, en realidad, es bastante antigua: Demelius, G., “Realkontrakte im heutigen Recht”, *Jahrbücher für die Dogm. des Heut. Röm. und Deutsch. Privatrecht*, vol. III, 1859, pp. 399 y ss., y en particular pp. 405 y ss., y también Unger, J., “Realcontracte im Heutigen Recht”, *Jahrbücher für die Dogmatik des Heut. Röm. und Deutschen Privatrechts (Jhering's Jahrb.)*, núm. 8, 1866, pp. 1 y ss. Creía que los contratos reales tenían una razón de ser solamente cuando

propone construir el mutuo gratuito como real y el mutuo oneroso como consensual; opinión que en China también parece estar respaldada por el apoyo de otros estudiosos.⁶¹

Ahora bien, independientemente de las críticas que esta tesis ha suscitado en algunos casos en nuestro país, y siempre que no sea una impresión debida a la traducción del chino al italiano, el articulado propuesto por Xu Guodong⁶² parece plantear, en términos de validez, una cuestión que, en cambio, concierne a la estructura misma del contrato; es decir, a los elementos requeridos para su calificación jurídica, que, claro está, son distintos de los requisitos que el ordenamiento jurídico postula para su validez.⁶³

En este sentido, cabe destacar cómo la promulgación del Código Civil de la República Popular China ha traído consigo una labor de depuración dogmático-conceptual por parte del legislador chino que no ha pasado desapercibida para la doctrina.⁶⁴ En la medida que aquí interesa, es importante señalar que con el artículo 679 del Código, que corresponde al artículo 210 de la ley, se abandona la perspectiva de la efectividad para mover, más apropiadamente, a la de la conclusión del contrato. El término utilizado, de hecho, es *chengli* (成立), que se emplea en el sentido de “constituir”, tal como

implementaban una ventaja para el *accipiens*. En tiempos más cercanos, y con referencia al ordenamiento jurídico italiano, *cfr.* Nova, G. de, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pp. 110 y ss.; D'amico, G., “La categoria dei contratti reali «atipici»”, *Rass. Dir. Civ.*, 1984, p. 380; Galgano, F., “Il negozio giuridico”, en Mengoni, L. (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, ya dir. por Cicu, A. y Messineo, F., III.1, Milano, 1988, pp. 157 y ss. Se llegó así a decir, sobre la base de Sacco, R., “Il contratto”, *cit.*, pp. 613 y ss.; *idem*, “Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato”, *Banca Borsa*, I, 1971, pp. 502 y ss., que la entrega “ocupa el lugar” de la causa: *cfr.* Teti, R., “Il mutuo”, *Trattato...*, IV, 2, *cit.*, pp. 591 y ss.; Tilla, M. de, *Donazione*, *cit.*, p. 548; Gaggero, P., *Mutuo* (dir. civ.), *Enc. Treccani*, 2013, disponible en: https://www.treccani.it/enciclopedia/mutuo-dir-civ_%28Diritto-on-line%29/.

⁶¹ Véase, por ejemplo, Liu Jia'an, “«Yaowu hetong» gainian de shenjiu”, *Bijiaofa Yanjiu*, núm. 4, 2011, o las reflexiones realizadas por Zheng Yongkuan, “Yaowu hetong zhi cunzai xianzhuang jiqi jiazhi fansi”, *Xiandai Faxue*, núm. 1, 2009 (ambos escritos están en chino).

⁶² Xu Guodong (ed.), 绿色民法典-Green Civil Code Draft, Social Sciences Documentation Publishing House, 2004, p. 559, artículo 407: “Il contratto del mutuo tra persone fisiche diventa valido quando il mutuatario consegna l'oggetto”.

⁶³ *Cfr.* sobre este punto, a Majello, U., *Custodia e deposito*, Nápoles, 1958, p. 283, y después también Mastropaolo, F., “I contratti reali”, en Sacco, R. (dir.), *Trattato di diritto civile. I singoli contratti*, VII, Torino 1999, o. c. (nota 64), p. 36.

⁶⁴ Sobre el punto, brillantemente, a Porcelli, S., “La nuova «Parte generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese». Struttura e contenuti”, *Riv. Dir. Civ.*, núm. 65, 2019, pp. 693 y ss., el cual ilustra bien la comprensión y el refinamiento cada vez mejores también en el derecho positivo en China de algunas categorías dogmáticas, como efectividad, validez, nulidad, anulación, etcétera, con importantes repercusiones en la terminología utilizada por el legislador chino.

puede verse en el caso del artículo 136 del Código sobre negocio jurídico, donde se compara con el termino *shengxiao*, dogmáticamente diferente, en una formulación que establece que el negocio jurídico, a menos que la ley o las partes dispongan lo contrario, se hace efectivo (*shengxiao*) desde el momento de la “constitución” (*chengli*).⁶⁵ Por tanto, es un término diferente de *shengxiao*, que, en cambio, se encuentra en el artículo 210 de la ley y que, como se especificó antes, se refiere a la efectividad, creando ambigüedad sobre los diferentes perfiles dogmáticos de la conclusión del contrato/negocio y de su efectividad.

Para el resto de los artículos mencionados anteriormente existe una coincidencia entre la ley y el Código: el artículo 667 del Código Civil sigue al artículo 196 de la ley, y el artículo 671 reproduce, en los dos párrafos, el texto del artículo 201 de la ley.

En la valoración global de la cuestión, me parece posible sustentar como es muy apreciable la elección del legislador chino de intentar adecuar la configuración dogmática del mutuo a la operación concreta de préstamo puesta en marcha por las partes, diferenciando, según éste, el momento de perfeccionamiento del mismo contrato; es decir, previendo un mutuo real entre particulares y un mutuo consensual en el caso de que el contrato se estipule entre un ente prestamista y un particular o entre dos entes. La elección, aunque no exenta de críticas doctrinales,⁶⁶ no es nueva en el sistema

⁶⁵ El artículo 136 del Código, de hecho, establece que:

民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。
行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。

Véase también el artículo 490 del Código en materia de conclusión del contrato, donde se encuentra, precisamente, el término *chengli* en este sentido:

当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

⁶⁶ En verdad, en Italia la posibilidad de “desdoblar” un contrato real con un correspondiente (y atípico) contrato consensual siempre ha dividido a la doctrina. Para los defensores de esta posibilidad *cfr.*: Coviello, N., “Del contratto estimatorio”, *RISG*, núm. 15, 1893, pp. 380 y ss.; Forchielli, P., *I contratti reali*, *cit.*, pp. 152 y ss.; Messineo, F., *Contratto* (dir. priv.), *ED*, 9, 1961, p. 107; Funaioli, C. A., “Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori”, en Grosso, G. y Santoro-Passarelli F. (dir.), *Trattato di diritto civile*, vol. 6, Milano, 1961, pp. 47 y ss.; Dalmartello, A. y Portale, G. B., *Deposito* (dir. vig.), *ED*, 12, 1964, pp. 252 y ss.; Mastropaolo, F., “Il deposito”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, XII, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985, pp. 458 y ss.; *idem*, *I contratti reali...*, *cit.*, pp. 141 y ss.; D’amico, G., “La categoria dei contratti reali «atipici»...”, *cit.*, pp. 368 y ss. Para la opinión contraria: Simonetto, E., *I contratti di credito*, Padova, 1953, *cit.*, pp. 212 y ss.; Benedetti, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Nápoles, 1958, pp. 218 y ss.; Maschi, C. A., *La categoria...*,

jurídico romanista, pues, aunque de diferentes formas y modos, ya había sido adoptada en el ALR prusiano de 1794⁶⁷ y en el proyecto italo-francés de Código Civil de las obligaciones de 1927,⁶⁸ así como en el Proyecto de Código Civil italiano de 1936,⁶⁹ donde sólo con el texto definitivo del Código de 1942 se abandonó esta solución en favor de la elección codificada en el artículo 1813 Código Civil it., que inclinó la balanza (con excepción de la promesa de mutuo codificada en el artículo 1822 Código Civil it. 1942) de manera decisiva a favor de la realidad.⁷⁰

Solamente me parece curioso observar que en un país que todavía pertenece al mismo sistema jurídico romanista, como es Cuba, tras la introducción del Código Civil de 1987, se llegó a la solución exactamente opuesta a la china, configurando el mutuo entre un particular y un banco como real y el mutuo entre particulares como consensual.⁷¹ A nivel sistemático, entonces, la distinción entre los dos modelos de mutuo surge únicamente de la lectura de la norma sobre el mutuo entre particulares, que se sitúa casi al fi-

cit., pp. 18 y ss.; Galasso, A. y Galasso, G., “Deposito”, en *Digesto delle Disc. Priv.-Sez. Civ.*, 5, Torino, 1989, p. 256; Castro, S., *I contratti di deposito*, Torino, 2007, p. 10; Scalisi, A., “Il contratto di deposito. Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali”, en Busnelli F. D. (dir.), *Il Codice civile. Commentario*, fund. por Schlesinger, P., Milano, 2011, pp. 17 y ss.; Rossi, M. G. y Bruno, C. E., “I contratti di finanziamento, il mutuo e il mutuo bancario. La tutela del consumatore”, en Graziano, N. (bajo el cuidado de), *Il mutuo bancario*, Padova, 2013, pp. 20 y ss.

⁶⁷ Cfr. ALR 1794 I, 11, 1 § 653: “Das eigentliche Darlehn ist ein Vertrag, vermöge dessen Jemand gangbares ausgemünztes Geld... einem Andern zum Verbräuche übergibt”; § 654: “Hat Jemand durch einen gültigen Vertrag sich verpflichtet, einem Andern ein Darlehn zu geben, so ist er schuldig diesen Vertrag... zu erfüllen”.

⁶⁸ *Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927-Anno VI*, Roma, 1928, artículo 636, p. 294: “il mutuo è il contratto con cui una delle parti dà o si obbliga a dare...”.

⁶⁹ Sobre este punto, es suficiente aquí remitir a Teti, R., “Il mutuo”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, XII, *Obbligazioni e contratti*, IV, 2, Torino, 2007, p. 646; ver también *infra*, nota siguiente.

⁷⁰ Sobre este punto, para una síntesis con bibliografía: Saccoccio, A., “L’eredità del sistema romano dei contratti reali”, *BIDR*, núm. 110, 2016, p. 137.

⁷¹ Cfr. artículo 379 Código Civil cub. 1987: “Por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero o de bienes designados solamente por su género, y esta a devolver otro tanto de la misma especie y calidad dentro del plazo convenido”; artículo 447 Código Civil cub. 1987: “Por el contrato de préstamo bancario, el banco pone a disposición del interesado una suma de dinero para aplicarla a un determinado fin, obligándose este a su devolución y al pago del interés convenido, que no puede exceder del legal”. Sobre este punto, me permito remitir a Saccoccio, A., “Dal «re contrahere» al contratto reale. Brevi note sulla categoria di «contratto reale» nel Codice civile di Cuba del 1987”, en Barenghi, A. et al., *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, Nápoles, 2019, pp. 429 y ss.

nal del capítulo XII, dedicado a nuestro contrato. Quizá el legislador chino hubiera hecho mejor en aclarar de inmediato *ex professo* el punto, evitando cansadoras interpretaciones reconstructivas.

2. *Obligaciones preliminares y contenido del contrato*

El artículo 198 de la ley prescribe que el mutuante podrá solicitar al mutuario la prestación de garantías adecuadas, las cuales estarán sujetas a los requisitos establecidos en la ley de garantías. La disposición no se reproduce en el Código Civil y, de hecho, se podría dudar de su utilidad, dado que, por regla general, una garantía puede adaptarse a cualquier relación contractual que establezcan las partes y, además, en el mismo Código, como único texto normativo, se fusionaron tanto las normas sobre garantías reales, contenidas en la ley de derechos reales (ahora los capítulos 16-19 del libro II del Código dedicados precisamente a este tipo de derechos), como la mayoría de las contenidas en la ley de garantías, que han sido incluidas en el libro sobre contratos (el III), en la parte referida a los contratos típicos (capítulo XIII) y, por tanto, justo después del capítulo dedicado al contrato de préstamo (el XII).

El artículo 199, por otro lado, exige que el mutuario proporcione “informazioni veritiere sulla sua attività commerciale e situazione finanziaria, secondo quanto richiesto dal mutuante”. La regla se reproduce sustancialmente en el artículo 669 del Código. Escapan algunos aspectos de esta reglamentación. La obligación de comportarse de buena fe está codificada en el Código Civil chino como un principio general, incluido en la parte general del Código, por lo que cualquier comportamiento fraudulento del mutuario parece ser punible ya a la luz de esto.⁷² Además, la referencia a “quanto richiesto dal mutuante” no es clara, como si el mutuario pudiera, maliciosa pero legítimamente, callar sobre algunas criticidades financieras, las cuales podrían convencer al mutuante de no celebrar el contrato, si éste último no lo ha solicitado explícitamente, salvo el hecho de que la buena fe opera como principio general, y también se menciona en el artículo 500 como parámetro general para valorar la existencia de circunstancias que puedan dar lugar a una “responsabilidad” por *cul-*

⁷² Ver artículo 70.: 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。 Sobre el principio de buena fe desde la Ley sobre los Principios Generales de 1986 hasta la Ley sobre los Contratos de 1999 y ahora en el Código, véase Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, p. 283, y la bibliografía citada.

pa in contrahendo.⁷³ Finalmente, la referencia a la “attività commerciale” (actividad comercial) y a la “situazione finanziaria” (situación financiera) parece inducir al intérprete a juzgar esta regla como limitada nada más a los préstamos que constituyen transacciones financieras, excluyendo su aplicación —y no está claro por qué— a los mutuos amistosos entre particulares que el Código trata en la parte final del título.

Desde el punto de vista del comportamiento esperado por el deudor, la regla contenida en el artículo 206 de la ley (igual al artículo 675 del Código Civil), donde se especifica que en caso de que no se haya convenido o no esté claro el plazo de reembolso, el mutuuario puede cumplir en cualquier momento, mientras que el mutuante puede solicitar el reembolso dentro de un tiempo razonable. Sin embargo, observo que, por una parte, no está claro por qué, con vistas al mutuo consensual, no se han introducido disposiciones similares también con referencia a la obligación del mutuante de desembolsar las sumas. Por otro lado, desde un punto de vista práctico, parece decididamente improbable que alguna vez haya casos en los que un banco u otro organismo de crédito (refiriéndose la ley y el Código, en esta parte, esencialmente a este tipo de préstamos) no establezca el plazo de la devolución o lo haga con modalidades que no pueden aclararse de otra manera.

3. *La gratuidad*

En cuanto a la gratuidad, el mutuo era, como es sabido, un contrato naturalmente gratuito según el derecho romano, por lo que el mutuante que deseaba percibir intereses tenía que recurrir a otro contrato, la denominada *stipulatio usurarum*. Esto se debió, en mi opinión, no sólo a razones técnico-procesales, ya que el mutuo romano estaba amparado por la *condictio*, una acción de derecho estricto (*stricti iuris*) dirigida a restituir sólo lo que se había “dado”, sino también a razones éticas y sociales vinculadas tanto al hecho de que el mutuo de cosas fungibles se basa en Roma en valores como la *fides*, la *amicitia*, etcétera, como al odio que los romanos atestiguan por las actividades llevadas a cabo por usureros (*foeneratores*), considerados dos veces ladrones.⁷⁴

⁷³ Véase el n. 3 del artículo 500, cuyo texto completo es el siguiente:

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：

(一) 假借订立合同，恶意进行磋商；

(二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；

(三) 有其他违背诚信原则的行为。

⁷⁴ Sobre el punto, por las fuentes y su discusión, ver lo que digo en Saccoccio, A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico...*, cit., pp. 27 y ss.

En este punto, como es sabido, el Código Civil it. de 1942 hace una elección decididamente opuesta,⁷⁵ debido, en mi opinión, a diversos factores sobre los que no es necesario investigar aquí y entre los que la ética del capitalismo y la reconocida productividad del dinero ciertamente jugaron un papel protagónico. La misma opción es adoptada por el legislador chino; después de todo, una vez que se hace una limitación de este contrato sólo al dinero, la elección parece casi consecuente, aunque en general ella no se deduzca con mucha claridad de los textos normativos.⁷⁶

La ley de 1999 ya dispuso, en el artículo 197, 2 que “il contenuto del contratto di mutuo prevede clausole come.... il tasso di interesse”, orientando la lectura hacia una onerosidad natural del contrato, regla esta que se reproduce servilmente en el artículo 668, 2 del Código Civil, donde también se destaca expresamente lo que en la redacción del artículo 197 de la ley estaba implícito; es decir, cómo esto sucede “generalmente” (一般, *yiban*). Es evidente que la presencia del adverbio ayuda mucho en la interpretación del texto, aclarando formalmente cómo el caso de onerosidad del mutuo debe considerarse opcional —aunque corresponda a la generalidad de los casos—.

Por la onerosidad “natural” del contrato, incluso en el caso de que el mutuo se celebre entre particulares, parece orientar, en todo caso, la lectura del artículo 211 de la ley, donde se establece que “Nel contratto di mutuo, qualora gli interessi non siano convenuti o lo siano in maniera non chiara, si presume che non si paghino”. Por otro lado, en el Código Civil, donde la cuestión parece encontrar una solución más clara, se establece, con carácter general, en los párrafos segundo y tercero del artículo 680, que cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre los intereses, éstos se presumen no debidos (párrafo 2), mientras que en el caso de que lo pactado no sea claro y las partes

⁷⁵ Cfr. artículo 1815 Código Civil it. 1942: “Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante”. La norma no excluye, como es obvio, la posibilidad de configurar un mutuo gratuito, sino que estructura el contrato como naturalmente productivo de intereses, en caso de que las partes no hayan dispuesto lo contrario. De hecho, refiriéndose en específico a la provisión de intereses, el mutuo de cosas fungibles distintas del dinero debería, por el contrario, ser naturalmente gratuito. Cfr. M. Libertini, *Interessi*, ED, 22, 1972, pp. 95 y ss., y en particular p. 110, quien señala que en el Anteproyecto del Libro de Obligaciones la presunción de onerosidad del mutuo se preveía únicamente para el mutuo “comercial”, y luego se generalizó en el borrador final como para dar testimonio de la adquisición a la conciencia social de la general onerosidad de las operaciones crediticias. Sobre el tema cfr. también Teti, R., “Il mutuo”, *cit.*, pp. 627 y ss.; Gardella Tedeschi, B., “Mutuo (contratto di)”, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 11, 1994, 2, p. 546 y nota 4.

⁷⁶ Evidentemente, aquí se hace referencia a los intereses convencionales, pues los intereses moratorios están previstos en el artículo 207 de la ley (igual que en el artículo 676 del Código Civil), donde se especifica que la tasa relativa la establecen las disposiciones estatales si no ha sido pactada por las partes.

no lleguen a un acuerdo adicional sobre la cuestión, los intereses se establecen tomando en cuenta los usos del lugar o sector, las tarifas de mercado y otros elementos, con la aclaración expresamente establecida en la última parte del apartado tres, de que esta última opción no se refiere, sin embargo, al mutuo entre particulares, en cuyo caso, por tanto, cuando los acuerdos relativos a los intereses no sean claros, se presume que éstos no son exigibles.⁷⁷

En verdad, lo que se ha dicho en el párrafo dos no está del todo claro. Si, de hecho, puede tener sentido interpretar como no oneroso un mutuo en el cual no está claro si y en qué medida se ha pactado el pago de intereses; es difícil, por el contrario, interpretar en un sentido distinto al de la gratuidad un mutuo que no prevé expresamente el pago de intereses. La regla, en este sentido, parece entonces una regla inútil.

El artículo 208 de la ley (correspondiente al artículo 677 del Código Civil) establece que si el mutuuario reembolsa el capital por adelantado, los intereses se calcularán sólo sobre el periodo en el que haya tenido el dinero disponible, salvo que las partes acuerden lo contrario. No aparece claro el alcance de esta última especificación, que podría imponer al mutuuario, en términos cuasi sancionadores —aunque convencional y preliminarmente acordados con el mutuante— del cumplimiento anticipado puesto en marcha, a tener que pagar intereses también por el periodo en que no disfrutó del dinero, privando, en efecto, de sentido a la práctica del reembolso anticipado.

Sobre la opinión de Xu Guodong, quien propone codificar el mutuo oneroso como consensual y el mutuo gratuito como real —a menos que las partes acuerden lo contrario o exista una diferente disposición legislativa—, me remito a lo ya dicho (*supra*, notas 55 y ss.); mientras que, nuevamente con referencia a la cuestión de la onerosidad/gratuidad, muy interesante es el artículo 200 de la ley, luego replicado en el artículo 670 del Código. Según esta norma: “Gli interessi del mutuo non possono essere dedotti in anticipo dal capitale. Qualora lo siano, il mutuuario deve restituire la somma effettivamente ricevuta e gli interessi vengono calcolati su tale somma”. De esta forma, el legislador chino quiere combatir aquellas prácticas usureras que prevén la prededucción de intereses del capital prestado, que por tanto se paga por el mutuante en menor medida aunque el interés se calcula sobre el monto total y no sobre lo efectivamente pagado. Esta práctica también era conocida por los prestamistas romanos que se vieron facilitados en esto

⁷⁷ El artículo 680 del Código en los párrafos 2 y 3 prevé, de hecho, que:

借款合同对支付利息没有约定的, 视为没有利息。

借款合同对支付利息约定不明确, 当事人不能达成补充协议的, 按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息; 自然人之间借款的, 视为没有利息。

por la abstracción de la *stipulatio*, que permitía prometer la devolución de una cantidad calculada teniendo en cuenta conjuntamente el capital global y los intereses.⁷⁸

Normas sobre intereses también se pueden encontrar en el artículo 204 de la ley, que obliga a la institución financiera acreedora a fijar la tasa dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Banco Popular de China (norma que no aparece reproducida directamente en el Código) y en el artículo 205 de la ley (igual al artículo 674 del Código Civil), que establece los métodos y los plazos de pago de los intereses.

Sin embargo, cabe destacar un importante cambio de rumbo que ha realizado el Código Civil con respecto a la ley, introduciendo, en el artículo 680, primer párrafo, la prohibición de la usura, que, como se sabe, constituye una piedra angular del ordenamiento jurídico romano, como no ha dejado de señalar también aquí la doctrina más atenta.⁷⁹ El mismo artículo del Código también dispone, como se indicó, que si las partes no han pactado expresamente una tasa de interés, el contrato se considera gratuito y se refiere a los usos en caso de que la disposición de las partes no sea demasiado clara sobre este punto. Y, por tanto, conviene subrayar, al aclarar lo dicho antes sobre la natural onerosidad del mutuo en el derecho chino, cómo aquí aparece un perfil claramente diferente —aunque de forma algo farragosa— que orienta al intérprete hacia la presunción de gratuidad natural del mutuo entre particulares.

4. Forma, indemnización por daños e mutuo di scopo

El intérprete extranjero, entonces, queda impresionado —y a menudo positivamente— por otras normas chinas sobre el mutuo que marcan dis-

⁷⁸ Los documentos epigráficos ofrecen atestaciones de estos comportamientos, y aquí es suficiente hacer referencia a Gröschler, P., *Die Tabellae-Urkunden, aus den Pompejanischen und Herculaneischen Urkundenfunden*, Berlín, 1997, pp. 157 y ss. (pero también *idem*, “Die Konzeption des mutuum cum stipulatione”, *TR*, núm. 74, 2006, pp. 261 y ss.; *Il “mutuum cum stipulatione” e il problema degli interessi*, en *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, bajo el cuidado de Lamberti, F., Lecce, 2009, pp. 109 y ss.), el cual, entre las formas de calcular los intereses cobrados por los prestamistas romanos, distingue el llamado método de la “acreción” (*disagio*), en el que tiene lugar el mecanismo descrito anteriormente y el mutuario paga una tasa de interés más alta, del método de “capitalización de los intereses”, en el que la tasa es menor porque se paga sólo sobre la cantidad efectivamente numerada. Para una posible aplicación práctica, véase Laurendi, R., “Mutuum cum pactum adiactum e nuovi formulari contrattuali in una Tabella cerata londinese”, *Iuris Antiqui Historia. An International Journal on Ancient Law*, núm. 9, 2017, pp. 75 y ss.

⁷⁹ Cfr. Porcelli, S., *Il nuovo Codice civile*, cit., p. 817.

continuidades tanto con respecto al derecho romano como con relación al ordenamiento jurídico italiano. Por ejemplo, el artículo 197 de la ley (correspondiente, como se ha dicho varias veces, al artículo 668 del Código Civil), sin perjuicio de un acuerdo en contrario de las partes y sólo en caso de que se trate de personas naturales, exige expresamente la forma escrita del contrato, desvinculándose de aquella “informalidad” que ha guiado el establecimiento del instituto desde sus primeros pasos en el derecho romano.⁸⁰

Ahora bien, permítanme volver brevemente al artículo 201 de la ley (reproducido en el artículo 671 del Código Civil). En este artículo, como hemos visto, el legislador chino establece que si el mutuante no entrega al mutuario el dinero prometido, causándole pérdidas, debe indemnizarlo. Al respecto, ya el jurista Paulo (ver *Paul.*, 2 ad ed. D. 45, 1, 68) precisó que en este caso la indemnización no debe limitarse al monto pactado como préstamo, sino que debe incluir el *id quod interest*, expresión que corresponde a aquella con la que la doctrina moderna indica el denominado interés positivo;⁸¹ es decir, el mutuante que no cumple con la obligación de entregar el dinero debe compensar al mutuario por todo lo que podría haber adquirido si hubiera tenido el monto prestado. Creo que esta es la interpretación que se debe dar a la norma china.

También son interesantes los artículos 202 y 203 (que ahora constituyen los artículos 672 y 673 del Código Civil), que codifican lo que la jurisprudencia y la doctrina italianas han llamado *mutuo di scopo*, en el cual las partes establecen un vínculo de destino para la suma prestada. En este caso, el mutuante recibe un poder genérico de “verificación” y “control” (检查, *jiànchá*, y 监督, *jiāndū*) sobre el uso efectivo de las sumas entregadas para los fines acordados. Dado que estos propósitos se hacen explícitos en el acuerdo que es la base del negocio, el incumplimiento de los mismos permite al mutuante, de acuerdo con el tenor de la ley y del Código, suspender el desembolso del préstamo —que, obviamente, se hace de acuerdo con el avance de la obra—, pedir la amortización anticipada de las sumas entregadas “o” —aunque para mí sería más correcto “y”— pedir la resolución del contrato. En mi opinión, el mutuante, cuando deja de desembolsar la suma y solicita la devolución de lo ya entregado, manifiesta de forma implícita su intención

⁸⁰ Para la terminología “mutuo informal” basta la referencia a Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1995, p. 543.

⁸¹ Cfr. Saccoccio, A., “Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano”, en Fiori, R. (bajo el cuidado de), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Nápoles, 2011, pp. 409 y ss.

de desistir del contrato, por lo que la elección de una alternativa entre estos dos comportamientos no es muy clara. Se podría haber hecho mejor, previendo la posibilidad de resolución del contrato por parte del mutuante por incumplimiento del mutuario, lo que conlleva, en consecuencia, la devolución de lo ya dado y la falta de sumisión a la obligación de desembolso de la parte restante del capital.⁸²

En cualquier caso, del contenido de estos textos legales no se desprende si se trata de una disposición general, válida para todos los mutuos, o de una regla particular, de aplicación únicamente para determinados tipos de mutuos, como ocurre en Italia. En verdad, tanto la referencia a lo pactado (约定, *yueding*) y la colocación sistemática como, finalmente, la repetición del mismo esquema expositivo en los artículos anteriores y siguientes, parecen orientar al intérprete a considerar las reglas aplicables a todos los mutuos, y no sólo a algunos tipos de préstamos. Además, una pista decisiva al respecto parece posible que derive del artículo 1972 (igual al artículo 6682 del Código Civil), donde se inserta la “finalidad del mutuo” entre las cláusulas que “el contenido del contrato de mutuo generalmente incluye”.⁸³

Por último, también hay que recordar que incluso las fuentes romanas preveían, en algunos casos muy particulares, limitaciones de destino para las sumas concedidas en mutuo.⁸⁴

⁸² La Corte di Cassazione italiana ha precisado que en el *mutuo di scopo*, la cesación o el agotamiento de la finalidad (*scopo*) prevista en el contrato implica el surgimiento de la obligación de restitución del mutuario (véase Cass. Civ., 12 de abril de 1988, núm. 2876, en *Arch. Civ.*, 1988, 1061: la Corte precisa que en el *mutuo di scopo* la finalidad se convierte en un elemento integrante del sinalagma contractual), mientras que la falta de consecución de la finalidad en sí da como resultado la nulidad del contrato (*cf.* Cass. civ., 19 de octubre de 2017, núm. 24699, en *I contratti*, 2018, pp. 417 y ss., con nota de Renna, M., *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*), así como la imposibilidad originaria de realización de la finalidad (*cf.* Cass. civ., 30 de marzo de 2015, núm. 6395, en *Nuova giurispr. civ. comm.*, 2015, pp. 791 y ss., con nota de Wiles, J., *Il mutuo di scopo edilizio e l'impossibilità "ab origine" di realizzazione dello scopo legale*); en doctrina basta la referencia a Tilla, M. de, “Donazione-permuta-mediazione-mandato-mutuo-comodato”, en *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi*, Milano, 1995, p. 570 —el cual, sin embargo, habla de resolución del contrato—, y sobre todo a Balestra, L., “Il mutuo di scopo tra «arricchimento» degli interessi perseguiti e deviazioni dal modello codicistico”, *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2019, pp. 1133 y ss.

⁸³ Sobre la aclaración mediante el uso del adverbio “generalmente” insertado en el Código, véase arriba en el texto.

⁸⁴ Ver, por ejemplo, *Ulp.*, 73 *ad ed.* D. 20, 4, 6 (préstamo concedido para la compra de alimentos por los marineros o para el pago de fletes o mercancías a transportar; ver también *Hist. Aug., Sev. Alex.* 21 (préstamo para la compra de fincas).

IV. CONCLUSIONES

Desde un punto de vista más general, me parece que las consideraciones realizadas hasta ahora nos permiten confirmar algunas de las conclusiones que me había permitido adelantar en trabajos anteriores.⁸⁵

El legislador chino, de acuerdo con la tradición de la que he tratado de hacer un esbozo parcial en las páginas precedentes, y aunque prevé la posibilidad de estipular mutuos consensuales, ha optado por dejar abierto el camino al mutuo real. Esto no implica, como también hemos visto, negar que se deba reconocer que, para determinadas hipótesis, el esquema consensual correspondiente no puede ser tuciorista, sino que eso sólo significa, en mi opinión, reconocer que esta circunstancia no puede conducir en modo alguno a proponer dejar de lado el mutuo real, o incluso, desde una perspectiva más general, la abolición o la superación de la categoría del contrato real.

En otro lugar he tratado de demostrar que el contrato real no parece ser fruto de un respeto vacío por la tradición, sino que representa una categoría que tiene un significado fundamental, llamada a desempeñar una función importante en el denominado mundo globalizado de hoy y que, por el contrario, su abolición representaría, aún en la actualidad, una abstracción no justificada ni por la realidad de los negocios ni por las necesidades emanadas de la sociedad ni por los datos normativos.⁸⁶ En cambio, es útil señalar que “lo schema basato sulla consegna è una scelta normativa consapevole in ordine ai fini e al significato della disciplina legale di questi contratti”.⁸⁷

En general, me parece aceptable la afirmación de que no es posible identificar una *ratio* unitaria de la categoría de los contratos reales, ya que “il giudizio sulla realtà della singola operazione contrattuale può essere svolto solo in concreto”, a fin de identificar la mayor correspondencia de la estructura efectiva del contrato con los intereses expresados concretamente por las partes involucradas.⁸⁸

⁸⁵ Véase, por ejemplo, Saccoccio, A., “L’eredità del sistema romano dei contratti reali”, *cit.*, pp. 161 y ss.

⁸⁶ Ver nota precedente. Sobre el punto, *cfr.* también Maschi, C. A., *La categoria dei contratti reali*, *cit.*, pp. 16 y ss.; Guzmán Brito, A., “La consensualización de los contratos reales”, *Revista de Derecho de la Pont. Univ. Católica de Valparaíso*, núm. 29, 2007, pp. 35 y ss.

⁸⁷ *Cfr.*, en la línea de Benedetti, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 64 y ss., en especial pp. 78 y ss.; Vettori, G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, 2, 4 (en la tercera edición, Padova, 2017, la opinión del artículo no cambia, pero la cita textual es reformulada).

⁸⁸ Cenni, D., *La formazione del contratto...*, *cit.*, p. 115, la cual hace que sea una cuestión de método; Gabrielli, E., *Il pegno*, en *Trattato di diritto civile* dir. por R. Sacco, *I diritti reali*, 5, *Il pegno*, Torino, 2005, p. 113, al cual pertenecen las palabras citadas en el texto.

En particular, en el mutuo el esquema de la realidad permite al mutuante evaluar bien, hasta el momento de la entrega, el riesgo al que lo somete la operación de préstamo, pero también evitar anclar la operación concreta del contrato al cumplimiento por parte del mutuante, lo que constituye un hecho “di per sé insicuro e possibilmente dilatorio”.⁸⁹ Por otro lado, sigo pensando que el mutuo real, en varios casos —que no se limitan sólo a la hipótesis de mutuo gratuito—,⁹⁰ presenta aspectos de mejor protección del mutuario respecto a la forma exclusivamente consensual que, además, protege una gama importante de intereses y que, por tanto, parece correcto preservar y regular.

En mi opinión, de hecho, los inconvenientes no se derivan de la previsión de un mutuo consensual, que tiene su razón de ser en algunos casos, sino de querer hacer de éste el único camino a seguir para quienes quieren concluir una operación de préstamo de dinero. Es decir, si el mutuo es sólo consensual, surgen algunos inconvenientes que vale la pena mencionar brevemente.

Por ejemplo, en el mutuo consensual el mutuante podría pactar que el mutuario que ha perdido interés en el préstamo lo obligue a aceptarlo; la cosa, si ya no parece muy clara en el mutuo oneroso, se vuelve decididamente incomprensible en el mutuo gratuito. No es casual que esta posibilidad fuera expresamente excluida de las fuentes romanas.⁹¹

Además, una vez configurado el mutuo sólo como contrato consensual, y consecuentemente establecido que el mutuante “se compromete a entregar al mutuario”, éste último, ante el incumplimiento del primero, podrá solicitar, según las normas generales, la resolución del contrato y la indemnización del daño o el cumplimiento de lo prometido. No obstante, como

⁸⁹ No parece convincente la objeción de Tilla, M. de, *Donazione-permuta-mediazione...*, cit., p. 548, según el cual nuestro legislador ha dotado de carácter consensual al contrato de apertura de crédito, que cumpliría una función similar al préstamo. En realidad, mientras el mutuario pide la disponibilidad inmediata del dinero —y esto justifica la realidad—, la apertura del crédito es sólo una especie de tranquilidad para el mutuario respecto a compromisos futuros y, por lo tanto, bien puede estructurarse como un contrato consensual.

⁹⁰ Así, en contra: Guzmán Brito, A., “La consensualización de los contratos reales”, cit., p. 52; ver también *supra*, nota 60.

⁹¹ Cfr., por ejemplo, D. 12, 1, 30 (Paul., 5 ad Plaut.: *Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*), donde se reafirma la posibilidad para el deudor que había prometido la restitución, de no aceptar el monto en mutuo. Sobre este punto, remito, para más informaciones, a Saccoccio, A., “Mutuo reale, accordo di mutuo...”, cit., pp. 389 y ss. Evidentemente, en ningún caso se cuestionaría aquí la posibilidad de demandar al mutuario que no cumple por una eventual indemnización de daños. Ver también lo dicho anteriormente, nota 77.

ambos casos son una obligación económica, ningún mutuante optaría por la segunda solución, en especial cuando se valora, como parece más correcto, que el daño compensable en este caso debe corresponder al denominado “interés positivo”.⁹²

Finalmente, en el mutuo consensual podrían surgir otros diferentes problemas; por ejemplo: una vez que el contrato se ha concluido con el simple intercambio de consentimientos, ¿el crédito del mutuante para el desembolso del préstamo podría ser embargado por sus acreedores? ¿Podría el mutuario pedir intereses por no cumplir el mutuante con prontitud? ¿Podría el mutuario oponer a este crédito la compensación de otro crédito que él tiene contra el mutuante o, peor aún, el mutuante podría oponer en compensación otro crédito que tiene contra el mutuario, frustrando así, de hecho, el sentido de la operación jurídica (préstamo de dinero) puesta en marcha?⁹³

Por todas estas razones considero justificada la elección del legislador chino de prever algunos casos en los que, a pesar de los perfiles definitorios, la conclusión del contrato no coincide con el otorgamiento del acuerdo, requiriendo, más bien, la realización de un acto adicional en el procedimiento de conclusión del contrato; es decir, la entrega de la cosa,⁹⁴ entrega que debe consistir en el otorgamiento material de un bien y que no puede ser suministrada en modo alguno por un acto volitivo.⁹⁵

En consecuencia, el mutuo real no puede ni debe ser considerado una reliquia del pasado, sino una necesidad concreta de la vida actual que el ordenamiento jurídico tiene el derecho y el deber de proteger.⁹⁶ En esto el legislador no debe ser engañado por el homenaje a falsos ídolos, como la adopción

⁹² Es difícil imaginar la situación de un mutuario que, en una hipótesis de mutuo consensual, ante el incumplimiento manifiesto del mutuante de entregarle la suma prometida, lo demanda por el cumplimiento, aunque puede solicitarle, previa resolución contractual, una indemnización del daño.

⁹³ Para algunas de estas objeciones véase Simonetto, E., *I contratti di crédito*, cit., p. 187; más recientemente, *cf.* también Cenni, D., *La formazione del contratto...*, cit., pp. 139 y ss. Me parece más problemático hablar de repugnancia hacia la posibilidad de ejercer de una acción ejecutoria contra el mutuante, como consecuencia de la creación de un crédito a la entrega del dinero a favor del mutuario. De hecho, me parece que, por un lado, el mutuante que incumple la promesa hecha de conformidad con el artículo 1822 encuentra, precisamente, esta consecuencia. Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos que en la actualidad admiten el mutuo consensual (Suiza y México, en primer lugar, pero también Alemania, Holanda, Perú, Cuba y Argentina) esta eventualidad no se siente en modo alguno como repugnante.

⁹⁴ Así, *cf.* Natoli, U., *I contratti reali. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1975, p. 45.

⁹⁵ Dalmartello, A., *La consegna della cosa*, Milano 1950, p. 201.

⁹⁶ Con una afirmación demasiado enfática, pero que, en mi opinión, no deja de ser verdadera: Guzmán Brito, A., “La consensualización de los contratos reales”, cit., p. 58, que define la categoría de los contratos reales como categoría inmortal.

a priori de una noción general y abstracta de contrato para superponerse a esquemas de negociación individuales y concretos, cuya utilidad la vida concreta demuestra. Es por lo que la elección del legislador chino, que decide conscientemente no privar a los ciudadanos de la posibilidad de optar por el mutuo real, resulta, en mi opinión, mucho más moderna que muchos otros ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por tanto, el codificador chino hizo bien en no cerrar esta puerta.

ROMAN LAW IN THE MODERN WORLD

Adriaan Johan Boudewijn SIRKS

SUMMARY: I. *The Character of Roman and Civil Law*. II. *The Presence of Roman Law today*. III. *A common feature*. IV. *Bibliography*.

There are *grosso modo* three legal systems in the world which cover a large portion of the world population: the Chinese, the common law and the civil law. The Chinese law is confined to China and so I shall leave it here aside. The common law system is an original product of the 11th century English judiciary system. Itinerant judges created a whole of judgments which were calibrated to each other in order to secure a stable system of the king's law over the entire country: the common law. These judgments were based on a restricted number of writs (orders to the sheriff to initiate a legal procedure), but in their turn the application of certain writs were extended to cover new cases. In this way certain themes were refined and refined in the course of time, by which nuclei of law came into existence, like in the writ of trespass, which from wrongful damage came to cover, in an adapted form, breach of contract. Statutes were issued, yet these too were drawn into the judiciary system. In the end a body of law exists, which, in essence, is a bundle of different topics (a *partitio*), each of which is carefully refined in a highly ingenious legal way of thinking, by judges. Due to the *stare decisis* rule (crystallised in the 19th century), old judgments are reinterpreted, on one hand to understand the *ratio decidendi* better, on the other hand to be able to distinguish and create so room for new developments. The common law was imposed on Wales and Ireland. One principle is that wherever in the world Englishmen settle, they take the common law with them and so there the English common law took hold of the colonies in America, to become the common law of the USA, of several Caribbean islands, of Guyana; of Canada; of Australia; partly of South Africa; and of some other present or former British colonies (they never thought of exporting Scots law).

The third legal system is the civil law system. It is Roman law, it is usually called *ius commune* where it concerns the Roman law not only as it was applied in Europe and the rest of the world from the 11th century onwards, but I prefer the English term civil law: Roman law as opposed to particular statutes of towns, customary law (and the canonical law). By a clever reasoning of Bartolus the importance of local and customary laws was reduced to be an exception. Even in France, where the king ordered the customary laws to be codified, Roman law changed it because civil lawyers used the civil law language to describe and organise it, by which they were romanised. Further, everywhere where the Roman Catholic Church was present, it applied a Roman-Canon system of litigation and in it Canon and Roman law. This Roman-Canon process law was also imitated in secular courts. Thus apart from England in Southern and Western Europe there was a common legal system, the *ius commune*, which consisted of a common process law, a common civil law, and local law in as far as applicable within these two determinators.

I. THE CHARACTER OF ROMAN AND CIVIL LAW

But what is the difference between the English common law and the civil law? The difference lie in the change in approach to the law of Rome as begun in the 1st century BC by people like Q. Mucius Scaevola. They began to organise the legal actions according to Stoic principles into categories, based on general concepts. One result was a basic introduction used since the 2nd century AD: the Institutes. Of several books we have but one completely, that of Gaius, but this book was used by Justinian for his Institutes, in 533. The Stoic philosophers, who carried on the tradition set by Aristotle, saw two ways of organising a whole of facts or rules: a *partitio* or a *divisio*. In a *partitio* one looks for bundles which have one or more common features. These form groups, which are each independent from each other. What cannot be included, remains a rest group. If new phenomena arise, they may form new groups. In this way one has an open system of *partes*. Certain groups have crystallised, like the land law, or law of trusts, or the undue influence in the law of wrongs. That is the way the English common law is organized.

The other way is the *divisio*. Here the whole is point of departure, it is assumed that it forms a whole outside of which there are no single facts. To create order the whole is divided up into categories and whatever there remains as rests, has to be fitted into the existing categories. In theory it could

be possible that a whole results in the same setup, except for the attribution of the rest group, but in practice the difference is great. This is because the point of departure, a whole outside of which there may not remain a rest, sets already the criteria according to which the whole will be divided. This system applied both to the substantial as to the procedural law, particularly since these two were in the law of the Romans connected through the actional system. But once the procedural law was freed from the forms of the actional system, through the extra-cognition procedure with its open phrasing of claim and defense, the weight lay fully on the substantial law. Another effect of this was that where previously what we call a right was only there if an action was possible, now action was possible if there was a right, although the Roman did not phrase it like this.¹ The way the Roman jurists of the 1st and 2nd centuries achieved this was by distilling general principles out of individual cases, and applying these principles again on other cases. In that way they achieved to establish a coherent body of private law. Gaius' Institutes present a transitional phase of this systematisation. He divides the law into parts, subdivides it and so on, then discusses the general features of parts, presents a division of the obligations which was a great advance (even if it was not Gaius' idea), but we see him still stumble at the undue payment, which he cannot fit into the system. Likewise he has, in a later edition, a rest-category of *obligationes ex variis causis*. Justinian's Institutes present already a fully worked out system, while the contemporary jurists like Stephanus speak of general actions in a Platonic sense where we would speak of rights.

It is this way of thinking, this way of approaching law, which was taken up, continued and refined from the 9th century onwards at cathedral schools in the ecclesiastical curriculum and from the 11th century onwards at the universities of Europe on basis of Justinian's compilation and which spread through the professors and students all over Europe. It became part of the legal thinking, with the exception of England and the common law.² It also used the vernacular of Justinian's compilation, in the sense it had in that compilation. Everywhere the Institutes were used as primary book. Its updating got it through Arnold Vinnius, who not only applied views of Donellus, but also those of Grotius as set out in the latter's *Inleiding*. In the

¹ That did Vinnius, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Leiden, 1642, IV.6. See below.

² Roman law was and remained taught in Oxford and later Cambridge, but the Inns of Court, the only way to enter the profession, had their own training which did not include Roman law. For ecclesiastical courts is was of course required, as it was for the Admiralty Court. But these did not deal with the daily English law.

expanded edition of Heineccius Vinnius' commentary to Justinian's Institutes became the standard introduction in Northern Europe. Accepted by the Catholic Church with some minor changes it became also in Southern Europe and Latin America the standard introduction, often translated into Spanish.³ In the early 19th century legal science got an enormous boost. In order to prepare for a codification for the German territories, Savigny advocated as best method the way the Roman jurists of the second century had worked to achieve out of the various parts of law a coherent system: distilling general principles and applying these to other cases. Once mastered, it should be applied to all the different laws of the German countries. But instead, it was applied to Justinian's law and adapted to the philosophical views of those days. As Pandektenwissenschaft (better known as Pandectism) it raised legal scholarship to new intellectual heights. The introduction of codifications did not change a little bit the holistic approach of legal science. They were essentially based on the systems of natural law, which again were based on the holistic approach, be it starting with philosophical foundations of society and morality. These parts, though in the earliest attempts to codification still tried, were soon left out (in France it led to endless fruitless discussions) and what was left, was basically the same holistic system of *divisio*. Next to that the legal vernacular was retained, which was even more important because the way one speaks and the words one uses defines the way one thinks. Thus, all modern civil law codifications are in essence neo-Roman or neo-civil law.

II. THE PRESENCE OF ROMAN LAW TODAY

It is fine to know that our present civil law codifications are in essence neo-Roman law codifications, with doctrinal variations, often already existing in the Middle Ages, that we are in this respect neo-Romans.⁴ But the knowledge of the past: has it still use for us as it is in the common law? This depends on how one wants to deal with the law. If one merely wants to apply rules as if a manual to repair a motor, the only thing one needs is a clearly-written text and sufficient brains to apply the instructions. That goes, by the way, for many cases in the common law: no time or inclination to go beyond a simple

³ See Beck Varela, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁴ As with the development of the languages out of the Latin, as Spanish, Italian, French. Latin itself already shows a development from the archaic period till the Late Latin.

applying. But as happens sometimes, the motor has difficulties which surpass the cases comprised in the instructions. Thinking is now required, one must imagine how things work and distill out of the instructions a new instruction, this time of one's own making, to fix the motor. And that is exactly the same with law. As with the motor, it will not happen often, but it will happen. In that case all relevant instructions must be considered, the principles behind it must be considered and these principles lie in the former law too. Although not directly applicable, they are indispensable to understand the present instructions. In short, deep thinking is required.

I shall give an example: theft, an age-old crime, already mentioned in Hammurabi's Code (§ 6-10) and in the Eight Commandment. It is defined as crime in many civil law codifications. The application of the *nulla poena sine praevia lege* principle requires that it is defined as clear as possible. That leads to other articles in which crimes are defined which are related to theft but still so different that they require a separate specification. As example I take the Mexican Código penal para el Distrito Federal, art. 220: "Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán: etc." —He who, with the intention to appropriate, and without the consent of whoever may legally dispose of it, seizes another person's moveable, will be punished: etc. And art. 221: "Se impondrán las mismas penas previstas en el artículo anterior, a quien sin consentimiento de la persona que legalmente pueda otorgarlo: I. Aproveche energía eléctrica o cualquier otro fluido; o II. Se apodere de cosa mueble propia, si ésta se encuentra en poder de otra persona por cualquier título legítimo". —The same penalties as set in the previous article are foreseen for whom who without the consent of whoever may legally dispose of it: I. profits from electricity or anything else fluid; or II. seizes his own moveable if this happens to be in the possession of another person by any legitimate title. And art. 222:

Al que se apodere de una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite que dicho apoderamiento se ha realizado con ánimo de uso y no de dominio, se le impondrá de tres meses a un año de prisión o de treinta a noventa días multa. Como reparación del daño, pagará al ofendido el doble del alquiler, arrendamiento o interés de la cosa usada, conforme a los valores de mercado. —Whoever seizes another person's thing without the consent of the owner or legitimate possessor, and certify that said seizure has been carried out with intention to use and not to appropriate, will be punished with three months to one year of prison or a fine of thirty to ninety days. As repair of the damage, he will pay the injured party double the rent, lease or interest of the thing used, according to market values.

The three articles deal with different species of theft. Art. 220 requires asportation of a movable and intention to appropriate, art. 221 covers the “theft” of electricity and other intangible goods (which is not covered by 220 because that is restricted to tangible objects), art. 221 deals also with the retaking of one’s property which somebody else has legitimately in his possession, and art. 222 deals with the use without consent of somebody else’s property. In all four cases the common strain is that something is taken without allowance. We see here how the arrival of the modern criminal codes has restricted the ambit of this crime, due to the requirement of the Enlightenment that crimes should be meticulously circumscribed. I shall return to this phenomenon, referring also to the French and German codifications.

In Roman law the term for theft was *furtum*, but it was a wider concept. A current definition was: D. 47.2.1.3 Paul. 39 ad Ed. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.* —“Theft is a fraudulent interference [*contrectatio*] with a thing with a view to gain, whether by the thing itself or by the use or possession of it. This natural law proscribes”. But there were four levels of fine. One was the double value of the thing stolen if the thief was caught red-handed (*furtum manifestum*), another the fourfold if he was found later on (and thus had stolen stealthily: *furtum non manifestum*). This led the focus on asportation: at which moment was a thief no longer caught red-handed? Thus interference was interpreted as an element of asportation, since you cannot take something away without apprehending it: no carrying away without interference. It defined the attempt to take away. In this sense the definition of D. 47.2.1.3 was read and used in the maelstrom of medieval Roman law, leading to variations in definition, and ending in the various codifications.⁵

Still, some texts in the Digest suggest that *furtum* might also be committed by merely interfering with the thing.⁶ These were in later times explained

⁵ See for a short survey Zimmermann, R., *The Roman Law of Obligations*, Cape Town, 1990, p. 943-947. Unfortunately he concentrates only on the shift from private delict to public crime and not the definition. He mentions the Constitutio Criminalis Carolina in which theft was much more narrowly defined (art. 157-169, 171 assume that *stehlen* is taking away; while art. 170 deals with acting with somebody else’s deposited goods in a way, not according to good faith (*ungetrewlich*). However, the Constitutio assumes that the judge knows the basics of theft (*diebstahl*).

⁶ D. 47.2.21 pr: *...sed et qui segetem luce secatur et contrectat, eius quod secatur manifestus et nec manifestus fur est.* —Again, if a man cut a crop by day and thereby wrongfully interfere [*contrectatio*] with it, he is both a manifest and a non manifest thief of what he has cut. D. 47.2.22.1. *Si eo consilio arca refracta sit, ut uniones puta tollerentur, hique furti faciendi causa contrectati sint, eorum tantummodo furtum factum videri: quod est verum. nam ceterae res, quae seponuntur, ut ad uniones perveniatur, non*

as exceptions or specialities. However, it is likely that originally *furtum* was already committed by interference, how short it be. Necessary was always that the owner did not consent, and that the thief might not assume that the owner consented.⁷ Theophilus, a 6th century Byzantine lawyer who translated and commented Justinian's Institutes, was very close to this meaning when he defined *contrectatio* as "to behave like an owner in relation to the thing and to do to it things which are appropriate to an owner" (Institutes IV.1). This implies that somebody else is owner of the thing. Theophilus' definition may be turned around: *contrectatio* is the infringement in any way on the ownership of another. The essence is the exclusivity: it may not be infringed upon. That, indeed, may well have been the original essence of *furtum*, being any infringement upon the ownership (*dominium*) of somebody. It included already the touching of things without the owner's permission. Later—and perhaps because the Romans began to possess more than in the early frugal days of the Republic—the emphasis came to lie on material goods which were stolen, hence on the asportation, the carrying away, in combination with the necessity to define *furtum non manifestum* in this context. But Paul also mentioned as a case of theft the unallowed use of a thing.

That changed in the Middle Ages with the German customary laws, where theft was reduced to the carrying away of tangible goods, as in the Constitutio Criminalis Carolina of 1532. This was translated into later codifications, as in the French Code pénal of 1804, article 379: *Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol*.⁸ The Middle Age jurists complicated matters by trying to bring both the carrying away and the eating of somebody else's food or using of another's goods under the enrichment. The enrichment element was not alien since Paul had added this by his *lucri faciendi gratia*. That too was understand-

furti faciendi causa contrectantur. —If a chest be broken into so that, say, pearls may be removed and they are handled [*contrectatio*] with theftous intent, it is only of them that theft may be held to be committed; this is true. The remaining things, set aside to get at the pearls, are not tampered with for the purpose of their theft. D. 47.2.22. 2. *Qui lancem rasi, totius fur est et furti tenetur ad id, quod domini interest*. —A person, who smooths a platter, steals the whole of it and is liable in the action for theft for the owner's full interest. D. 47.2.67(66). 2. *Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt*. —The older jurists held that a man who, with wrongful intent, summoned a muleteer before the magistrate was guilty of theft, if the mules got lost.

⁷ See Sirks, A. J. B. "Furtum and manus/potestas", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, pp. 465-506.

⁸ Now Code pénal of 2020 Article 311-1: "Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui". Article 311-2: "La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol".

able in the context of carrying away, and the greater riches in Roman society of his days. The canonists of course took this on, since it implies theft as transgression of the Eight Commandment. And so we find this element still, e.g., in the Spanish Código penal, Artículo 234. 1. “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros”. —He who takes, with the aim to enrich himself, the moveables of another without its owner’s will, will be punished as guilty of theft (hurto), etc.

The *ánimo de lucro tomare* is different from the *ánimo de dominio apodere* in the Mexican Código penal of the D. F., it might comprise the stealing to sell, but on the other hand one might consider that as behaving as its owner. With such definitions cases like tapping electricity or copying a key prove to be difficult: the first is not a moveable, the copying is not asportation. Here Theophilus’ definition might help. From the perspective of behaving as if owner, which is wider, it includes using a thing without the owner’s or entitled person’s approval, and then joyriding and copying a key are included. As to unallowed use, it would make the Mexican Código penal of the D. F. art. 222 superfluous except for the penalty, which reminds of the double value fine of the Roman *furtum manifestum*.⁹ Yes, even the tapping of electricity may be seen as behaving as if the owner or person, entitled to the delivery of electricity.¹⁰ That would dispense with the need to overcome the restriction to tangible things and by that with the Mexican Código penal of the D. F. art. 221 I, and similar sections in other codes like the French Code pénal of 2020 Article 311-2, which assimilates it to theft (but perhaps better: which assimilates electricity to a tangible good).¹¹ I could continue with examples of how theft has developed into an array of theft-related crimes, due to the need to specify circumstances to circumscribe the crime narrowly, but I hope the few examples suffice. Many of these variations are made to

⁹ Making superfluous Código Penal (of Spain), Artículo 236. 1. “Será castigado con multa de tres a doce meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero”.

¹⁰ In South-Africa this behaviour was until 2012 no theft because the authorities kept to the Roman-Dutch interpretation of tangible objects: *S v Ndebele* 2012 1 SACR 245 (GSJ). In the Netherlands the hump was taken in 1923 by interpreting art. 310 Sr as protecting assets; electricity was an asset since one could have power over it by turning the switch. Thus tapping it was stealing (HR 23 mei 1921, NJ 1921/564).

¹¹ Code pénal of 2020 Article 311-1: “Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d’autrui”. Article 311-2: “La soustraction frauduleuse d’énergie au préjudice d’autrui est assimilée au vol”.

impose a higher penalty, on account of aggravating circumstances and not because the nature is different: e.g., theft by breaking in, theft under threat of death (robbing), theft by a group of persons, theft of horses, theft during the night. Theft by breaking in was already in Hammurabi's Code an aggravating circumstance (§ 21),¹² theft in the night justified in Rome killing the thief on the spot. Poaching is also theft but often less punishable. But there are also differentiations, such as joyriding where the good is not appropriated. A separate article is required, such as for joyriding.¹³ In Roman law it was *furtum usus*, theft of use.

But do we need to specify so intensively? In the German Criminal code there is the crime of *Untreue* (Art. 266 *Strafgesetzbuch*), “dishonesty” or, as translated, embezzlement.¹⁴ It comprises any behaviour regarding somebody else's property, which has been put into one's care, which is contrary to good faith. As such it comes close to *furtum* by a depositor (whose refusal to return already established theft) and malfeasance of mandate. That was the case with Joseph Ackermann who as member of the Board of directors of Mannesmann gave his fiat to a bonus for the managers, although there was no provision made for such a bonus. The Supreme Court decided that he had acted contrary to his mandate from the shareholders who owned the money (since the bonus was not costs nor provided for in any employee contract) and so against the good faith of

¹² Codex Hammurabi § 21 prescribes that the man who pierces a wall to enter a house, will be killed and buried on the very spot where he did this (on the outside of the house). It most likely concerns the intention to steal since it is placed between §§ 6-10 and § 25 which deal with theft.

¹³ In the Dutch Criminal Code theft is made punishable by art. 310; joyriding in art. 11 of the *Wegenverkeerswet* (Statute on road traffic). Before they charged theft of petrol: the clever joyrider tanked first before abandoning the used vehicle.

¹⁴ *Strafgesetzbuch* Art. 266. “1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft”. —1) Whoever abuses the power conferred on them by law, by commission of an authority or legal transaction to dispose of the assets of another or to make binding agreements for another, or whoever breaches their duty to safeguard the pecuniary interests of another which are incumbent upon them by reason of law, by commission of an authority, legal transaction or fiduciary relationship, and thereby adversely affects the person whose pecuniary interests they were responsible for, incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine (available on: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p2464, translation provided by Prof. Dr. Michael Bohlander. Translation completely revised and regularly updated by Ute Reusch).

this contract.¹⁵ That is correct, but one might also argue that he behaved as if owner of the money, though not being so nor being mandated, and that by acting in this way, he infringed on the exclusive right of the shareholders, which would constitute *furtum*. This would have been easier to construe juridically. Another section, 1004 of the German Civil Code,¹⁶ comes close to the idea behind *furtum* but excludes asportation (since that is covered by section 311 of the Criminal Code). However, in this case only a civil law remedy is possible. It is often used for the infringement on immovables.

III. A COMMON FEATURE

Reflecting on these cases, is it not that they all share something in common?¹⁷ Appropriating a good without the consent of who is exclusively entitled to it: Is it not infringing on his right? Using a bike without the owner's consent: is it not infringement on his right? Copying a key without the owner's consent: is it not the owner's privilege to decide whether he wants to have a spare key? Is it not what Theophilus defined as the crime of theft? Might it be something to introduce an article which penalises the infringement on the free disposition of the owner or of whom is exclusively entitled to a thing? Or at least to have such an article as *ultimum remedium* if no other existing article fits the misdemeanor? Does this not fit precisely the greater protection of the privacy of individuals, which, actually, also wards off infringements on what is considered to be exclusively one's own sphere?

¹⁵ The litigation ran from 2000 till 2006. BGH 21 December 2005, (AZ: 3 StR 470/04); the final judgment is available on: http://www.kostenlose-urteile.de/LG-Duesseldorf_Mannesmann-Verfahren-gegen-Millionen-Auflagen-vorlaeufig-eingestellt.news3425.htm.

¹⁶ BGB Art. 1004: "Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch. 1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. 2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist". —Claim for removal and injunction. 1) If the ownership is interfered with by means other than removal or retention of possession, the owner may require the disturber to remove the interference. If further interferences are to be feared, the owner may seek a prohibitory injunction. 2) The claim is excluded if the owner is obliged to tolerate the interference.

¹⁷ I apologise for not mentioning more examples but that would lead to an extensive comparative study of the many criminal codifications on theft. For the purpose of this contribution it suffices, in my opinion, with the taken examples. It implies without saying no criticism of these codifications

The developments in the various jurisdictions of the civil law have led, under the reign of the *nulla poena* rule, to narrow definitions of theft and the necessity to define related misbehaviours as new and separate delicts. In the best case they are grouped together in a title. It is easy to lose track, if one were interested in common traits. In such cases it is useful to return so to speak on the track trodden in time and follow the development in retrospective. It may lead to reflect on its underlying concepts and may lead to a redefinition which better adjust modern ideas. Legal history is not about establishing a chronicle of events, it is about constructing a “Geschehen”, a taking place, which results in the perfectum of this verb: “Geschichte”: what took place. But that “Geschichte” is never final. It is the momentarily result of the quest for an answer by us, from our point of view, and it is momentarily because as result it reshapes the quest for an answer which in its turn leads to an adjusted answer, etc. What remains, and what is the really important thing, is that in this circular movement it deepens our understanding and insight. Legal history is thinking deeper.

It is of course not sensible to apply D. 47.2.1.3 in modern courts, just as it will not do to apply the *Constitutio Criminalis Carolina* or any other old regulation. Each period and place requires its own formulation. Our time, in the jurisdictions of neo-Roman law, require modern formulations of our heritage, adapted to the circumstances and reigning discourse, while some continuity is necessary. But in using them, in reflecting upon the effectiveness of them, in looking for improvement, it always pays, if it is not simply necessary, to reflect on the origins of our legal rules and to consider the Roman law. It broadens our view and it deepens our analysis of present-day dispositions.

IV. BIBLIOGRAPHY

BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Codex Hammurabi.

SIRKS, A. J. B., “Furtum and manus/potestas”, *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis*, 81, 2013.

VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Leiden, 1642.

ZIMMERMANN, R., *The Roman Law of Obligations*, Cape Town, 1990.

DE CÓMO EL HOMBRE LLEGÓ A SER PERSONA: LOS ORÍGENES DE UN CONCEPTO JURÍDICO-FILOSÓFICO EN EL DERECHO ROMANO

Jakob STAGL

SUMARIO: I. *La función del concepto de persona en el derecho.* II. *El concepto clásico romano de persona: el hombre en las cadenas de los status.* III. *La disolución de las cadenas de los estatus por obra de los juristas romanos.* IV. *Unum lactum biberunt: mutación del concepto de persona.* V. *El agente de la mutación: el derecho natural romano.* VI. *La igualdad formal: ¿un ardid del derecho natural?* VII. *La dentición de la máscara.* VIII. *Bibliografía.*

I. LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO

El concepto de persona¹ en el derecho moderno tiene tres funciones: abstraer, clasificar y —tal vez la más importante— provocar el *pathos*. El concepto de persona es una abstracción.² Esta abstracción individualiza al ser humano con referencia al sistema jurídico. Así se define adecuadamente en el Código Civil prusiano (*Preußisches Allgemeines Landrecht*) de 1794: “El hombre se denomina persona en cuanto goza de determinados derechos en la sociedad civil”.³ Un sistema jurídico necesita esta abstracción; es decir, prescindir deliberadamente de lo particular en cuanto establece, sobre todo, reglas generales. Éste, entonces, normalmente no se interesa por lo singular como tal, sino, más bien, otorga diversos derechos a diferentes grupos de individuos. Así, por ejemplo, todos

¹ Especialmente sobre el punto Klingbeil, “Der Begriff der Rechtsperson”, *AcP* 217, 2017, pp. 848-885; Perlingieri, *La personalità umana nel ordinamento giuridico*, 1972; Silva Sánchez y Acedo Penco, *La persona y la propiedad en el derecho romano*, 2019.

² Lyon Puelma, *Personas naturales*, 2007, p. 18.

³ I.1.§1 Preuß. ALR: “Der Mensch wird, sofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, Person genannt”. Véanse también Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 63, y Lyon Puelma, *op. cit.*, p. 18.

los chilenos son personas y tienen, por lo tanto, la misma capacidad jurídica, pero lo son en distinta medida.

Según el artículo 56, apartado 3, de la Constitución española, “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”, lo que resulta válido para quien sea el rey de España. Es posible formular de una manera más sencilla distinciones de esta naturaleza que pueden variar mucho en el tiempo y en el espacio si no se mira al hombre concreto, sino a la abstracción de la persona. Las abstracciones muestran un aspecto más imparcial que las denominaciones concretas. El término jurídico de persona, en lugar de “hombre”, cumple entonces —sobre la base de un primer razonamiento— la función de servir como punto de conexión lingüística entre las diferencias existentes entre determinados grupos de hombres. Por tanto, el concepto de persona representa, como observa correctamente el constitucionalista italiano Rodotà, no sólo la naturaleza del hombre, sino sobre todo, siempre, una construcción —con vencedores y vencidos—. ⁴ En esto reside el riesgo, como muestra la historia, de que a través del concepto de persona se prive a los hombres de los derechos de forma intolerable.

En el derecho civil chileno cada ser humano —nacido— es una persona. ⁵ Así lo dice el artículo 55 del Código Civil chileno de 1855, la codificación más influyente e importante de Latinoamérica, obra de Andrés Bello: ⁶ “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Y según el artículo 74 del mismo Código Civil, el hombre adquiere la capacidad jurídica con el perfeccionamiento de su nacimiento: “La existencia legal de toda persona principia al nacer; esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento

⁴ Rodotà, *Antropología del homo dignus*, 2, 2013, p. 1, disponible en: civilistica.com.

⁵ Fundamental al respecto Iust. C. 6, 29, 3: “*Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requiringdo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium*”. Véase Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, 2017, pp. 189-192.

⁶ Stagl, “Kommentare in Lateinamerika: Behagen und Unbehagen in der Kodifikation”, en Kästle-Lamparter, Jansen y Zimmermann (eds.), *Juristische Kommentare: ein Internationaler Vergleich*, 2020 (en prensa).

siquiera, se reputará no haber existido jamás”. Entonces, con el nacimiento el ordenamiento jurídico civil dota al hombre del predicado de “persona” y se le atribuye la capacidad de ser sujeto de derechos y deberes.⁷ Por ende, el ordenamiento entrelaza la capacidad jurídica del particular con el concepto de persona, con la finalidad de asociar entre sí a las personas agrupadas de tal forma por el hecho de ser sujetos de derechos y deberes.⁸

Para alcanzar dicho objetivo, el ordenamiento utiliza el concepto de *persona jurídica* en contraposición al de *persona natural*. La creación del concepto de persona jurídica es una operación puramente intelectual de la cual no habría necesidad alguna pero que el hombre emplea por cuanto tiende a concebir al individuo sujeto de derechos y deberes en los términos de persona.⁹ Las personas naturales y jurídicas¹⁰ son los agentes del sistema jurídico¹¹ y se denominan *sujetos de derecho*,¹² es por eso que mientras los objetos de derecho son las cosas con las que tales sujetos actúan —o sea, los objetos materiales, como, por ejemplo, un lápiz—, las inmateriales son las pretensiones y los derechos.¹³

Lo dicho parece totalmente neutral y técnico, pero no es así, y llegamos con esto al *pathos*.¹⁴ Los animales, por ejemplo, no tienen lugar en el concepto de persona.¹⁵ Esto era diferente en el antiguo ordenamiento jurídico alemán, si bien en el actual este principio tampoco es tan patente. Según el texto del artículo 90a del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*), “los animales no son cosas”, y por lo tanto se excluyen de la categoría de los objetos del derecho.

⁷ Coing, “Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte”, en Wolff (ed.), *Beiträge zur Rechtsforschung=Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1950, pp. 191 y ss.

⁸ Schmitt, “§ 1 sez. 6”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2012.

⁹ Expresión de Windscheid y Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1908, § 49 n. 2: “die Menschennatur durchziehender tiefer Zug zur Persönlichkeit”. Las teorías sobre la persona jurídica, en Lyon Puelma, *op. cit.*, pp. 20-31.

¹⁰ Por consiguiente, los derechos fundamentales son aplicables a las personas jurídicas por disposición del artículo 19, inciso 3, de la Constitución alemana. Sobre esto, Isensee, “Juristische Person”, en Isensee y Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IX, 2011.

¹¹ Windscheid y Kipp, *op. cit.*, § 49, nota 1.

¹² Sobre el término *sujeto*, véase Guzmán Brito, *Derecho romano privado*, 2013, vol. I, pp. 293 y 294.

¹³ Sobre el sujeto de derechos y el objeto de derechos: Enneccerus y Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959, pp. 444-453.

¹⁴ Para más detalle véase Perlingieri, *La personalità umana nel ordinamento giuridico*, *cit.*, pp. 13-22 *passim*.

¹⁵ Hattenhauer, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*, 2000, § 1 II.

Otra problemática es la posición de los seres humanos no nacidos. El *nasciturus* en el derecho privado puede gozar de determinadas ventajas jurídicas bajo la condición de que haya nacido.¹⁶ Así lo afirma el artículo 29 del Código Civil español: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. En cambio, la disposición no se refiere a la cuestión de si el *nasciturus* tiene otros derechos ulteriores, como, por ejemplo, el de la vida (*spes nascendi*).¹⁷ Aunque esto no significa que una simple protección no pueda derivarse deductivamente de las normas del derecho de rango más elevado, como el artículo 15 de la Constitución española: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.¹⁸

En nuestro ordenamiento jurídico es indiscutible, a decir verdad, que cada uno —pero también cada ser humano nacido— es titular de “derechos inviolables que le son inherentes”, entre ellos, y en primer lugar, la “dignidad de la persona”, como dice el artículo 10 de la Constitución española.

Ahora bien, el acceso de la persona a los derechos, en cuanto justificado por su naturaleza humana, aquel *pathos* del concepto de persona, fue formulado con más claridad en el artículo 16 del Código Civil austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1811: “Cada hombre tiene derechos innatos, evidentes a través del sentido común, y por lo tanto debe ser considerado como una persona. La esclavitud, la servidumbre de la gleba y el ejercicio de un poder sobre éstos, no tiene lugar en estos Estados”.¹⁹ Por tanto, según esta disposición, cada hombre tiene derechos fundamentales esenciales de libertad e igualdad porque es una persona. Dice el artículo 14 de la Constitución española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión,

¹⁶ Tafaro, *Ius hominum causa constitutum*, 2009, pp. 39-46.

¹⁷ Al respecto, Blanch Nougues, “El concebido en el derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, 54, 2001, pp. 1145-1164, y Fernández de Buján, F., “La protección a la vida y el derecho”, *RGDR*, 10, 2008.

¹⁸ Cazorla González-Serrano, “La protección jurídica del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 15, 2017.

¹⁹ “Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverey oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet”. Sobre el concepto de *persona* en el siglo XIX: Hofer, “Zwischen Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit. Der Personenbegriff im Privatrecht des 19. Jahrhunderts”, en Spengler et al. (eds.), *Die Idee der Person als römisches Erbe?*, 2016, pp. 117-140.

opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En el concepto de persona se cristaliza una ineludible protección mínima del hombre.²⁰

Así, la tutela de la persona humana es en la actualidad muy importante.²¹ Pero ¿cómo se ha llegado a eso —que es la cuestión determinante que nos ocupa—; es decir, que el concepto de persona, en sí mismo neutral, se haya enriquecido del *pathos* iusnaturalista? Para tal propósito es oportuno recurrir a la historia de tal concepto, la cual —nos parece— no ha sido investigada en este aspecto. Como veremos, en el concepto jurídico de “persona” siguen vibrando ideas fundamentales del derecho romano, y los que atacan este concepto lo hacen justo por esta calidad suya. Se manifiesta en este concepto, entonces, la “actualidad del derecho romano”, justamente enfatizada por Antonio Fernández de Buján.²²

II. EL CONCEPTO CLÁSICO ROMANO DE PERSONA: EL HOMBRE EN LAS CADENAS DE LOS *STATUS*

El lazo de Persu

Para comprender el concepto jurídico de *persona* es menester investigar la etimología de la palabra latina *persona*.²³ Esta palabra tiene dos raíces: por un lado, la antigua y bien conocida explicación de “máscara” procedente de *per-sonare*; es decir, “sonar por”.²⁴ Aunque esta teoría tiene el aspecto de una “etimología popular” que se basa más en el sentido que en las leyes de la evolución fonética, para los romanos esta explicación era tan evidente que no

²⁰ Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 1947; Giltaij, *Mensenrechten in het Romeinse recht*, 2011, pp. 49-59, 180 y 181. Así, con referencia al derecho italiano vigente, Perlingieri, *La personalità umana nel ordinamento giuridico*, cit., pp. 13 y 14.

²¹ Perlingieri, *La personalità umana nel ordinamento giuridico*, cit., p. 20.

²² Fernández de Buján, A., “Actualidad del Derecho Romano”, *ABC*, 29 de abril de 2015, p. 3.

²³ La etimología de la palabra *persona* en el latín es muy discutida, Blumenthal, s. v. *Person*, en Kroll (ed.), *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft, Neue Bearbeitung*, vol. XXX-VII, 1937, pp. 1036-1040; sobre esto también Ribas Alba, *Persona desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2012, pp. 105-123 y 125-153, y Sacchi, *Antica persona: alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, 2012, pp. 25-67 y 72-114; Walde y Hoffmann, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 1938, s. v. *persona*.

²⁴ Gell. Noct. Att. 5, 7; Boeth: Contra Eutychem 3: *Nomen enim personae uidetur aliunde tractum, ex his scilicet personis quae in comoediis tragoeidisque eos quorum interest homines repraesentabant. Persona uero dicta est a personando, circumflexa paenultima*.

les parecía ridícula, con la consecuencia de que nosotros la debemos tomar en serio también, algo que nos enseñó Nédoncelle en un importante estudio sobre el tema.²⁵

La segunda raíz etimológica es la palabra etrusca *phersu*, que también significa “máscara”, lo que se puede ver en una personificación representada en una pintura mural titulada *Phersu*,²⁶ en una necrópolis etrusca:²⁷ un hombre enmascarado está cazando con un lazo a otro hombre que tiene los ojos vendados; en la otra mano *Phersu* sujeta la correa de un perro feroz que está mordiendo al hombre atado.

Estas son las dos cargas semánticas de *persona*: “máscara” y “poder”.



Siglo VI a. C., Necrópolis de los Monterozzi en Tarquina, “Tomba degli Auguri”.²⁸

²⁵ “Prosopon et persona dans l’antiquité classique. Essai de bilan linguistique”, *Revue des Sciences Religieuses* 1948, pp. 277, 287, 293.

²⁶ En alfabeto griego, de derecha a izquierda: *vapeΦ*.

²⁷ Resumen general de la literatura reciente en *Yanko*, “Game *Phersu*: Pro et Contra”, *Journal of Ancient History and Archeology*, 2, 2015, pp. 7 y ss.; Bomati, “*Phersu* et le monde dionysiaque”, *Latomus*, 45, 1986, pp. 21-32.

²⁸ Una descripción precisa se encuentra en Emmanuel-Rebuffat, “Le jeu du *Phersu* à Tarquinia: nouvelle interprétation”, *Comptes rendus des séances de l’Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1983, p. 421 y ss.

La “persona egoforme cultural” (*ich-hafte Kulturperson*),²⁹ como nos gusta sentirnos, no es una característica natural del hombre, sino, más bien, un logro cultural que se explica, como ha mostrado Mauss, a partir de la descomposición de los clanes o las tribus, de los cuales el hombre era antes heterónomo.³⁰ El clan, la *gens* (de “engendrar”), como dicen los romanos, es el individuo original, y los miembros individuales son como sus órganos.³¹ Las *gentes* se exaltaban en procesiones, en las cuales llevaban las máscaras de los famosos antepasados, los *imagines maiorum*.³² De esta forma se creó una unidad mística entre los miembros muertos y vivos de la *gens*, puesto que el propósito de la máscara es permitir a su portador asumir la identidad representada por ella.³³

¿Cómo se puede explicar la paradoja de que la *persona*, una técnica supraindividual para lograr la cohesión y la identidad de un grupo, sea el antecedente de lo contrario, de la “persona egoforme cultural”? Sólo es posible dar una respuesta a esta pregunta después de haber analizado el concepto de *persona* en su complejidad.

No menos asombrosa es la paradoja de que el cazador de hombres Pher-su sea el antepasado de la “persona egoforme cultural”, sancionada en nuestra Constitución, en la cual, como hemos visto, se cristalizan como en ningún otro termino jurídico la dignidad y la libertad como virtudes protectoras de la individualidad.³⁴ ¿Cómo se ha podido convertir Pher-su en el guardián de la libertad? Todas las explicaciones a esta pregunta deben empezar con la percepción de que la *persona* sirve al ejercicio de poder. Es también menester recordar que los romanos habían tomado de los etruscos especialmente conceptos de la esfera del poder bajo control jurídico, como los *lictors* y *augures*, y, sobre todo, el *imperium*.³⁵

A. *El ius personarum*

La palabra latina *persona* indica, como hemos dicho, en un primer momento el revestimiento o, mejor dicho, la máscara; luego, en sentido meta-

²⁹ Expresión de Schönfeld, citada en Klingbeil, *op. cit.*, p. 852.

³⁰ *Sociologie et anthropologie*, “Cinquième partie. Une catégorie de l’esprit humain : la notion de personne celle de «moi»”, París, 2013, pp. 331, 348 y ss.

³¹ Mommsen, *Staatsrecht* III/1, S. 9 ss., 74 s. (sobre los *gentes* de los plebeyos).

³² Schneider y Meyer, *Pauly-Wissowa*, XVI, 1914, cc. 1097-1104, s. v.

³³ Krause, “Maske und Ahnenfigur: Das Motiv der Hülle und das Prinzip der Form”, en Mühlmann y Müller, *Kulturanthropologie*, 1966, pp. 218 y ss.

³⁴ Maritain, *Les droits de l’homme et la loi naturelle*, 1947.

³⁵ Guarino, *Storia del diritto romano*, 1998, § 19.

fórico, el papel en el escenario y, enseguida, el rol en el mundo.³⁶ Frente a esto, el término ha adquirido un significado ulterior de “personalidad”.³⁷ En referencia al sistema jurídico, el concepto designa el rol en el proceso, como aquel de juez, actor, imputado o testigo y, más en general, el rol en el sistema jurídico mismo.³⁸ Ahora bien, hemos sostenido anteriormente la tesis, expresada sólo a nivel teórico, de que el concepto de *persona* cumple una función deshumanizante por cuanto es abstracto, una “categoría” en palabras de Agnati.³⁹ Esto se detecta en la representación sintética sobre el derecho de las personas ofrecida por Gayo (Gai. 1, 8 ss.⁴⁰):

(8) Todo el derecho que usamos se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. En primer lugar tratemos el de las personas.

(9) Ciertamente, la primera división del derecho de personas es esta: todos los hombres o son libres o son esclavos.

(10) A su vez, de los hombres libres, unos son ingenuos; otros, libertos.

(48) Ahora, otra división del derecho de personas: unas personas son independientes, otras dependen de alguien.⁴¹

Si se quisiera dar el significado originario del concepto de persona de la manera más clara posible e independiente de su uso, no se debería traducir la expresión *de iure personarum* como se hace generalmente, como “el derecho de las personas”, sino, más bien, como “el derecho de los estatus sociales”.⁴² “Estatus” aquí entendido en el sentido de “tercer estado”, porque eso era lo que Gayo y sus *Instituciones* vislumbraban. Gayo reconduce a todos los

³⁶ Sobre esto ahora Agnati, “Persona iuris vocabulum-Per un’interpretazione giuridica di persona nelle opere di Gaio”, *Rivista di Diritto Romano*, 9, 2009, pp. 2-9.

³⁷ Detalladamente, Scarano Ussani, “La «scoperta» della persona”, *Ostraka*, 18, 2009, pp. 237-248.

³⁸ Fuhrmann, s. v. *persona*, en Ritter et al. (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. VII, 1989, pp. 269-271.

³⁹ Agnati, “Persona e diritto, fra categorie e valori”, en Zanichelli (ed.), *La persona come categoria bioetica*, 2019, pp. 26 y ss. y 31.

⁴⁰ El texto paralelo a las *Instituciones* de Justiano es I. 1, 3. V. Mantello, *Lezioni di diritto romano*, 2004, vol. II, pp. 233-246; Quadrato, *Gaius dixit-La voce di un giurista di frontiera*, 2010, pp. 3-18.

⁴¹ “(8) *Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. et prius videamus de personis.* (9) *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.* (10) *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini.* (48) *Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt*”.

⁴² Sobre su constatación, Moatti, “Reconnaissance et identification des personnes dans la Rome antique”, en Noriel (ed.), *L’identification des personnes. Genèse d’un travail d’Etat*, París, Belin, 2007, pp. 27-55.

seres humanos en el *genus* de persona con la finalidad de poderlos clasificar en *species* singulares, y estas especies representan los estatus alrededor de los cuales se articula la sociedad romana. El presuntamente neutral —en cuanto radicalmente abstracto— concepto de *persona* constituye el pretexto para las categorizaciones de la sociedad, y con ello un instrumento de dominio. Así, en otro lugar Gayo expresa con tal propósito que determinado principio era válido para los esclavos y “también para las otras personas, las que se someten a nuestro poder” (*eadem de ceteris quoque personis, quae nostro iuri subiectae*). La distribución de los hombres en los diferentes estatus sociales, con derechos distintos y muy acentuados, corresponde también a la antigua idea expresada por primera vez por Aristóteles.

Tal como afirma Gayo, la distinción más importante, en relación con el estatus, es aquella entre libres y esclavos. Concentrémonos entonces en dicha distinción, y precisamente en la forma en que continuó casi hasta finales de la República.

B. Libres y esclavos

El hombre libre puede hacer todo lo que no está prohibido, mientras que el esclavo puede hacer sólo lo que le es ordenado. El hombre libre es —bajo nuestra terminología— persona, por consiguiente, sujeto de derechos y obligaciones;⁴³ el esclavo es, en cambio, una cosa⁴⁴ y es tratado de forma análoga a las bestias.⁴⁵ Esta analogía debe tomarse en el sentido pleno del término: el propietario podía decidir qué actividad encargar al esclavo y tenía derecho a matarlo. El hombre libre es sujeto de derechos,⁴⁶ y por lo tanto agente; el esclavo es objeto de derecho, o sea, objeto de la acción ajena.⁴⁷ Este poder se atenuaba sólo por la *cura morum* del censor.⁴⁸

Es imposible imaginar un contraste más agudo. Tomemos, por un momento, en serio la metáfora del papel que la persona juega en la escena de la vida: imaginemos que un director artístico cualquiera encontrara a dos recién nacidos y pusiera a uno en la cuna de un hombre libre, al que llamaremos con el típico nombre de Seio, y a otro en la cuna, mucho más

⁴³ Sobre la libertad, especialmente en etad arcaica, Amunátegui Perelló, “Libertad y esclavitud en Roma arcaica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 41, 2019, pp. 37-49.

⁴⁴ Gai. 2, 13; véase también Paul. 11 ad ed. D. 4, 5, 3, 1; Marcian. 2 inst. D. 48, 10, 7.

⁴⁵ Gai. 2, 13.

⁴⁶ Ribas Alba, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁷ Albanese, *Le persone nel diritto romano privato*, 1979, p. 108.

⁴⁸ Giltaij, *op. cit.*, pp. 55-60.

humilde, de un esclavo, al que llamaremos Pánfilo, un nombre típico de los esclavos. Puede que Pánfilo fuera más bello, más generoso, más inteligente y capaz que Seio, pero siempre tendría un rol subordinado: tendría que servir a Seio, en el peor de los casos, como un animal de trabajo en uno de los latifundios de Seio, organizado de manera similar a la de un campo de concentración *avant la lettre*;⁴⁹ en el mejor de los casos, en una de las casas de Seio, con la oportunidad de ascenso social que podría culminar en la liberación de Pánfilo por parte de Seio. En la literatura antigua, el ejemplo paradigmático de tal carrera —y también del precio que había que pagar por ella— está representado por Trimalción, el personaje del *Satyricon* de Petronio.

La diferencia de estatus entre libres y esclavos podía llevar a formas extremas de crueldad. De hecho, constituía no sólo una sencilla distinción entre estatus, sino también el fundamento del sistema económico, hasta tal punto que Max Weber pudo comparar la necesidad de los esclavos para la economía del mundo antiguo con la necesidad de carbón para un alto horno.⁵⁰ Los antiguos romanos, por tanto, se disgustaban cuando se ponían en duda las bases de este sistema económico y social. El *senatus consultum Silanianum*,⁵¹ del año 10 d. C., según el cual todos los esclavos de una familia tenían que ser matados si el amo hubiera sido matado por alguno de ellos, lo demuestra de una manera impresionante. “*Quot servi, tot hostes*” (¡Se tienen tantos enemigos como tantos son los esclavos!), decía el famoso proverbio. Tácito inició un debate que tuvo lugar en el senado, en el que se trató de aplicar esta regla a una familia de ¡360 esclavos!;⁵² Tac., *ann.* 14, 40 ss. [44]:

La naturaleza de los esclavos era intuita por nuestros antepasados, aunque ellos hubiesen nacido en la propiedad de estos últimos y hubiesen crecido en el respeto a su amo. Ya tenemos diferentes nacionalidades en el interior de nuestras familias, que tienen rituales diferentes, exóticos o ningún ritual. Una masa tal no se puede controlar sino con el miedo. Pero [se podría objetar que contra la aplicación del *s. c. Silanianum* que] de esta manera mueren también los inocentes. Sin embargo, hasta en un ejército vencido, en el que se mata a

⁴⁹ Kaltenstadler, *Arbeitsorganisation und Führungssystem bei den Agrarschriftstellern* (Cato, Varro, Columella), 1978, pp. 40s.

⁵⁰ Weber, “Die sozialen Gründe des Unterganges der antiken Kultur”, *Schriften* 1894-1922, 2002, p. 57.

⁵¹ Giltaij, *op. cit.*, pp. 61-65.

⁵² Tac., *ann.* 14, 40 ss. [44]. Véase también III “*Favor libertatis*: Las razones del espíritu y las razones de la carne”, en este libro.

un hombre de cada diez a bastonazos, también los valientes están sorteados. Cada gran ejemplo que se pueda dar contra el singular para la utilidad general trae lamentablemente consigo algo de injusto.⁵³

Entonces, originariamente *persona* tenía un significado preciso. El concepto servía para la discriminación jurídica en la forma más radical que se pueda imaginar.

C. *Nacidos libres y libertos*

La única posibilidad de escapar del rol de esclavo para el resto de la vida era la liberación.⁵⁴ Pero tampoco ésta llevaba a una igualdad jurídica con el libertador. Por el contrario, según Gayo, la diferencia más importante de la categoría de los hombres libres es aquella que existe entre los nacidos libres (*ingenui*) y los puestos en libertad (*liberti*, o bien, *libertini*).⁵⁵ El liberto estaba sujeto a la *patria potestas* de su libertador,⁵⁶ para quien debía realizar labores cotidianas (*operae*) y al que estaba obligado a constituir como heredero.⁵⁷ La relación de clientela que resultaba a partir de la liberación muestra grandes paralelismos con la relación —de la que nos ocuparemos más adelante— entre el *pater familias* y sus hijos *in potestate*. Los libertos no podían ocupar ningún cargo religioso o estatal elevado.⁵⁸ El matrimonio con una persona de rango senatorial le estaba prohibido por la legislación matrimonial de la época augustea.⁵⁹ En un primer momento, los niños de los libertos tenían el estatus del nacido libre. Socialmente el estatus del liberto no era ventajoso, sino que se veía como un defecto.⁶⁰ Para los libertos de grandes amos, sobre todo aquellos del emperador y de sus parientes, la liberación podía significar el momento inicial de una escalada social, habiendo recibido bienes e instaurado relaciones y contactos.

⁵³ “*Suspecta maioribus nostris fuerunt ingenia servorum, etiam cum in agris aut domibus i[s]dem nascerentur caritatemque dominorum statim acciperent. postquam vero nationes in familiis habemus, quibus diversi ritus, externa sacra aut nulla sunt, conluviem istam non nisi metu coercueris. at quidam insontes peribunt. nam et ex fuso exercitu cum decimus quisque fusti feritur, etiam strenui sortiuntur. habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate singulos utilitate publica rependitur*”.

⁵⁴ Albanese, *op. cit.*, pp. 22-45.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 57-63, y Mantello, *op. cit.*, pp. 203-210.

⁵⁶ Albanese, *op. cit.*, pp. 63-68.

⁵⁷ Sobre el *ius patronatus*, Guzmán Brito, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

⁵⁸ Albanese, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 58.

D. *Romanos y extranjeros*

La posición jurídica de los extranjeros, y por lo tanto del *status civitatis*, corresponde a la segunda diferencia más importante sobre el estatus dentro de la categoría de los libres.⁶¹ Los enemigos de guerra estaban privados completamente de derechos; eran matados o esclavizados. Otros extranjeros eran reconocidos como libres, pero no tenían lugar alguno en la sociedad romana, toda vez que era una sociedad de culto.⁶² Esta (estridente) exclusión de la sociedad civil fue superada a través de la atribución del *commercium*; es decir, del derecho de celebrar contratos que producen efectos,⁶³ y del *connubium*; o sea, del derecho de contraer matrimonio válido bajo el derecho romano con un ciudadano de Roma.⁶⁴ Naturalmente, el extranjero no tenía ningún derecho político. En su forma originaria, se podría decir que no era ni sujeto de derechos ni objeto de derechos: sencillamente el ordenamiento jurídico no lo tomaba en consideración.⁶⁵ Sin embargo, más tarde fueron reconocidos derechos también al extranjero, a tal punto que Chiusi afirmó que en ello se manifestaba un “reconocimiento de los derechos del individuo como tales”.⁶⁶

E. *El pater familias y sus dependientes*

Las relaciones entre los individuos libres en una posición superior y aquellos en una inferior en el interior de la familia⁶⁷ reproducen, en pequeña escala, la relación entre amo y esclavo:⁶⁸ la diferencia más impor-

⁶¹ *Ibidem*, pp. 192-197; Mantello, *op. cit.*, pp. 193-199; Chiusi, “Lo straniero come partecipante dell’esperienza giuridica-A proposito dello stato giuridico dello straniero a Roma”, en Maffi y Gagliardi (eds.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, 2011, pp. 27-41.

⁶² Albanese, *op. cit.*, pp. 192-195.

⁶³ Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1971, vol. I, pp. 35 y 36.

⁶⁴ Kaser, *RPR*, *op. cit.*, p. 75. Sobre este concepto véase también Fernández de Buján, “Ciudadanía y universalismo en la experiencia jurídica romana”, *RGDR*, 11, 2008.

⁶⁵ Así también Spengler, “Zum Menschenbild der Römischen Juristen”, *Juristenzeitung*, 2011, p. 1025.

⁶⁶ Chiusi, *cit.* (n. 40), p. 44.

⁶⁷ Una visión general sobre la familia y las relaciones jurídicas en su interior: Corbino, “Status familiae”, en Corbino et al. (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, Pavia University Press, 2010, pp. 175-216; Tafaro, *op. cit.*, pp. 41-45.

⁶⁸ Albanese, *op. cit.*, p. 271; Guzmán Brito, *op. cit.*, p. 324. Ahora, con mucha profundidad y literatura: Rizelli, “La potestas paterna fra leges, mores e natura”, en Lamberti (ed.), *Anatomie della paternità Padri e famiglia nella cultura romana*, Grifó, Lecce, 2019, pp. 89 y ss.

tante en el interior de la familia es aquella entre *personae sui iuris* y *personae alieni iuris*.⁶⁹ El cabeza de familia es el *pater familias*,⁷⁰ y mientras esté vivo, sus descendientes se someten a la *patria potestas*, a la autoridad paterna; o sea, son *alieni iuris*. Él puede castigar a sus propios hijos,⁷¹ venderlos como esclavos y,⁷² en algunos casos extremos, matarlos.⁷³ En particular, los hijos no pueden ser titulares de bienes: “quien está sometido al poder paterno no puede tener ningún bien para sí” (*qui in potestate est nihil suum habere potest*)⁷⁴. Estas prerrogativas estaban sólo controladas por medio de la religión y de los usos.⁷⁵ Con la muerte del *pater familias* cesa la subordinación de los hijos y cada descendiente se convierte *sui iuris*, de la misma manera en que lo había sido el padre. En cambio, en el derecho público los *filii familias* estaban al mismo nivel que sus padres, podían entonces ocupar cargos públicos.⁷⁶

La forma originaria del matrimonio (*cum manu*) conducía a la adquisición, por parte de la mujer, de la posición jurídica de una hija; o sea, era *filiae loco*. Este poder del marido, llamado *manus*, era, *grosso modo*, tan amplio como la *potestas* sobre el hijo.⁷⁷ En particular, la mujer no podía ser titular de bienes.⁷⁸ Según una regla instituida por Rómulo, era probablemente lícito que el padre negara el alimento a todas las hijas, excepto a la mayor.⁷⁹ Si la mujer es descubierta en flagrante adulterio, quien tiene el poder sobre ella tiene el derecho de matarla.⁸⁰ En general es cierto lo que señala Papiniano: “En muchas de nuestras disposiciones jurídicas la posición de la mujer es peor que la del hombre” (*in multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*).⁸¹

⁶⁹ Mantello, *op. cit.*, pp. 209-235.

⁷⁰ Palomo Pinel, *Nec inmerito paterfamilias dicitur: el paterfamilias en el pensamiento de lactancio*, 2018, pp. 95-112.

⁷¹ Albanese, *op. cit.*, p. 250.

⁷² Amunátegui Perelló, *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, 2009, pp. 133 y ss.

⁷³ *Ibidem*, pp. 48 ss.

⁷⁴ Gayo, 2, 87.

⁷⁵ Amunátegui Perelló, *Origen de los poderes del paterfamilias...*, *cit.*, pp. 95 y ss., 124 y ss.

⁷⁶ Albanese, *op. cit.*, pp. 246 ss.

⁷⁷ Sobre la discusión del tema: Amunátegui Perelló, *Origen de los poderes del paterfamilias...*, *cit.*, pp. 255 y ss.

⁷⁸ Albanese, *op. cit.*, pp. 289-293.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 351 y 352.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 352.

⁸¹ Pap. 3 quast. D. 1, 5, 9. Sobre esto Albanese, *op. cit.*, pp. 347-350. Véase también Gayo 2, 113, donde se ilustra una excepción que confirma la regla.

Si el *pater familias* está incapacitado y sus descendientes son menores de edad o incapaces de actuar, en su lugar se nombra a un curador, normalmente el pariente de grado más próximo. Si una mujer no está ni bajo la *patria potestas* del padre ni bajo la *manus* de su marido,⁸² entonces se nombra a un tutor, sin cuyo consentimiento no podrá realizar negocios jurídicos eficaces.⁸³

F. *El pater familias como corona de la creación*

Hasta aquí hemos mostrado una visión general del *ius personarum* en cuanto derecho de los estatus sociales en Roma hasta aproximadamente el nacimiento de Cristo. En la cima de la pirámide social está el *pater familias*,⁸⁴ que domina a todos en su casa, dotado hasta del poder más extremo, capaz incluso de matar. Todos los individuos que no están en esta condición están en una relación de subordinación más o menos fuerte, regulada por el derecho de las personas. Entre los romanos se *tenía* una persona; es decir, un rol o un estatus, pero no se *era* persona en el sentido que nosotros entendemos en la actualidad.⁸⁵

Sólo el *pater familias* era una persona con el significado que le damos hoy.⁸⁶ Mientras el concepto de *persona* servía a los romanos para fijar numerosas diferencias de estatus entre los individuos, para nosotros sirve para considerar iguales a todos los seres humanos: cada uno es, naturalmente, una persona, y como tal posee los mismos derechos y deberes. Nosotros no conocemos ni esclavos ni libertos, los extranjeros gozan de todos los derechos fundamentales y humanos, incluso de algunos derechos políticos.⁸⁷ Las instituciones del poder paterno, de la *manus* sobre la esposa, así como de la tutela sobre la mujer, nos son desconocidos. Por consiguiente, la función del concepto de *persona* ha cambiado de manera determinante: ya no sirve para establecer una discriminación jurídica, sino, más bien, para representar al

⁸² *Manus y patria potestas* son recíprocamente excluyentes: Amunátegui Perelló, *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., pp. 332 ss.

⁸³ Eveyln.

⁸⁴ Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, cit., p. 188.

⁸⁵ Mantovani, “Lessico dell’identità”, en Corbino et al. (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, 2010, p. 39.

⁸⁶ Casavola, *I diritti umani*, 1997, p. 3; Gaudemet, “Des «droits de l’homme» ont-ils été reconnus dans l’Empire Romain?”, *Labeo*, 33, 1987, p. 9.

⁸⁷ Artículo 28, inciso 1, de la Constitución alemana (derecho electoral activo comunal para extra-comunitarios).

hombre que se ha liberado de sus cadenas del estatus, que, con la ayuda del Estado de derecho liberal, puede ser *faber fortunae suae*.⁸⁸ Detrás del cambio de este concepto reside un cambio en el derecho y, por supuesto, también en la concepción social. Aquel proceso de transformación fue inaugurado por el mismo derecho romano, que antes había introducido la categoría *de iure personarum* para establecer la discriminación. Pero, ¿cómo se llega a esta inversión de los valores (“*Umwertung aller Werte*”)?

III. LA DISOLUCIÓN DE LAS CADENAS DE LOS ESTATUS POR OBRA DE LOS JURISTAS ROMANOS

El sistema romano clásico de los estatus recién descritos se empieza a disgregar progresivamente a partir del siglo I d. C., cuando empezó a afianzarse la idea de que los esclavos no eran sólo cosas, sino también *personae* en el sentido moderno de la palabra.⁸⁹ Aquello se manifiesta en muchas ocasiones, puesto que los esclavos, desde el punto de vista del derecho, no eran sujetos de derecho ni podían contraer matrimonio. Su unión no tenía ningún significado jurídico y era llamada sencillamente *contubernium*; es decir, “dormitorio”. Sin embargo, los juristas se esforzaron por encontrar soluciones con objeto de que tales *contubernia* no se pudieran disolver por falta de una situación excepcional.⁹⁰ Además, se reconocían los grados de parentesco de los esclavos (*cognatio servilis*), y a partir de éstos se deducían, por ejemplo, las prohibiciones de incesto, del mismo modo que sucedía entre los hombres libres.⁹¹ Asimismo, al igual que ocurría entre los libres, las esclavas llevaban la dote a sus maridos. Ahora, en el caso de que al terminar el matrimonio la esclava pidiera la restitución de la dote, ¿le correspondía alguna acción de acuerdo con el derecho romano? Los juristas establecieron que aquello era posible, aunque la lógica del sistema habría requerido adoptar una solución diferente, tal como: “Desde el momento en que los esclavos no pueden contraer matrimonio, ni les es permitido llevar una dote en el sentido jurídico; por tanto la esclava no está legitimada para el ejercicio de una acción para repetir la dote”.⁹² En particular, los juristas recurriendo a la legislación imperial y formularon un principio

⁸⁸ Una detallada discusión iusnaturalista sobre el concepto de persona y sus aplicaciones para la libertad del hombre en Messner, *Das Naturrecht*, 1984, § 13.

⁸⁹ Spengler, “Zum Menschenbild der Römischen Juristen”, *cit.*, p. 1027. Ejemplos para esta tendencia: Guzmán Brito, *op. cit.*, pp. 346 y 347.

⁹⁰ Albanese, *op. cit.*, p. 109.

⁹¹ *Idem*.

⁹² Ulp. 33 ad ed. D. 23, 3, 39; Proc. 7 epist. D. 23, 3, 67.

jurídico (*favor libertatis*⁹³) según el cual, frente a la duda, se tendría que decidir a favor de la libertad del esclavo.⁹⁴

El poder ejercitado por el liberador sobre el liberto estaba estrictamente limitado; en particular, el amo podía perder sus derechos de *patronus* en el caso de que fuera culpable de las más graves violaciones frente al ex esclavo. También los trabajos cotidianos obligatorios fueron cada vez más frecuentemente objeto de regulación bajo la tutela del liberto.⁹⁵

Los extranjeros rápidamente se igualaron a los ciudadanos romanos. El derecho vigente en las relaciones entre éstos y los romanos era el derecho común derivado del derecho natural (*ius gentium*). De hecho, éste último no era más que el derecho romano depurado de su especificidad.⁹⁶ La administración de la justicia entre extranjeros, y entre éstos y los romanos, estaba gestionada por un oficio especial, aquel del pretor peregrino. Con la *Constitutio Antoniniana* del año 212 d. C. el ordenamiento jurídico romano se extendió prácticamente a todos los habitantes del imperio.⁹⁷ El estatus del extranjero perdió así su nitidez.

Ciertamente, la institución de la *patria potestas* se conservó de manera formal, pero sufrió una drástica atenuación en sus consecuencias. En la época del nacimiento de Cristo ya no se ejercían los poderes de sancionar y matar. Los descendientes adquirieron el derecho de alimentos,⁹⁸ que suponía una limitación de la *patria potestas*.⁹⁹ La incapacidad nominal de poseer bienes fue evitada de la siguiente manera: se entregaba a los hijos un patrimonio especial, el *peculium*, con el que podían concluir negocios de forma autónoma.¹⁰⁰ Esto tenía como consecuencia que los hijos varones podían contraer obligaciones en su propio nombre.¹⁰¹ En algunas ocasiones el *pecu-*

⁹³ Albanese, *op. cit.*, p. 20, nota 7.

⁹⁴ Sobre esto véase Giltaij, *op. cit.*, pp. 49 y 50; Stagl, “El «favor libertatis»: una «institución particular». A propósito de Marcell. D. 28, 4, 3 pr.-1”, en esta colección, primera parte, núm. III. Muy escéptico, Urbanik, “On the Uselessness of it all: the Roman Law of Marriage and Modern Times”, *Fundamina*, 20, 2014, p. 947.

⁹⁵ Sobre esto Masi Doria, *Bona libertorum*, 1996; Waldstein, *Operae libertorum*, 1986, y Waldstein, *Ins Herz geschrieben*, 2010, pp. 51-76.

⁹⁶ Destaca fundamentalmente el significado de este cambio Spengler, “Zum Menschenbild der Römischen Juristen”, *cit.*, p. 1025. Sobre el *ius gentium* ver Sturm, “Ius gentium. Imperialistische Schönfärberei Römischer Juristen”, en Muscheler (ed.), *Römische Jurisprudenz-Dogmatik Überlieferung Rezeption*, 2011, pp. 663-670.

⁹⁷ Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 2006, vol. II, pp. 159-162.

⁹⁸ Albanese, *op. cit.*, pp. 260-268.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 269.

¹⁰⁰ Kaser, *RPR*, *op. cit.*, p. 343.

¹⁰¹ Albanese, *op. cit.*, pp. 275-278.

lium fue entregado también a los esclavos, de tal modo que podían conducir los negocios del amo autónomamente.¹⁰² Aquello hizo posible el ascenso social de muchos esclavos, aunque no debe olvidarse que se trataba de una posibilidad concedida sólo a un pequeño grupo.¹⁰³

Un patrimonio especial de tal envergadura estaba presente en el estamento alto, en particular para las mujeres, en forma de *parápherna* (*παράφερνα*): generalmente, la parte de la herencia de la hija se ofrecía como dote bajo control del marido. De manera gradual las dotes empezaron a reducirse y el patrimonio a disposición de la mujer; el *parápherna*, comenzó a acrecentarse,¹⁰⁴ de tal forma que el matrimonio con *manus* del hombre sobre la mujer se debilitó y fue sustituido por el matrimonio *manus*.¹⁰⁵ Así, la mujer adquiría la capacidad de actuar y podía separarse del marido en cualquier momento con las siguientes palabras: *tuas res tibi habito* (¡toma tus cosas!) o *tuas res tibi agito* (¡arréglatelas!).¹⁰⁶

La tutela de las mujeres se mantuvo formalmente, pero al mismo tiempo fue muy discutida.¹⁰⁷ Como muestra el siguiente texto, Gai. 1, 190:

Pero, para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree, que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su ligereza, resulta una razón de más apariencia que verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente incluso contra su voluntad, obligado por el pretor.¹⁰⁸

¹⁰² Kaser, *RPR*, *op. cit.*, pp. 605-609; Bürge, “Lo schiavo (in)dipendente e il suo patrimonio”, en Corbino *et al.* (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, 2010, pp. 369-385; Buchwitz, “Fremde Sklaven als Erben. Sozialer Aufstieg durch Dritte”, en Corbino *et al.* (eds.), *Homo, caput, persona...*, *cit.*, pp. 393-425, y ahora Peloso, “*Serviles personae* in Roman Law «Paradox» or «Otherness»?”, *Journal of Global Slavery*, 3, 2018, pp. 92-128.

¹⁰³ Finley, *Die Sklaverei in der Antike*, 1981.

¹⁰⁴ Stagl, *Favor dotis-Die Privilegierung im System des Römischen Rechts*, 2009, pp. 222-256.

¹⁰⁵ Kaser y Knütel, *Römisches Privatrecht*, 2014, § 58/9.

¹⁰⁶ Gai. 11 ad ed. prov. D. 24, 2, 2, 1.

¹⁰⁷ Sanz Martín, “Fundamentos doctrinales en torno a la tutela *mulierum*. Naturaleza y esencia de la tutela *mulierum*”, *RGDR*, 12, 2009; véase también la colección de ensayos de Rodríguez López y Bravo Bosch (eds.), *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*, 2013.

¹⁰⁸ “*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitum auctor fieri a praetore cogitur*”.

En la práctica se las arreglaban nombrando a un esclavo libre como tutor: en virtud de los poderes de su liberadora, era él quien tenía que hacer todo lo que ella quisiera, y no viceversa.¹⁰⁹

Así, asistimos a una de las disoluciones de las rígidas diferencias entre estatus comprendidas en el concepto de *ius personarum*. Ésta fue el resultado de la obra de los juristas y de la legislación imperial.¹¹⁰ Si aquellos no hubieran aprobado tal tendencia, se habría quedado en el régimen antiguo. Es posible ver la intencionalidad de la transformación en el esfuerzo puesto con más empeño en modificar conscientemente tal situación.

IV. *UNUM LACTUM BIBERUNT*: MUTACIÓN DEL CONCEPTO DE *PERSONA*

La mutación de la sociedad romana fue acompañada por una mutación del concepto de *persona*. En el lenguaje jurídico de la edad clásica, y especialmente posclásica, el concepto ya no se refiere al hombre entre las cadenas del estatus; por el contrario, alude al hombre desprovisto de tales cadenas, en el bien y en el mal.¹¹¹ Esto se manifiesta, por ejemplo, en un pasaje de las *Instituciones* del siglo VI d. C.,¹¹² I. 4, 1, 5: “La pena del hurto manifiesto es del cuádruplo, tanto respecto a la persona de un esclavo (*ex servi persona*) como a la de un hombre libre; y del duplo la del no manifiesto”.¹¹³

Persona servi, o sea, la persona del esclavo, debe indicar que el esclavo, en cuanto es esclavo, puede ser perseguido. En cambio, según la ya superada concepción republicana, el esclavo no era tomado en consideración por el derecho, y por esta razón no era siquiera punible en el sentido técnico en el caso de que hubiera realizado una acción ilícita, por lo tanto, su amo tenía el derecho de castigarlo o de entregarlo a la parte agraviada.¹¹⁴ Del hecho de que éste ahora fuera punible —como cualquier otro— se infiere un re-

¹⁰⁹ Cic. Mur. 12, 27.

¹¹⁰ Kaser, *RPR*, *op. cit.*, pp. 285 y 286.

¹¹¹ Berger, s. v. *persona*, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, 1953, pp. 628 y 629. Ver también Esposito, *Tercera persona. Política della vita e filosofia dell'impersonale*, 2007, p. 101.

¹¹² Véase también: Gai. 1, 120 s.; Gai. 3, 189; Paul. 4 quast. D. 15, 1, 52 pr.; Iul. 16 dig. D. 23, 3, 46 pr.; Paul. 10 quast. D. 31, 82, 2; Paul. 12 quast. D. 35, 2, 21, 1; Afr. 2 quast. D. 39, 6, 23; Iul. 52 dig. D. 45, 3, 1, 4; Ulp. 77 ad ed. D. 47, 10, 15, 44; Paul. lib. sing. ad leg. Fuf. D. 50, 16, 215; Ulp. 28 ad Sab. D. 50, 17, 22 pr.; I. 4, 4, 7; I. 4, 7 pr.; FV. 82; CT 4, 10, 1; Gord. C. 9, 47, 11; Diocl. C. 7, 16, 35; Dicol. C. 4, 36, 1 pr.; Ant. C. 2, 11, 10.

¹¹³ “*Poenam manifesti furti quadrupli est tam ex servi persona quam ex liberi, nec manifesti dupli*”.

¹¹⁴ Gaudemet, *op. cit.*, p. 14; Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, 1995, p. 15, y para su desarrollo: Giltaij, *op. cit.*, pp. 104-110.

conocimiento del esclavo como ser humano, como persona en el sentido moderno.¹¹⁵ Y esta nueva cualidad del esclavo fue proporcionada por el término *persona*. Así como los delitos cometidos por el esclavo son sancionados de la misma manera que aquellos cometidos por un hombre libre, también los delitos cometidos contra los esclavos son sancionados como si éstos fueran libres, siempre que su amo quisiera, como señala Gayo.¹¹⁶ Quadrato, justamente, recalca que también en esto se manifiesta el reconocimiento del esclavo como persona en el sentido moderno.¹¹⁷

Entonces, el concepto de *persona* se emplea ya no como *genus*, en el cual la *persona servilis* sería una *species*, sino, más bien, como concepto para designar al hombre liberado de sus cadenas de estatus en relación con el hecho de que tiene derechos y deberes. O, en otras palabras, *persona* designa aquí al sujeto de derecho.

La información proporcionada por el texto de que esta persona es adicionalmente un esclavo —expresada a través de un genitivo (*servi*) o de un adjetivo (*servilis*)— es, por un lado, necesaria desde el momento en que esta categoría jurídica es aún válida; pero por el otro, incómoda porque es un obstáculo para el sentido que se pretende dar —es decir, aquel de “individuo” con independencia de su condición (sujeto de derecho)—. Así, el concepto de *persona* ya había adquirido este sentido fuera del lenguaje técnico jurídico,¹¹⁸ mas no era posible trasladar dicho uso al léxico jurídico porque el sistema de los estatus todavía era el derecho vigente, disolviéndose sólo poco a poco. Este desarrollo aparece esbozado en Gai. 1, 9, donde todos los individuos son recogidos por el mismo concepto de *persona*.¹¹⁹ El producto de este desarrollo es el reconocimiento del esclavo como persona en nuestro sentido moderno.¹²⁰

De modo más general, el mismo desarrollo se manifiesta en un nivel teórico más elaborado en una serie de textos jurídicos tardoclásicos (finales del siglo III d. C.). El jurista Hermogeniano dice, ante todo, reuniendo las bases elaboradas por sus predecesores, Herm. 1 epit. D. 1, 5, 2: “Ya que todo el derecho ha sido constituido debido a los hombres, tratemos en primer lugar de las personas”.¹²¹

¹¹⁵ Del mismo modo, Giltaij, *op. cit.*, pp. 139-184, y para un toque final: Esposito, *cit.* (111), p. 87, con referencia a Hannah Arendt.

¹¹⁶ Gai. 3, 213.

¹¹⁷ Quadrato, *op. cit.*, pp. 10-25.

¹¹⁸ Georges, s. v. *persona*, en *Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, 1913, vol. II, coll. 1641 y 1642. Un ejemplo en Séneca *epist.* 94, 1.

¹¹⁹ Así, Agnati, “*Persona iuris vocabulum...*”, *cit.*, pp. 33-37.

¹²⁰ Del mismo modo, este resultado en Albanese, *op. cit.*, pp. 108 y 109; Quadrato, *op. cit.*, pp. 10-18 y Tafaro, *op. cit.*, pp. 14-22 y 65.

¹²¹ “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ... dicemus*”.

Por lo tanto, se presenta la necesidad de hacerse cargo de la cuestión relacionada con la función que cumple el concepto de *persona* en el lenguaje jurídico. Schloßmann señaló, en una investigación realizada a inicios del siglo XX, que no cumplía ninguna, pues el concepto de persona es idéntico al de ser humano.¹²² Sin embargo, podemos afirmar que la verdadera función del concepto de *persona* consiste en garantizar tal identidad, como muestra inequívocamente el artículo 16 del Código Civil austriaco. El concepto de *persona* atribuye al hombre una cierta dignidad natural, un “*Menschenadel*” (nobleza natural del hombre) en el sentido de Schiller —sin que ésta exija otras garantías especiales—, y excluye con esto un sistema de estatus sociales rígidos, como el de la República romana.¹²³ No obstante, el concepto de *persona* no habría podido cumplir esta función si los juristas romanos no le hubieran dado otra interpretación a la palabra *persona*. De ese modo, Rodotà formula esta idea con estricta claridad, aunque no se esté refiriendo al derecho romano, sino al constitucionalismo moderno:

A través de la construcción del sujeto abstracto fue posible liberar formalmente a la persona de la casta de la servidumbre, del trabajo, de la condición económica, del sexo, que fundaban la sociedad jerárquica, de la desigualdad... aquel nacer “libres e iguales” que inaugura la Constitución norteamericana,¹²⁴ no es el registro de un dato de la naturaleza, sino la transposición en el orden jurídico de otra idea de individuo.¹²⁵

Así nos encontramos con la pregunta de qué estuvo detrás de esta interpretación diferente, de esa “otra idea del individuo”.

Esta “otra idea” necesitaba de un concepto que abarcara a todos los hombres. ¿Cómo fue que los juristas romanos eligieron el término *persona*? ¿Por qué no tomaron el término *homo*, por ejemplo¹²⁶? Como todos sabemos, esta última palabra significa “hombre” y habría reflejado adecuadamente la idea de que el esclavo también es sujeto de derechos, a la par del

¹²² Ribas Alba, *op. cit.*, pp. 236 y ss.; Vistos estos hechos: Schloßmann, *Persona und Προσωπον im Recht und im Christlichen Dogma*, 1906, pp. 1-6, polemiza de modo feroz contra el valor de este concepto en la jurisprudencia.

¹²³ Hacia esta dirección también Fadda, *Diritto della persona e della famiglia*, 1911, p. 6, y Quadrato, *op. cit.*, p. 4; Melillo, “Persona, status e condicio nell’esperienza romana. La dogmatica moderna”, *SDHI*, 73, 2007, p. 95; además, pero en sentido diferente, Agnati, “Persona iuris vocabulum...”, *cit.*, pp. 19-23, aunque se refiere más a Gayo.

¹²⁴ No es así, “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal” está al inicio de la Declaration of Independence de 1776.

¹²⁵ Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, 2007, p. 13.

¹²⁶ Sobre este problema: Sacchi, *op. cit.*, pp. 117-158.

pater familias.¹²⁷ Hay una frase del liberto Trimalción que muestra esta idea de modo clarísimo: “Los esclavos son hombres y han bebido la misma leche aunque la mala suerte los oprima”¹²⁸ (*et servi homines sunt et aequae unum lactum biberunt etiam si illos malus fatus oppresserit*).¹²⁹ La explicación es sencilla. Con frecuencia sucede que un término general adquiere un sentido negativo (por ejemplo, *das Mensch*, en el dialecto vienés, significa “mujer torpe”). En la época de Gayo, y aún después, el término *homo* designaba, en el lenguaje jurídico, sobre todo al “esclavo”, como vislumbra Fuhrmann, y por lo tanto no era adecuado para cumplir la función de término general aplicable a todos los hombres —en el sentido moderno—.¹³⁰ La manifestación más clara de este uso jurídico la encontramos en la fórmula de la vindicación: “Este esclavo (*homo!*) me pertenece por el derecho de los Quiritas”.¹³¹ Entonces, es evidente el gran mérito del término *persona*, que, como Mantovani recientemente ha observado, es una hoja en blanco que puede llenarse con cualquier contenido, incluido también aquel del *homo* en el sentido biológico,¹³² en el sentido de “ser humano”.¹³³

V. EL AGENTE DE LA MUTACIÓN: EL DERECHO NATURAL ROMANO

El derecho civil romano no tenía el potencial teórico para superar las diferencias entre los estatus sociales contruidos en el *ius personarum*; en cambio, un potencial así se encontraba en una categoría especial del derecho que los griegos elaboraron y los romanos perfeccionaron: el derecho natural.¹³⁴ En

¹²⁷ Por ejemplo, en Gayo. 1, 1 y 1, 162. Véase también Ribas Alba, *op. cit.*, pp. 15-24, 32 y 33.

¹²⁸ Sat. 71, 1.

¹²⁹ Ver también Quadrato, *op. cit.*, p. 372.

¹³⁰ Heumann y Seckel, s. v. “homo” 3, en *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 1926, p. 226. Así también Quadrato, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

¹³¹ Gayo. 4, 16.

¹³² Mantovani, *op. cit.*, p. 38, y Thomas, “Le sujet de droit, la personne et la nature”, *Le Débat*, 100, 1998, p. 98.

¹³³ Notas de Quadrato, *op. cit.*, p. 348. Esta es, precisamente, la actitud de los juristas, por lo menos la de Gayo.

¹³⁴ Saccoccio, “Römische Sklaverei Zwischen *ius gentium* und *ius naturale*”, en Fagnoli (ed.), *Sklaverei und Recht: Zwischen Römischer Antike und Moderner Welt*, 2018, pp. 41 y ss.; Waldstein, “Entscheidungsgrundlagen Römischer Juristen”, en Temporini (ed.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, 1976, vol. XV, pp. 3, 89-95; Waldstein, *cit.* (n. 95), pp. 31-43; Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité*, 1988, pp. 642 ss.; para Ciccioiti, *Il tramonto della schiavitù*,

las *Institutiones* se puede encontrar su definición, I. 1, 2 pr.: “El derecho natural es el orden dado a todos los seres vivos... de aquí deriva la unión entre hombre y mujer, que llamamos matrimonio, así como la procreación y la educación de los hijos...”.¹³⁵

El derecho natural se ve a sí mismo como un cuerpo de disposiciones jurídicas inmutables que rigen de modo independiente del ordenamiento estatal y regulan, en esencia, los aspectos sustanciales de una adecuada convivencia humana. Tales disposiciones son dadas naturalmente y no están sujetas a mutación, no son hechas por el hombre, como por ejemplo, la creación. Los romanos aplicaban el derecho natural, en parte, para fundar las disposiciones jurídicas en sectores internos del derecho, pero también como una reserva del pensamiento humanitario al cual recurrir en caso de que existiera una laguna o una aporía en el derecho tradicional.¹³⁶

Un presupuesto indispensable para el derecho natural es un concepto unitario de hombre, concepto sobre cuya formación estamos informados: el fragmento de Gayo citado en un inicio utiliza, como ya se ha dicho, el concepto de *persona* para todos los seres humanos. Esta operación de abstracción no se manifiesta casualmente, sino que fue elaborada por la escuela estoica.¹³⁷ Panecio de Rodas enseñaba,¹³⁸ según lo señalado por Cicerón, que cada hombre tiene cuatro *personae* (o componentes): la racionalidad, que es común a todos; la individualidad, que se determina a través del alma y el cuerpo; el destino, y la propia voluntad, Cic. De Off. 1, 107 y 115 (30):¹³⁹

(107) También hemos de reflexionar sobre que la naturaleza nos ha revestido, por decirlo así, de dos personas: una común, que es por la que todos participamos de la razón y de aquella nobleza con la que excedemos a las bestias, de la cual resulta el conocimiento para hallar las obligaciones y guardar el decoro, y la otra particular, que es como el distintivo de cada individuo. Porque del mismo modo en que observamos en los cuerpos tanta diversidad que unos

1899, 263 y *passim*, el *ius naturale* y el estoicismo no tuvieron ningún efecto práctico. Para él la disminución de la esclavitud se debe, sin embargo, a factores económicos.

¹³⁵ “*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit... hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio...*”. Sobre las raíces griegas: Shellens, “Aristotle on Natural Law”, *Natural Law Forum*, 40, 1959, pp. 72 y ss., y Neschke-Hentschke, *Platonisme politique et théorie du droit naturel*, 1995, vol. I y II, 2003.

¹³⁶ Stagl, *Favor dotis-Die Privilegierung im System des Römischen Rechts*, cit., pp. 98 y 99.

¹³⁷ Sobre la antropología arcaica, ver Ribas Alba, *op. cit.*, pp. 37-58.

¹³⁸ Sobre este texto ver *ibidem*, pp. 193-216.

¹³⁹ Véase Forschner, “Der Begriff der Person in der Stoa”, en Sturma (ed.), *Person-Philosophiegeschichte, Theoretische Philosophie, Praktische Philosophie*, 2001, pp. 40-45; Steinmetz, “Die Stoa”, en Flashar (ed.), *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, 1994, vol. IV/2, pp. 656 y 657.

son por su ligereza idóneos para correr, otros por su fuerza para luchar, y asimismo en los rostros: unos [poseen] gracia y otros una seriedad majestuosa, así también en los ánimos hay aún mayores semejanzas.

(115) A las dos personas del hombre que se han demostrado ya, se añade una tercera que imponen las circunstancias o la casualidad, y una cuarta que tomamos nosotros por propia elección. Porque los reinos, noblezas, imperios, riquezas y las cosas contrarias a estas que dependen de la casualidad, se gobiernan por las circunstancias de los tiempos, mas el personaje que hemos de representar en el mundo depende totalmente de nuestro libre albedrío, y así unos se aplican a la filosofía, otros al derecho civil, otros a la elocuencia, y aun, en las mismas virtudes, unos procuran aventajarse más en una y otros en otra.¹⁴⁰

Esta enseñanza, claramente inspirada en las cuatro causas de Aristóteles (*causa formalis, materialis, efficiens y finalis*),¹⁴¹ constituye el presupuesto teórico para poder llegar a las afirmaciones de carácter general sobre el hombre —en caso contrario, este intento debería fracasar a causa de la disparidad de las condiciones de vida—. La teoría de Panecio aclaró el hecho de que, sin perjuicio de las diferencias enormes entre los seres humanos, existen ciertos aspectos comunes —en especial la racionalidad—. De otra forma la subsistencia de tales diferencias habría impedido reconducir a todos los hombres al interior de una categoría unitaria. Scarano Ussani ha sostenido, de modo plausible,¹⁴² que la teoría de Panecio habría inspirado el uso originario del concepto de *persona* en el sentido de sujeto de derechos (naturalmente no en referencia al esclavo).¹⁴³

No obstante, el pensamiento iusnaturalista no se ha detenido a elaborar afirmaciones generales sobre el hombre, si bien el reconocimiento de la cualidad de ser humano al esclavo constituye un significativo avance. A partir

¹⁴⁰ “(107) *Intellegendum etiam est duabus quasi nos a natura indutos esse personis; quarum una communis est ex eo, quod omnes participes sumus rationis praestantiaeque eius, qua antecellimus bestiis, a qua omne honestum decorumque trahitur et ex qua ratio inveniendi officii exquiruntur, altera autem quae proprie singulis est tributa. ut enim in corporibus magnae dissimilitudines sunt, alios videmus velocitate ad cursum, alios viribus ad luctandum valere, itemque in formis aliis dignitatem inesse, aliis venustatem, sic in animis existunt maiores etiam varietates.* (115) *Ac duabus iis personis, quas supra dixi, tertia adiungitur, quam casus aliqui aut tempus imponit, quarta etiam, quam nobismet ipsis iudicio nostro accommodamus. nam regna, imperia, nobilitatem, honores, divitiae, opes eaque, quae sunt his contraria, in casu sita temporibus gubernantur; ipsi autem gerere quam personam velimus, a nostra voluntate proficiscitur. Itaque se alii ad philosophiam, alii ad ius civile, alii ad eloquentiam applicant, ipsarumque virtutum in alia alius mavult excellere*”.

¹⁴¹ Meth. V, 2/1013a 24-1013b; Falcon, en: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, s. v. “Aristotle on Causality”, 2006, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-causality/>.

¹⁴² Ussani, *op. cit.*, pp. 243 ss.

¹⁴³ Cic. De leg. 2, 19, 28.

del derecho natural los romanos extrajeron el postulado de la libertad y de la igualdad de todos los hombres, Fiorentino 9 inst. D. 1, 5, 4, 1: “La esclavitud es una institución del derecho común, en razón de la cual un hombre está sujeto en contra de la naturaleza al dominio de otro”.¹⁴⁴ Y Ulpiano 43 ad Sab. D. 50, 17, 32: “Por lo que atañe al derecho civil, los esclavos son considerados como si no fueran nada; mas no por el derecho natural, porque por lo que atañe al derecho natural todos los hombres son iguales”.¹⁴⁵

De acuerdo con el derecho de la ciudad de Roma, los esclavos eran considerados como si no fueran nada, pero esto no vale para el derecho natural porque en lo que a él se refiere, todos los hombres son iguales. De lo anterior se puede vislumbrar la siguiente consecuencia: en el momento en que, en relación con el *ius gentium*, los romanos establecieron un derecho común a todos los pueblos, o bien aquel que, con la *Constitutio Antoniniana*, expandieron el derecho romano privado a todos los habitantes libres del Imperio romano.¹⁴⁶ Entonces, ¿cómo se podía justificar la existencia de la esclavitud, si se habían escrito tales cosas? Detengámonos en una postura expresada con tal propósito al principio de las *Instituciones* justinianeas (I. 1, 2, 2):

El derecho de las gentes es común a todo el género humano, pues las gentes se constituyeron por costumbre y necesitan ciertas [reglas], visto que empezaron guerras que tuvieron como consecuencia cautiverios y esclavitudes que son contrarias al derecho natural (es decir, que según el derecho natural todos nacen libres).¹⁴⁷

Los romanos oponían al derecho natural consideraciones de tipo utilitarista, las cuales, sin embargo, no son capaces de justificar o constituyen una débil justificación. El derecho anterior no había opuesto algo diferente a las peticiones fundamentales de libertad e igualdad. Y era una ilusión pensar que ambos sistemas de legitimación de las decisiones sociales —el derecho de la ciudad de Roma y el derecho natural— pudieran subsistir el uno al lado del otro sin alguna conexión entre ellos y, puestos uno frente del otro, se quitaran el sombrero como dos vecinos que se encuentran casualmente por la calle.

¹⁴⁴ “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*”.

¹⁴⁵ “*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullius habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturalem attinet, omnes homines aequales sunt*”.

¹⁴⁶ Como prueba para el derecho natural, por ejemplo, Gayo. 1, 1. Sobre esto y sobre la *constitutio* ver, además, las argumentaciones de Giltaij, *op. cit.*, pp. 131-137.

¹⁴⁷ “*Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae (iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur)*...”.

Era oportuno prever que el derecho natural habría obtenido la primacía tarde o temprano, ganando la batalla ideológica.¹⁴⁸ Detrás de la disolución de los roles sociales, de los estatus, y también del cambio colateral de valores del concepto de *persona*, se encuentra el derecho natural romano: según la base de su pensamiento, las diferencias jurídicas, tal y como las había previsto el antiguo derecho, ya no son susceptibles de ser legítimas. Por lo tanto, el derecho natural deslegitimó el sistema romano de los estatus y creó las condiciones decisivas para su disgregación.¹⁴⁹

A decir verdad, los romanos no lograron construir una doctrina de derechos fundamentales partiendo del derecho natural y sus preceptos, porque, según la explicación verosímil de Schiavone, no habían descubierto aún el individualismo necesario para ello.¹⁵⁰ Esto sólo sucedería después, cuando a los derechos fundamentales se les “colocaron dientes” (célebre formulación del constitucionalista alemán Günter Dürig), declarando estos derechos subjetivos accionables en un juicio¹⁵¹ —cosa que no sucedió hasta después de la Segunda Guerra Mundial, en Alemania, con la Constitución de 1949 (artículo 19, inciso 4), y en Italia con la Constitución de 1948 (artículo 2o.)—. Concluyente para esta individualización fue el cristianismo, sobre todo en su forma protestante,¹⁵² que se fundó de nuevo sobre el concepto de *persona* formulado por los juristas romanos.

VI. LA IGUALDAD FORMAL: ¿UN ARDID DEL DERECHO NATURAL?

Hasta ahora hemos tratado la igualdad material, el *pathos* del derecho natural. Nos parece, sin embargo, que la igualdad formal tiene, a largo plazo, los mismos efectos, pero sin el toque teatral del derecho natural. La igualdad formal no funciona de un solo golpe, sino que hurga y taladra lentamente —algo que Kant considera típico del hombre (*Idea para una historia universal*

¹⁴⁸ Hay una historia propia acerca de la relación de los padres de la Iglesia con la esclavitud: ésta es vista como una justa pena para el pecado; San Agustín, *De civ. Dei* 19, 5. V. Klein, *Die Sklaverei in der Sicht der Bischöfe Amrosius und Augustinus*, 1988, pp. 87-105.

¹⁴⁹ Con numerosas pruebas de apoyo: Agnati, “*Persona iuris vocabulum...*”, *cit.*, pp. 21-25; Tafaro, *op. cit.*, pp. 142-183.

¹⁵⁰ Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, 2005, pp. 390-401.

¹⁵¹ El nexo entre el individualismo y los derechos fundamentales subjetivos es destacado también por Gaudemet, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵² Coing, “*Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person...*”, *cit.*, pp. 193-198. Para el individualismo de corte protestante véase Stark, *The Sociology of Religion*, 1972, vol. V, pp. 274-281.

en clave cosmopolita, 2o. principio)—: “En el hombre (como única criatura racional en la tierra) aquellas disposiciones naturales que tienden al uso de su razón sólo deben desarrollarse en la especie, y no en el individuo”.¹⁵³

Los romanos veneraban el principio de la igualdad formal, lo que muestra que exigían una redacción general y abstracta; es decir, impersonal, de las leyes.¹⁵⁴ Celso: De aquellas circunstancias que sólo por casualidad pueden ocurrir en un caso singular no se puede deducir una norma jurídica; por esta razón el derecho sólo debe referirse a las circunstancias que pueden ocurrir a menudo y fácilmente, y no a aquellas que sólo aparecen raramente.¹⁵⁵ Ulpiano: Las leyes no se redactan considerando a las personas individuales, sino más bien a la humanidad en general.¹⁵⁶

Esta exigencia de la igualdad formal resulta del hecho de que la *lex publica* se concibe como un contrato de un magistrado con el *populus romanus*.¹⁵⁷ Por su naturaleza eso sólo se puede referir a la ciudadanía en su totalidad o a ciertos grupos de la misma.

La *persona* era, al principio, una herramienta de dominio del hombre sobre el hombre, llegando incluso a alcanzar la crueldad. Este dominio se fue descomponiendo poco a poco y empezó a destacar el individuo con sus aspiraciones a la dignidad y la libertad. Pero, ¿por qué llamaron a este individuo *persona*? ¿Por qué este término, que antes servía para negar la libertad y la dignidad, se convierte en una especie de coraza del hombre, protegiéndolo contra los ataques de Phersu y sus seguidores?

La solución del enigma está en que la despersonalización conlleva la oportunidad de la igualdad, y ésta produce, a largo plazo, el efecto de deslegitimar cualquier arbitrariedad. La igualdad formal produce —a través de una serie de generaciones; o sea, para el género y no para el individuo— la

¹⁵³ Kant, *Idee zu Einer Allgemeinen Geschichte in Weltbürgerlicher Absicht*, Berlín, 1784, Zweiter Satz: “Am Menschen (als dem einzigen vernünftigen Geschöpf auf Erden) sollten sich diejenigen Naturanlagen, die auf den Gebrauch seiner Vernunft abgezielt sind, nur in der Gattung, nicht aber im Individuum vollständig entwickeln. Die Vernunft in einem Geschöpfe ist ein Vermögen, die Regeln und Absichten des Gebrauchs aller seiner Kräfte weit über den Naturinstinct zu erweitern, und kennt keine Grenzen ihrer Entwürfe. Sie wirkt aber selbst nicht instinctmäßig, sondern bedarf Versuche, Übung und Unterricht, um von einer Stufe der Einsicht zur andern allmählig fortzuschreiten. Daher würde ein jeder Mensch unmäßig lange leben müssen, um zu lernen, wie er von allen seinen Naturanlagen einen vollständigen Gebrauch machen solle...”.

¹⁵⁴ Bleicken, *Lex publica: Gesetz und Recht in der Römischen Republik*, Berlín, 1975, pp. 179 y ss.

¹⁵⁵ D. 1, 3, 4, 0 Cels. 5 dig. *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur*: D. 1, 3, 5, 0 Cels. 17 dig. *Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*.

¹⁵⁶ D. 1, 3, 8, 0 Ulp. 3 ad Sab. *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*.

¹⁵⁷ Bleicken, *lex publica* 64 ss., 178; Mommsen, *Staatsrecht III/1*, 308 ss.

igualdad material, y eso tuvo como efecto secundario un cambio de la carga semántica de *persona*: lo que antes era un vaso vacío, basado sólo en el principio jurídico de la igualdad formal, se llenó de contenido. La igualdad formal forzó la igualdad material. Si los dos lactantes de la misma nodriza, uno siendo esclavo y el otro hijo de los amos, tienen una vida completamente antagónica, surge la siguiente pregunta imperiosa: ¿cómo es esto posible si ambos son *personae*; es decir, formalmente iguales? La idea de la igualdad inherente a la persona provoca que el sistema del estatus, tan eficientemente organizado por dicha idea, se descomponga gracias a ella.

De esta manera la *persona* gana el potencial antropológico que ha obtenido en épocas siguientes. Entonces, sólo el derecho era capaz de convertir el *phersu* en *persona*, pues el principio básico del derecho es la igualdad.¹⁵⁸

VII. LA DENTICIÓN DE LA MÁSCARA

Hemos intentado mostrar cómo el concepto de *persona* ha servido primero para privar al hombre de sus derechos y luego para dotarlo de ellos. Responsables de esta transformación de valores y del contextual cambio conceptual fueron los juristas inspirados por el derecho natural,¹⁵⁹ de tal modo que el mérito de estos juristas romanos ha llegado hasta nosotros, y los textos escritos por ellos han tenido un efecto incalculable en la historia de Occidente.¹⁶⁰ Las *Institutiones* de Justiniano, citadas en repetidas ocasiones, pertenecen, junto con la Biblia, a los libros más impresos y leídos del Occidente.¹⁶¹ Desde hace casi 1,500 años todo estudiante de derecho ha comenzado sus estudios con sus lecturas.

El desarrollo de la concepción del esclavo de bestia a individuo era el presupuesto para que el concepto de *persona*, en el sentido de individuo racional, pudiera acceder, primero, a la filosofía y luego a la teología.¹⁶² La definición de *persona* proporcionada por Boecio (ca. 480-525) “*persona est naturae rationalis individua substantia*”¹⁶³ (sustancia individual con natu-

¹⁵⁸ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*² (1993) 258.

¹⁵⁹ Así también, Spengler, “Zum Menschenbild der Römischen Juristen”, *cit.*, pp. 1028-1030.

¹⁶⁰ Wieacker, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶¹ Behrends *et al.*, *Corpus Iuris Civilis (Text und Übersetzung), Institutionen*, 1990, vol. I, p. 289.

¹⁶² Mantovani, *op. cit.*, p. 40, retiene que esta mutación de valores sucedió como fruto temprano del cristianismo. Sobre el destino del concepto jurídico de *persona* en la teología, ver Ribas Alba, *op. cit.*, pp. 283-312.

¹⁶³ Boeth. c. Eut. 3, 4.

raleza racional), fundamental para Occidente, habría sido impensable sin un cambio conceptual. La nueva determinación del concepto se refiere al hombre como tal y no explora su estatus. Éste es el producto de la actividad subversiva, llamada justamente por Spengler, “revolucionaria”,¹⁶⁴ realizada por los juristas de la edad imperial e inspirada por el derecho natural. Los juristas romanos, dotados de un cierto gusto anárquico, clavaron el hacha en el árbol sobre el que estaban junto con los demás ciudadanos. Y estos juristas no eran personas cualesquiera, ocupaban los oficios más altos de la *res publica*.¹⁶⁵

Sin embargo, no se trataba de cínicos alegres o un “*e grege Epicuri porcum*”.¹⁶⁶ Por el contrario, ellos estaban inspirados por una profunda confianza en el valor de su gestión. Si luego el primer cristianismo estuvo involucrado, es otra cuestión.¹⁶⁷ Recientemente, Quadrato, por ejemplo, ha intentado probar la vieja hipótesis de que Justiniano habría llamado a Gayo *noster* porque era un cristiano.¹⁶⁸ De hecho, se nota de inmediato que Gayo critica de continuo el derecho vigente, motivo por el cual Nörr dedica, en su monografía sobre la crítica del derecho de los romanos, un capítulo entero a Gayo como *Rechtskritiker* o “crítico del derecho”.¹⁶⁹

El programa detrás de la crítica de Gayo podría ser extraído del Nuevo Testamento (Gal. 3, 27 s.): “...pues todos los que habéis sido bautizados en Cristo, de Cristo estáis revestidos. Ya no hay judío ni griego; no hay esclavo ni libre; no hay hombre ni mujer, porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús”. Es Gayo el primero en tratar a todos los hombres bajo el término de persona, y de esa manera reconoce su cualidad de hombre —no sólo en el plano social, sino también en el jurídico—,¹⁷⁰ una operación que ha suscitado la sospecha de la romanística moderna de que él era anormal o incluso un mal jurista.¹⁷¹ Y es siempre Gayo quien dice que a los esclavos no hay que darles bastonazos sin razón;¹⁷² es él el autor de la regla “*Libertas omnibus rebus favorabilior est*” (5 ad ed. prov. D. 50, 17, 122). Finalmente, también es Gayo quien explica cuán ridícula es la *tutela mulierum* (Gai. 1, 190).

¹⁶⁴ Spengler, “Zum Menschenbild der Römischen Juristen”, *cit.*, pp. 1029-1031.

¹⁶⁵ Sobre esto: Schiavone, *op. cit.*, pp. 390-401.

¹⁶⁶ Hor. ep. 1, 4, 16.

¹⁶⁷ Sobre esto: Biondi, *Il diritto romano cristiano*, 1952, vol. I, pp. 98-123, y sobre la actitud del cristianismo hacia el derecho romano: Palomo Pinel, *op. cit.*, pp. 309 ss.

¹⁶⁸ Quadrato, *op. cit.*, pp. 357-363.

¹⁶⁹ Nörr, *Rechtskritik in der Römischen Antike*, 1974, pp. 92-102.

¹⁷⁰ Gaudemet, *op. cit.*, p. 14, n. 32.

¹⁷¹ Schloßmann, *op. cit.*, p. 32, y Quadrato, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷² Gayo. 1, 53; Gamauf, *Ad statum licet confugere*, 1999, pp. 81-88.

Es verdad que el concepto de *persona* desveló su efectivo “potencial antropológico” (Spaemann) a partir del Medioevo cristiano y en las épocas sucesivas.¹⁷³ En tal sentido, Tomás de Aquino, ampliando la definición de Boecio, estableció la unicidad del hombre singular,¹⁷⁴ y así cada uno adquirió dignidad respecto del prójimo y hacia Dios.¹⁷⁵ En el curso del tiempo el concepto de *persona* cristiano-tomístico se separó de sus orígenes cristianos para devenir un concepto jurídico-laico. En cuanto al núcleo del concepto moderno de *persona*, por ejemplo, de la manera en que está tomado como base para la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, o de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹⁷⁶ se puede coincidir con Spaemann en que la persona como tal tiene dignidad; es decir, que cada cual está obligado “respecto del portador de tal dignidad, llamado persona, a justificar cada acción cuyas consecuencias le conciernen”.¹⁷⁷

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGNATI, Ulrico, “Persona e diritto, fra categorie e valori”, en ZANICHELLI (ed.), *La persona come categoria bioetica*, 2019.

AGNATI, Ulrico, “Persona *iuris vocabulum*-Per un’interpretazione giuridica di persona nelle opere di Gaio”, *Rivista di Diritto Romano*, 9, 2009.

¹⁷³ Sobre esto: Spaemann, “Was Macht Personen zu Personen?”, en Thomas y Hattler (ed.), *Personen-Zum Miteinander einmaliger Freiheitswesen*, 2012, pp. 29-46; Spaemann, *Versuche über den Unterschied von zwischen, etwas und jemand*, 2006, *passim*; ver también Moreschini, “Oltre l’Antico. La svolta antropologica di Agostino e la definizione boeziana di persona”, en Corbino et al. (ed.), *Homo, caput, persona...*, cit., pp. 91-112; asimismo, véase Blanch Nougues, “Cristianismo y derecho romano, una relación controvertida”, en Rodríguez de la Peña (ed.), *Traditio catholica: en torno a las raíces cristianas de Europa*, 2009, pp. 103-120. De opinión contraria: Cicciotti, *op. cit.*, pp. 6 y ss., 271 y ss.

¹⁷⁴ *Summa Theologica III*, Q. xvi, a. 12, ad 2um. Sobre esto: Meumertzheim, *Menschliche Person und Willensfreiheit bei Thomas von Aquin*, 1961, pp. 6-23, y Ugarte Godoy, *Curso de filosofía del derecho*, 2010, vol. I, pp. 236-240, y Ugarte Godoy, *El derecho de la vida*, 2006, pp. 68-78. Sobre el término de *persona* en el Medioevo ver Kreuzer, “Der Begriff der Person in der Philosophie des Mittelalters”, en Sturma (ed.), *Person-Philosophiegeschichte, Theoretische Philosophie, Praktische Philosophie*, 2001, pp. 59-77.

¹⁷⁵ Heinzmann, “Der Menschen als Person-Zum Verständnis des Gewissens bei Thomas von Aquin”, en Gründel (ed.), *Das Gewissen: Subjektive Willkür Oder Oberste Willkür*, 1990, pp. 34-52.

¹⁷⁶ Artículo 3o., Derecho a la integridad de la persona, inciso 1: “Cada individuo tiene derecho a la integridad física y psíquica”.

¹⁷⁷ Spaemann, *cit.* (n. 173), p. 30. En el mismo sentido, desde la perspectiva del derecho vigente, Perlingieri, *cit.* (n. 14), p. 26.

- ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto romano privato*, 1979.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, “Libertad y esclavitud en Roma arcaica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 41, 2019.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, *Origen de los poderes del paterfamilias. El pater familias y la patria potestas*, 2009.
- BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura, Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BERGER, Adolf, *persona*, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, 1953.
- BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, 1952, vol. I.
- BLANCH NOUGUÉS, “El concebido en el derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, 54, 2001.
- BLEICKEN, Jochen, *Lex publica: Gesetz und Recht in der Römischen Republik*, Berlin 1975.
- BUCHWITZ, Wolfram, “Fremde Sklaven als Erben. Sozialer Aufstieg durch Dritte”, en CORBINO *et al.* (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, 2010.
- BÜRGE, Alfons, “Lo schiavo (in)dependente e il suo patrimonio”, en CORBINO *et al.* (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, 2010.
- CASAVOLA, Francesco Paolo, *I diritti umani*, 1997.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, “La protección jurídica del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 15, 2017.
- CHIUSI, “Lo straniero come compartecipe dell’esperienza giuridica-A proposito dello stato giuridico dello straniero a Roma”, en MAFFI y GAGLIARDI (eds.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, 2011.
- CICCIOTTI, *Il tramonto della schiavitù*, 1899.
- COING, Helmut, “Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte”, en WOLFF (ed.), *Beiträge zur Rechtsforschung=Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1950.
- COING, Helmut, *Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, De Gruyter, 2018.
- CORBINO, Alessandro, “Status familiae”, en Corbino *et al.* (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, Pavia University Press, 2010.

- ESPOSITO, Roberto, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, 2007.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, “Actualidad del derecho romano”, *ABC*, 29 de abril de 2015.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano*, 2017.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., “La protección a la vida y el derecho”, *RGDR*, 10, 2008.
- FORSCHNER, “Der Begriff der Person in der Stoa”, en STURMA (ed.), *Person-Philosophiegeschichte, Theoretische Philosophie, Praktische Philosophie*, 2001.
- GAUDEMET, “Des «droits de l’homme» ont-ils été reconnus dans l’Empire romain?”, en *Labeo*, 33, 1987.
- GILTAIJ, *Mensenrechten in het Romeinse recht?*, 2011.
- GUARINO, Antonio, *Storia del diritto romano*, 1998.
- GUZMÁN BRITO, *Derecho romano privado*, 2013, vol. I.
- HATTENHAUER, Hans, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*, 2000.
- HEINZMANN, Richard, “Der Menschen als Person-Zum Verständnis des Gewissens bei Thomas von Aquin”, en GRÜNDEL (ed.), *Das Gewissen: subjektive Willkür oder oberste Willkür*, 1990.
- HEUMANN, Hermann Gottlieb y SECKEL, Emil, s. v. “homo” 3, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 1926.
- KALTENSTADLER, Wilhelm, *Arbeitsorganisation und Führungssystem bei den Agrarschriftstellern (Cato, Varro, Columella)*, 1978.
- KASER, *Das Römische Privatrecht*, 1971, vol. I.
- KLINGBEIL, Stefan, “Der Begriff der Rechtsperson”, *AcP* 217, 2017.
- KRAUSE, Fritz, “Maske und Ahnenfigur: Das Motiv der Hülle und das Prinzip der Form”, en MÜHLMANN y MÜLLER, *Kulturanthropologie*, 1966.
- LYON PUELMA, Alberto, *Personas naturales*, 2007.
- MANTELO, *Lezioni di diritto romano*, 2004, vol. II.
- MANTOVANI, Dario Giuseppe, “Lessico dell’identità”, en CORBINO et al. (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, 2010.
- MARITAIN, Jacques, *Les droits de l’homme et la loi naturelle*, 1947.
- MASI DORIA, Carla, *Bona libertorum*, 1996.
- MAUSS, Marcel, “Cinquième partie. Une catégorie de l’esprit humain: la notion de personne celle de «moi»”, *Sociologie et anthropologie*, París, 2013.
- MOATTI, Claudia, “Reconnaissance et identification des personnes dans la Rome antique”, en Noriel (ed.), *L’identification des personnes. Génèse d’un travail d’Etat*, París, Belin, 2007.

- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, 1817.
- PALOMO PINEL, *Nec inmerito paterfamilias dicitur: el paterfamilias en el pensamiento de lactancio*, 2018.
- PELLOSO, “Serviles personae in Roman Law «Paradox» or «Otherness»?”, *Journal of Global Slavery*, 3, 2018.
- PERLINGIERI, Pietro, *La personalità umana nel ordinamento giuridico*, 1972.
- PERLINGIERI, Pietro, *Persona desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2012.
- QUADRATO, *Gaius dixit-La voce di un giurista di frontiera*, 2010.
- RIBAS ALBA, *Persona desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2012.
- RODOTÀ, Stefano, *Antropologia del homo dignus*, 2, 2013, disponible en: *civilis tica.com*.
- RODRÍGUEZ DE LA PEÑA, Manuel Alejandro (ed.), *Traditio catholica: en torno a las raíces cristianas de Europa*, 2009.
- SACCHI, *Antica persona: alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, 2012.
- SACCOCCIO, Antonio, “Römische Sklaverei Zwischen *ius gentium* und *ius naturale*”, en FARGNOLI (ed.), *Sklaverei und Recht: Zwischen Römischer Antike und Moderner Welt*, 2018.
- SANZ MARTIN, Laura, “Fundamentos doctrinales en torno a la tutela *mulierum*. Naturaleza y esencia de la tutela *mulierum*”, en *RGDR* 12, 2009.
- SCARANO USSANI, Vincenzo, “La «scoperta» della persona”, *Ostraka*, 18, 2009.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, 2005.
- SCHLOSSMANN, *Persona und Προσωπον im Recht und im christlichen Dogma*, 1906.
- SILVA SÁNCHEZ, Antonio y ACEDO PENCO, Ángel, *La persona y la propiedad en el derecho romano*, 2019.
- SIRKS, A. J. B., “Furtum and manus/potestas”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 81, 2013.
- SPENGLER, Hans-Dieter, “Zum Menschenbild der Römischen Juristen”, *Juristenzeitung*, 2011.
- STAGL, Jakob Fortunat, “El «favor libertatis»: una «institución particular», 2020.
- STAGL, Jakob Fortunat, *Favor Dotis-Die Privilegierung im System des Römischen Rechts*, 2009.
- STAGL, Jakob Fortunat, “Kommentare in Lateinamerika: Behagen und Unbehagen in der Kodifikation”, en KÄSTLE-LAMPARTER, Jansen y ZIMMERMANN (eds.), *Juristische Kommentare: ein Internationaler Vergleich*, 2020 (en prensa).

STARK, *The Sociology of Religion*, vol. V, 1972.

STEINMETZ, “Die Stoa”, en FLASHAR (ed.), *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, 1994, vol. IV/2.

TAFARO, *Ius hominum causa constitutum*, 2009.

WALDSTEIN, Wolfgang, *Ins Herz geschrieben*, 2010.

WALDSTEIN, Wolfgang, *Operae libertorum*, 1986.

WEBER, Max “Die sozialen Gründe des Unterganges der antiken Kultur”, *Schriften 1894 -1922*, 2002.

WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2006, vol. II.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Roman Law of Obligations*, Cape Town, 1990.

ACUERDO DE TRANSMISIÓN DE DOMINIO DE TERRENO A CAMBIO DE UNIDAD A CONSTRUIR: ¿*SYNALLAGMA* INNOMINADO?

María del Rosario STOPPANI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. III. *Conclusión*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En una época en la que ciertos mercados inmobiliarios se encuentran deprimidos por fuertes crisis económicas y políticas, resulta necesario recurrir a mecanismos jurídicos que puedan contribuir a su reactivación. Una de las principales consecuencias de estas crisis es la falta de crédito financiero para llevar adelante desarrollos inmobiliarios.

En este sentido, el presente escrito tiene como objetivo poner de manifiesto una figura jurídica compleja, como es el contrato de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir, la que, sin ser nueva, ha adquirido en los últimos años gran relevancia en el ámbito negocial inmobiliario por su capacidad de lograr financiamiento por medio de un esquema de crédito; así como analizar la verdadera naturaleza de este negocio a la luz de la *iurisprudencia* clásica del derecho romano.

II. DESARROLLO

1. *Acuerdo de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir en la República Argentina*

El acuerdo de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir es una figura utilizada para instrumentar un negocio jurídico de naturale-

* Profesora de Derecho romano en la Universidad Austral (Argentina). Directora del Centro de Investigación en Derecho Romano de la misma universidad.

za compleja en el que el propietario de un terreno (persona humana o jurídica) se obliga a transmitir el derecho de dominio que tiene sobre el mismo a la otra parte contratante (persona humana o jurídica) que, como contraprestación, se obliga a entregar la propiedad de una o más unidades del desarrollo inmobiliario que al efecto realizará en un plazo determinado sobre el terreno recibido.

Este esquema negocial, al igual que otras figuras utilizadas como vehículo de negocios jurídicos inmobiliarios,¹ presenta grandes ventajas financieras para ambas partes contratantes. Por un lado, el constructor de las futuras unidades se ve beneficiado por cuanto evita el desembolso del valor de compra del terreno, pudiendo utilizar ese dinero para aplicarlo a la construcción del edificio; por otro, el dueño del terreno obtiene por su propiedad un valor mayor al común de plaza.

Respecto a la naturaleza jurídica, este acto jurídico pertenece al género contrato,² y con base a las obligaciones y especies de prestaciones³ que emergen de este negocio, modelado por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, existe al día de hoy un *ius controversum* respecto a su calificación como contrato nominado o innominado⁴ que pone en evidencia la tensa relación entre el tipo contractual y la autonomía privada.⁵

¹ Como por ejemplo el contrato de fideicomiso inmobiliario para la construcción.

² Artículo 957 CCyCN: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Respecto al análisis de la definición de contrato en los códigos civiles modernos y su relación con la tradición jurídica sucesiva fundada en el derecho romano”. Cfr. Gallo, Filippo, “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena, Mucchi Editore, 1999, pp. 37 y ss.

³ La prestación es el contenido de la obligación, caracterizada como el comportamiento del deudor tendiente a satisfacer el interés del acreedor. Cfr. Alterini, Atilio A. *et al.*, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, pp. 53 y ss. Respecto a las especies de prestaciones, éstas pueden ser de dar, de hacer o de no hacer.

⁴ El Código Civil y Comercial argentino distingue entre contratos nominado e innominados, dependiendo de la existencia o no de una especial regulación legal, así el artículo 970 CCyCN establece: “Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad”. Cfr. Conclusiones de la XXXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 3-5 de noviembre de 2010.

⁵ Sobre la relación entre autonomía privada y tipo contractual cfr. Cardilli, Riccardo, “Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra «natura contractus» e «forma iuris»”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 1-75.

Parte de la doctrina⁶ y de la jurisprudencia⁷ sostienen que es un contrato de permuta por cuanto las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero,⁸ siendo una de ellas una cosa presente (terreno) y la otra una cosa futura (unidad), lo que si bien no está previsto en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (CCyCN) en el capítulo referido a la permuta, resulta viable en virtud de la remisión que allí se realiza a la aplicación supletoria de las normas de la compraventa,⁹ donde expresamente se regula la venta de cosa futura.¹⁰ En este sentido, se sostiene que en tal esquema surge una obligación principal a cargo del propietario del terreno consistente en la transferencia del dominio del mismo (prestación de dar) y otra obligación principal a cargo del constructor consistente en la transferencia de una o más de las unidades a construirse (prestación de dar), siendo la realización de la obra (prestación de hacer) simplemente una obligación accesoria de ésta última.

Otra parte de la doctrina¹¹ entiende que el presente es un contrato autónomo, innominado y mixto que posee rasgos comunes con los contratos de permuta, compraventa, locación de obra y sociedad del que surge una obligación a cargo del propietario del terreno consistente en la transferencia del dominio del mismo (prestación de dar) y una obligación compleja a cargo del constructor consistente en la realización de la obra y en la

⁶ Cfr. Hoz, Marcelo de, “Transferencia de inmueble por unidades a construir”, *Revista Notarial*, La Plata, año 99, núm. 915, 1993, pp. 393-402, y Blanco Lara, Ricardo J. *et al.*, “Transferencia de inmuebles por unidades a construir”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 114, núm. 905, julio-septiembre de 2011, pp. 83-101.

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Provincia de Buenos Aires, Sala I, *Souto, Rubén José C. Fernández, Carlos Matias S/resolución contrato compra/venta inmuebles*, 28/08/2018, expte. No. 1-63114-2018.

⁸ Artículo 1172 CCyCN: “Definición. Hay permuta si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero”.

⁹ Artículo 1175 CCyCN: “Norma supletoria. En todo lo no previsto por el presente Capítulo se aplican supletoriamente las normas de la compraventa”.

¹⁰ Artículo 1131 CCyCN: “Cosa futura. Si se vende cosa futura, se entiende sujeta a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. El vendedor debe realizar las tareas, y esfuerzos que resulten del contrato, o de las circunstancias, para que ésta llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos. El comprador puede asumir, por cláusula expresa, el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor”.

¹¹ Cfr. D’alessio, Marcelo *et al.*, *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados II*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 1533-1552; Cerávolo, Francisco, “Transmisión de terreno a cambio de sectores de propiedad autónoma en edificio a construir sobre aquel”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 73, núm. 710, marzo-abril de 1970, pp. 494-505, y Acquarone, María T. y Rodríguez Acquarone, Pilar M., “Aplicaciones actuales de las normas del contrato de permuta”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 113, núm. 902, octubre-diciembre de 2010, pp. 225-247.

transferencia de una o más de las unidades a construirse (prestación de hacer y de dar).

Respecto a sus caracteres, se trata de un contrato consensual que se perfecciona con el consentimiento de las partes respecto a las prestaciones pactadas; bilateral, por cuanto las partes se obligan recíprocamente, una a transmitir el dominio del terreno y la otra a realizar la obra y transmitir el dominio de la nueva unidad; oneroso, ya que la ventaja que se procura para una parte le es concedida por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra; conmutativo, porque desde el inicio del contrato las ventajas para todos los contratantes son ciertas y los riesgos eventuales pueden ser valuados económicamente, y formal, ya que debe instrumentarse por escritura pública por cuanto el contrato tiene por objeto la adquisición del derecho real de dominio sobre un bien inmueble.

En cuanto a su contenido, el contrato preverá cláusulas que contengan reglas respecto a la transferencia del dominio del terreno —si bien en la *praxis* negocial argentina en la mayoría de los supuestos la transferencia de dominio se realiza en el mismo instrumento—, las especificaciones técnicas de la construcción de las unidades y del edificio (materiales, etapas de ejecución, seguros de responsabilidad, etcétera), la afectación del edificio al régimen de propiedad horizontal, el plazo de construcción y transferencia de las futuras unidades, la posibilidad de cesión de las obligaciones asumidas, la constitución de garantías y las sanciones por incumplimiento de ambas partes.

Ahora bien, es importante comprender que aunque este contrato se presenta como una herramienta útil para el desarrollo del mercado inmobiliario, su eficacia en cuanto tal dependerá del adecuado diseño de las obligaciones a cargo de cada parte y su debida adecuación a los principios generales del derecho, que deberá plasmar el notario en la correspondiente escritura pública y que será objeto de análisis e interpretación judicial en caso de incumplimiento.

El crédito financiero obtenido por el constructor reside propiamente en el hecho de que el propietario del terreno cumple su prestación (transmisión del dominio del terreno) con anterioridad¹² a aquel, quien se obliga al cumplimiento futuro de su compleja obligación, por lo que es necesario prever cláusulas que garanticen el crédito del primero pero que no obstaculicen el desenvolvimiento del negocio. En este sentido, es desaconsejable pactar la transmisión del dominio revocable¹³ del terreno supeditada a la condición

¹² No necesariamente de manera “inicial”, en el sentido dado a *initium* en *Paul. l. XXXII ad. ed.*, D. 19, 4, 2-3.

¹³ Artículo 1965 CCyCN: “Dominio revocable. Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la

resolutoria de incumplimiento, ya que el cumplimiento de la condición impone la restitución de la cosa al vendedor con efecto retroactivo, lo que indefectiblemente dificultaría al constructor la comercialización del resto de las unidades.¹⁴

Asimismo, en caso de preverse una hipoteca sobre el inmueble a transferir, en garantía de las obligaciones de construcción del edificio y de entrega de la unidad, es aconsejable establecer la divisibilidad de la hipoteca una vez construidas las unidades objeto de la contraprestación y afectado el inmueble al régimen de propiedad horizontal, a fin de liberar las restantes unidades permitiendo al constructor su disponibilidad; así como también pactar la posibilidad de reserva de rango hipotecario preferente a favor del constructor, para posibilitarle la obtención de mayor crédito.¹⁵

Del mismo modo, será conveniente estipular expresamente para el caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del constructor, la facultad del transmitente del terreno de optar alternativamente por solicitar de manera judicial el cumplimiento del contrato y de la cláusula penal por mora que se hubiera previsto en el mismo, o declarar resuelto el contrato reclamando exclusivamente el valor de inmueble transmitido y, de forma complementaria, el pago de una indemnización por los perjuicios ocasionados. De este modo se evitan las consecuencias negativas que tendría en

transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley. Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto”.

¹⁴ Artículo 1966 CCyCN: “Facultades. El titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho”; artículo 1967: “Efecto de la revocación. La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley...”; artículo 1968: “Readquisición del dominio perfecto. Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad”; artículo 1969: “Efecto de la retroactividad. Si la revocación es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño. Cabe aclarar que puede exceptuarse el efecto retroactivo de la revocación, pero esto desnaturalizaría la función de garantía buscada por el transmitente y no resolvería la dificultad de comercialización”.

¹⁵ En este supuesto, en caso de incumplimiento del constructor, el transmitente del terreno y acreedor hipotecario podrá ejecutar la garantía.

el desarrollo del negocio inmobiliario el efecto restitutorio real en la resolución contractual.¹⁶

Entiendo que una visión en clave histórica del negocio enunciado puede contribuir a la superación del *ius controversum* actual respecto a su clasificación como contrato nominado o innominado, en la que la *iurisprudentia* clásica del derecho romano se presenta como el *principium*¹⁷ de análisis.

2. Acuerdo de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir en la *iurisprudentia* clásica del derecho romano

A. La noción de contrato y la tutela de las convenciones atípicas

A fin de comprender cómo catalogó la jurisprudencia clásica del derecho romano los supuestos semejantes al negocio *ut supra* comentado, es necesario analizar la gestión de la atipicidad en la experiencia jurídica romana partiendo del desarrollo de la noción de contrato, donde se evidencian algunos datos fundamentales.

La temática en cuestión se desarrolló en un particular contexto político que tuvo impacto en el ámbito jurídico. Con la instauración del Principado, el emperador buscó concentrar el poder sobre sí mismo por medio de una política hegemónica instrumentada, en parte, por medio del control de las fuentes de producción del derecho, lo que produjo una toma de posiciones en el ámbito de la *iurisprudentia* que marcó el desarrollo de las escuelas proculyana y sabiniana.

En este desarrollo los principales puntos de debate y polaridad entre ambas *sectae* versaron sobre la noción de contrato y sobre la autonomía negocial, específicamente, en ésta última, respecto a la tutela de las convenciones privadas atípicas.¹⁸

¹⁶ Artículo 1080 CCyCN: “Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes. Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente”.

¹⁷ En el sentido dado por el jurista Gayo en *Gai. l. I ad legem XII Tabularum*, D. 1, 2, 1: ... *Et certe cuiusque rei potissima pars principium est...* / ...Y en verdad, de cada cosa, el principio es la parte fundamental...

¹⁸ Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, pp. 15 y ss.

En este ámbito, en un primer momento¹⁹ la producción de vínculos obligatorios y la utilización del verbo *contrahere*²⁰ se relacionaban con la individuación de las categorías²¹ *re, verbis, litteris y consensu contrahere*, refiriendo a figuras típicas productoras de obligaciones tanto bilaterales como unilaterales.

El jurista Labeón, fundador de la *secta* proculeyana, apartándose de la línea desarrollada hasta ese momento y desde una posición innovadora y opuesta a la visión política imperante, conforme surge del fragmento del *Digesto* de Justiniano ubicado en el título *de verborum significatione* atribuido al jurista Ulpiano en D. 50, 16, 19,²² desarrolló la categoría general del *con-*

¹⁹ Respecto al desarrollo del sistema contractual republicano *cf.* Talamanca, Mario, “Contratto e patto nel diritto romano”, *Digesto delle discipline privatistiche*, 4a. ed., Torino, UTET, 1989, pp. 9-19.

²⁰ *Pomp. l. IV ad Quintum Mucium*, D. 46, 3, 80: “*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, ut, cum re contraxerimus, re solvi debet, velut cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat; verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit, quod promisit. Aequae cum emptio, vel venditio, vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*”. De la manera que se contrató alguna cosa debe ser cumplido el contrato, de suerte que, cuando se haya contratado mediante una cosa, se debe pagar con la cosa, o, cuando hayamos dado en mutuo, se debe devolver otra tanta cantidad. Y cuando contratamos verbalmente alguna cosa, la obligación se debe disolver o con la cosa, o verbalmente; verbalmente, como cuando al prometedor se le da por pagado, con la cosa, como cuando entrega lo que prometió. Igualmente, cuando se contrató compra, o venta, o locación, como quiera que se pueden contratar por el nudo consentimiento, se pueden disolver también por el disentimiento contrario.

²¹ Posteriormente clasificadas por el jurista Gayo como obligaciones *ex contractu* en la *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones. *Cfr.* *Gai. 3, 88*: “*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel delicto*”. Pasemos ahora a las obligaciones. Una división general establece dos clases de obligaciones: toda obligación nace o de contraerla o de delinquir; *Gai. l. II Aureorum*, D. 44, 7, 1 pr.: “*Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”. Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas; *Gai. 3, 89*: “*Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu*”. Y veamos acerca de las que nacen porque se contraen. De éstas hay cuatro tipos: se contrae obligación por la propiedad, por palabras, por escritura o por acuerdo.

²² *Ulp. l. XI ad. ed.*, D. 50, 16, 19: “*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione; contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci «synallagma» vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam*”. Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que en algunos casos “se actúa” (*agere*), en otros “se hace” (*gerere*), y en otros “se contrae” (*contrahere*). Y ciertamente que la palabra “acto” es general y alude a aquello que se hace, sea mediante “la pronunciación de” palabras “solemnnes” (*verbis*), sea mediante el comportamiento “concluyente” (*re*), como sucede respectivamente en la *stipulatio* o en la entrega de dinero; pero en cambio “contrato” significa “el acto productivo de” obligaciones recíprocas, aquello que los griegos llaman *synallagma*,

tractus por medio de la definición de contrato en términos de *ultra citroque obligationem*, identificándolo con el término griego *synallagma*, refiriendo a la reciprocidad de las obligaciones (bilateralidad objetiva).

De este modo, el jurista augusteo circunscribió la noción de *contractus* al acto lícito subjetivamente bilateral productor de obligaciones recíprocas, construyendo así, a partir de los contratos consensuales de compraventa, locación y sociedad, un paradigma de contrato que le permite al intérprete tratar también las convenciones sinalagmáticas atípicas y superar la rigidez de la tipicidad negocial del sistema contractual romano.

Los juristas proculeyanos, a partir de la creación de la categoría de contrato elaborada por Labeón, lograron superar la tipicidad contractual (negocial) fundada en la tipicidad de los medios procesales de tutela y crearon remedios para tutelar las convenciones atípicas productoras de obligaciones recíprocas (sinalagmaticidad objetiva). Estos remedios se enrolaron en un primer momento bajo la denominación de *agere praescriptis verbis* (también denominados en las fuentes como *actio civilis in factum*²³ o *actio civilis incerti*).

La definición de contrato dada por Labeón fue utilizada por los juristas sucesores de su escuela, pero fue desestimada por los juristas adherentes a la *secta antagonica*.

Posteriormente, y conforme surge del fragmento del *Digesto* atribuido a Ulpiano en D. 2, 14, 7 pr. -4,²⁴ Aristón, jurista al tiempo del emperador

como la compraventa, locación-conducción y la sociedad; el “gesto” significa una cosa hecha sin el uso de palabras. Sobre el análisis de este fragmento *cf.* Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto I*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1992, pp. 82 y ss.; Gallo, Filippo, “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *cit.*, pp. 17 y ss., y Grosso, Giuseppe, “Voce: contratto (dir. rom.)”, *Enciclopedia del diritto IX*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 752-753.

²³ *Pap. l. VIII quest.*, D. 19, 5, 1, 1: “*Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit*”. Labeón escribe que, cuando sea incierto si el propietario de las mercaderías ha alquilado la nave o ha concluido una locación para su transporte, se le debe dar una acción *civilis in factum* contra el capitán de la nave.

²⁴ *Ulp. l. IV ad. ed.*, D. 2, 14, 7 pr.-4: “*Ius gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc synallagma esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam; ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere; esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio. 3... 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”. Algunas convenciones del *ius gentium* producen acciones, otras excepciones. 1. Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que asumen un específico nombre de contrato, como la

Traiano, reinterpreta y modifica la noción del *synallagma* dada por Labeón. El jurista traiano, continuando con la idea de la reciprocidad pero desde una perspectiva más cauta y vinculada a la tipicidad (contractual y edictal), en el ámbito de las convenciones atípicas (*in alium contractum res non transeat*) reconoce el nacimiento de la obligación y la consecuente posibilidad de accionar por incumplimiento en los supuestos en los que subsiste la *causa*; es decir, en aquellos casos en los que existe consenso de las partes respecto a las prestaciones y la previa ejecución de una de ellas (*datio*),²⁵ reconociendo en estos esquemas el *synallagma* referido a la reciprocidad de las prestaciones en miras al equilibrio negocial.

Los ejemplos de *causa* que menciona el jurista en el citado fragmento refieren a supuestos con prestaciones de dar ya ejecutadas, con contraprestaciones de dar o hacer (*do ut des* y *do ut facias*) pendientes de ejecución.

Aristón, vinculado a la tipicidad negocial, se limitó a dar tutela a aquellas convenciones atípicas que respondían a la estructura sinalagmática por el propuesta.

Sobre esta dirección el jurista Mauriciano, citado por Ulpiano en el referido fragmento,²⁶ sugiere la tutela del supuesto *dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas* mediante la *actio civilis incerti* destinada a exigir el cumplimiento de la contraprestación e identifica el *synallagma* de Aristón con el concepto de contrato,²⁷ noción que es posteriormente utilizada por los juristas pertenecientes a la escuela fundada por Capiton.

La visión de Aristón, completada por Mauriciano, fue adoptada por la *iurisprudencia* romana de la época clásica y recogida por los compiladores justinianos, quienes tomaron la concepción de *synallagma* dada por Aristón

compraventa, la locación conducción, la sociedad, el comodato, el depósito y los demás contratos semejantes. 2. Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di, para que hagas algo, esto es *synallagma*, y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Sículo, para que manumittas a Pánfilo; lo manumitiste; Sículo fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el pretor la acción de hecho; aquel dice, que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la *prescriptis verbis*; pues que hay un contrato, que Aristón llama *synallagma*, de donde nace esta acción. 3... 4. Pero cuando no existe la causa, es cierto que, a causa de la convención, no se puede constituir, aquí, la obligación: por lo tanto el nudo pacto no genera obligaciones, sino excepciones. Sobre el análisis de este fragmento *cfr.* Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 90-127, y Cardilli, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie”, *Annali del seminario giuridico (AUPA)*, vol. LXI, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pp. 20-22.

²⁵ *Cfr.* Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 96 y ss.

²⁶ *Cfr.* Ulp. l. IV ad. ed., D. 2, 14, 7, 2.

²⁷ *Cfr.* Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 114 y ss.

y la incluyeron en el sistema contractual basado en la tipicidad, entendiendo que fuera de las convenciones típicas, para la existencia del contrato, el surgimiento de las obligaciones y la respectiva tutela procesal en caso de incumplimiento, se necesitaba que el acuerdo sobre la prestación y contraprestación fuera integrado por la ejecución de una de ellas.

Sobre esta línea, los juristas posteriores expandieron los supuestos de las convenciones atípicas pasibles de tutela a los casos de *do ut des*, *do ut facias*, *facias ut do* y *facias ut facias*,²⁸ posteriormente incluidas como especies en la categoría de los llamados contratos innominados.

B. *La influencia de la codificación del edicto en la tutela de las convenciones atípicas*

Antes de la codificación del edicto, el reconocimiento de las nuevas figuras contractuales atípicas era realizado por el pretor por medio de la introducción en el edicto de una fórmula para su tutela.²⁹

Los juristas sabinianos vinculados a la tipicidad edictal afrontaron la tutela de las convenciones atípicas por medio de la forzada expansión de los tipos contractuales existentes (sobrepasando los límites de la analogía) y la consecuente aplicación de los remedios procesales previstos para ellos en el edicto.³⁰ En este campo se evidencia otro ejemplo de discrepancia entre ambas *sectae* que se da respecto a la calificación jurídica del negocio de permuta. Los juristas de la escuela proculeyana (Nerva y Próculo), con base en la especificidad del objeto de las prestaciones de la compraventa (cosa a cambio de precio en dinero), lo consideraron un negocio autónomo, correspondiendo para su tutela en caso de evicción una acción específica. Al contrario, los juristas de la escuela contrapuesta (Sabino y Cassio), expandiendo forzosamente el contenido del tipo contractual de la compraventa a través de la ampliación de la noción de precio más allá del dinero, lo consideraron

²⁸ Cfr. Paul. l. V *quaest.*, D. 19, 5, 5 pr.: “*Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias; in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*”. Mi hijo natural te presta servidumbre, y tu hijo a mí; se convino entre nosotros, que tú manumitieras al mío, y yo al tuyo; yo lo manumití, y tú no lo manumitiste; se preguntó, por qué acción me estarás obligado. En esta cuestión puede verse el tratado de todo lo que se dé por causa de una cosa, el cual compete en estos casos. Porque o te doy para que des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas; en cuyos casos se pregunta qué obligación nazca.

²⁹ Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 178 y ss.

³⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 61 y ss.

una *speciem* de compraventa, correspondiendo en consecuencia la tutela por medio de las acciones de compra (*actio empti*) y venta (*actio venditi*).³¹

La codificación del edicto, ordenada por el emperador Adriano (118 a 137 d. C.) y realizada por el jurista Salvio Juliano, introdujo el procedimiento de la analogía³² en sentido estricto para tratar de eliminar parte de las lagunas existentes en el sistema jurídico (por ejemplo, la imposibilidad de la aplicación en vía directa de una *actio* existente para tutelar un nuevo negocio determinado).

Por medio de la analogía no se crearon nuevos medios procesales, sino que se extendió en vía útil un medio procesal de tutela previsto en el edicto (típico) para un determinado negocio a otro no previsto pero de estructura y función similar. El instrumento utilizado para tales fines fue el *praescripta verba*.³³ Esta labor (*ad similia procedere atque ita ius dicere*) constituyó una tarea de los magistrados con *iurisdictio* y de los juristas con *ius respondendi*.³⁴

³¹ Cfr. Gai. 3. 141: "...eamque speciem emptionis venditionisque veustissimam esse..."; Paul. l. XXXII ad. ed., D. 19, 4, 1 pr.-1: "...sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse...in factum dandam actionem respondetur"; Paul. l. XXXIII ad. ed., D. 18, 1, 1, pr.-1: "sed prior est Nervae et Proculi sententia: man ut alid est vendere, aliud emere, aliud emptor, aliud venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.", y Inst. 3, 23, 2: "...Sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit...". Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 66 y ss., y Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 556 y ss.

³² Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 127 y ss.;

³³ Pap. l. VIII quaest., D. 19, 5, 1: "Nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad aes, quae in factum appellatur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit. 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subiicitur actio". A veces sucede que, faltando las fórmulas propuestas en el edicto o las normales acciones, desde el momento que no podemos encontrar una acción apropiada, fácilmente recurrimos a aquellas que son llamadas *in factum*. A fin de que la cosa no quede sin ejemplos, declararé algunos. 1. Labeón escribe que, cuando sea incierto si el propietario de las mercaderías ha alquilado la nave o ha concluido una locación para su transporte, se le debe dar una acción *civilis in factum* contra el capitán de la nave. 2. Asimismo, si alguno entrega una cosa para que se averigüe su precio, no habrá ni depósito ni comodato, pero, no habiéndose respetado la buena fe, se da una *actio in factum civilis*"; Cels. l. VIII dig., D. 19, 5, 2: "nam cum deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est". De hecho, cuando faltan las acciones ordinarias o habituales, que tienen un nombre propio, se debe actuar *praescriptis verbis*; Iul. l. XIV dig., D. 19, 5, 3: "in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt". En la que se debe refugiar todas las veces que existan contratos, para los que no fue introducida una denominación en el derecho civil. Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 164 y ss.

³⁴ Cfr. Iul. l. XV dig., D. 1, 3, 12: "Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad

Para los casos en los que no era suficiente (*sufficere*) la utilización de una *actio* útil para extender en vía analógica una acción edictal a una convención innominada, por falta del requisito de similitud, se procedía como *ultima ratio* a la concesión de una *actio in factum* para el caso concreto.³⁵

C. *Juliano y la tutela de las convenciones atípicas*
en los supuestos de do ut facias

Es posible encontrar el antecedente del actual contrato de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir en la *iurisprudentia* clásica del derecho romano reflejada en el fragmento D. 19, 5, 13, 1, atribuido al jurista Ulpiano, en los siguientes términos:

*Ulp. l. XXX ad Sabinum, D. 19, 5, 13, 1: Iulianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dederò, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederò vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorreere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. quid ergo est? in factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis verbis. ergo si quis area dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.*³⁶

similia procedere atque ita ius dicere debet". No todos los puntos pueden ser contemplados individualmente en las leyes y en los senadoconsultos; pero cuando por cualquier caso su significado es manifiesto, aquel que preside la jurisdicción debe extenderse a los casos similares y así establecer el medio procesal aplicable; *Ulp. l. I ad. ed. cur.*, D. 1, 3, 13: "*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*". En efecto, como dice Pedio, toda vez que se ha establecido por la ley uno u otro caso, se pone la oportunidad de extender la aplicación de la disciplina dictada a los otros casos que tienden a la misma utilidad, mediante la interpretación o ciertamente mediante la jurisdicción. *Cfr. Gallo, Filippo, Synallagma e conventio nel contratto II, cit.*, pp. 128 y ss.

³⁵ *Cfr. ibidem*, pp. 147 y ss.

³⁶ Escribe Juliano en el libro undécimo de los *Digesta*: "si yo te hubiere transferido la propiedad de mi área a fin de que, tú, luego de haber edificado una casa, me transfieras una parte, no hay ni compraventa, dado que, en lugar del precio recibo una parte de mi cosa, ni mandato, porque falta la gratuidad, ni tampoco una sociedad, porque nadie que constituya una sociedad deja de ser propietario de su cosa. Pero si te he dado un esclavo de joven edad para que lo instruyas o ganado para que lo alimentes o un esclavo de joven edad para que lo

El fragmento da muestra de la concepción originaria de los juristas romanos clásicos de la especie de las prestaciones a cargo de cada parte del negocio en cuestión, evidenciando en la construcción *si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas*, una estructura en términos de *do ut facias*.

La prestación es el contenido de la obligación que refiere al deber de comportamiento del deudor. Conforme surge de las fuentes,³⁷ los juristas romanos clasificaron a la prestación en tres tipos: de dar (*in dando*), de hacer (*in faciendo*) y de prestar (*in praestando*). La prestación de dar consistía en el deber de transferir la propiedad de una cosa o de constituir un derecho real; la prestación de hacer consistía en el deber de realizar una determinada actividad o de abstenerse de realizarla (*in non faciendo*), y la prestación de prestar refería al deber de garantía del deudor.

Ahora bien, en el ámbito de las convenciones sinalagmáticas atípicas del derecho romano, las dos principales especies de prestaciones eran *in dando* e *in faciendo*.³⁸ En el referido fragmento Ulpiano cita a Juliano, quien en el libro undécimo de los *Digesta* describe, en primer lugar, el negocio en cuestión, en el que una parte transfiere la propiedad de un área de terreno con la finalidad de que la contraparte construya allí una edificación y le transfiera una parte de lo construido.

Posteriormente, Juliano, a fin de determinar el tipo del negocio referido —y consecuentemente identificar el medio de tutela correspondiente en

alimentos, con la finalidad de que si, después de determinados años, fuese vendido, el precio se dividiese entre nosotros, estos casos son diferentes al del área, por cuanto aquí no deja de ser propietario el que primeramente lo fué: entonces corresponde la acción *pro socio*. Pero que si acaso yo hubiere hecho de tu propiedad al esclavo de joven edad, Juliano habría dicho que vale lo mismo que para el área, ya que la propiedad deja de pertenecer a quien era primero propietario”. ¿Cuál es entonces la solución? Juliano piensa que se deba conceder una acción *in factum*; es decir, *praescriptis verbis*. Entonces, si alguien no hubiera transferido la propiedad del área, pero ha consentido que tú edifiques con el fin de hacer común el área o el precio, se tendrá una sociedad. Y lo mismo sucede si se hubiere transferido por una parte sí y por otra no la propiedad del área y se hubiera permitido edificar con el mismo pacto. Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., 188 y ss.

³⁷ Cfr. Paul. l. II Inst., D. 44, 7, 3 pr: “*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum vel praestandum*”. La substancia de las obligaciones consiste no en que se haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa. Gai. 4. 2: “*In personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo, quis nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*”. Acción personal es aquella mediante la cual litigamos con alguien que está obligado respecto de nosotros a causa de haber contratado o delinquido; es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o asumir una responsabilidad.

³⁸ En D. 19, 5, 5 el jurista Paolo combina las dos especies de prestaciones y ofrece una clasificación de los contratos innominados en cuatro categorías: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*.

caso de incumplimiento—, contraponen el supuesto enunciado a tres contratos consensuales típicos: compraventa, mandato y sociedad.

La elección de estos tres contratos parece fundarse en las semejanzas que poseen con el negocio enunciado, por lo que Juliano identifica en cada uno de ellos el elemento diferenciador y concluye la inexistencia de esos.

A través de estas contraposiciones, y valorizando la estructura típica de cada uno, el jurista adrianeo evidencia la fisonomía característica del negocio referido y las prestaciones a cargo de cada parte.

En primer lugar, al negar la existencia de la compraventa debido a que el propietario transmitente del terreno recibe una parte de la cosa transferida en lugar del precio, evidencia el objeto de la contraprestación a cargo del constructor.

En segundo lugar, al negar la existencia del mandato con base en la falta de gratuidad, da relevancia no sólo a la corresponsabilidad de la convención concluida, donde la prestación de *Ego* es la transferencia del área; sino también a la especie (*facias*) de una de las prestaciones a cargo del adquirente del área, es decir, la edificación (*aedificare*) del edificio (*insula*), la que no es una actividad a riesgo del transmitente del área, sino una actividad a riesgo propio del constructor.

Por último, al negar la existencia de la sociedad con base a la transferencia del derecho de propiedad sobre el área (argumentación que valdría también para negar la existencia de la *locatio conductio*), evidencia la especie de la prestación a cargo del propietario del área (*do*), o sea, la efectiva transmisión del dominio del terreno a favor del constructor (carácter real).³⁹

Así, es posible sostener que Juliano, teniendo en consideración las prestaciones a cargo de ambas partes, concibió el negocio descrito en D. 19, 5, 13, 1 como un supuesto de *do ut facias*.⁴⁰

Ahora bien, respecto al medio de tutela enunciado en el fragmento (*in factum putat actionem lulianus dandam, id est praescriptis verbis*), Filippo Gallo⁴¹ afirma la interpolación del fragmento en cuestión porque la indicación *id est praescriptis verbis* no resulta coherente al pensamiento expresado por el mismo Juliano en otros fragmentos del *Digesto* referidos a estructuras similares (*do ut facias*) en las que el medio de tutela propuesto es una *actio in factum* para

³⁹ El carácter real se evidencia en la opción por la utilización del verbo “dar” (*dedero*) y no del verbo “vender” (*vendidi*), típico del carácter obligante consensual, el que se observa, por ejemplo, en los fragmentos D. 19, 5, 12 y D. 19, 5, 6, atribuidos a los juristas proculeyanos Próculo y Nerazio, respectivamente. Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., pp. 54 y ss.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*, p. 198: “(= *dedi tibi areae meae dominium ut insulam aedifices et partem mihi reddas*)”.

⁴¹ Cfr. *ibidem*, pp. 176 y ss.

el caso concreto.⁴² El autor considera que Juliano, identificando el supuesto relatado en el fragmento en análisis con una estructura de *do ut facias*, originariamente atribuyó al mismo la tutela habitualmente utilizada para esos supuestos de la *actio in factum* para el caso concreto, e hipotetiza la referencia a la *actio praescriptis verbis* a la intervención de Ulpiano, y el agregado *id est praescriptis verbis* a la obra de los compiladores justinianeos.⁴³

La tutela *in factum* implica para Juliano la concesión de una acción no edictal (no incluida en el edicto por él codificado) de naturaleza decretal.⁴⁴ El jurista sabiniano, fuertemente ligado a la tipicidad y siguiendo el modelo sinalgmático de las prestaciones, en el fragmento en análisis reconoció en la convención atípica del área (de estructura *do ut facias*) un esquema contractual, pero que no posibilitaba la utilización de una *actio* útil ni la aplicación de la analogía (*agere praescriptis verbis*) debido a la falta de similitud con aquellos contratos *quorum appellationes iure civilis sunt*, por lo que concedió una tutela extra edictal en términos de fórmula *in factum*.⁴⁵ Esto confirma plenamente que para Juliano la referida convención era de naturaleza atípica, y evidencia que él prefirió la estabilidad del sistema de los contratos típicos reflejada en las acciones típicas edictales codificadas.

En suma, es posible afirmar que los juristas clásicos del derecho romano percibieron —con base en las especies de prestaciones a cargo de cada parte— al negocio referido en D. 19, 5, 13, 1 como una convención sin denominación en el *ius civile* (innominada) de estructura *do ut facias*.

Entonces, respecto a su clasificación en términos de *contractus*, la misma dependerá de la *secta* desde la cual se analice la cuestión.

Desde la perspectiva de los juristas pertenecientes a la escuela proculeyana, el supuesto referido en el fragmento analizado no entra dentro de la

⁴² Cfr. D. 2, 14, 7, 2: “...dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas...Julianus scribit in factum actionem a praetore dandam ... te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo...”. Juliano escribe que se ha de dar por el pretor la acción de hecho.

⁴³ Cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II...*, cit., pp. 198 y ss. En igual sentido, respecto a la calificación “civilis” evidenciada en Paul. l. V quaest., D. 19, 5, 5, 2: “... sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumitisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem”. Pero si te di un esclavo a fin de que tu manumitas a un esclavo tuyo, y tu lo manumitiste y el esclavo que yo te di fue objeto de evicción, Juliano distingue: si te di el esclavo conscientemente, se necesita dar contra mí la *actio doli*, en cambio, si yo tuve buena fe, una acción *in factum civile*. Cfr. *ibidem*, p. 180 y ss.

⁴⁴ Cfr. Cardilli, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie”, cit., pp. 21-22.

⁴⁵ Sobre una hipótesis interpretativa diversa cfr. Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, cit., p. 199 y ss.

categoría general de contrato pues no cumple con la exigencia de la bilateralidad objetiva (*ultra citroque obligatio*) del *synallagma* labeoniano.

Por el contrario, los juristas sabinianos asumiendo el *synallagma* aristotiano —fundado en la reciprocidad de las prestaciones— observan en el referido supuesto innominado una estructura contractual, posteriormente identificada por los juristas bizantinos y medievales como uno de los cuatro supuestos (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*) de los denominados *anónyma synallágmata* o contratos innominados.⁴⁶

III. CONCLUSIÓN

A modo de cierre, creo que la lectura en clave histórica de la actual problemática existente en torno a la clasificación del acuerdo de transmisión de dominio de terreno a cambio de unidad a construir permite poner de manifiesto algunas cuestiones fundamentales.

En primer lugar, el carácter de contrato autónomo e innominado del negocio analizado, en el que existe a cargo del transmitente del terreno una obligación cuyo contenido consiste en una prestación de dar —transferencia del derecho de dominio sobre el inmueble (*area*)—, y a cargo del constructor una obligación compleja cuyo contenido consiste en una prestación de hacer —construcción del edificio (*insula*)— y en una prestación de dar —transferencia de la nueva edificación—. En este sentido, es posible afirmar que la perspectiva contemporánea, a diferencia de la solución dada por Juliano, no adopta la postura que tutela y concibe la existencia de la sinalagmaticidad sólo una vez ejecutada la prestación de transferencia del terreno. Se observa en la actualidad un renacimiento de la visión labeoniana de la sinalagmaticidad en el plano de las obligaciones y no de las prestaciones.

Asimismo, su carácter autónomo e innominado evidencia por un lado la relevancia y valor de la estructura típica contractual como elemento de resistencia frente a la autonomía de la voluntad de las partes, y por otro lado, la importancia de tal concepción por parte de los juristas encargados de la elaboración e interpretación de este contrato, lo que indudablemente influirá en el desarrollo de una fisonomía contractual adecuada a las exigencias sociales y en su posible futuro proceso de tipificación en las codificaciones nacionales.

Por último, la reafirmación de la importancia del derecho romano como medio útil para develar la naturaleza de las instituciones jurídicas modernas y para solucionar las problemáticas jurídicas de la actualidad.

⁴⁶ Cfr. Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 554 y ss.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUARONE, María T. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Aplicaciones actuales de las normas del contrato de permuta”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 113, núm. 902, octubre-diciembre de 2010.
- ALTERINI, Atilio A. *et al.*, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.
- BLANCO LARA, Ricardo J. *et al.*, “Transferencia de inmuebles por unidades a construir”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 114, núm. 905, julio-septiembre de 2011.
- CARDILLI, Riccardo, “Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra «natura contractus» e «forma iuris»”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2008.
- CARDILLI, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onerarie”, *Annali del seminario giuridico (AUPA)*, vol. LXI, Torino, Giappichelli Editore, 2018.
- CERÁVOLO, Francisco, “Transmisión de terreno a cambio de sectores de propiedad autónoma en edificio a construir sobre aquel”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 73, núm. 710, marzo-abril de 1970.
- D’ALESSIO, Marcelo *et al.*, *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados II*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- GALLO, Filippo, “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena, Mucchi Editore, 1999.
- GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto I*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1992.
- GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto II*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995.
- GROSSO, Giuseppe, “Voce: contratto (dir. rom.)”, *Enciclopedia del diritto IX*, Milano, Giuffrè, 1961.
- HOZ, Marcelo de, “Transferencia de inmueble por unidades a construir”, *Revista Notarial*, La Plata, año 99, núm. 915, 1993.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TALAMANCA, Mario, “Contratto e patto nel diritto romano”, *Digesto delle discipline privatistiche*, 4a. ed., Torino, UTET, 1989.

FIDEIUSSIONE IN OMNEM CAUSAM E PAGAMENTO DEGLI INTERESSI MORATORI DEL DEBITORE PRINCIPALE. DAL DIRITTO ROMANO AI CODICI CIVILI MODERNI

Andrea TRISCIUOGGIO

*A Horacio Heredia Vázquez,
apasionado joven romanista.
In memoriam*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Estensione della fideiussione agli accessori del debito principale: dottrina ottocentesca e codici di tradizione romanistica*. III. *Fideiussio in omnem causam e interessi moratori*. IV. *Osservazioni conclusive*. V. *Bibliografia*.

I. PREMESSA

La riflessione giurisprudenziale romana in tema di stipulazioni di garanzia e principio di accessorietà ci presenta interessanti soluzioni, oltre che in merito alle più note fideiussioni *in duriolem/leviolem causam*,¹ anche a proposito della fideiussione *in omnem causam*. Tale *fideiussio*, piuttosto trascurata nel suo complesso in tempi recenti dalla romanistica,² non ha nulla a che

¹ Cfr. su di esse Mannino, Vincenzo, “Fideiussione e accesorietà”, *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica*, V Congresso internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di Vacca, Letizia, Torino, Giappichelli, 2003, p. 64 e ss.; più recentemente Cardilli, Riccardo, “Garanzie personali e obbligazione”, *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di Piro, Isabella, Tricase, Libellula Edizioni, 2016, vol. I, pp. 564 e ss.

² Per reperire trattazioni con un certo grado di approfondimento esegetico (segnato sovente, nel Novecento, dal metodo interpolazionistico) occorre risalire a: Madai, Carl Otto von, *Die Lehre von der Mora*, Halle, C. A. Schwetschke und Sohn, 1837, pp. 415 e ss.; Mommsen, Friedrich, *Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, Schwetschke, 1855, pp. 277 e ss.; Kniep, Ferdinand, *Die Mora des Schuldners nach Römischem und Heutigem Recht I*, Rostock, Stiller, 1871, pp. 250 e ss., spec. 258 e ss.; Segré, Gino, *Corso di diritto*

vedere, malgrado una certa assonanza, con l'attuale fideiussione c.d. *omnibus*, sottoscritta la quale il mallevadore è responsabile anche per tutti i debiti futuri che il soggetto garantito avrà con il creditore (di solito, la banca).³ Le opinioni dei *prudentes* a cui mi riferisco, e che talora si traducono in statuizioni dell'imperatore di carattere particolare (*decreta, rescripta*), riguardano piuttosto quei casi in cui ci si chiede se il fideiussore possa essere ritenuto responsabile anche per il pagamento degli accessori, in particolare degli interessi di mora,⁴ che si considerano strettamente inerenti al debito principale, garantendo così il credito nella sua interezza. A questo allude, in tali contesti, il sintagma *omnis-universa causa*,⁵ che, tuttavia, oltre ad includere nella semantica giuridica, come vedremo, l'obbligo di pagamento degli interessi moratori,⁶ apre ad un più articolato coinvolgimento del *fideiussor*

romano. *Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Torino, A. A. 1933-1934, pp. 191 e ss.; Martino, Francesco de, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*, Roma, Foro Italiano, 1940, pp. 152 e ss.; Frezza, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I*, Padova, Cedam, 1962, pp. 72 e ss. Un breve accenno si legge in Talamanca, Mario, voce "Fideiussione (parte storica)", *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. XVII, p. 333. Daremo conto in seguito, nelle note, dei contributi più recenti dove si commentano i singoli brani che menzionano la *fideiussio* in esame.

³ Sulla fideiussione *omnibus* cfr., *inter alios*, con sguardo comparatistico sulle diverse legislazioni degli stati europei, Fiorentini, Francesca, "Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei", *Trattato notarile* (diretto da Preite, Filippo), Milanofiori Asago, Utet giuridica, 2011, vol. IV, t. 1, p. 794 e ss. Tuttavia nella dottrina civilistica spagnola si considera la fideiussione *in omnem causam* come un "híbrido de fianza por deuda futura y de fianza indefinida ex artículos 1825 y 1827.II CC"; così, Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, "El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?", *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX, núm. 4, 2006, p. 1719, nt. 152.

⁴ Nei codici civili attuali di origine romanistica, come si vedrà, si includono anche le spese di denuncia e giudiziali. Sul regime delle *usurae ex mora* nel diritto romano è qui sufficiente il rinvio a Cervenca, Giuliano, voce "Usura (diritto romano)", *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1992, vol. XLV, pp. 1130 e ss.

⁵ Dove il polisemico "*causa*" ha il senso generico di rapporto giuridico (*scil.* l'obbligazione principale); cfr. in tal senso Georgesco, Valentin-Al., *Essai sur le mot "causa" dans le latin juridique. Étude de philologie juridique*, Bucarest, M. O. Imprimerie Nationale, 1936, p. 38 s. (a proposito di D. 21.1.56). Con maggiore precisione Segré, Gino, *op. cit.*, p. 191, rende l'espressione con "per l'intero rapporto di debito", conformemente, per altro, alla versione in lingua greca (εἰς πᾶσαν τὴν ἐνοχλήν) che si afferma nella tradizione romanistica d'Oriente: cfr. *Syn. Bas. mai.* E. I, 21 (in *Jus Graeco-Romanum*, t. V, p. 249). Locuzioni assimilabili sono: "*in omnem conductionem*" (D. 46.1.68.1); "*in universum*", "*in universam conductionem*" (D. 50.8.3.pr.1). In contesti diversi la locuzione "*omnis causa*" acquista un altro significato: cfr., per esempio, D. 14.1.1.7, in tema di *actio exercitoria*, dove è riconoscibile il senso di "ogni possibile rapporto giuridico".

⁶ Per altro, in talune fonti il rapporto tra la locuzione *causa* (con o senza *omnis*) e le *usurae* non può dirsi assorbente; cfr. in proposito le osservazioni di Emilio Albertario opportunamente recuperate da Vallocchia, Franco (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle "usurae" nel diritto romano*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 143 e s.

nella vicenda negoziale e ad un'applicazione anomala del principio di accessorietà che in generale regola la fideiussione.

Si consideri, a tal proposito, che il *fideiussor* (*acceptus*) in *universam causam* può essere considerato il legittimo destinatario, in luogo del venditore, della *redhibitio* della cosa viziata,⁷ secondo l'opinione di Marcello condivisa verosimilmente da Paolo: D. 21.1.56 (Paul. 1 *quaest.*): “*Latinus Largus*;⁸ *quaero, an fideiussori emptionis redhiberi mancipium possit. Respondi, si in universam causam fideiussor sit acceptus, putat Marcellus posse ei fideiussori redhiberi*”.

Per altro verso, se la prestazione è divenuta impossibile durante la mora del debitore principale interpellato dal creditore, la finzione della *perpetuatio obligationis* opera anche per il fideiussore che abbia promesso “*in totam causam*”. La permanenza del vincolo in questo specifico caso si desume dal finale del seguente passo, ancora paolino: D. 45.1.91.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*): “*Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant [scil. debitores principales] obligationem, quia in totam causam spoponderunt*.”⁹

Vale la pena poi di soffermarsi sul caso illustrato in D.46.1.56.2 (Paul. 15 *quaest.*), dove è posta la questione se il *fideiussor*, pur in caso di nullità iniziale di un mutuo, possa essere chiamato a rispondere in luogo dell'*accipiens* garantito che abbia “consumato” il denaro ricevuto. Nel testo, dove non si affronta in alcuno modo il problema se il fideiussore debba, o no, pagare

⁷ Su tale *redhibitio* cfr., *inter alios*, Donadio, Nunzia, “Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell’*emptio venditio*”. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti”, *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2007, t. II, pp. 505 e ss.

⁸ Forse un giurista di rango inferiore; cfr. Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. Nocera, Guglielmo, Firenze, Sansoni, 1968, p. 195 e nt. 4; Ankum, Hans, “Das Verhältnis zwischen Latinus Largus und Iulius Paulus in D. 44.2.30.1”, *Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006, p. 12.

⁹ Nel testo originario di Paolo probabilmente il riferimento era alla *sponsio*; così, Segré, Gino, *Corso cit.*, p. 193, e, più recentemente, Cannata, Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano II*, 2, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 259 e ss. Per la critica testuale e altre ipotesi interpolazionistiche si vedano anche: Mayer-Maly, Theo, “Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91”, *Iura* 7, 1956, pp. 20 e ss.; Solazzi, Siro, “Né «accessiones» nè «adpromissores»”, *Scritti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, vol. III, p. 341; Flume, Werner, “Zu den Römischen Bürgschaftsstipulationen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung CXIII*, 1996, pp. 115 e ss. Si sono soffermati anche sul passo paolino in tempi più recenti Steiner, Anja, *Die Römischen Solidarobligationen: Eine Neubesichtigung unter Aktionenrechtlichen Aspekten*, München, C. H. Beck, 2009, pp. 150 e ss., e Santoro, Raimondo, “Perpetuari obligationem”, *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo LVII*, 2014, p. 189, nt. 45. Sul più generale principio (qui specificato con riferimento all’effetto della *perpetuatio obligationis* e alla *conceptio della stipulatio* fideiussoria) per il quale la mora del debitore principale si estende al fideiussore cfr., sempre di Paolo, D. 22.1.24.1, D. 45.1.88; *adde* D. 46.1.58.1; in dottrina *praecipue* Talamanca, Mario, voce “Fideiussione (parte storica)”, *cit.*, p. 333.

anche gli interessi oltre al capitale¹⁰, figura infatti una frase (“*in omnem enim causam acceptus videtur...*”), riferita al mallevadore, che sembra richiamare la nostra *fideiussio*. “D. 46.1.56.2 (Paul. 15 *quaest.*): *Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? Puto fideiussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest*”.¹¹

Il caso è il seguente: Tizio ha dato nummi non suoi a mutuo senza chiedere una *stipulatio* per la restituzione del *tantundem* (ed eventuali interessi),¹² ma ha accettato un garante per la restituzione (un fideiussore che si è impegnato invece evidentemente con una *stipulatio*). A parere di Pomponio (condiviso, credo, da Paolo) l’azione da mutuo (*condictio*), non essendosi perfezionato il contratto che presuppone la proprietà del dante,¹³ non spetta contro l’*accipiens*, né, per il principio di accessione, si potrà agire *ex stipulatu* contro il fideiussore: la nullità del mutuo comporta altresì la nullità della fideiussione. Ed ecco la *quaestio*: se, però, l’*accipiens* ha “consumato” i nummi ricevuti (“*consumptis nummis*”), l’obbligazione di restituire, che ora grava su di esso per quel fatto,¹⁴ si estende anche al suo fideiussore *ex stipulatione*? La risposta affermativa di Paolo si basa sull’interpretazione della medesima *stipulatio*

¹⁰ Lo osservava già Madai, Carl Otto von, *Die Lehre*, cit., pp. 431 e ss. Pertanto non mi pare giustificabile la scelta fatta da Marzo, Salvatore di, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, UTET, 1950, pp. 315 e ss., di annoverare, tra i testi del diritto romano alla base del vigente art. 1942 c.c.it. (vedilo *infra*, § II), D. 46.1.56.2, oltre a D. 46.1.68.1 (riportato *infra*, § III, senz’altro più attinente).

¹¹ Cfr. specialmente i commenti di: Mommsen, Friedrich, *Die Lehre* cit., p. 278 nt. 11; Segrè, Gino, *Corso*, cit., p. 192; Martino, Francesco de, *Le garanzie personali*, cit., pp. 159 e ss.; Kaser, Max, “Das Geld im Römischen Sachenrecht”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXIX.2, 1961, pp. 205 e ss.; breve accenno in Giuffrè, Vincenzo, *La “datio mutui”*. Prospettive romane e moderne, Napoli, Jovene, 1989, p. 75. Se anche —come ritiene Migliorini, Marco, *L’adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 138, in base ad un’analisi complessiva del libro XV delle *Quaestiones* di Paolo— nel passo si dovessero riconoscere prospettazioni teoriche più che una consulenza del giurista su di un caso pendente davanti al giudice, non si può escludere evidentemente che l’elaborazione teorica paolina si ispirasse alla pratica.

¹² Per simili ipotesi di mutui *sine stipulatione* e l’eccezionalità degli stessi v. recentemente Saccoccio, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 108, nt. 242.

¹³ Cfr. D. 12.1.2.4 (Paul. 28 *ad ed.*): *In mutui datione oportet dominum esse dantem...*

¹⁴ Giuliano (D. 12.1.19.1) afferma in termini generali: *Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit*; quel che dice Ulpiano (D. 12.1.13. pr.), con specifico riferimento al mutuo concesso dal ladro, è congruente: *Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio*. Ampia esegesi sul passo giuliano in Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones iustinianae*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 309 e ss.; si veda inoltre, anche a proposito di D. 12.1.13.pr., Kaser, Max, “Das Geld”, cit., p. 205.

(cfr. il “*videtur*”) da cui il giurista evince una volontà di coprire tutti i rapporti obbligatori che derivino comunque dalla dazione di denaro a credito (“*ex ea numeratione*”). Nel caso di specie credo anch’io che il rapporto consista pur sempre in un mutuo, in origine viziato, come si è detto, per la carenza di *dominium* nel *tradens*, ma poi sanato grazie alla *consumptio nummorum* dell’*accipiens*, con la quale lo stesso ha acquistato la proprietà dei nummi¹⁵, attuando così *ex post* il risultato tipico del contratto di mutuo. Interpretazione, questa, che si può basare invero su quel collegamento stretto, già prospettato in dottrina¹⁶, tra la *commixtio* (acquisitiva della proprietà: v. D. 46.3.78) e la *consumptio* del denaro, collegamento che negherebbe all’*ablativo* assoluto, “*consumptis nummis*”, di D. 46.1.56.2 il senso univoco di “spesi i nummi”. Dopo la *consumptio* del denaro dunque il *tradens* dispone della *condictio* contrattuale (da mutuo),¹⁷ è diventato creditore del *tantundem*, e può sorgere altresì, parallelamente e in forza del principio di accessione, l’obbligazione fideiussoria.

Se il *tradens* possa richiedere al fideiussore anche il pagamento di interessi convenzionali oltre al capitale dato a mutuo, come già si è osservato, è un problema che il passo non affronta. Lo ritengo in ogni caso improbabile: il mutuo è originariamente *sine stipulatione*, non è stato dunque negoziato il pagamento di *usurae* secondo i principi generali del diritto romano classico che richiedono per esse un’apposita *stipulatio*;¹⁸ una previsione di *usurae* nella stipulazione di garanzia l’avrebbe resa pertanto *in duriorem causam*, sotto il profilo del *plus debere in quantitate*, determinandone la nullità.¹⁹

Quanto poi al significato della frase “*in omnem enim causam acceptus videtur...*”, essa (come chiarisce la relativa “*quae-potest*”) rimanda ad una pluralità imprecisata di rapporti obbligatori che possano derivare dalla *numeratio*

¹⁵ La tesi della convalida del mutuo, in partenza nullo, per effetto della *consumptio nummorum* non è, però, pacificamente accolta; si veda in proposito Burdese, Alberto, “In tema di «consumptio nummorum»”, *Rivista del Diritto Commerciale*, LI, 1, 1953, p. 269, nt. 4, 281 ss.; Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 542; inoltre, Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur*, cit., p. 301, nt. 42, 315 s.

¹⁶ Cfr. in particolare Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur*, cit., pp. 316 e ss., nt. 67 (e lett. ivi citata); v. altresì le acute precisazioni di Burdese, Alberto, “In tema di «consumptio nummorum»”, cit., p. 271, nt. 8, nonostante la sua predilezione per l’equazione *consumere*=spendere.

¹⁷ Diversa è l’opinione di Talamanca, Mario, *op. loc. ult. cit.*, che pensa ad una *condictio* (extracontrattuale) *sine causa*.

¹⁸ Cfr. specialmente Cerami, Pietro e Petrucci, Aldo, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 113 e ss.

¹⁹ Cfr. Gai. 3.126: *In eo quoque iure par condictio est omnium, sponsorum fidepromissorum fideiusorum quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur*; D. 46.1.8.7 (Ulp. 47 ad Sab.): *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari*; in dottrina, Cardilli, Riccardo, “Garanzie personali”, cit., pp. 564 e ss.

del *tradens*, né è ravvisabile qui un rinvio alla sola obbligazione principale garantita, per altro inizialmente nulla.

II. ESTENSIONE DELLA FIDEIUSSIONE AGLI ACCESSORI DEL DEBITO PRINCIPALE: DOTTRINA OTTOCENTESCA E CODICI DI TRADIZIONE ROMANISTICA

Come si è già accennato precedentemente, il *fideiussor* “*acceptus in omnem causam*” ha goduto di speciale considerazione da parte dei giuristi romani in relazione alla questione se egli sia tenuto anche al pagamento delle *usurae ex mora* dovute dal debitore principale. Nell’Ottocento alcuni romanisti di area germanica, sulla base dei testi del Digesto che avremo modo di esaminare, si sono spinti ad individuare una regola dai tratti generali del diritto romano per la quale il fideiussore era chiamato a rispondere dei suddetti interessi moratori “solo quando” egli avesse dichiarato espressamente di costituirsi fideiussore per l’intero rapporto di debito (cioè, *in omnem causam*).²⁰ A tale filone dottrinario se ne contrapponeva un altro, per il quale invece si presumeva, salvo patto limitativo contrario, una volontà del fideiussore di estendere il proprio debito agli accessori del debito principale (ivi inclusi gli interessi moratori).²¹ La diversità di letture maturata nella stagione della Pandettistica²²

²⁰ Trattasi in particolare di Wolf, von Madai e Hasenbalg, citati dal Windscheid, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, trad. it. Fadda, Carlo e Bensa, Paolo Emilio, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1904, vol. II, p. II, § 477, p. 455, nt. 26.

²¹ Di tale opinione, con riguardo agli interessi moratori (annoverati fra gli “incrementi”), è Windscheid, Bernardo, *op. cit.*, p. 455, nt. 26. Lo stesso Autore distingue, tuttavia, tali interessi da quelli (convenzionali) promessi dal debitore principale, per il pagamento dei quali il fideiussore non sarebbe generalmente responsabile (*op. cit.*, p. 455 e nt. 28). La sintesi di Arndts, Lodovico, *Trattato delle Pandette*, trad. di Filippo Serafini, III ed., Bologna, Tipi Fava e Garagnani, 1880, vol. II, § 354, p. 438, è coincidente: “Il fideiussore risponde di regola...nella misura stessa del debitore principale, onde anche delle accessioni ... in specie degli interessi moratori, non di quelli contrattuali, eccetto che abbia garantito fin da principio senza limiti il debito come fruttifero, o sia stata in modo speciale estesa la fideiussione all’obbligo degli interessi”. Aderisce poi a tale assunto anche Dernburg, Arrigo (*Diritto delle obbligazioni*, VI ed., trad. di Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, § 79, pp. 312 e ss.) quando afferma: “In quale estensione sia il fideiussore tenuto, risulta in prima linea dal contratto di garanzia. Ma nel dubbio egli assume la piena garanzia —*in omnem causam*— cioè la responsabilità per tutto ciò, che in forza del negozio garantito, è obbligato a prestare il debitore principale ... Egli è quindi responsabile per le conseguenze della mora...del debitore principale, e per gli interessi legali”.

²² La disputa in questione è ricordata anche da Dernburg, Arrigo, *op. cit.*, p. 313, nt. 2; da Campogrande, Valerio, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1902, n. 312, p. 205; nonché da Martino, Francesco de, *Le garanzie personali cit.*, pp. 152 ss.

comportava inevitabilmente una diversa valutazione del silenzio negoziale in merito al pagamento degli interessi moratori (compresi nella locuzione *omnis causa*), dato che per gli uni il silenzio giovava al fideiussore e nuoceva al creditore, per gli altri il silenzio giovava al creditore e nuoceva al fideiussore, la cui volontà di obbligarsi anche per le *usurae*, come detto, si doveva presumere.

Il nodo cruciale, che è alla base della *dissensio* presente nella dottrina ottocentesca sopra richiamata, è individuabile in verità proprio nella valutazione della *fideiussio in omnem causam* e nell'alternativa, suggerita dalle fonti, tra un tipo speciale di stipulazione di garanzia, con una *conceptio verborum* che espressamente contemplasse l'obbligazione principale garantita nella sua interezza, oppure una modalità espressiva impiegata dalla giurisprudenza di età classica per rappresentare una fideiussione senza specifiche limitazioni quantitative, o, detto diversamente, dai tratti indefiniti, stante anche l'equipollenza logica tra la *propositio indefinita* e la *propositio universalis*.²³

Devo dire che la tesi di coloro che considerano la *fideiussio in omnem causam* un *modus dicendi* in grado di coprire anche il caso della fideiussione indefinita (o semplice), e non necessariamente un tipo di *fideiussio* caratterizzato da una specifica *conceptio verborum* “*in omnem causam*” mi sembra la preferibile. Del resto, è quella in linea con la più consolidata tradizione romanistica —che va dalla *Magna Glossa*,²⁴ al Donellus,²⁵ al Vinnius—²⁶ la quale ammetteva che

²³ Cfr. quel che afferma Vinnius, Arnold, *De quaestionibus juris selectis*, lib. II, cap. X, Politiani, apud Angelum Fumi, 1844, p. 198, con riferimento ai contratti di buona fede (a cui va riconosciuta, come vedremo, una centralità nella presente indagine): “Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, et consequenter in usuras quoque et alias accessiones se obligasse, necesse est in bonae fidei contractibus nominatim haec verba aut similia exprimere ... sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certae quantitatis ... nec mutat, in causam dicat, indefinite, an in causam omnem sive universam; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum aequipolleat universali”; si veda altresì Corsi, Raffaele, *La fidejussione considerata nei rapporti del Codice Civile coi principii del diritto romano con la dottrina e con la giurisprudenza*, III ed., Bologna, Zanichelli, 1893, p. 64 s.

²⁴ Cfr. gl. “*in omnem*” ad C. 4.54.5 (per il testo della *lex v. infra*, § III, sub b): “Et dic idem si simpliciter fideiussit, ac si in omnem causam”.

²⁵ Cfr. Donellus, Hugo, “Commentaria ad titulum Dig. De eo quod certo loco dari oportet”, Ad L. Centum Capuae. 9, n. 22, in *Opera omnia*, ed. Florentiae, 1847, t. X, col. 1208, il quale, in relazione alla frase “*si in omnem causam conductionis fideiussor se obligavit*” di D. 19.2.54. pr. (v. *infra*, § III), ammette una duplice opzione ermeneutica circa il pensiero di Paolo: “*Aut enim intelligit Paulus fideiussorem se obligasse nominatim in omnem causam conductionis, ut his verbis uteretur: aut simpliciter ita, ut diceret se spondere de tota conductione, ut sit is fidejussor, quem ipse initio vocat fidejussorem conductionis*”.

²⁶ Cfr. *supra*, nt. 23. Si veda altresì Retes, Josephus Fernández de, “Praellectio ad titulum dig. De verborum obligationibus”, pars II, tract. IV, § XXII, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici* [Meermannii Thesaurus], Hagae 1753, vol. VII, p. 450: “mihi ... inedit, in omnem

la locuzione *in omnem causam* potesse dare copertura anche alla fideiussione semplice, che non presentasse, cioè, espresse limitazioni nella stipulazione. Qualche indizio a favore di tale posizione si trova invero anche nelle fonti dell'impero romano d'Oriente.²⁷

Ciò detto, un rapido e parziale sguardo ai codici della tradizione romanistica mostra che la tesi che considera un *naturale negotii* l'obbligo del fideiussore di coprire anche gli accessori del debito principale ha finito per prevalere. Si legga per esempio l'art. 1942 del codice civile italiano ora in vigore, rubricato '*Estensione della fideiussione*': "Salvo patto contrario, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive".²⁸ Una scelta analoga si può scorgere nei seguenti articoli che espressamente si soffermano sulla fideiussione semplice o indefinita. Si veda per la Francia, l'art. 2293 c.c.: "Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution"; per la Spagna, l'art. 1827 c.c.:

La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Si fuere simple o indefinida, comprenderá no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago.

Infine per il Cile, l'art. 2347 c.c.:

La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciere al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha.²⁹

causam censi intervenisse, quando indistincte generalibus verbis et sine aliqua limitatione fideiussit".

²⁷ Non è forse privo di significato il fatto che in Bas.19.1.92 (ed. Heimbach, t. II, p. 270) il riferimento all'intera obbligazione del compratore (*in omnem causam empti*), che precisa l'estensione dell'obbligazione del suo fideiussore nel corrispondente testo latino (C. 4.54.5; vedilo, *infra*, § III, sub b), è stato omissso, come se i compilatori bizantini non avessero avvertito alcuna distinzione tra una *fideiussio* espressa *in omnem causam* e una fideiussione semplice.

²⁸ Sull'art. 1942 c.c.it. *cfr.* Bozzi, Giuseppe (a cura di), *La fideiussione*, Milanofiori Assago, Utet giuridica, 2013, pp. 268 e ss.

²⁹ Identico è l'art. 2373 del Codice Civile colombiano.

III. FIDEIUSSIO IN OMNEM CAUSAM E INTERESSI MORATORI

È opportuno, a questo punto, prima di precisare come il diritto romano abbia influito sugli articoli dei codici civili moderni di tradizione romanistica considerati, rivedere la casistica romana che si è conservata a proposito dell'obbligo del *fideiussor acceptus in omnem causam* di pagare le *usurae* relative alla mora del debitore principale. I casi in questione sono trattati tutti dalla giurisprudenza severiana (in particolare da Paolo e da Ulpiano), ma non mancano precise corrispondenze nelle costituzioni imperiali a carattere casistico databili sempre nella prima metà del III secolo d. C. I testi del *CIC*. rilevanti sono di seguito ordinati secondo il tipo di rapporto negoziale a cui accede la *fideiussio* in questione. Il dato che risalta *ictu oculi* è che tutti tali testi riguardano stipulazioni fideiussorie che accedono a contratti di buona fede (locazione e vendita).

1. *Locatio-conductio*

In merito alle fideiussioni fornite dal conduttore a rinforzo del credito del locatore vengono in considerazione:

D. 19.2.54.pr. (Paul. 5 *resp.*): *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: "in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?" vel ita: "indemnem me praestabis."*³⁰

³⁰ Sul passo v. specialmente Voci, Pasquale, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, *Il contenuto dell'obligatio* I,1, Milano, Giuffrè, 1969, p. 17 s.; Santalucia, Bernardo, *I "libri opinionum" di Ulpiano*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. II, p. 162 e nt. 40; Dajczak, Wojciech, "Erklärungen Römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex Fide Bona in Klageformeln", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité XLVI*, 1999, pp. 239 e ss.; Talamanca, Mario, "La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di Garofalo, Luigi, vol. IV, Padova, Cedam, 2003, p. 196, nt. 554; Cherchi, Alice, *Ricerche sulle "usurae" convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 180 e ss.; Fenocchio, Marco Antonio, *La "fideiussio indemnitas"*. Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a Giustiniano, Napoli, Jovene, 2014, pp. 37 e ss.; Gorla, Fausto, "Bona

D. 46.1.68.1 (Paul. 3 decret.): *Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum.*³¹

D. 50.8.3.1 (Ulp. 3 opin.): *Qui fideiusserint pro conductore vectigalis in universam conductionem, in usuras quoque iure conveniuntur, nisi proprie quid*³² *32 in persona eorum verbis obligationis expressum est.*³³

Nel primo passo Paolo viene interrogato sulla questione se il fideiussore del conduttore di un fondo (*colonus*) sia tenuto a corrispondere anche le *usurae ex mora* maturate a seguito dell'inadempimento del debitore principale (mancati pagamenti dei canoni scaduti al locatore). Secondo il responso dato dal giurista si dovrebbe valutare in primo luogo il tenore del testo negoziale, e in particolare si dovrebbe accertare se il fideiussore si sia obbligato “*in omnem causam conductionis*”; espressione, questa, che potrebbe alludere ad una corrispondente *conceptio verborum* nella *stipulatio*, ma anche, come si è detto, ad una semplice, generica assunzione del vincolo nella *stipulatio* senza la previsione di limitazioni.³⁴ Se così fosse, sarebbe dovuto dal fideiussore anche il pagamento delle *usurae ex mora* calcolate dal giudice al momento della condanna, applicandosi gli stessi principi dei giudizi di buona fede validi nei confronti del conduttore in sede di *actio locati*. Paolo argomenta

fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici”, *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, a cura di Garbarino Paolo, Triscuoglio Andrea, Sciandrello Enrico, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2016, pp. 428e ss.; Vieira Cura, António A., “A mora conductoris no direito romano e os seus efeitos: o diferimento da expulsão do locatário (por falta de pagamento da pensão)”, *A locatio-conductio. Influência nos direitos atuais*. Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, in Santos Justo, António dos (coord.), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018, pp. 167 e ss.

³¹ Sul passo v. Sanfilippo, Cesare, *Pauli decretorum libri tres*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 108 e ss.; Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., pp. 162 e ss. e nt. 41; Cerami, Pietro, “Contrahere cum fisco”, *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo XXXIV*, 1973, p. 316; Wagner, Herbert, *Die Entwicklung der Legalthypothen am Schuldnervermögen im Römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1974, p. 145 ss.

³² Sottointende un “*contrarium*” De Martino, Francesco, *Le garanzie personali*, cit., p. 159.

³³ Cfr. Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., in part. p. 164; adde, con accostamento a D. 19.2.54.pr., Mayer-Maly, Theo, *Locatio Conductio: eine Untersuchung zum Klassischen Römischen Recht*, Wien-München, Verlag Herold, 1956, p. 103.

³⁴ Cfr. l'opinione del Donellus riportata, *supra*, nt. 25.

per via analogica ed equitativa sostenendo che con quella *conceptio verborum* (specificata o generica che fosse) è come se il fideiussore avesse risposto alle domande stipulatorie: “*in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubet?*”, oppure, “*indemnem me praestabis?*”, accollandosi pertanto l’*onus usurarum*. Il responso paolino conosce dunque due momenti: in primo luogo l’attenta considerazione del tenore del testo negoziale (l’*id quod actum est*) e, in seconda battuta, il pareggiamento, che la *conceptio verborum* consente, tra la situazione del debitore principale e quella del fideiussore con riguardo al pagamento delle *usurae ex mora coloni*, determinate non espressamente in *obligatione* ma in *condemnatione*.

La sentenza (*decretum*) del principe,³⁵ su cui Paolo si sofferma in D.46.1.68.1, si basa su di una simile valutazione preliminare. La cancelleria imperiale, per decidere se i fideiussori sono debitori nei confronti del *fiscus* anche per le *usurae* dovute dal conduttore di un *vectigal* (forse un esattore d’imposta³⁶), esamina innanzitutto il tenore del testo negoziale scritto in calce al contratto principale della *locatio-conductio* (*scriptio fideiussionis*³⁷), testo dal quale si desume una volontà dei fideiussori di obbligarsi solo per cento all’anno (probabilmente si tratta del canone annuale dovuto) e non per l’intero debito del conduttore (“*in omnem conductionem*”). Ancora opera pertanto un rigido rispetto dell’*id quod actum est* e dunque il fisco non potrà, vantando un qualche privilegio, pretendere le *usurae* dal fideiussore, ma solamente (pur sempre rispettando il limite di cento per anno) il credito da capitale che eventualmente residua dopo la vendita dei beni sequestrati al conduttore Aurelio Romolo.

Nel terzo passo riportato, tratto dalle *Opiniones* di Ulpiano,³⁸ si ribadisce che un fideiussore (tra i più) che si obbliga “*in universam conductionem*” deve garantire anche il pagamento degli interessi moratori dovuti dal conduttore del

³⁵ Si tratta probabilmente di Settimio Severo; cfr. Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 146; Coriat, Jean-Pierre, *Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère*, Rome, École Française de Rome, 2014, vol. I, pp. 334 e ss. Non rileva qui in modo particolare la parte della sentenza che fissa un preciso *ordo excussionis* in cui si dà priorità alla vendita dei beni sequestrati al *conductor vectigalis* rispetto alla convenibilità dei fideiussori.

³⁶ Oppure, come ritiene Sanfilippo, Cesare, *op. cit.*, p. 109, un affittuario di *agri vectigales*. È carente qui, in ogni caso, l’organizzazione societaria del *conductor*; v. in proposito Mateo, Antonio, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1999, p. 165 e nt. 551.

³⁷ Su tale espressione cfr. Bortolucci, Giovanni, *La fideiussione nell’Egitto greco-romano*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1906, p. 276, nt. 2.

³⁸ Su tale opera attribuita al giurista severiano cfr., tra gli altri, Marotta, Valerio, *Ulpiano e l’impero*, Napoli, Loffredo, 2000, vol. I, pp. 98 e ss.; Trisciungoglio, Andrea, “Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza*

vectigal al creditore (la *civitas*³⁹), ferma restando la possibilità per ciascuno dei fideiussori con apposita clausola negoziale di negare tale obbligo.⁴⁰ Nuovamente è dunque decisiva un'attenta e preliminare considerazione del tenore del testo negoziale, in grado di fondare, o meno, la richiesta del creditore al fideiussore di pagare anche le *usurae ex mora rei*.

2. *Emptio-venditio*

Un'impostazione simile può essere rilevata in relazione a una costituzione dell'imperatore Gordiano (238-244 d. C.) in tema di compravendita:

C. 4.54.5 (*Imperator Gordianus A. Aurelio Longino evocato*): *Initio venditionis si pactus es, ut is cui vendidisti possessionem pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret, non immerito existimas etiam eas tibi adito praeside ab emptore praestari debere. Nam si initio contractus non es pactus, si coeperis experiri, ex mora dumtaxat usuras tam ab ipso debitore quam ab eo, qui in omnem causam empti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis.*⁴¹

Nel rescritto l'imperatore, rivolgendosi al venditore Aurelio Longino che lo ha interpellato circa una domanda giudiziale da presentare al governatore provinciale, riserva un medesimo trattamento alle usure convenzionali e alle *usurae ex mora*. Risponde infatti che, pur in assenza di una regolamentazione pattizia e se il venditore ha già dato corso al suo adempimento, le seconde sono parimenti dovute, *ex officio iudicis*,⁴² dal compratore, e inoltre che —ciò che qui più interessa— anche il fideiussore dato dall'*emptor* è chiamato al pagamento delle *usurae ex mora*; a condizione, però, che abbia impegnato la sua *fides* (evidentemente nella stipulazione fideiussoria) “*in omnem causam empti*”. Con ciò evocando anche qui una *conceptio verborum* della

giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2003, vol. IV, p. 315 nt. 6.

³⁹ Cfr. Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., p. 161; Mateo, Antonio, *op. loc. cit.*

⁴⁰ La condizionale negativa “*nisi proprie-expressum est*” sarebbe un'inserzione dei giustiniani, o forse un glossema, secondo Martino, Francesco de, *Le garanzie personali*, cit., pp. 158 e ss., 161 nt. 2; similmente Mayer-Maly, Theo, *Locatio conductio*, cit., 103; *contra*, però, Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., pp. 164, nt. 42.

⁴¹ Su tale *lex cfr.* specialmente Villa, Vittorio de, *Le “usurae ex pacto” nel diritto romano*, Roma, Il Foro italiano, 1937, pp. 124 e ss.; breve richiamo in Talamanca, Mario, voce “Vendita in generale (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. XLVI, p. 420, nt. 1205.

⁴² Cfr. anche D. 19.1.49.1 (Herm. 2 *iur. epit.*) e, della cancelleria diocleziana notoriamente classicista, C. 4.49.13 (a. 294): “*...vendiditorque pretium tantum ac, si moram intercessisse probetur, usuras officio iudicis exigere potest.*”

stipulatio idonea a coprire l'intero debito (prezzo e interessi moratori) del soggetto garantito.

Il legame privilegiato che abbiamo riscontrato nelle fonti tra la *fideiussio* —qualificata, si deve credere, dai *prudentes*— *in omnem causam* e i contratti di buona fede in tema di *onus usurarum* trova un'ulteriore e, questa volta, generale conferma nel *principium* di D. 50.8.3 (Ulp. 3 *opin.*),⁴³ dove Ulpiano giustifica l'obbligo gravante sull'erede del fideiussore di pagare gli interessi moratori legati all'inadempimento di un *conductor operis*, garantito dal *de cuius*, nel modo seguente: “*cum et prior causa [scil. la stipulatio fideiussoria] in bonae fidei contractu in universum fideiussorem obligaverit*”.

E, in effetti, nel diritto romano d'età classica una distinzione tra contratti assistiti da *iudicia stricti iuris* e contratti tutelati da *iudicia bonae fidei* sembra avere un'incidenza anche sull'estensione al fideiussore degli obblighi inerenti alle *usurae ex mora*.⁴⁴ Nei primi, tanto per il debitore principale quanto per il fideiussore le sole *usurae* dovute erano quelle espressamente previste in *obligatione*, come avviene nel caso del mutuo e delle stipulazioni fideiussorie annesse;⁴⁵ nei secondi, invece, al garantito e al garante potevano essere richiesti interessi moratori anche sulla base di una valutazione giudiziale dell'*oportere*

⁴³ Frammento già esaminato, limitatamente al § 1, *supra*, in questo paragrafo sub a). Per un'ampia esegesi di D. 50.8.3.pr. mi permetto di rinviare a Trisciunglio, Andrea, “Bona fides”, *cit.*, pp. 316-322.

⁴⁴ In tal senso v. già Voet, Giovanni, *Commento alle Pandette*, Venezia, Tip. Naratovich, 1852, vol. V, ad lib. XLVI, tit. I, § XIII, pp. 765 e ss.; ripreso da Jones Jr., Philip K., “Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes”, *Tulane Law Review* LII, 1977-1978, pp. 131 e ss.

⁴⁵ Cfr. il seguente rescritto della classicista cancelleria diocleziana: C. 4.26.9 (*Imp. Diocl. et Maxim. Diogenio*): *Si mandator pro filio tuo extitisti vel iussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris iure detinentur liberari possint. Quod si fideiussor creditae pecuniae intercessisti, teneri te ex ea obligatione explorati iuris est* (a. 294). Considerato il collegamento —che mi pare indubitabile— tra “*ex ea obligatione*” e “*si te his omnibus obligasti*” (obbligazione per capitale e usure), la *lex*, *in fine*, non lascia incertezze (forse alimentate in precedenza dal senatoconsulto Macedoniano) sul fatto che il *pater-fideiussor* risponde anche delle *usurae* promesse a remunerazione del capitale sia dal figlio mutuatario sia da lui, nella *stipulatio fideiussoria*. Per il *fideiussor* non *pater* il principio doveva essere ancor più fuori discussione. Si è conservata nelle *tabulae* della Transilvania una *testatio*, risalente al 162 d. C., che riflette le modalità negoziali con le quali il fideiussore (*Titius Primitius*) si vincolava per capitale e usure (convenzionali) a favore del mutuatario. Cfr. FIRA III, n. 122, p. 394: *Id fide sua esse iussit Titius Primitius d(e) s(orte) s(upra) s(cripta) / c(um) u(suris) r(ecte) p(robe) s(oluenda)*; in dottrina cfr. specialmente Gröschler, Peter, “Die Konzeption des Mutuum cum Stipulatione”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* LXXIV, 2006, p. 263. Ad una probabile *testatio* della *stipulatio fideiussoria* scritta in calce al contratto principale si accenna anche in D. 46.1.68.1 (“*Lecta subscriptione fideiussionis*”), testo che abbiamo sopra (in questo §, sub a) esaminato.

ex fide bona. Se usciamo dall'ambito contrattuale un discorso simile vale per la *satisfactio rem pupilli salvam fore* dove la responsabilità del garante del tutore anche per le *usurae ex mora* è ancora giustificabile alla luce dell'azione di buona fede (*l'actio tutelae*) esperibile contro il tutore garantito.⁴⁶ Ma un punto mi preme chiarire. La giurisprudenza classica, operando altresì all'interno della cancelleria imperiale, non rinuncia certamente a considerare la stipulazione fideiussoria un contratto di stretto diritto anche quando essa accede ad un contratto di buona fede. Lo dimostra chiaramente quando dà peso a clausole limitative, incompatibili con l'obbligo di pagamento delle *usurae* (v. D. 46.1.68.1; D. 50.8.3.1). E, in fin dei conti, è l'esito di un'interpretazione del testo negoziale valutare per ragioni equitative, come fa Paolo (v. D. 19.2.54.pr.), una *stipulatio* fideiussoria indefinita⁴⁷ come conclusa *in omnem causam*, comprensiva quindi di tutti gli obblighi gravanti sul garantito, ivi inclusi quelli determinabili ex *condemnatione*, qual è l'obbligo di prestare le usure *ex mora*. Detto diversamente, per il *fideiussor in omnem causam* tale prestazione non è solo in *condemnatione* ma è anche in *obligatione*, si tratta solo di enuclearla nell'attività interpretativa dei *concepta verba*.⁴⁸ Solo non può essere anche in *obligatione* la quantificazione dell'*onus usurarum* rimessa esclusivamente alla discrezionalità del giudice.

IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Quando leggiamo il sintentico compendio della costituzione di Alessandro Severo (III secolo d. C.) conservatoci in C. 8.40.10 (*Fideiussor seu mandator*⁴⁹ *si in usuras quoque obligatus est, iustam causam recusandi solvere eas non habet*), possiamo tranquillamente pensare che il principio generale ivi espresso si adattasse a

⁴⁶ Si veda a tal riguardo il seguente brano di Africano: D. 46.6.10 (Afr. 3 *quaest.*): *Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit, certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fideiussores eius quam ipsum teneri*, con il condivisibile commento di Gómez Iglesias, Angel, "Régimen procesal de la caución tutelar", *Studia et Documenta Historiae et Iuris LVIII*, 1992, p. 61; nonché, di Ulpiano, D. 27.7.3 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Etiā fideiussorem et heredes fideiussoris ad rationem eandem usurarum revocandos esse constat, ad quam et tutor revocatur*.

⁴⁷ Cfr. *supra*, nt. 25 e in questo §, *sub a*).

⁴⁸ Vale per la *fideiussio in omnem causam* collegata ad un contratto di buona fede quel che puntualmente già l'Albertario osservava più in generale con riguardo alle *usurae quae officio iudicis praestantur*, le quali non potevano dirsi, a parere dell'autore, fondate esclusivamente sull'*officium iudicis*; cfr. al riguardo, Vallocchia, Franco (a cura di), *Un manoscritto inedito*, cit., pp. 48 e ss.

⁴⁹ Per l'interpolazione di "*seu mandator*" cfr. Solazzi, Siro, "Costituzioni glossate o interpolate nel «Codex Iustinianus»", *Studia et Documenta Historiae et Iuris XXIV*, 1958, p. 71.

tutte le stipulazioni fideiussorie valide liberamente negoziate, come pure, aggiungo, a quelle imposte dal pretore.⁵⁰ Dunque i testi negoziali che prevedono *obligationes in usuras*,⁵¹ siano esse convenzionali o *ex mora rei*, negano spazio ad ogni motivo per rifiutarne il pagamento.

Il diritto romano ci consegna pertanto un'eredità normativa nella quale in linea generale il pagamento degli interessi (convenzionali o *ex mora*) da parte del fideiussore doveva pur sempre trovare un appiglio nella *stipulatio* e dunque doveva essere voluto in qualche modo dal garante. Certamente il fideiussore poteva vincolarsi *verbatim* a tale pagamento (come avviene nel caso del mutuo), poteva poi negarlo implicitamente prevedendo dei limiti quantitativi alla propria esposizione debitoria da capitale (come è attestato per la locazione), poteva infine includerlo promettendo in modo semplice o indefinito (per i giuristi severiani, *in omnem causam*) a fianco di un obbligato principale convenibile con un *iudicium bonae fidei*. Caso, questo, in cui il principio di accessorialità si declinava in modo del tutto particolare dato che l'obbligazione principale, da cui dipendeva l'obbligazione di garanzia, era costituita dal debito originario incrementabile in *condemnatione*.

Mi pare dunque che quei codici civili di tradizione romanistica che abbiamo sopra esaminato, quanto meno in tema di *onus usurarum*, si pongano in piena continuità con il pensiero dei *prudentes* romani. Riconoscere che il pagamento degli accessori del debito principale (fra cui gli interessi moratori) è per la fideiussione un *naturale negotii* che ammette il patto contrario, e non richieda invece necessariamente, in positivo, un'assunzione del vincolo espressa nel contratto,⁵² mi sembra un chiaro recupero, in termini di regola generale, di quelle soluzioni che la giurisprudenza classica, operante anche nelle cancellerie imperiali, aveva elaborato in ordine alle stipulazioni di garanzia accessorie ai contratti di buona fede e alle relative clausole limitative dell'esposizione debitoria del fideiussore.

⁵⁰ Si consideri a tal proposito la *stipulatio legatorum servandorum causa* a favore dei legatari, normalmente conclusa oltre che dagli eredi anche dai loro fideiussori. Con riguardo ad essa Ulpiano riferisce e condivide la *communis opinio* per la quale anche le *usurae ex mora* sono pertinenti ad una doverosità dell'obbligato espressa al futuro (*oportebit*), secondo il modello di *stipulatio* pretoria presente nell'editto: D. 36.3.1.13 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. Et recte placuit ex mora incrementum habituram stipulationem, ut id quod oportebit comprehendat*. Per la ricostruzione del testo della *cautio legatorum servandorum causa* si veda Mantovani, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, Cedam, 1999, p. 106.

⁵¹ Si noti l' "*obligatus est*", al passato.

⁵² Come ritenevano, per il diritto romano, alcuni romanisti nell'Ottocento; per la confutazione di tale tesi v. *supra*, § II.

V. BIBLIOGRAFIA

- ANKUM, Hans, “Das Verhältnis zwischen Latinus Largus und Iulius Paulus in D. 44.2.30.1”, *Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2006.
- ARNDTS, Lodovico, *Trattato delle Pandette*, trad. di Filippo Serafini, III ed., Bologna, Tipi Fava e Garagnani, 1880, vol. II.
- BORTOLUCCI, Giovanni, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1906.
- BOZZI, Giuseppe (a cura di), *La fideiussione*, Milanofiori Assago, Utet giuridica, 2013.
- BURDESE, Alberto, “In tema di «consumptio nummorum»”, *Rivista del Diritto Commerciale*, LI, 1, 1953.
- CAMPOGRANDE, Valerio, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1902.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano II*, 2, Torino, Giappichelli, 2017.
- CARDILLI, Riccardo, “Garanzie personali e obbligazione”, *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di Piro, Isabella, Tricase, Libellula Edizioni, 2016, vol. I.
- CERAMI, Pietro, “Contrahere cum fisco”, *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo XXXIV*, 1973.
- CERAMI, Pietro e PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, Giappichelli, 2002.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX, núm. 4, 2006.
- CERVENCA, Giuliano, voce “Usura (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1992, vol. XLV.
- CHERCHI, Alice, *Ricerche sulle “usuræ” convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, Jovene, 2012.
- CORIAT, Jean-Pierre, *Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère*, Rome, École Française de Rome, 2014, vol. I.
- CORSI, Raffaele, *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice Civile coi principii del diritto romano con la dottrina e con la giurisprudenza*, III ed., Bologna, Zanichelli, 1893.
- DAJCZAK, Wojciech, “Erklärungen Römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex Fide Bona in Klageformeln”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité XLVI*, 1999.

- DERNBURG, Arrigo, *Diritto delle obbligazioni*, VI ed., trad. di Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903.
- DONADIO, Nunzia, “Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell’ “emptio venditio”. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti”, *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2007, t. II.
- DONELLUS, Hugo, “Commentaria ad titulum Dig. De eo quod certo loco dari oportet”, in *Opera omnia*, ed. Florentiae 1847, t. X.
- FENOCCHIO, Marco Antonio, La “fideiussio indemnitis”. *Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a Giustiniano*, Napoli, Jovene, 2014.
- FIORENTINI, Francesca, “Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei”, *Trattato notarile* (diretto da Filippo Preite), Milanofiori Assago, Utet giuridica, 2011, vol. IV, t. 1.
- FLUME, Werner, “Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen”, *Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung CXIII*, 1996.
- FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I*, Padova, Cedam, 1962.
- GEORGESCO, Valentin-Al., *Essai sur le mot “causa” dans le latin juridique. Étude de philologie juridique*, Bucarest, M. O. Imprimerie Nationale, 1936.
- GIUFFRÈ, Vincenzo, *La “datio mutui”. Prospettive romane e moderne*, Napoli, Jovene, 1989.
- GÓMEZ IGLESIAS, Angel, “Régimen procesal de la caución tutelar”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris LVIII*, 1992.
- GORIA, Fausto, “Bona fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici”, *Diritto romano d’Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorio*, a cura di Garbarino Paolo, Trisciunglio Andrea, Sciandrello Enrico, Alessandria, Edizioni dell’Orso, 2016.
- GRÖSCHLER, Peter, “Die Konzeption des Mutuum cum Stipulatione”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis LXXIV*, 2006.
- JONES JR., Philip K., “Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes”, *Tulane Law Review LII*, 1977-1978.
- KASER, Max, “Das Geld im Römischen Sachenrecht”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XXIX.2*, 1961.
- KNIEP, Ferdinand, *Die Mora des Schuldners nach Römischem und Heutigem Recht I*, Rostock, Stiller, 1871.
- MADAI, Carl Otto von, *Die Lehre von der Mora*, Halle, C. A. Schwetschke und Sohn, 1837.

- MANNINO, Vincenzo, “Fideiussione e accesorietà”, *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica*, V Congresso internazionale ARISTEC: Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di Vacca, Letizia, Torino, Giappichelli, 2003.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, Cedam, 1999.
- MAROTTA, Valerio, *Ulpiano e l'impero*, Napoli, Loffredo, 2000, vol. I.
- MARTINO, Francesco de, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*, Roma, Foro Italiano, 1940.
- MARZO, Salvatore de, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, UTET, 1950.
- MATEO, Antonio, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1999.
- MAYER-MALY, Theo, *Locatio Conductio: eine Untersuchung zum Klassischen Römischen Recht*, Wien-München, Verlag Herold, 1956.
- MAYER-MALY, Theo, “Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91”, *Iura* 7, 1956.
- MIGLIORINI, Marco, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MOMMSEN, Friedrich, *Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, Schwetschke, 1855.
- RETES, Josephus Fernández de, “Praelectio ad titulum dig. De verborum obligationibus”, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici [Meermann's Thesaurus]*, Hagae 1753, vol. VII.
- SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, Giuffrè, 2002.
- SANFILIPPO, Cesare, *Pauli decretorum libri tres*, Milano, Giuffrè, 1938.
- SANTALUCIA, Bernardo, *I “libri opinionum” di Ulpiano*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. II.
- SANTORO, Raimondo, “Perpetuari obligationem”, *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo LVII*, 2014.
- SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di Nocera, Guglielmo, Firenze, Sansoni, 1968.
- SEGRÈ, Gino, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni, I. Le garanzie personali*, Torino, A. A. 1933-1934.
- SOLAZZI, Siro, “Costituzioni glossate o interpolate nel «Codex Iustinianus»”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris XXIV*, 1958.

- SOLAZZI, Siro, “Nè «accessiones» né «adpromissores»”, *Scritti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, vol. III.
- STEINER, Anja, *Die römischen Solidarobligationen: Eine Neubesichtigung unter Aktienrechtlichen Aspekten*, München, C. H. Beck, 2009.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TALAMANCA, Mario, “La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di Garofalo, Luigi, vol. IV, Padova, Cedam, 2003.
- TALAMANCA, Mario, voce “Fideiussione (parte storica)”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. XVII.
- TALAMANCA, Mario, voce “Vendita in generale (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. XLVI.
- TRISCIUOGGIO, Andrea, “Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2003, vol. IV.
- VALLOCCHIA, Franco (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle “usurae” nel diritto romano*, Napoli, Jovene, 2016.
- VIEIRA CURA, António A., “A mora conductoris no direito romano e os seus efeitos: o diferimento da expulsão do locatário (por falta de pagamento da pensão)”, *A locatio conductio. Influência nos direitos atuais*. Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, in Santos Justo, António dos (coord.), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018.
- VILLA, Vittorio de, *Le “usurae ex pacto” nel diritto romano*, Roma, Il Foro italiano, 1937.
- VINIUS, Arnold, *De quaestionibus juris selectis*, Politiani, apud Angelum Fumi, 1844, lib. II.
- VOCI, Pasquale, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, *Il contenuto dell’obligatio I,1*, Milano, Giuffrè, 1969.
- VOET, Giovanni, Voet, Giovanni, *Commento alle Pandette*, Venezia, Tip. Naratovich, 1852, vol. V.
- WAGNER, Herbert, *Die Entwicklung der Legalthypothen am Schuldnervermögen im Römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1974.
- WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, trad. it. Fadda, Carlo e Bensa, Paolo Emilio, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1904, vol. II.

LA POSESIÓN. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Laura M. VELÁZQUEZ ARROYO

*A Horacio Heredia Vázquez,
in memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Teoría de la posesión.* III. *Análisis del Código Civil federal.* IV. *Análisis de los códigos civiles de las entidades federativas.* V. *El derecho clásico romano.* VI. *Apreciación crítica-comparativa.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.* Anexo.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es parte de un proyecto institucional más amplio, que está en proceso de desarrollo y que fue gestado gracias a Jorge Adame Goddard, con el objeto de presentar una propuesta de régimen civil común a nivel nacional. En este sentido, constituye una modesta contribución analítico-crítica-comparativa de la posesión en los diversos códigos civiles (federal y locales) vigentes en México, considerados desde una perspectiva de derecho romano clásico.

Con esta propuesta también queremos celebrar el aniversario 80 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la institución más importante en el desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país.

Así, iniciaremos con un análisis general de las teorías de la posesión para, en una tercera parte, observar el contenido respectivo en el Código Civil federal, enfocada, en específico, a examinar el concepto y la naturaleza jurídica de la posesión. Después, reflexionaremos sobre el régimen que siguen los códigos civiles locales. Como cuarto punto estudiaremos los temas respectivos en el derecho romano clásico. Finalmente, ya con los dos elementos a comparar, realizaremos un análisis crítico-comparativo entre el régimen moderno en el derecho mexicano y el derecho romano.

La posesión es una institución jurídica compleja cuya comprensión presenta muchas dificultades. Algunos de estos conflictos se deben a que las fuentes del derecho romano, donde surge esta figura, son oscuras y fragmentarias; al hecho de que los juristas romanos buscaban el desarrollo de la justicia en caso concreto y no una jurisprudencia sistemática, por lo que no estaban obsesionados con la creación de sistemas conceptuales, sino que creaban conceptos con fines prácticos; las ambigüedades terminológicas y posibles inconsistencias en las soluciones jurídicas.

Las discusiones teórico-prácticas iniciaron desde el periodo clásico del derecho romano (130 a. C. a 230 d. C.), cuando se analiza qué es la posesión y cuál es su naturaleza jurídica. Pero se convirtieron en verdaderos problemas con la compilación justiniana, que está plagada de interpolaciones,¹ y con la recepción de las fuentes romanas por los glosadores y posglosadores. Sin embargo, es hasta el siglo XIX cuando la discusión teórica alcanza su punto más alto, por la influencia de ideas liberales formuladas en el siglo anterior y la configuración de dos posturas teóricas encontradas: formalistas y realistas.

Así, gracias a las ideas liberales surge, en la primera mitad, la teoría subjetiva o de la voluntad con Savigny, quien utiliza el método constructivo sistemático de la escuela histórica, que preside y desarrolla un estudio profundo en su obra maestra *Das Recht des Besitzes* (1803),² que constituye el primer estudio sistematizado del tema y cuyas ideas dominaron el siglo. Posteriormente, como respuesta a esta postura se presenta Rudolf von Ihering, con sus obras *Über den Grund des Besitzschutzes: eine Revision der Lehre vom Besitz* (1869) y *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode* (1889).³ Ihering recurre al método teleológico realista con el que encontró importantes inconsistencias en la interpretación de Savigny, que lo llevaron a rechazar la idea de la libertad de la voluntad y tomar como fundamento de la posesión la conducta promedio de los seres humanos. Es importante señalar que hubo una gran cantidad de autores además de los mencionados, pero los autores principales en la formulación de las teorías de la posesión que influenciaron las teorías civilistas en México son estos dos juristas alemanes.

¹ Una interpolación es el agregado de textos (frases, versos, palabras ilegibles o faltantes) introducidos en una obra en donde originalmente no existían o donde no se tenía certeza de que el autor realmente los hubiera usado. Son pasajes de un texto que no han sido escritos por el autor original.

² Existe traducción de este libro: Savigny, Friedrich Karl von, *Tratado de la posesión. Según los principios de derecho romano*, Madrid, 1845. Nosotros tomamos como fuente la séptima edición de la versión alemana de 1865.

³ En español: Ihering, Rudolf von, *La teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Reus; *La voluntad en la posesión. Crítica del método jurídico reinante*, Madrid, Reus. Nosotros tomamos las versiones originales del alemán.

Hasta el siglo XVIII es fácil observar que una gran cantidad de expertos del derecho, filósofos, políticos, teólogos, e incluso sociólogos, eran estudiosos profundos de la aportación jurídico-política romana a la civilización occidental. Ejemplo de ello son John Milton, Montesquieu, Hegel, Savigny, Ihering y Weber, por sólo mencionar algunos. Por otro lado, cuando se analiza el tema en México, se hace a través de las teorías francesas de los siglos XVIII y XIX o referencias, demasiado generales, a la obra de Savigny y de von Ihering, por lo que, lamentablemente, son replicadores de las posibles paradojas dogmáticas. Además, son pocos los estudiosos que hacen referencia al derecho romano y, dentro de ellos, son escasos quienes lo estudian. No obstante, esta situación es parte de una tendencia que inició con la codificación del derecho civil, a partir de la cual se pensó que se podía hacer teoría del derecho civil sin tener que recurrir constantemente al derecho romano, proceso que limita la comprensión de las instituciones jurídicas. Lo anterior porque se presupuso que el Código Civil napoleónico de 1804 ya contenía al derecho romano, amalgamado junto con el derecho canónico y el derecho consuetudinario francés, como resultado de la labor de Jean-Etienne-Marie Portalis, quien tenía un extraordinario conocimiento del derecho romano clásico y justiniano.

Aun con todo este esfuerzo teórico, existe una serie de cuestiones que todavía requieren ser precisadas. En este sentido, es mejor recurrir al estudio del origen del fenómeno para poder comprenderlo y, además, esclarecer las posibles contradicciones y problemas que se van presentando en el desarrollo de la institución a través de los siglos.

II. TEORÍA DE LA POSESIÓN

En este apartado analizaremos las teorías de la posesión relativas al concepto y a la naturaleza jurídica. No obstante, un análisis más amplio y detallado sobre el derecho civil mexicano será publicado a la terminación del proyecto y en mi libro *La posesión. Origen y desarrollo en el derecho romano*, que está en proceso de corrección.

Como se comentó, son dos las teorías que, generalmente, se toman como modelo de explicación de la posesión en el derecho civil: la teoría subjetiva o clásica de Karl von Savigny, y la objetiva, de Rudolf von Ihering. Aunque algunos agregan una tercera que es denominada la ecléctica, de Raymond Saleilles, la cual, si se realiza un análisis profundo, es posible observar que no aporta elementos nuevos. Ahora bien, ambas teorías consideran el *corpus* y el *animus* como elementos constitutivos de la posesión (binomio), pero las interpretan de manera diferente.

1. *Savigny: el animus domini y el corpus*

Savigny abandonó la metodología tradicional, consistente en una combinación de glosa y derecho natural, para emplear avanzadas técnicas filológicas con el propósito de reconstruir la teoría de la posesión romana de manera sistemática. Así, trata de aclarar la noción de posesión en dos sentidos: formal y material. En el primero, expone qué derechos se requieren para que la posesión exista, partiendo de la idea de que la detentación jurídicamente considerada se convierte en posesión; en el segundo, enumera las condiciones que el derecho romano prescribe para la existencia de la posesión misma.

Reconoce que, en toda la discusión histórica, los estudiosos están de acuerdo en que la posesión se fundamenta en la detentación, que consiste en un estado en el cual el poseedor puede ejercer físicamente su influencia sobre la cosa poseída, pero además tiene la posibilidad de impedir que cualquier otro sujeto interfiera en ese poder. Aunque la detentación no es un concepto jurídico, se vincula con la propiedad, pues constituye su ejercicio, ya que es el estado natural que corresponde al estado legal de la propiedad. En este sentido, al observar que el derecho romano establece el modo de adquirir o perder la posesión, al igual que para la propiedad, concluye que para poder formular una teoría jurídica de la posesión debe “...nur von dem Rechten des Besitzes die Rede (*jus possessionis*), nicht von dem Recht zu besitzen (bei den neuern Juristen *jus possidendi*), welches in die Theorie des Eigentums gehört”⁴ [tratará sólo del derecho de posesión (*jus possessionis*), no del derecho a poseer (con los juristas más recientes *jus possidendi*), que pertenece a la teoría de la propiedad].

Entonces, también procede a separar a la simple detentación de la posesión. Su estudio formal de la posesión lo lleva a concluir que sólo existen dos efectos exclusivos de la posesión jurídica: el derecho de usar los interdictos posesorios y el derecho a la usucapión. Asimismo, en el sentido formal observa qué lugar tiene la posesión dentro del sistema del derecho civil romano y los derechos que las leyes romanas atribuyen al poseedor. Sin embargo, del estudio de los textos romanos es claro observar una pluralidad de términos y expresiones referidas a la posesión, por lo que también examina las distinciones en el uso de las expresiones *possessio* en general, *possessio naturalis* y *possessio civilis*, con el objeto de determinar cuál de estas categorías es la posesión jurídica.

Después de un análisis exhaustivo de los textos romanos, concluyó que la *possessio civilis* y la *possessio*, en sentido general, son posesión jurídica por-

⁴ Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.* p. 27.

que producen los efectos mencionados; la primera ambos efectos, la segunda, solamente los interdictos. De igual forma, identifica la *possessio naturalis* con la mera detentación o tenencia, que no produce efecto jurídico alguno.⁵

En cuanto al estudio material, identifica la existencia de dos requisitos para ser poseedor jurídico: el *corpus* y el *animus*.⁶ El primero consistente en la relación física con la cosa, lo que lo asemeja a la posesión natural, por lo que es necesario otro elemento para convertirse en posesión jurídica: el *animus possidendi* o voluntad de poseer.

En síntesis, Savigny, basándose en estos dos elementos, define la posesión como una relación de hecho constituida de un elemento material que estriba en la detentación de una cosa (*possessio corpore*) y de un elemento espiritual, psicológico, denominado por las fuentes como *animus possidendi*, consistente en la intención de comportarse como propietario de la cosa que se detenta (*animus domini* o *rem sibi habendi*).

Sin embargo, después de analizar el *animus possidendi* a profundidad, observa que existen casos protegidos por los interdictos posesorios en los que no existe *animus domini*, por lo que no pueden ser considerados *possessio*, o al menos no posesión originaria.⁷ Estos casos son considerados un fuerte golpe contra su tesis, por lo que trata desesperadamente de encuadrarlos de manera coherente dentro de la misma, intentando explicar por qué el derecho romano le da dicha protección, aun y cuando no son casos que entran dentro de su categoría de posesión, porque en estos casos el poseedor no tiene el *animus domini*.

Por lo anterior, crea una categoría nueva para explicar dichos casos, y la denomina posesión derivada (*abgeleiteten Besitzen*): una posesión que es transmitida por el titular originario a otros sujetos, en determinados casos, que no existe en el derecho romano.

En tales casos, expresa, existe un *animus domini* en el poseedor original, quien transmite su *ius possessionis* sin la propiedad a otra persona. Ésta última tiene la aprehensión (detentación) y una cierta voluntad que solamente se dirige a ejercitar el *ius possessionis* (derechos derivados de la posesión misma) que ha recibido; no tiene la intención de tratar la cosa como si fuera propia porque se reconoce la propiedad de otro.⁸ En otras palabras, en la posesión

⁵ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

⁶ *Ibidem*, pp. 108 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 108 y ss., 246 y ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 282 y ss. Existen otras posturas que desarrollan esta teoría de la posesión derivada. Por ejemplo, Thibaut la concibe como un verdadero y estricto traspaso de la posesión. Thibaut, Anton Friedrich Justus, *Ueber possessio civilis*, AcP 18, 1835, pp. 320 y 327; Brinz como la asignación de la posesión, en virtud de la cual una persona recibe un bien consigna-

derivada no existe el *animus domini*, sino el *animus possidendi*, que tiene por objeto el *ius possessionis* transferido del poseedor originario. Los casos de posesión derivada son: la del enfiteuta (arrendamiento vitalicio o hereditario);⁹ del acreedor pignoraticio (que recibe la cosa en garantía de su crédito contra el propietario);¹⁰ del secuestrario (depositario de la cosa embargada),¹¹ y del precarista (a quien el Estado romano concede una parcela del *ager publicus* con la obligación de que la restituya cuando le sea requerido).¹²

El *corpus* es concebido como un estado de hecho en el que una persona tiene el poder actual, o la posibilidad, directa e inmediata, de someterla a su poder físico; posibilidad de disponer de la cosa de manera exclusiva, y la posibilidad de excluir la intromisión de extraños. Mientras que el *animus*, para él, es el elemento esencial de la posesión, puesto que se puede poseer por intermediación de otro; es decir, que otro tenga el *corpus*, siempre y cuando

do y retiene la posesión por concepto de posesión de otro: Brinz, Alois von, *Pandekten*, I, 2, § 139, 1873, p. 517.

⁹ Una parte de los romanistas que explican la teoría savigniana, cuando tratan la posesión derivada, excluyen la enfiteusis sin dar razón alguna. Sin embargo, es importante señalar que la consideró siempre posesión derivada. *Cfr.* Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, p. 293. Los seguidores de la teoría de Savigny explican estos casos de posesión derivada como casos anómalos, *cfr.* Rosshirt, Conrad Franz, *Gemeines Deutsches Zivilrecht*, 2, Heidelberg, 1840, pp. 27, 32 y 33; *idem*, *Über den sogenannten abgeleiteten Besitz*, *AcP* 21, 1838, pp. 242 y ss.; Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand, *Das praktische gemeine Zivilrecht*, 1, Leipzig, 1868, pp. 450 y 451. No obstante, como ya explicamos en el caso concreto del precarista, éste fue el modelo de posesión que vio la luz por más de seis siglos, hasta que la posesión se transformó.

¹⁰ D. 41. 3. 16 (Iav. 4 *Plaut.*); D. 13. 7. 37 (Paul. 5 *Plaut.*); D. 13. 7. 40. 2 (Pap. 3 *resp.*); D. 41. 2. 1. 15 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 6. 2. 13. 1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 9. 4. 22. 1 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 10. 4. 3. 15 (Ulp. 24 *ad ed.*).

¹¹ D. 41. 2. 3. 20 (Paul. 54 *ad ed.*). La regla no deja lugar a dudas: tanto en el depósito como en el arrendamiento no se transmite la posesión, sino en el caso especial de secuestro. Con relación a la posesión del secuestratario véase D. 41. 2. 39 (Iul. 2 *ex Min.*); D. 16. 3. 17. 1 (*Flor. 7 inst.*).

¹² D. 43. 26. 4. 1 (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 41. 2. 10. 1 (Ulp. 69 *ad ed.*); 43. 26. 15. 4 (Pomp. 29 *Sab.*). Bonfante utiliza este fragmento para argumentar que en el precario el precarista nunca tuvo *animus possidendi*, por lo cual la expresión *possederat corpore* es característica de la detentación sin *animus*. Sin embargo, no es del todo acertada su apreciación debido a que el precario es la figura más antigua de *possessio*, que era la figura paradigmática de la misma institución en un momento histórico en el que el *animus* no existía, mucho menos su concepto. En consecuencia, para que la *possessio* del precarista existiera nunca requirió referencia alguna a ese *animus* porque era inexistente. Cuando surge y se consolida la teoría del *animus* (muy clara en Paulo, Pomponio...) se siguió reconociendo la *possessio* del precarista (también la del acreedor pignoraticio y del secuestratario), pero se trató de darle una explicación de acuerdo con las nuevas categorías del *animus possidendi* y *possessio corpore*, lo que trajo como resultado que se les considerara (junto con la *enfiteusis*) dentro de los casos de *possessio naturalis pro alieno*, protegida por los interdictos. Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, 3, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 154.

el poseedor original siga teniendo el *animus rem sibi habendi*. En este sentido, es el *animus* el que nos puede ayudar a diferenciar entre una simple detentación y una verdadera posesión.

La construcción interpretativa savigniana de posesión derivada constituye el punto más débil de su teoría, junto con el *animus dominis* y el *corpus*. En primer lugar, porque no existe rastro alguno en las fuentes romanas que exprese esta derivación o transmisión del *ius possessionis*; en segundo, porque el precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestrario son tratados de igual forma que los poseedores, y no como asegura Savigny, como casos anómalos. Sobre el *animus domini* debemos señalar que es una expresión totalmente savigniana, ya que no aparece en la compilación ni en las obras justinianas.¹³

La distinción que desarrolla entre el aspecto formal y material de la posesión nos llevan a cuestionarnos sobre su naturaleza jurídica, a lo que Savigny señala:

...ob nämlich erstens der Besitz als Recht oder als Factum betrachten werden müssen, und zweitens, wenn er ein Recht ist, unter welche Classe von Rechten er gehöre.

Was das erste betrifft, so ist es klar, dass der Besitz an sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein blossen Factum ist: eben so gewiss ist es, dass rechtliche Folgen damit verbunden worden sind. Demnach ist er Factum und Recht zugleich, nämlich seinem Wessen nach Factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich, und dieses zweifache Verhältniss (*sic*) ist für das ganze Detail ungemein wichtig.¹⁴

[La primera es si la posesión debe considerarse un derecho o un hecho, y la segunda, si es un derecho, a qué clase de derechos pertenece.

En cuanto a la primera, es evidente que la posesión en sí misma, según su concepto original, es un mero hecho; es igualmente cierto que las consecuencias jurídicas han estado relacionadas con ella. En consecuencia, es *factum* y derecho al mismo tiempo, es decir, *factum* según su ser, e igual a un derecho en sus consecuencias, y esta doble relación es sumamente importante para el desarrollo de la teoría].

En este sentido, señala una doble naturaleza de la posesión, o sea, que en su sentido material es un hecho, ya que se funda en una relación puramente de hecho (la detentación) —por esa razón se puede adquirir y perder

¹³ Las *Constitutiones* hablan de *cogitatio domini* (C. 6. 2. 21. 2); el *Digesto* de *opinio domini* y *eo animo... ut credat se dominum esse* [D. 9. 4. 22. 1 (Paul. 18 ed.) y D. 6. 2. 13. 1 (Gai. 7 ed. prov.)], respectivamente]. En las *Basílicas* (50. 2. 61) y en la *Paráfrasis* de Teófilo (2. 9. 4) encontramos la expresión *πρὴν δεσποζόντος*, que se traduce como *animus dominantis*.

¹⁴ Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

por medio de la violencia, lo que no sucedería si fuera derecho— y un derecho, en su sentido formal, cuando existen derechos combinados de la sola existencia del hecho, de la detentación; es decir, se producen como efectos jurídicos concurrentes o alternativos la usucapión y los interdictos.

Los interdictos posesorios van dirigidos a mantener la situación de hecho de la posesión en todos los casos excluidos de la cláusula viciosa (*clausula vitii: vi, clam, precario*). No son acciones pretorias ni vindicaciones provisorias porque no se puede permitir el ejercicio de la violencia ni de la clandestinidad, tampoco la falta de gratitud en la que pueda incurrir el precarista. En este sentido, el interdicto posesorio más antiguo, que es el *uti possidetis*, se concede para impedir que el poseedor sea molestado en su posesión, y el interdicto *unde vi, de clandestina possessione* y el *quod precario* se dirigen a restituir la posesión a aquellos que la perdieron por violencia, clandestinidad y precario, debido a que se consideran actos injustos.¹⁵

Esta teoría dominó durante el siglo XIX hasta que Ihering emitió su crítica certera no sólo en contra de la construcción teórica de la *possessio* savigniana, sino contra toda la metodología de la escuela histórica obsesionada con los detalles, la lógica abstracta y la formulación de principios o normas ideales que se puedan presentar en el futuro.

2. Ihering: la causa possessionis

Por su parte, Ihering formula una teoría objetiva de la posesión. Aunque su propósito principal era, más que nada, hacer una crítica al método formalista y conceptualista y proponer un método teleológico o realista que, en el caso de la posesión, implica preguntarnos para qué se protege la posesión.

Ihering explica las instituciones jurídicas buscando la finalidad práctica por la que se instituyeron, utilizando la lógica, la dialéctica y la filología como disciplinas auxiliares de investigación. Al hacerlo realiza críticas muy certeras a la teoría precedente, las cuales se pueden organizar en cuatro categorías: lógica, práctica, histórica y didáctica. Pero no profundizaremos en todas, sino sólo en las que tengan que ver con el concepto y la naturaleza de la posesión.

Para Ihering, el *corpus* siempre tiene un contenido intencional o volitivo; un *animus*. En este sentido, el *animus* está siempre presente, tanto en la detención como en la posesión, por lo que cancela la diferencia conceptual de Savigny basada en la voluntad, y además prueba que la voluntad

¹⁵ *Ibidem*, pp. 376-471.

influencia muy limitadamente las relaciones jurídicas, puesto que para ser poseedor basta con dirigir la voluntad para ejercer un control sobre la cosa, sin que necesariamente se quiera tener la cosa como propietario. En síntesis, la posesión es conceptualmente independiente de la propiedad, mientras que la propiedad depende de la posesión.

Así, considera que separar el *animus possidendi* del *corpus* es invención de Paulo, contra quien dirige una gran cantidad de críticas, puesto que señala al *animus possidendi* para separar la posesión de la tenencia, que no es una verdadera dogmática, sino un ensayo de construcción jurídica que no fue acogido por la legislación ni por la jurisprudencia.¹⁶ Esto se puede observar en el hecho de que la expresión *animus possidendi* no aparece en otras compilaciones de leyes romanas, como las *Basilicas*.

Ahora bien, formula una teoría positivista de la posesión, concibiéndola como el *corpus* protegido por acciones posesorias; es decir, la posesión es la relación posesoria protegida por los interdictos. Señala, de manera muy acertada, que la conducta de quien tiene la cosa como dueño, locatario, depositario, comodatario, usurpador o ladrón, no difiere exteriormente de manera sustancial. En este sentido, lo que determina que un caso sea posesión y no detentación es la causa. O sea, por motivos meramente prácticos, el ordenamiento jurídico determina a qué casos confiere la defensa posesoria y a qué casos no, determinando así qué casos son considerados posesión y cuales simple detentación. Se requiere conocer la situación jurídica de fondo y se tiene que examinar bajo qué causa tiene el presunto poseedor el *corpus*. Pero se debe partir del presupuesto de que todo *corpus* presume el *animus*, por lo que todo *corpus* implica la posesión, y sólo la prueba de la existencia de una *causa detentionis* (por ejemplo, casos excluidos de la posesión en el ordenamiento jurídico) destruye dicha presunción.¹⁷ Lo anterior porque se concibe que la tenencia tiene los mismos elementos que la posesión (*corpus* y *animus*, presupuesto). En esta teoría se inspiraron el *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁸ y el Código Civil suizo.¹⁹

Las posesiones anómalas ya no son tales, pues el derecho les reconoce la protección posesoria, por lo que no son casos excepcionales. Para Ihering, los casos que por motivos prácticos son una excepción a la posesión, y por

¹⁶ D. 41. 2. 1. 20 (Paul. 54 *ad ed.*) y D. 13. 7. 37 (Paul. 5 *Plaut.*). Véase también Ihering, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode*, cit., pp. 269 y ss., en especial p. 274.

¹⁷ Algunos códigos civiles solucionan este problema a través de una presunción. Cfr. Código Civil italiano, artículo 1141.

¹⁸ Cfr. § 854.

¹⁹ Cfr. artículo 919.

su exclusión de la protección interdictal, son: la situación del colono, del inquilino, del depositario, del comodatario, del mandatario, del procurador, del usufructuario y del usuario.

Sin embargo, una tesis que fue formulada y desarrollada con gran acierto por Ihering, y que constituye un punto firme en la teoría de la posesión, es el paralelismo entre la propiedad y la posesión. Paralelismo consistente en la identidad de la apariencia exterior entre ambos fenómenos, aclarando que la diferencia entre una y otra es abismal en el sentido de que una es un hecho y la otra un derecho. Debido a la existencia de dicho paralelismo, las fuentes advierten la necesidad de separar y diferenciar ambos fenómenos.²⁰ En este sentido, Ihering desarrolla su teoría posesoria en la tesis de que la posesión es la situación de hecho de la propiedad; es la apariencia exterior de la propiedad, su existencia de hecho.²¹

Con relación a la teoría savigniana de la posibilidad, nos dice que no es determinante para diferenciar la posesión de la detentación, pues hay casos en los que no hay posibilidad, pero sí se reconoce la posesión y viceversa.

El *animus domini* presentaba una fuerte problemática en la práctica del derecho, lo que provocó la necesidad de llevar a cabo la compilación de los actos posesorios. Asimismo, como es imposible probar de manera directa el *animus domini* o *animus possidendi*, pues son hechos psicológicos que no se reflejan en el mundo exterior en cuanto a tales, se llegó incluso a considerar la posibilidad de imponer al demandante la prueba por juramento sobre un estado del alma, el *animus domini*.²²

La problemática práctica a la que se enfrentó la jurisprudencia alemana con la implantación de la teoría savigniana al parecer encuentra su solución con la teoría de Ihering, pues corrige tanto el problema del *animus domini* como los casos anómalos.²³

Ahora, para Ihering la posesión debe explicarse con referencia a la propiedad, ya que es el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria, y con ella la noción de la posesión. De acuerdo con lo anterior, define a la posesión como la manifestación externa de un interés en el ejercicio de la propiedad: la posesión es la exterioridad de la propiedad. En otros términos, la posesión es el estado o uso normal de las cosas,

²⁰ D. 43. 17. 1. 2 (Ulp. 69 *ad ed.*): *separata esse debet possessio a proprietate*; D 41. 2. 12. 1 (Ulp. 70 *ad ed.*): *nihil commune habet possessio cum proprietate*; D. 41. 2. 52 (Ven. 1 *de interd.*): *...nec possessio et proprietatis misceri debent...*

²¹ Ihering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzschutzes*, cit., pp. 142, 143 y 160.

²² Ihering, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode*, cit., pp. 176 y ss.

²³ Ihering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzschutzes*, cit., pp. 160 y ss.

con el que se cumple su función económica y social; la visibilidad de la propiedad. Idea que se puede aplicar extensiblemente a los derechos reales sobre las cosas.

III. ANÁLISIS DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

En México se han tomado ambas teorías sobre la posesión como contenido en los diversos códigos civiles. La tesis savigniana inspiró los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884 en sus artículos 919 y 822, respectivamente, que definían a la posesión como “la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre”. Por su parte, los artículos 920 y 923 del Código de 1870, y 823 y 826 del de 1884, respectivamente, afirman que la posesión es un medio de adquirir, y que ésta, en nombre ajeno, no es posesión en derecho; señala claramente que *possessio civilis* es la única jurídicamente relevante, o sea, la del que posee para sí mismo y tiene como fin la usucapión. La detentación a nombre de otro (arrendatarios, usufructuarios, etcétera) no es posesión para estas codificaciones.

1. *El concepto de posesión*

Nuestro Código Civil federal no define la posesión, sino que solamente refiere quién es considerado jurídicamente poseedor en el artículo 790: “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el art. 793. Posee un derecho el que goza de él”.

Y el artículo 793 señala: “Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”.

Del análisis del artículo 790 podemos observar que sostiene la teoría objetiva de Ihering, al considerar que el poseedor es aquel que ejerce un poder de hecho sobre la cosa,²⁴ a excepción de aquellos que, aunque ejercen el poder de hecho, se encuentran en estado de subordinación con relación al poseedor originario; contenidos en el artículo 793, casos que se consideran detentación, pues no se les reconoce protección jurídica posesoria. Así, la

²⁴ Esta adscripción a la teoría objetiva también se puede observar en la exposición de motivos del C. C. de 1928.

excepción es señalada por la misma normativa civil, lo que también defiende Ihering como útil para efectos prácticos, pues la complejidad de la posesión implica que hay una multiplicidad de casos diversos que al final pueden ser considerados posesión, o no, por disposición normativa. Por otra parte, omite cualquier referencia al *animus*, lo que es acorde con la teoría objetiva que lo presupone.

En este sentido, fundamenta la posesión en el elemento objetivo del poder físico sobre la cosa. Hasta aquí parece todo claro; sin embargo, la última parte del artículo 790, cuando señala “Posee un derecho el que goza de él”, se refiere a la posesión de derechos o cuasi posesión; es la situación que aparece cuando lo poseído no es una cosa (*possessio rei*), sino que se trata de la posesión de un derecho (*possessio iuris*). Lo anterior hace problemático comprender a la posesión jurídica.

Además de lo mencionado, el artículo siguiente introduce la distinción entre posesión originaria y derivada, que es totalmente savigniana:

Artículo 791. Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada [*ius possidendi*].²⁵

Tenemos, por otro lado, el artículo 792, que también trata a las dos instituciones jurídicas de manera conjunta: “En caso de despojo, el que tiene la posesión originaria goza del derecho (*ius possidendi*) de pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada (*ius possessionis*), y si éste no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo”.

Lo que podemos observar es que sólo el poseedor originario, que es el propietario o el que está por usucapir, pero que no tiene el poder físico sobre la cosa, tiene la facultad de ejercitar los mecanismos procesales para pedir que se restituya la posesión al poseedor derivado, o a él mismo. Lo que es problemático al no reconocerle al poseedor derivado la posibilidad de pedir la restitución de la cosa frente a un tercero.

Finalmente, el artículo 793 nos señala los casos en los que hay un poder físico de una persona sobre el bien, pero que este poder depende de una relación de subordinación respecto del propietario, por lo que no se considera posesión, sino, en términos teóricos, simple detentación.

²⁵ Los corchetes son míos.

2. *Naturaleza jurídica*

El tratamiento conjunto de la posesión y la cuasi posesión llevó a algunos estudiosos a concebir, erróneamente, la posesión como un derecho.²⁶

Del mismo artículo 790 se observa que para la legislación civil la posesión es un hecho, valga la redundancia, un poder de hecho que ejerce una persona sobre una cosa. Esto parece no originar mayor problema, sino hasta que se considera la segunda parte del artículo: “Posee un derecho el que goza de él”. Esta parte, junto con los demás artículos que delimitan el régimen jurídico de la posesión y, a la vez, con la cuasi *possessio*, hacen que la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la posesión sea confusa, puesto que concibe a la posesión como un hecho y como un derecho; no por las consecuencias jurídicas que produce, como lo señala Savigny, porque se habla de un derecho de poseer la cosa, un *ius possidendi*, que deriva de un acto jurídico como el arrendamiento, el usufructo, la prenda (acreedor pignoraticio), el depósito (depositario) u otro título análogo.

El problema que deriva de esta confusión entre hecho de poseer y el derecho que deriva de un acto jurídico que puede implicar un uso o aprovechamiento para una de las partes provoca que la distinción entre derechos reales y personales pierda razón de ser. Además de que produce graves confusiones teóricas.

IV. ANÁLISIS DE LOS CÓDIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

1. *El concepto de posesión*

En el análisis de los 32 códigos civiles de las entidades federativas nos encontramos ante dos hipótesis simples: una mayoría (22 estados) siguen el contenido del Código Civil federal;²⁷ el resto, que son Coahuila (artículo 1680), Guanajuato (artículo 1037), Morelos (artículo 965), Puebla (artículo 1344), San Luis Potosí (artículo 736), Sonora (artículo 960), Tabasco (artículo 877), Tlaxcala (artículo 1124), Yucatán (artículo 625) y Zacatecas (artículo 90) tienen un contenido relativamente diverso con referencia al concepto. Estos 10 estados definen a la posesión y a la cuasi posesión de manera directa y no a través de

²⁶ Véase Morineau, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, 1997, pp. 46 y ss.

²⁷ Ver anexo.

definir quién es el poseedor. En sentido general, conciben a la posesión como un poder de hecho que se ejerce sobre un bien o el goce de un derecho; es decir, la posesión de cosas corporales y la de derechos, de manera conjunta y al igual que los demás códigos civiles, posesión y cuasi posesión. Es importante destacar que solamente Guanajuato (artículo 1030) atribuye este poder de hecho al ejercicio de la propiedad en específico, limitando muchísimo la posesión.

2. *Naturaleza jurídica*

Como señalamos, a partir del análisis del concepto podemos también observar la naturaleza jurídica que los códigos civiles atribuyen a la posesión. Reconocen la naturaleza de hecho de la posesión, pero además, erróneamente, atribuyen el carácter de posesión al goce de derechos. En síntesis: es un hecho y, a la vez, un derecho. Pero en este punto, aunque seamos repetitivos, es importante aclarar que su carácter de derecho no se refiere a las consecuencias o protección jurídica que recibe esta situación de hecho, sino que poseen derechos.

Asimismo, podemos observar que, aunque son muy pocos, acertadamente se extiende el otorgamiento de las acciones procesales a los poseedores derivados; es decir, a quienes tienen, en efecto, el poder de hecho sobre el bien en los códigos de Aguas Calientes (artículo 815), Campeche (artículo 804, sólo en caso de despojo), Chiapas (artículo 786), Hidalgo (artículo 867), Jalisco (artículo 842, p. 2o.) y Morelos (artículo 966, p. 2o., con relación a terceros), por lo que los poseedores “derivados” no tienen que pedir el auxilio en la recuperación del bien al poseedor originario y, por ende, no tienen que esperar a que éste solicite la restitución del bien. En estos casos parece inclinarse la posesión a los poderes de hecho efectivos.

Otra cuestión significativa es la diferencia que señalan los códigos de Guanajuato (artículo 1039), Puebla (artículos 1345 y 1350), Tabasco (artículo 879, que atribuye al precarista la posesión derivada) y Tlaxcala (artículo 1128) entre posesión civil y posesión precaria, designando a la primera como aquella que se tiene a título de propietario, y a la segunda como la derivada de un acto jurídico entre el propietario que entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo.

Por su parte, Guerrero (artículo 699) y Quintana Roo (artículo 1782) equiparan la posesión *ad usucapionem*; o sea, aquella en la que quien ejerce

ese poder pretende convertirse en propietario por usucapión, a la posesión originaria, el poder de hecho que se tiene sobre un bien sin ser su propietario ni su poseedor derivado ni su detentador subordinado.

Sobre las causas que pueden originar a la posesión, Coahuila (artículo 1681), Guerrero (artículo 697) y Quintana Roo (artículo 1780) refieren que la posesión puede ser consecuencia de: 1) goce efectivo de un derecho real o personal; 2) de una situación de hecho, o 3) de una situación contraria a derecho. Mientras, Tabasco (artículo 878), Tlaxcala (artículo 1127) y Zacatecas (artículo 90) consideran a las dos primeras, pero excluyen la situación contraria a derecho.

Los únicos códigos civiles que distinguen entre los poseedores de hecho y los poseedores de derecho de manera explícita son Morelos, Puebla, Sonora, Tabasco y Tlaxcala.

Así, Morelos, en su artículo 965, marca:

Posesión de una cosa es un poderío de hecho en virtud del cual una persona la retiene y realiza en ella actos materiales de aprovechamiento o de custodia.

La posesión surge como consecuencia de la constitución de un derecho o sin derecho alguno; en el primer caso se es poseedor de derecho, en el segundo, de hecho.

En su artículo 966, párrafo 2o., hace una diferenciación muy clara entre propietario y poseedor: “El propietario al igual que el poseedor conserva el derecho de pretensión posesoria contra actos de terceros”. Además de que en el párrafo siguiente señala que dichos poseedores se registrarán por las disposiciones que norman los actos jurídicos, en virtud de los cuales son poseedores, en todo lo relativo a frutos, pagos de gastos y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa poseída.

El Código Civil de Puebla, en su artículo 1345, determina que “La posesión puede ser o no consecuencia de un derecho, y en ambos casos es protegida por la ley”. Aquí no se habla de posesión de derechos o posesión como goce de un derecho, sino que se posea como consecuencia de un derecho, lo que la doctrina medieval llamaba *ius possidendi*.

Otra aportación significativa la realiza el Código del estado de Sonora:

Artículo 960. El poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre cosa corporal para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, puede ser consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación de hecho. En el primer caso, se es poseedor en derecho; en el segundo, se es poseedor de hecho, salvo lo dispuesto en el art. 963. Pero aun este tipo de posesión es garantizado por la ley en los casos expresos que

consigna, en cuanto puede llegar a constituir un derecho o convalidar jurídicamente el hecho.

Las situaciones de posesión de hecho son reguladas por el derecho, en cuanto: o bien las promueve, garantiza y les da convalidación jurídica; o bien las sanciona, exige responsabilidades a quienes las realizan y aun las somete a la acción punitiva del estado, según hayan sido sus circunstancias constitutivas.

Posee un derecho, el que de hecho goza de él; ostentándose como titular del mismo al obtener en nombre propio los beneficios inherentes a su ejercicio.

En Tabasco, por su parte, se separan ambas posesiones en fracciones en el artículo 877, y en Tlaxcala se dividen en dos artículos (1124 y 1125), lo que no requiere mayor referencia.

Podemos observar la influencia de la teoría savigniana del *corpus* y del *animus* en los códigos de Puebla (artículo 1344), San Luis Potosí (artículo 736) y Tlaxcala (artículos 1124 y 1125), con la única diferencia de que en los dos primeros el *animus* se refiere tanto a la posesión de bienes corpóreos como a la posesión de derechos, mientras que en el último el *animus* sólo se vincula con la posesión de derechos al tener la voluntad de ser titular de los mismos.

V. EL DERECHO CLÁSICO ROMANO

En la época clásica los términos jurídicos adquieren un grado de significación técnica. Los términos *possessio* y *possidere* se utilizan para referir a la posesión. En contraposición, la actualmente denominada *detención* es referida a través de una multiplicidad de expresiones: *detentio*, *detinere*, *tenere*, *morari in fundo*, *esse in possessione*, *esse in praedio*, *possidere corpore*, *possessio naturalis*.

La posesión se configura como una relación *de facto* en la cual se tiene una cosa con la intención de poseerla para sí y de disponer de ella como si se fuese el propietario. Aun cuando la figura de la posesión se transformó radicalmente en el primer siglo de la época clásica, siguió manteniendo la protección interdictal, en tanto dicha señoría *de facto* no se convirtiera en señoría jurídica con la usucapión. Por esta razón hay quienes consideran que el punto de partida o la base de la posesión es la detentación material.²⁸

Como se comentó anteriormente, Paulo es quien inicia a darle cierta importancia o autonomía al *animus* como elemento de la posesión:

²⁸ Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, cit., p. 132.

A. 41. 2. 3. 1 (54 *ad ed.*): *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

[Y alcanzamos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo, o con el cuerpo. Más lo que hemos dicho que debemos adquirir la posesión con el cuerpo y con el ánimo, no se ha de entender ciertamente de modo que el que quiera poseer un fundo haya de andar por toda su tierra; sino que basta que entre en cualquier parte de este fundo, con tal que sea con la intención y el designio de querer poseer todo el fundo hasta su término].

En D. 41. 2. 3. 12 (Paul. 54 *ad ed.*) también puntualiza la existencia de estos dos elementos de manera diferenciada al reconocer que “*Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus*” [más poseemos con nuestro ánimo, y también con cuerpo de otro].

Paulo es claro al señalar que sólo podemos poseer *corpore et animo*, y presenta éstos como si fueran elementos constitutivos de la posesión, ya que no se puede poseer sólo *corpore* o sólo *ánimo*.

1. Concepto

Es en el *Digesto* donde encontramos la única noción expuesta por Paulo en su libro 54 *ad ed.*, pero que él mismo refiere pertenece a Labeón: D. 41. 2. 1 pr. “*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*” [Como dice Labeón, la palabra “posesión” viene de “sede”, como si se dijera, “posición”, porque la tiene naturalmente la que se instala en ella, lo que los griegos llaman κατοχήν (o retención)].

Como se puede ver, Labeón refiere al significado de *lingüístico* de la palabra *posesión* en su sentido original o etimológico. No obstante, lo anterior no nos ayuda a observar las características de la posesión jurídica.

Otros textos que refieren a la posesión son: Festo, *v. Possessio: Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus agri aut aedificii*²⁹ [Posesión es, y así lo define Gallo Elio, el uso de suelo o del edificio], y Festo, *v. possessiones: appellantur agri late patentes publici privatique, qui[a] non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat*.³⁰

²⁹ Consideramos que la partícula *aut aedificii* es dudosa, pero no profundizaremos sobre ello.

³⁰ Karlowa, Otto., *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, p. 96, n. 1 [*privatique quia*] (*qui a privatis*); Niebuhr, Barthold Georg, *Römische Geschichte*, 2, Berlín, 1836, p. 162 (1a. ed.

Pero como se puede observar, ambos textos hacen referencia a la explicación del fenómeno *possessiones*, no al significado jurídico del término; hace referencia al uso antiguo.

En derecho romano clásico la posesión de facto se confunde con la detentación. Se habla de detentación o tenencia para referir a la situación de hecho por medio de la cual un sujeto denominado *poseedor* tiene una cosa bajo su control corporal; es un control físico de una cosa. Sin embargo, dicha tenencia no tiene protección jurídica; por ejemplo, la del ladrón que tiene la cosa robada o el comodatario que tiene una herramienta prestada para usarla gratuitamente.

En cambio, es reconocido como posesión aquel poder fáctico que una persona tiene sobre una cosa, pero que, además, dicho poder es protegido jurídicamente; es decir, que el poseedor puede defender la tenencia de la cosa. En el derecho romano se reconocen dos tipos de posesión: i) la posesión pretoria, que es la protegida por los interdictos posesorios, y ii) la posesión civil, que, además de la defensa interdictal, puede estar defendida por una acción pretoria con ficción (la acción “publiciana”) y que conduce a la adquisición de la propiedad.

2. Naturaleza jurídica

A. Res facti o res iuris

Al discurrir sobre la naturaleza de la posesión nos mueven inquietudes prácticas, pues pretendemos observar de qué manera su naturaleza afectaba

de 1812, nosotros utilizaremos la versión de 1836) [*occupaverat, colebat*]. Como podemos ver, en la definición anterior Festo vincula el uso a la institución del *ager* que podía ser objeto de ocupación, sobre el cual se podía poseer. Otros textos que relacionan la posesión, ocupación y *ager publicus*, que son importantes con relación a la definición ante puesta son: Isid., *Orig.* 15. 13. 3: “*Possessiones sunt agri late patentes publici privatique, quos initio non mancipatione, sed quisque ut potuit occupavit atque possedit; unde et nuncupati*” [Se denominan *possessiones* los campos anchurosos, públicos y privados que, en un principio, se adquirían no mediante una compra, sino que cada uno ocupaba y entraba en posesión (*possidere*) de lo que podía. Y de ello recibieron su nombre]; Festo, *v. Occupaticius ager dicitur qui desertus a cultoribus frequentari propriis ab aliis occupatur*. Sobre el significado de *ager occupaticius* véase Tibiletti, Gianfranco, *Il possesso dell’Ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi*, II, *Athenaeum* 27, 1949, p. 22, n. 1. Sobre la diferenciación entre *ager occupatorius* y *ager occupaticius* véase también Mommsen, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, cit., III, 2, p. 828, n. 4; Rudorff, Adolf August Friedrich, *Gromatische Institutionen*, en Blum *et al.*, *Erläuterungen zu den Schriften der römischen Feldmesser*, II, Berlín, 1852, p. 252.

la adquisición, conservación, pérdida, transmisión (*traditio*) y sucesión de la posesión —lo que se desarrollará en un estudio posterior—, pero también inquietudes teóricas que nos permitan determinar qué elementos se mantuvieron como constantes en la casuística y que permitieron a los juristas clásicos delimitar a la posesión y diferenciarla de otras instituciones.

Los primeros textos que refieren a la naturaleza de hecho de la posesión datan de finales de la República. Aulo Ofilio (segunda mitad del siglo I a. C.),³¹ referido por Paulo, fue quien emitió una proposición que después se convirtió en máxima: “...*possidere... eam enim rem facti, non iuris esse...*”.³²

El mismo Paulo,³³ en el fragmento inmediato posterior,³⁴ refiere que la mayoría de los juristas acuerdan que la mujer posee lo que es donado por su marido, pues al ser la posesión una *res facti* no puede anularse por un impedimento de derecho civil.

Javoleno (a. 60-II d. C.) refiere de una manera diferente a la situación *de facto*; la refiere como aprehensión natural: “...*possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa ... corporaliter tamen possessionem amittunt...*”.³⁵

En el mismo tenor se pronuncia Quinto Cervidio Escévola (siglo II d. C.), referido por Ulpiano, quien considera que no se puede hurtar nada de la herencia, puesto que ésta no tiene la posesión de nada, no puede poseer, ya que la *possessio facti est et animi*. De aquí parece derivarse que la razón por la que la

³¹ Se atribuye a Aulo Ofilio, según referencias de Pomponio, la realización de un *Commentarium ad edictum praetorium*, lo cual causa cierta sorpresa, pues con probabilidad fue el primero que intentó realizar una organización sistemática de las disposiciones del edicto del pretor: *edictum praetoris primum diligenter composuit* (D. 1. 2. 2. 44. Pom. sing. *Enchiridii*). Antes de él Servio escribió dos libros brevísimos, lo que refleja el gran interés de los juristas por el *ius honorarium*.

³² D. 41. 2. 1. 3. Tesis que también sigue Nerva Filio, y se refiere a que el pupilo puede comenzar a poseer aun sin la autoridad del tutor, puesto que la posesión es una *res facti*. Agrega Paulo: sólo si los pupilos tienen edad para entender lo que hacen.

³³ En este mismo sentido, Paulo considera que la prueba de la transmisión de la posesión consiste en un hecho: *rem corporaliter tenere*, no en un derecho. *Cfr.* P.S. 5. 11. 2.

³⁴ D. 41. 2. 1. 4 (Paul. 54 *ad ed.*).

³⁵ D. 41. 2. 23 pr.; 1. (Iav. 1 *epist.*) ...*possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa...* la relaciona al hecho de que no se recibe la posesión al adirse la herencia, sino a través de tomarla naturalmente (o sea, efectivamente, realmente... de hecho). Con relación a: 1) ...*corporaliter tamen possessionem amittunt*, lo afirma en el caso en que alguien caiga prisionero de guerra y como consecuencia de ello pierde la posesión al perder la tenencia material. Albertario refiere que quienes clasifican a la posesión como derecho sostienen que *tamen*, en la parte del principio, se debe interpretar como afecta a la palabra posesión en el sentido de que ésta también es un derecho, pero que no pasa al heredero sin la aprehensión material. De acuerdo con él, considero que esa interpretación no se da de manera necesaria. *Cfr.* Albertario, Emilio, *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milán, 1943, p. 92.

herencia no puede poseer es porque la herencia es un ente, y por ello incapaz de realizar hechos ni voliciones.³⁶

De igual forma, Papiniano (142-212 d. C.), en el libro 3 de *Quaestiones*, afirma: “*possessio autem plurimum facti habet*”,³⁷ la cual se refiere a la pluralidad de formas posesorias en las cuales el elemento de hecho se vincula con un elemento (relación jurídica, derecho...) jurídico; es decir, la causa que lo origina, referidas sobre todo a la *iusta causa*.

Después, nos encontramos a Trifonino (contemporáneo de Papiniano siglo II-III d. C.), quien incluye a la posesión dentro de las *facti causae*: “*Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt...*”. La perspectiva de Trifonino es más amplia, refiriendo que ninguna situación de hecho (*facti causae*, o sea, posesión) puede ser anulada, o verse disminuida *nulla constitutione*, por una regla jurídica cualquiera. Relativo a la interrupción de la usucapión de quien cae cautivo, sobre aquello que poseía con su persona (pues deja de poseer). Pero la situación de hecho, la posesión que se tiene por medio de los sujetos a su potestad o de lo que están adquiriendo después para sus peculios, no puede verse afectada sino a través de un hecho (que también dejaran de poseer). En este punto sigue a Juliano, al sostener que si los sujetos a potestad continúan poseyendo, puede completarse la usucapión,³⁸ incluso cuando el *sui iuris*, del cual se posee, esté en cautiverio.

Finalmente, Ulpiano (170?-228 a. C.) emplea la expresión “*quod est enim facti*” para describir la naturaleza de hecho de la *possessio*.³⁹

Como podemos observar, del análisis de los textos anteriores se desprende la naturaleza de hecho de la posesión de manera clara.

B. Ius possessionis en el derecho romano clásico

Pese a la aparente claridad de las fuentes analizadas, la discusión sobre la naturaleza fáctica o jurídica de la *possessio* fue reavivada por los comentaristas o posgrosadores (siglo XIII e inicios del XIV) movidos por la idea

³⁶ D. 47. 4. 1. 15 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Scaevola ait ... possessionis hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi...*

³⁷ D. 4. 6. 19. En este fragmento Papiniano considera que la posesión se interrumpe por caer prisionero de guerra, puesto que la usucapión no se realiza sin la posesión y la posesión es un hecho. Concluye que las situaciones de hecho no entran en el derecho de postliminio.

³⁸ D. 49. 15. 12. 2 (Tryph. 4 *disp.*).

³⁹ D. 41. 2. 29 (30 *ad Sab.*) Ulpiano toma el caso del pupilo que posee *sine tutoris auctoritate*, quien puede perder la posesión si deja de poseer con el cuerpo; o sea, si deja de tener la relación fáctica con el objeto (*corpore desinere possidere*).

de que la posesión es tutelada jurídicamente sin tener en consideración su legitimidad objetiva.

Por otra parte, hay quienes han llegado a considerar a la posesión como un derecho, colocándolo dentro de los derechos reales.⁴⁰ Lo anterior se debe a que existen textos que contienen la expresión *ius possessionis, integrum ius, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est...* para referir a la condición jurídica que se vincula a la situación fáctica de la posesión o a la cualidad de poseedor.

Al respecto, Labeón considera que en el caso de daño temido por obra nueva, debe operar un *integrum ius*; es decir, que quien fue puesto en posesión de una casa y, posteriormente, deja la posesión por miedo al derrumbamiento (*ruinae*), siempre y cuando no tenga forma de reparar la cosa, conserva íntegro su derecho o permanece en la situación jurídica de quien *missus in possessionem ex causa damni infecti*.⁴¹ Aquí me parece sustancial señalar que poner a alguien, generalmente se hace por conducto de un acto jurídico.

También Salvio Juliano sostiene que el precarista que entrega un fundo a su acreedor en prenda, y después lo roga en precario tiene un *quum plus iuris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet* por lo que lo podría usucapir.⁴² El uso de la expresión *plus iuris in possessione habeat* se refiere a un caso peculiar, en el que el poseedor de un bien lo entrega en prenda a su acreedor y, posteriormente, lo roga en precario. Tanto la entrega en prenda como la rogación no impiden que el *precario rogans* pueda adquirir la propiedad a través de la *usucapión*, no obstante que acreedor pignoraticio posea, pues ello no interrumpe la posesión del precarista, por lo que se considera que sigue poseyendo y, por ello, puede usucapir. Tiene derecho, en primer lugar, porque es poseedor (aun con la entrega del bien en prenda); en segundo, porque también tiene el bien materialmente. Por ello, se considera que el poseedor tiene más derecho que quien no posee de ningún modo.⁴³

Papiniano (libro 23, *Quaestiones*) es quien utiliza primero la expresión *ius possessionis*, y lo hace para referir a la situación de quien entierra dinero para guardarlo por causa de viaje y al regresar no recuerda el lugar exacto donde

⁴⁰ Bekker, Ernst Immanuel, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880, pp. 16 y ss.; Ihering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzesschutzes*, cit., pp. 45, 143 ss.

⁴¹ D. 39. 2. 15. 35 (Ulp. 53 ad ed.).

⁴² D. 41. 2. 36 (Iul. 13 dig.).

⁴³ En este sentido se pronuncia Albertario, Emilio, *Possesso e quasi possesso*, cit., pp. 99 y 100. Quien sospecha de interpolación es Vassalli, Filippo E., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, Roma, Athenaeum, 1914, p. 40.

lo ocultó. Pero, posteriormente, al recordar el lugar donde lo enterró, se entiende que continua en su posesión, puesto que el dinero fue enterrado para ser guardado y por ello no se extingue el “derecho de posesión” para quien lo escondió. Sin embargo, esta situación está condicionada a que ninguna otra persona, en ese periodo de tiempo en que no se recordaba la ubicación del tesoro, haya invadido y tomado posesión del dinero.⁴⁴ Después de analizar la terminología posesoria de los juristas clásicos, y al analizar este texto en comparación con otro fragmento (D. 41. 2. 47, 6 *quaest.*) del mismo jurista, es más claro determinar que la expresión *ius possessionis* no es de Papiniano.

La expresión *ius possessionis* no pertenece a la jurisprudencia clásica, sino que es una partícula justiniana con la que se expresa la posesión del propietario, la posesión que se deriva del derecho de propiedad, que fue el concepto de posesión que primó en la época posclásica.⁴⁵ Dicha expresión, en este caso, no cambia la sustancia del texto, sino sólo la forma.

Con relación al usufructo en la época clásica, está claro que el usufructuario no tiene los interdictos con respecto del propietario ni puede usucapir el bien que tiene en usufructo. Pero sí pueden adquirir lo producido por el bien que se encuentra en usufructo, por ejemplo, si es un usufructo de esclavo.⁴⁶

Un pasaje muy esquemático que se ve reflejado en todos nuestros códigos civiles es el que señala la imposibilidad de que los sujetos a potestad posean los bienes de quien ejerce sobre ellos dicho poder (D. 41. 2. 49. 1 [Pap. 2 *def.*]): *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est* [Los que están bajo la potestad de otro pueden tener los bienes del peculio, pero no pueden tenerla como propietarios, ni tampoco poseerla, pues la posesión no es algo sólo material, sino también de derecho].⁴⁷

⁴⁴ D. 41. 2. 44 pr.: *Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri memoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. Et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.*

⁴⁵ Albertario, Emilio, *Possesso e quasi possesso*, cit., p. 99.

⁴⁶ Vease D. 41. 2. 49. pr., que seguramente esta interpolado si lo comparamos con el D. 41. 2. 12. pr.

⁴⁷ D. 41. 2. 49. 1. Beseler coloca *peculiarum* y *habere* entre corchetes: Beseler, Gerhard von, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübinga, 1920, p. 65. En contra de éste, Longo,

Concordamos con Albertario en que la última parte del texto, desde *quia*, esta interpolada, pues son consideraciones totalmente posclásicas en las que se considera el *ius possessionis* como el derecho que tiene el propietario de poseer los bienes que le pertenecen. La posesión pasa de ser un poder de hecho en el derecho clásico a un derecho abstracto en el derecho posclásico.⁴⁸ Además, el texto interpolado coincide con una Constitución de Constantino del año 314, C. 7. 32. 10.⁴⁹ Sin embargo, no creemos que sea la interpretación más adecuada.

Considero que la expresión *sed et iuris est*, aunque parece contradictoria con la naturaleza *de facto* de la posesión, no es así. Papininano no sostiene que la posesión es un derecho, sino que incluso cuando la posesión es una relación material entre la persona y la cosa, esta relación material no termina ahí; la posesión es un hecho, pero no es sólo eso, sino un hecho jurídicamente considerado, por ello se exigen ciertos requisitos para que se configure como tal y para que pueda producir consecuencias jurídicas (*possessio civilis*). Se da la protección interdictal y los efectos jurídicos de la posesión se pueden producir en determinados sujetos. De acuerdo con esta tesis se expresa también Riccobono, cuando observa que: “Die civilis possessio hat zivilrechtliche Voraussetzungen und ist in diesem Sinne eine res iuris oder besser, sie nimmt viel vom Rechten auf”.⁵⁰

Ahora bien, los demás sólo pueden poseer de manera natural, como es el caso de los sujetos a potestad con relación a los bienes del peculio, que no pueden usucapir.⁵¹

Giannetto, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, SDHI 16, 1950, pp. 86 y ss. (114).

⁴⁸ Albertario, Emilio, *Studi di diritto romano*, 1, cit., pp. 231 y ss., 245 n. 4; *Studi di diritto romano*, 2, cit., pp. 136 n. 2, 176 y ss.; *Possesso e quasi possesso*, cit., pp. 47 y 95. En el mismo sentido: Solazzi, Siro, *Saggi di critica romanistica. L'età dell'infans*, BIDR 49/50, 1947, pp. 338 y ss. (372 s.) (*Scritti di diritto romano*, 4, Nápoles, 1963, pp. 653-657), quien asume de manera equivocada que el fragmento 1 se encuentra en contradicción con el principio; Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, París, 1947, p. 389 n. 5; *idem*, *La possession est-elle une “res corporalis” en droit romain classique?*, RIDA 5, 1950, pp. 235 y ss., 238 n. 10; Levy, Erns, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, p. 27 n. 49; Dekkers, René, “Reciperare possessionem”, *Studi in memoria di E. Albertario I*, Milán, 1953, pp. 145 y ss. n. 1; Leifer, F., *Possessio*, RE 22, 1954, pp. 831 y ss. (857); Kaser, Max., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., p. 362 n. 79; *idem*, *Wesen und Wirkungen der Detentio in den Antiken Rechten*, Tubinga, 1950, p. 34; *idem*, *Das Römische Privatrecht*, II, München, 1971, p. 183 n. 22; Lauria, Mario, *Note sul possesso*, cit., p. 783; *idem*, *Possessiones: età repubblicana*, cit., pp. 74 y 110.

⁴⁹ Albertario, Emilio, *Possesso e quasi possesso*, cit., pp. 96 y ss.

⁵⁰ Cfr., Riccobono, Salvatore, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. Naturali possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*, ZSS 31, 1910, p. 339.

⁵¹ En este sentido también tenemos el D. 50. 17. 118 (Ulp. 12 ad ed.).

Y con *quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*, Papiniano pretendía justificar la regla de que los sujetos a potestad no pueden poseer los bienes que se encuentran dentro de su peculio.⁵²

C. Quasi possessio

Como es bien sabido, en el derecho clásico el usufructuario y el titular de la servidumbre no eran considerados poseedores del fundo usufructuado o dominante, respectivamente, pero eran protegidos por medio de los interdictos posesorios.

Claro está que el usufructuario era protegido en su derecho por una serie de acciones. Además, es protegido por interdictos que derivan del usufructo, como el *quem usufructum* en caso de que se encuentre en estado de indefensión frente a una *vindicatio usufructus*; el *si uti frui prohibitus dicetur* contra quien impide su instalación en el fundo; *de itinere actuque privato* en caso de un usufructuario de fundo dominante de una servidumbre de paso de ganado; *quod vi aut clam* en caso de que la cosa sobre la cual es usufructuario peligre; *de arboribus caedendis* para que no se le impida cortar o podar el árbol ajeno inclinado sobre el fundo en usufructo, y *de glande legenda* para que no se le impida recolectar los frutos del árbol vecino que caen sobre su predio.

También es protegido por los dos interdictos más importantes: el *uti possidetis utile* y el *unde vi*. En este sentido, en época posclásica (230 a 533 d. C.) se utilizaron los términos *quasi possessi* o *possessio iuris* para fundamentar jurídicamente el otorgamiento de estos últimos interdictos en caso de usufructo y servidumbres.

D. Interdictos uti possidetis y uti possidetis utile

El interdicto *uti possidetis* sirve para retener la posesión, por lo que presupone que quien lo solicita es poseedor. Como el usufructuario no era re-

⁵² En el mismo sentido, véase D. 41. 2. 23. 1 (Jav, I *epist.*); D. 41. 2. 30. 3 (Paul. 15 *ad. Sab.*); D. 50. 17. 93 (Marc. 1 *fideicom.*). De acuerdo con esta tesis, véase Vassalli, Filippo E., *Miscellanea critica di diritto romano*, 2, cit., p. 36. Parece ser que Vassalli, en otra de sus obras, considera que a partir de *quia* es una inserción de algún comentador posclásico. Cfr. Vassalli, Filippo E., *Studi giuridici*, III, I, Milán, 1960, 383 ss. (409 ss., 411 s.); Rotondi, Giovanni, *Possessio quae animo retinetur*, cit., p. 51 n. 2; *Scritti Giuridici*, 3, cit., p. 207 n. 3; Hägerström, Axel, *Der römische Obligationsbegriff*, 1, Uppsala-Leipzig, 1927, p. 193; Branca, Giuseppe, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 3, Padua, 1950, pp. 385 ss., y Nicosia, Giovanni, *L'acquisto del possesso mediante potestati subiecti*, cit., pp. 37 y ss.

conocido como poseedor ni poseedor anómalo, se le extendió la protección interdictal a través del interdicto *uti possidetis utile*, de acuerdo con los Fragmenta Vaticana, 90 Ulp. Lib. I de interdict:

...libro I de *interdictis* sub título “*in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit*”. Si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum “*uti possidetis*” utile hoc nomine proponitur et “*unde vi*”, quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: “*quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris*”.

[...en el libro I de los interdictos, bajo el título: “respecto de ese que poseerá en nombre de los legados, no por voluntad de aquel a quien será dada la posesión de los bienes”. Si, legado es usufructo, el legatario obtuviera el fundo, no compete el interdicto contra él, porque no posee el legado, sino más bien lo disfruta. De ahí también que el interdicto “como poseéis” se propone como útil por esta causa, y el de “de donde con violencia”, porque no posee se da como útil, o ha de concebirse como tal: “lo que de estos bienes posees en nombre del legado o lo que usas y disfrutas, y lo que hiciste con dolo malo, que no poseas, uses ni disfrutes”].⁵³

La legitimación activa y pasiva del usufructuario a dicho interdicto es referida por Ulpiano (70 *ad ed.* D. 43, 17, 4), vinculatorio entre el usufructuario contra el poseedor del fundo y entre cusufructuarios.

Los interdictos útiles se conceden atendiendo la situación análoga en la que se encuentran las personas o cosas con respecto a situaciones modelo que se encuentran ya protegidas por un interdicto otorgado.

Lo importante a considerar es que al ser un interdicto útil no se considera, necesariamente, que en efecto exista una posesión por parte del usufructuario, por ende, no supone una extensión de la protección posesoria ni que este interdicto útil se fundamente en una posesión del usufructuario. Lo anterior se debe a que según la jurisprudencia clásica, el usufructuario era mero detentador de la cosa usufructuada.⁵⁴ Al aprovechar el usufructuario el *uti frui*, en apariencia, su situación es similar de hecho a la del poseedor.⁵⁵ Lo más lejos que podemos llegar es a considerar que el usufructuario tuviera

⁵³ Traducción de Montemayor Aceves, Martha Elena, *Fragmentos vaticanos*, México, UNAM, 2003, p. 28.

⁵⁴ *Cfr.* Gai. 2, 93; Ulp. 24 *ad ed.* D. 10, 4, 5, 1; FV. 90, 91 y 93.

⁵⁵ Riccobono, Salvatore, *Interdicta*, pp. 792 y ss.; Bonfante, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, Turín, 1972, p. 156; d’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 260; Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, I, p. 614; García Garrido, Manuel Jesús, *Derecho privado romano*, Madrid, 1979, § 142.

una situación similar a la posesión, en el sentido de que era casi como poseedor de su derecho de que hacía uso como usufructuario; es decir, una *quasi possessio* distinta de la mera detentación, pero tampoco considerada posesión en estricto sentido.⁵⁶

Con relación al interdicto *unde vi* útil, además de la parte final de FV 90, debemos referir al 91:

Idem libro II de interdictis sub título “si uti frui prohibitus esse dicetur”. Non is, ad quem usus fructus venit vivi tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus, ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

[El mismo en el libro II de los interdictos, bajo el título: “si se dice que se le prohibió usar y disfrutar”. Parece no poseer ese a quien entonces viene el usufructo de un vivo o quien esté en alguna cosa por causa de usar y disfrutar, aunque el usufructo no le pertenezca; y por eso, aquel a quien se le impidió usar y disfrutar, no puede decirse propiamente despojado. Por eso, en este caso, se ha necesitado especialmente este interdicto].

El recurso del usufructuario a este interdicto es claro. Por su parte, la doctrina de la *quasi possessio*⁵⁷ del usufructo se desarrolló dogmáticamente en el periodo posclásico, aun cuando debemos admitir que recibió un impulso con la situación del usufructuario y en la protección de las servidumbres en el periodo clásico.⁵⁸

Sobre las servidumbres un fragmento esencial es el de Paulo, 15 ad Sab.:

D. 8, 1, 14 pr. pr. Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

[Las servidumbres de los predios rústicos, aunque se incorporan a cosas materiales, son sin embargo incorporales, y por eso no pueden adquirirse por usucapión; tampoco, si se quiere, porque son de tal condición las servidumbres

⁵⁶ Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano. Historia y sistema*, Madrid, 1936, p. 305; Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 444; Burdese, Alberto, s. v. *Possesso*, *Enciclopedia del Diritto* 34, 1985, p. 465; Albanese, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, pp. 149 y ss.; Marrone, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1996, p. 413.

⁵⁷ Algunos textos que contienen la expresión *quasi possessio* son: Ulp. 12 ad ed., D. 4, 6, 23, 2; Gai. 4, 139.

⁵⁸ Vid., Iul. 7 dig. D. 7, 6, 3, y Ulp. 17 ad ed., D. 7, 6, 5 pr. Fragmentos que la crítica considera interpolados.

que no son susceptibles de una posesión cierta y continua, pues ninguno puede pasar de un modo tan continuo y seguido que parezca que en ningún momento se interrumpe la posesión de la servidumbre; y lo mismo se observa en las servidumbres de los predios urbanos].

Es claro el contenido clásico de esta doctrina, y acorde con todos los principios clásicos de la posesión clásica: las servidumbres no son cosas corporales, por ello no se pueden poseer cierta y continuamente y, por ende, tampoco se pueden usucapir. En síntesis, la posesión en el periodo clásico sólo podía ejercerse sobre bienes corporales.

No profundizaremos más en las servidumbres, ya que podemos presentar una cantidad considerable de textos que desconocen la posesión de las servidumbres como pasajes con lo opuesto. Esto se debe a que el término *possessio* se siguió utilizando en el periodo clásico con el significado del derecho arcaico; es decir, el uso como fundamento de la protección interdictal con el objeto de proteger la apariencia jurídica para mantener la paz pública en las relaciones privadas.

VI. APRECIACIÓN CRÍTICA-COMPARATIVA

Como se puede observar del análisis que los códigos civiles que antecede con relación al derecho civil romano clásico, podemos derivar las siguientes críticas:

- 1) La mayoría de los códigos civiles define incorrectamente a la posesión a través de definir al poseedor.
- 2) Confunde la posesión (de hecho), la posesión de derechos (cuasi posesión) y los derechos derivados de la posesión.
- 3) Carecen de una diferenciación de los diversos tipos de posesión, aquella que se hace con el objeto de convertirse en propietario (*ad usucapionem*) y la posesión en estricto sentido (tenencia de una cosa protegida por el derecho).
- 4) Mezcla elementos de teorías contrarias. De la teoría subjetiva de Savigny, por ejemplo: la posesión derivada, el *animus*. De la objetiva de Ihering que prima el elemento corporal y que la normativa determina qué casos son considerados posesión y cuáles simple detentación sin determinar un orden de las razones.
- 5) La mayoría de los códigos no otorgan a los poseedores derivados los mecanismos procesales para que ellos defiendan su posesión, por lo que en la práctica son análogos a la detentación.

- 6) Mezcla el *ius possessionis* con el *ius possidendi*.
- 7) En la mayoría de los códigos se confunden casos en los que sólo hay detentación con posesión por la simple derivación de consecuencias de actos jurídicos, lo que lleva a unificar la posesión como una institución referida al poder fáctico de una persona sobre una cosa a las obligaciones.
- 8) Y, por si las críticas anteriores fueran pocas, existe una inseguridad jurídica derivada de preceptos tan contradictorios entre sí.

Lo anterior hace que las cuestiones sobre el concepto de *posesión* y la naturaleza jurídica de la posesión sean confusas, puesto que concibe a la posesión como un hecho y como un derecho —no por las consecuencias jurídicas que produce, como lo señala la doctrina— porque se habla de un derecho de poseer la cosa, un *ius possidendi* que deriva de un acto jurídico y también lo confunde con el derecho de poseer del propietario o poseedor *ad usucapionem* y con la posesión de derechos.

VII. CONCLUSIONES

La regulación de la posesión sistemáticamente se ubica después de la regulación correspondiente a los bienes en el libro segundo, pero antes de la propiedad. El concepto de *posesión* debe indicar de forma clara en qué consiste y contener los diversos tipos, sin confundirla con la cuasi posesión.

En este sentido, el estudio de derecho romano clásico es muy útil para aclarar las oscuridades dogmáticas adquiridas por el paso de los siglos. Así, llegamos a la conclusión de que la posesión es un poder *de facto* que una persona tiene sobre un bien corporal protegido jurídicamente.

Ahora bien, la totalidad de códigos civiles estudiados proponen, explícitamente, que la posesión sea una institución deforme que incluya el goce de los derechos que derivan de obligaciones y derechos personales como bienes objeto de posesión. Considerar como objeto de posesión a cosas incorporales lleva a admitir la existencia de posesión de derechos. La aceptación de la posesión de derechos implica una terrible confusión entre los derechos reales y los derechos personales. Y todo lo anterior no hace más que oscurecer el derecho civil.

En los textos clásicos podemos observar la utilización de expresiones como *quasi possessio* (Ulpiano, Gayo) o *ius possessionis* (Papiniano), que, cuando no están interpoladas, no son utilizadas en sentido abstracto y general, sino para explicar y fundamentar la protección jurídica posesoria que se

otorga de manera extensiva a una situación que guarda cierta similitud con la posesión, pero que no llega a confundirla como tal.

Por otra parte, es necesario incluir los diversos tipos de posesión sin necesidad de recurrir a los conceptos de Savigny (posesión originaria y derivada): posesión adquirida para usucapir (a título de dueño, civil) y la posesión en estricto sentido (sin título de dueño, pretoria), además de otorgar una protección jurídica a ambas.

Incluir las causas de la posesión también ayuda a aclarar (Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas); sin embargo, no podemos legitimar aquella detentación que tiene como causa una situación contraria a derecho, otorgándole la calidad de posesión (Coahuila, Guerrero y Quintana Roo).

Asimismo, en caso de despojo, quien lo sufrió debe ser protegido con el objeto de mantener la paz pública.

Finalmente, en aquellos casos en los que una persona tenga la posesión no a título de dueño, como resultado de la realización de un acto jurídico como arrendatario, usufructuario, acreedor pignoraticio, comodatario, depositario u otro título análogo, sus derechos sobre el bien se deben regir por las disposiciones que norman dichos actos jurídicos. Contra actos de terceros, tanto el propietario como el poseedor deben conservar el derecho de pretensión posesoria contra actos de terceros.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTARIO, Emilio, *Corso di diritto romano il possesso*, Milano, Giuffré, 1939.
 ALBERTARIO, Emilio, *Studi di diritto romano*, 1, *Studi di diritto romano*, 2.
 BEKKER, Ernst Immanuel, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880.
 BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano*, 3, *Diritti reali*, Roma, 1933.
 BRINZ, Alois von, *Pandekten*, I, 2, 1873.
 IHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden Methode*, 1889.
 IHERING, Rudolf von, *La teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Reus.
 IHERING, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzesschutzes*, 2014.
 KARLOWA, Otto, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885.
 MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena, *Fragmentos vaticanos*, México, UNAM, 2003.
 MORINEAU, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, 1997.

RICCOBONO, Salvatore, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. Naturali possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*, ZSS 31, 1910.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Tratado de la posesión. Según los principios de derecho romano*, Madrid, 1865.

SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano. Historia y sistema*, Madrid, 1936.

ANEXO

CUADRO DE ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE COPIAN
EL CONTENIDO DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Estado	Artículos
Aguas Calientes	813-816
Baja California	781-784
Baja California Sur	798-801
Campeche	802-805
Colima	790-793
Chiapas	784-787
Chihuahua	760-763
Ciudad de México	790-793
Durango	783-786
Guerrero	696, 698, 700 y 701
Hidalgo	865; 866; 867, párrafo 1o.; 868
Jalisco	840-843, excepto los segundos párrafos de los artículos 840 y 842
Estado de México	5.28-5.31
Michoacán	76-79
Morelos	967; 966, párrafo 1o.: 968
Nayarit	778-781
Nuevo León	790-793
Oaxaca	799-802
Querétaro	786, 788 y 789

<i>Estado</i>	<i>Artículos</i>
Quintana Roo	1779 y 1781
San Luis Potosí	737-739
Sinaloa	791-794
Tamaulipas	682-685
Veracruz	826-829
Zacatecas	91-93

NOTAS SOBRE LA DICOTOMÍA *CONTRACTUS-DELICTUM* Y EL MITO DEL CONTRATO-CONVENCIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND*

A la memoria de Horacio Heredia Vázquez

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Ius controversum en materia de contratos*. III. *La idea de contractus en las Instituciones de Gayo*. IV. *La dicotomía contractus-delictum en Paulo y Ulpiano*. V. *Conclusiones y perspectivas*. VI. *Bibliografía*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Para todo operador jurídico formado en el seno de un ordenamiento de tradición europea-continental, como es el caso del mexicano y el chileno, constituye un dato incontestable que la noción de “contrato” se basa en el consentimiento de las partes. En efecto, la comprensión del *contractus* como *conventio* hunde sus raíces en la plurisecular tradición del *ius commune*, tanto en lo que respecta a sus fundamentos históricos¹ como filosóficos² e, inclu-

* Profesor de derecho civil, derecho romano y derecho privado comparado en la Pontificia Universidad Católica de Chile; aawegman@uc.cl. Una versión similar de este artículo está destinada a los estudios en homenaje al profesor José Joaquín Ugarte Godoy.

¹ Véase, por ejemplo, Nanz, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, J. Schweitzer Verlag, 1985; Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996, pp. 559 y ss.; Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001; últimamente, en castellano, Dajczak, Wojciech, *Derecho romano de obligaciones. Continuación y modificaciones en la tradición jurídica europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2018, pp. 131 y ss.

² Un buen tratamiento de la cuestión se encuentra en Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, OUP, 1993, pp. 10 y ss.

so, teológicos,³ de ahí la esencial identificación entre contrato y convención contenida en el artículo 1438 del Código Civil de Chile.⁴ No obstante lo anterior, sería un error atribuir esta construcción dogmática al derecho romano clásico, ya que éste nunca llegó a desarrollar una teoría contractual unitaria, sino que más bien se caracterizó por la concurrencia de múltiples perspectivas que impiden tanto una lectura lineal del fenómeno contractual como la exposición de una historia por fases.⁵ De hecho, si quisiéramos encontrar un común denominador en los distintos esquemas elaborados por la jurisprudencia romana en la materia que nos ocupa, aquél radicaría en que no todas las *conventiones* eran calificables como *contractus*, sino sólo las que estaban amparadas por una acción civil (*actio in personam in ius concepta*) y contaban por ello con un *proprium nomen contractus*, esto es, se encontraban tipificadas.⁶ Todo lo cual está muy lejos de la sinonimia contrato-convención que se desprende del artículo 1438 de nuestro Código Civil.

El presente trabajo, escrito como modesta contribución a la muy merecida celebración de los ochenta años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM —verdadero faro de la ciencia jurídica mexicana y, me atrevo a decir, iberoamericana— a través de la publicación de un volumen colectivo de estudios sobre derecho civil y derecho romano, tiene por objeto exponer sucintamente una noción de contrato desarrollada al interior de la *iurisprudentia* romana que no exige el acuerdo de las partes como elemento

³ Para el influjo de la teología moral en la teoría contractual moderna, es de lectura obligada Decock, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (Ca. 1500-1650)*, Leiden, Nijhoff, 2013.

⁴ “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Al respecto, véase, especialmente, Carvajal, Patricio-Ignacio, “Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. «Contrato» y «convención» como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones”, *RChD*. 34/2, 2007, pp. 289 y ss.

⁵ Una síntesis de la cuestión, desde la perspectiva del autor, en Wegmann Stockebrand, Adolfo, “En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano”, *RChD*. 44/2, 2017, pp. 323 y ss.

⁶ Así se desprende inequívocamente de D. 2.14.7.1 (Ulp. 4 ad ed.): “*Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*”. Sobre la tipicidad del derecho contractual romano, véase, por ejemplo, Talamanca, Mario, “La tipicità del sistema contrattuale romano”, *RFD*. (USP) 86, 1991, pp. 44 y ss.; *id.*, “La tipicità dei contratti romani fra «conventio» e «stipulatio» fino a Labeone”, en Milazzo, Francesco (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 35 y ss.; Betti, Emilio, “Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts”, en *Festschrift für Leopold Wenger I*, München, C.H. Beck, 1944, pp. 249 y ss.

constitutivo, bastando la licitud de la causa obligacional. En concreto, analizaremos el *contractus* sin *conventio* de Gayo, Paulo y Ulpiano, a fin de desmitificar el supuesto origen romano de la categoría dogmática del contrato-convencción.

Atendida la vocación tanto interdisciplinaria como internacional de la obra en que se inserta el presente artículo, nuestro plan de trabajo, enfocado principalmente en despertar el interés de civilistas latinoamericanos con inquietudes históricas y menos en el romanista profesional (lo que nos ha llevado a acotar tanto la exégesis de fuentes antiguas como la discusión bibliográfica a un mínimo indispensable), exige referirse primeramente a la existencia concurrente de distintas nociones de contrato en el seno de la jurisprudencia romana (II), para luego abordar específicamente la idea de *contractus* que se deduce de las *Instituciones* de Gayo (III), así como su aplicación por otros juristas de la época clásica, en concreto Paulo y Ulpiano (IV), para finalmente ofrecer conclusiones y perspectivas de investigación (V).

II. *IUS CONTROVERSUM* EN MATERIA DE CONTRATOS

Una característica inherente a la experiencia jurídica romana en general⁷ y a la *forma mentis* de los juristas romanos en especial⁸ es su orientación eminentemente práctica, con el consiguiente recelo hacia la teorización: los *iuris prudentes* nunca sintieron una particular inclinación hacia la elaboración de un sistema jurídico basado en definiciones y categorías dogmáticas perfectamente delineadas;⁹ muy por el contrario, las fuentes dan cuenta de que guardaron razonable distancia de la elaboración de reglas (*regulae*), doctrinas y conceptos generales,¹⁰ actitud que acertadamente ha sido calificada como

⁷ Sobre este concepto, de uso habitual en la moderna iusromanística, véase, por todos, Orestano, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, esp. pp. 343 y ss.

⁸ Véase, especialmente, Kaser, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962 [hay traducción española de Miquel, J., *En torno al método de los juristas romanos*, México, Coyoacán, 2013]; Vacca, Letizia, *Metodo casistico e sistema prudentziale. Ricerche*, Padova, CEDAM, 2006, pp. 29 y ss.; *id.*, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 113 y ss.

⁹ Cfr. Cuenca Boy, Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, Universidad de Cantabria, 1998, pp. 59 y ss.

¹⁰ Célebre, en este sentido, es la formulación de Javoleno Prisco, recogida en D. 50.17.202 (Iav. 11 *epist.*): “*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*”.

un “rechazo de la abstracción”.¹¹ Por lo demás, la propia noción latina de *regula* dista sustancialmente del significado que el moderno dogmático tiende casi instintivamente a atribuirle: mientras para nosotros se trata esencialmente de preceptos normativos, para los juristas romanos las reglas no eran más que criterios orientadores de soluciones prácticas en el marco de un proceso argumentativo, cuya eficacia era puesta a prueba en la solución del caso concreto.¹²

En efecto, el punto de partida del quehacer de la mayoría de los juristas romanos era la casuística, la solución de problemas jurídicos concretos, en una dialéctica permanente con sus pares, motivo por el cual el derecho romano suele ser calificado como un *ius controversum*.¹³ La elaboración sistemática, con sus definiciones, distinciones y categorizaciones, según el método diairético de la clasificación de conceptos en género (*genus*) y especie (*species*),¹⁴ fue más propia de la enseñanza elemental del *ius civile* y, por lo mismo, estuvo radicada principalmente en obras de carácter didáctico, donde se distinguían las *Institutiones*, no sólo de Gayo.¹⁵ De ahí que bien puede plantearse la existencia de dos corrientes al interior de la jurisprudencia romana: una principal (deberíamos decir principalísima), centrada

¹¹ Así, expresamente, Schulz, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, p. 30. Véase, también, Kaser, Max, “Zur juristischen Terminologie der Römer”, en *Studi in onore di Biondo Biondi I*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 97 y ss.

¹² Cfr. Palma, Antonio, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 82 y ss. Véanse también las contribuciones contenidas en Di Nisio, Valeria (ed.), *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Jovene, Napoli, 2016.

¹³ Véase, por todos, Bretone, Mario, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2009.

¹⁴ Sobre la aplicación de esta estructura dialéctica a las exposiciones didácticas del derecho romano son de lectura obligada los amplios estudios de Talamanca, Mario, “Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *La filosofia greca e il diritto romano (colloquio italo-francese) II*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977, pp. 3 y ss., y Nörr, Dieter, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, Schweitzer, 1972.

¹⁵ Cfr. Wieacker, Franz, *Römische Rechtsgeschichte II*, München, C.H. Beck, 2006, p. 51. Para las *Institutiones* de Gayo en particular, a las que nos referiremos *infra*, III, véase Martini, Remo, “«Genus» e «species» nel linguaggio gaiano”, en *Synthese Vincenzo Arangio-Ruiz I*, Napoli, Jovene, 1964, pp. 462 y ss.; en castellano, Guzmán Brito, Alejandro, “Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana”, *REHJ.* 5, 1980, pp. 17 y ss.; *id.*, “El carácter dialéctico del sistema de las *Institutiones* de Gayo”, en Carvajal, Patricio-Ignacio (ed.), *Estudios de derecho romano en homenaje al prof. dr. D. Francisco Samper*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2007, pp. 427 y ss.

en la práctica jurídica,¹⁶ y una (muy) secundaria, orientada a la formación jurídica elemental.¹⁷

A mayor abundamiento, el derecho privado romano se construyó sobre la base del otorgamiento a los particulares por parte del magistrado con *iurisdictio* (paradigmáticamente, el pretor urbano) de instrumentos procesales destinados a hacer valer sus pretensiones en juicio, principalmente *actiones* y *exceptiones*. Lo anterior, en el entendido de que los antiguos romanos no conocieron la moderna distinción entre derecho “material” o sustantivo y derecho “formal” o procedimental,¹⁸ ni, por lo tanto, una separación entre derecho civil y procesal, incluyendo el *ius civile* ambas dimensiones. En efecto, los juristas clásicos debieron considerar el *ius* desde la perspectiva de la acción, la excepción, el interdicto, etcétera, limitándose muchas veces a la interpretación del contenido del edicto pretorio.¹⁹ De ahí que no sea exagerado sostener que la columna vertebral del derecho romano es el proceso o, para ser más precisos, la acción,²⁰ y que cualquier regla o principio que queramos encontrar en las fuentes jurídicas romanas tiene su origen en la actividad jurisdiccional.²¹

¹⁶ Cfr. Kaser, Max y Knütel, Rolf, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 20a. ed., München, C.H. Beck, 2014, p. 4. Los más brillantes exponentes de la jurisprudencia clásica se desempeñaron sobre todo en la *praxis* jurídica, ya sea absolviendo consultas de particulares (*respondere*), asesorando a las partes en litigio y/o al magistrado con *iurisdictio*, por ejemplo respecto de la acción a ejercer en cada caso y en la redacción de la correspondiente fórmula procesal (*agere*), asesorando a privados en la redacción de contratos o testamentos (*cavere*), asistiendo al *iudex* (por definición, un lego) para dictar sentencia, ejerciendo magistraturas en la época republicana, siendo altos funcionarios de la cancillería imperial durante el principado, etcétera.

¹⁷ Cfr. Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht I*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1971, p. 522. Sobre el modelo de enseñanza del derecho en la antigua Roma, véase, especialmente, Stolfi, Emanuele, “Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat”, en Baldus, Christian *et al.* (eds.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 9 y ss.

¹⁸ Cfr. Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 1. Para el desarrollo histórico de esta distinción sistemática, véase, por todos, Kollmann, Andreas, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 27 y ss.

¹⁹ Schulz, *Prinzipien*, *cit.*, pp. 28 y s.

²⁰ Cfr. Baldus, Christian, “Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik”, en Harke, Jan Dirk (ed.), *Facetten des römischen Erbrechts*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012, p. 34.

²¹ Es lo que se deduce de la célebre formulación del jurista Julio Paulo, contenida en D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): “*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*”. Al respecto, véase, por ejemplo, Vacca, *La giurisprudenza*, *cit.*, pp. 139 y ss.; Corbino, Alessandro, “Caso, diritto e regula. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana”, *RIDA*.

Esta perspectiva predominantemente accional del derecho romano (un *aktionnenrechtliches Denken*, como se suele decir en la romanística)²² se aprecia con especial nitidez en el ámbito de las obligaciones y sus correspondientes causas, ya que las dos definiciones conservadas en el *Corpus Iuris Civilis* atestiguan la estrecha vinculación entre *obligatio* y *actio*.²³ Por una parte, la noción de “obligación” contenida en las *Instituciones* de Justiniano (533 d.C.) alude a la coacción ejercida por el ordenamiento jurídico sobre la persona del deudor (...*quo necessitate adstringimur ...secundum nostrae civitatis iura*),²⁴ la que se traduce en el otorgamiento de una *actio in personam* al acreedor para exigir al deudor el pago del equivalente pecuniario (*aestimatio*) de la prestación incumplida, toda vez que esta última es en sí misma inexigible en el marco del procedimiento formulario romano,²⁵ regido por el principio de que sólo puede condenarse a una suma de dinero (*condemnatio pecuniaria*), jamás al cumplimiento en naturaleza.²⁶ Por otra parte, la descripción de la relación obligatoria ofrecida por Paulo (siglo III d.C.) se refiere implícitamente a la

61, 2014, pp. 47 y ss.; Palma, *Il luogo delle regole, cit.*, pp. 82 y ss. En general, sobre el papel del pretor en la producción del derecho romano, Gallo, Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1997.

²² Para este concepto, véase, especialmente, Kaufmann, Horst, “Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens”, *JZ*, 19, 1964, pp. 482 y ss.

²³ Para una aplicación concreta de lo dicho, nos permitimos la remisión a Wegmann Stockebrand, Adolfo, “En torno a la perspectiva accional de la «experiencia jurídica romana», a propósito de D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 ad ed.)”, *IP* 4/2, 2019, pp. 35 y ss.

²⁴ I. 3.13 pr.: “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”. Un estudio detallado de la fuente, en Falcone, Giuseppe, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, Giappichelli, 2003; *id.*, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale*, Torino, Giappichelli, 2017. Desde la perspectiva del autor, Wegmann Stockebrand, Adolfo, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, en Babusiaux, Ulrike et al. (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts II*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, en curso de publicación.

²⁵ En el derecho romano, la prestación debida (*obligatio principalis* en el lenguaje de Gayo) se extingue en el momento procesal la *litis contestatio*, atendido su carácter preclusivo. Gai. 3.180: “*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur...*”. En este orden de cosas se explica la definición de “deudor” contenida en el *Digesto*, atribuida al jurista Modestino (siglo III d.C.), quien no se refiere a un deber de prestación, sino que a la posibilidad de ser demandado para el pago de una cantidad de dinero por concepto de *aestimatio*, en el evento de una sentencia condenatoria. D. 50.16.108 (Mod. 4 *pand.*): “*Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest*”. Cfr. Giuffrè, Vincenzo, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, 2a. ed., Napoli, Jovene, 1999, p. 192.

²⁶ Gai., 4.48: “*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est...*”. Al respecto, véase, por todos, Kaser, Max y Hackl, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1996, pp. 372 y ss.

dicotomía entre acciones reales y acciones personales, vinculando a estas últimas la *substantia obligationis*.²⁷

La idea romana de contrato es un claro ejemplo de lo antedicho: si bien el vocablo *contractus* es ampliamente utilizado en las fuentes de la época clásica,²⁸ la *iurisprudencia* jamás nos ofrece una definición del mismo, lo que por cierto dificulta la interpretación del material conservado, ya que será tarea del estudioso determinar, caso a caso, qué pretendía decir este o aquel jurista al emplear el término en tal o cual contexto. Como ya se adelantó, los *iuris prudentes* ejercieron su función creadora del *ius civile* partiendo de la base de figuras generadoras de obligaciones concretas con las cuales se operaba en la práctica forense (como es el caso del *contractus* o, mejor dicho, de la *obligatio contracta*), sin que llegaran a elaborar categorías generales y abstractas.²⁹ En estas circunstancias, es difícil encontrar un campo más mnibu para el *ius controversum* que el problema de la noción de *contractus* y su relación con el *consensus*.

Pues bien, dejando de lado cuestiones de detalle que llamarían la atención del romanista profesional, pero no así del civilista con intereses históricos, a quien el presente artículo está principalmente dirigido, las doctrinas contractuales desarrolladas en el seno de la jurisprudencia romana pueden agruparse a grandes rasgos en tres categorías.

En un extremo encontramos la noción más restringida de todas, que ve en el *contrahere* —y, por lo tanto, en el sustantivo *contractus*— únicamente la generación de obligaciones recíprocas para ambas partes, con lo cual el contrato vendría a identificarse con aquello que hoy en día denominamos “contrato bilateral”. Así se desprende de un famoso fragmento de Ulpiano (siglo III d.C.), donde se cita a Labeón (a caballo entre el siglo I a.C. y el I d.C.), quien afirma que el *contrahere* supone un *ultra citroque obligatio*, figura

²⁷ D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 inst.): “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”. La distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam* ya se encontraba en el manual gayano: Gai. 4.1-3. Véase, también, Gai. 2.204; 2.213, a propósito de la diferencia entre *legata per vindicationem* (de efectos reales) y *per damnationem* (de efectos obligacionales).

²⁸ Un extenso análisis del empleo de *contractus* en las fuentes romanas, tanto jurídicas como literarias, en Wunner, Sven Erik, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1964, pp. 29 y ss.; en castellano, Guzmán Brito, Alejandro, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 36 y ss. Véanse también las contribuciones de la romanística italiana a este problema, contenidas en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, obra en la cual las distintas concepciones de contrato en la jurisprudencia clásica son tratadas con mayor detalle.

²⁹ Cfr. Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, cit., p. 2.

que equivaldría (en su opinión) a lo que los griegos llamaban *synállagma*; de ahí la moderna denominación de los contratos bilaterales como sinallagmáticos.³⁰ A pesar de que el texto de Labeón/Ulpiano nada dice sobre la *conventio*, la opinión mayoritaria asume —demasiado a la ligera— que el elemento convencional estaría implícito; sin embargo, lo único cierto es que la fuente presenta la bilateralidad obligacional como elemento esencial del *contrahere*, no así la convencionalidad.³¹

En una postura claramente minoritaria en la moderna ciencia romanística, D'Ors ha visto aquí la auténtica noción clásica de contrato.³² Nosotros, en cambio, creemos más probable que Labeón se haya querido referir al correcto uso del verbo *contrahere* desde una perspectiva estrictamente lingüística, más que a su significación dogmática para el derecho romano, en una suerte de reacción contra cierta promiscuidad terminológica en el edicto pretorio y en el lenguaje jurisprudencial corriente, y que habría desempeñado un papel más bien marginal en el ámbito de las doctrinas romanas sobre el contrato.³³

En el medio del espectro se ubica una idea de *contractus* que Ulpiano atribuye al jurista Sexto Pedio (siglo II d.C.), según el cual no hay contrato que no contenga en sí mismo una convención, de modo que incluso una

³⁰ D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): “*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quaedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*”. En detalle sobre esta fuente, por ejemplo, Santoro, Raimondo, “Il contratto nel pensiero di Labeone”, *AUPA*. 37, 1983, pp. 5 y ss.; Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne I*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 71 y ss.; más recientemente, Cannata, Carlo Augusto, “Labeone, Aristone e il sinallagma”, *Iura* 58, 2010, pp. 33 y ss.; Fiori, Roberto, “«Contrahere» in Labeone”, en Chevreau, E. *et al.* (eds.), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, París, De Boccard, 2012, pp. 311 y ss.

³¹ Cfr. Gallo, Filippo, “Eredità di Labeone in materia contrattuale”, en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 148 y ss.

³² D'Ors, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El «contractus» según Labeón (a propósito de una crítica de Albanese)”, *REHJ*. 1, 1976, pp. 17 y ss. Una visión de conjunto de la teoría d'orsiana en *id.*, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, EUNSA, 2004, pp. 545 y ss. En términos similares, Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano I*, 2a. ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, pp. 800 y ss.; Samper, Francisco, *Derecho romano*, 2a. ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 335 y ss.

³³ Cfr. Albanese, Bernardo, “«Agere», «gerere» e «contrahere» in D. 50, 16, 19. Congettura su una definizione di Labeone”, *SDHI*. 38, 1972, pp. 189 y ss. Más detalles sobre la fuente, desde la perspectiva del autor, en Wegmann Stockebrand, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 46 y ss.

stipulatio, cuya causa obligacional está en las palabras (pregunta del *stipulator* seguida de una respuesta congruente del *mnibus*), es nula si no se basa en un acuerdo de voluntades.³⁴ Así las cosas, la idea de contrato pediana se muestra notablemente más amplia que la de Labeón, toda vez que incluye supuestos de obligaciones unilaterales, como el mutuo y la estipulación (que en la concepción labeoniana forman parte del *re y verbis agere*, respectivamente, no del *contrahere*), esta última expresamente aludida por el jurista, como acabamos de ver. Ahora bien, lo dicho no debe conducir a confusión: Pedio es muy preciso al afirmar que no hay contrato que no tenga en sí mismo una convención, lo que en ningún caso admite ser interpretado en el sentido de una equiparación entre los conceptos de *contractus* y *conventio*. Pedio, como cualquier jurista clásico, era muy consciente de que los acuerdos de voluntad (*pacta conventa* o *conventiones*) que carecen de un *proprium nomen contractus*, es decir, que no se encuentran tipificados,³⁵ no engendran una *actio*, sino sólo una *exceptio (pacti conventi)*,³⁶ ante lo cual una sinonimia pura y simple entre *contractus* y *conventio* se torna absolutamente imposible en el esquema contractual romano, construido sobre la base de la tipicidad.³⁷ Con todo, la concepción convencional pediana del contrato mostrará en los decenios venideros una particular vocación expansiva, llegando a penetrar incluso en la tradición gayana, si no en las *Instituciones*, sí probablemente en las *res cottidianae* y, a través de ellas, en las *Instituciones* de Justiniano.³⁸

Finalmente, en el otro extremo se ubica la idea de contrato que se desprende de un texto de las *Instituciones* de Gayo, en el cual el maestro de la época antonina, a propósito de la clasificación del género *obligatio* en dos especies según su causa, explica que toda obligación nace de un contrato (*ex contractu*) o de un delito (*ex delicto*); así, aquél se contrapone únicamente a este

³⁴ D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): “...ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est”. Cfr. Garofalo, Luigi, “Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio”, en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 339 y ss.; Paricio, Javier, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 77 y ss.

³⁵ Cfr. D. 2.14.7.1 (Ulp. 4 ad ed.), cuyo texto está citado supra, n. 6.

³⁶ D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 ad ed.): “Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem”. En términos similares, PS 2.14.1.

³⁷ Una breve visión de conjunto sobre la posición de las convenciones atípicas en el esquema obligacional romano, en Talamanca, Mario, “Contratto e patto nel diritto romano”, en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 63 y ss.

³⁸ Así, según la interpretación habitual de D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 aur.): “Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”; e I. 3.13.2: “Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio...”. Cfr. Paricio, *Contrato*, cit., pp. 91 y ss.

último como fuente de obligación,³⁹ de modo que bien pueden considerarse como contratos fuentes no convencionales, en la medida en que no constituyen hechos ilícitos, abriéndose la posibilidad de un *contractus* sin *conventio*. Nos detendremos en esta doctrina en el apartado siguiente.

III. LA IDEA DE *CONTRACTUS* EN LAS *INSTITUTIONES* DE GAYO

La así llamada “tradición gayano-justiniana”, compuesta por las *Institutiones* de Gayo, el breve manual denominado *res cottidianae* (muy probablemente obra del mismo Gayo) y las *Institutiones* de Justiniano (de evidente impronta gayana), constituye la piedra angular de una sistemática del derecho de las obligaciones que, con independencia de diferencias temporales y locales, se ha mantenido vigente hasta la actualidad en la gran mayoría de los códigos civiles.⁴⁰ Pues bien, la exposición de esta materia contenida en las *Gai Institutiones* comienza no con una definición del concepto *obligatio*, el cual se da por supuesto,⁴¹ sino por su clasificación dialéctica en dos especies, lo que el autor del célebre manual denomina su *summa divisio*:

Gai., 3.88: “*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*” [Pasemos ahora a las obligaciones, cuya suprema división establece dos especies: toda obligación nace de un contrato o de un delito].

El texto transcrito constituye la primera clasificación de las fuentes de las obligaciones propiamente tal de la historia.⁴² En ella, Gayo se refiere a

³⁹ Gai. 3.88: “...*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. Fuente completa citada *infra*, III.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Kaser, Max, “Divisio obligationum”, en Stein, P. y Lewis, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London, Sweet & Maxwell, 1983, pp. 73 y ss.; Paricio, Javier, “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, en *id.* (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 49 y ss.; Mozos Touya, José Javier de los, “La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las *Institutiones* de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno derecho civil”, *SCDR*. 6, 1994, pp. 103 y ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., pp. 10 y ss.; Cannata, Carlo Augusto, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 9 y ss.

⁴¹ Gayo no define ninguna de las *res incorporales*, entre las que se cuentan las *obligationes* (Gai. 2.14). Sobre la ausencia de una definición de *obligatio* en las *Institutiones* de Gayo, presente en cambio en las *Institutiones* de Justiniano (I. 3.13 pr.), Giuffrè, Vincenzo, “La definizione di «obligatio» nelle «Gai Institutiones»”. Un’isola che non c’è?”, *Iura* 64, 2016, pp. 101 y ss.

⁴² Cfr. Cannata, Carlo Augusto, “Sulla «divisio obligationum» nel diritto romano repubblicano e classico”, *Iura* 21, 1970, pp. 52 y ss.; Talamanca, Mario, “Obbligazioni (diritto romano)”, *ED*. 29, 1979, p. 41.

la división más amplia posible, que en cuanto tal incluye todas las obligaciones: no hay más especies de *obligatio* (y de *causae obligationis*) fuera de los elementos de la *divisio* mencionados en el fragmento;⁴³ de lo contrario, ésta no sería *summa*, sino que, en el mejor de los casos, *maior*. Por lo demás, el jurista confirma este significado de la expresión *summa divisio* en otros pasajes de su obra, a propósito de la clasificación de las personas en libres y esclavas (*summa divisio personarum*),⁴⁴ y la de las cosas entre aquellas de derecho divino y de derecho humano (*summa divisio rerum*),⁴⁵ no habiendo una tercera posibilidad en ninguna de estas clasificaciones. En consecuencia, hay que evitar caer en la tentación de ver aquí una estructura dialéctica incompleta, que es lo que a primera vista parece al observador contemporáneo, habituado a una sistemática más elaborada y compleja.⁴⁶ El carácter defectuoso que, desde la perspectiva del dogmático moderno, se advierte en Gai. 3.88 no implica necesariamente que Gayo no haya atribuido a su *summa divisio obligationum* un carácter omnicomprensivo.⁴⁷ Por el contrario, el jurista ofrece una nítida confirmación de la validez de su opción sistemática a propósito de la definición de acción personal (*actio in personam*), la que construye, precisamente, sobre la base de la dicotomía *contractus-delictum* como causas obligacionales:

Gai. 4.2: “*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*” [Acción personal es aquella mediante la cual litigamos con alguien que está obliga-

⁴³ En este sentido, véase, por ejemplo, Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, OUP, 1951, pp. 466 y ss.; Grosso, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 1963, pp. 3 y ss.; Wunner, *Contractus*, cit., pp. 42 y ss.; Cannata, *Materiali II*, cit., pp. 82 y ss. Para la bibliografía en castellano, véase, especialmente, Paricio, *Las fuentes de las obligaciones*, cit., pp. 49 y ss.; id., “Sull’idea di contratto in Gaio”, en Vacca, Letizia (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 151 y ss.; id., *Contratto*, cit., pp. 28 y ss.

⁴⁴ Gai. 1.9: “*Et quidem summa divisio personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”. Cabe destacar el uso de la expresión *quidem* (que podemos traducir como “ciertamente”, “sin duda”), con la cual Gayo busca afirmar la validez de su *divisio*. Cfr. Vincenti, Umberto, *Categorie del diritto romano*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 19 y ss.; Paricio, *Contratto*, cit., p. 29.

⁴⁵ Gai. 2.2: “*Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*”. Cfr. Vincenti, *Categorie*, cit., pp. 48 y ss.

⁴⁶ Así, por ejemplo, Talamanca, *Contratto e patto*, cit., p. 52, quien habla de una aparente exhaustividad de la bipartición gayana. La misma idea subyace a Harke, Jan Dirk, *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*, München, C.H. Beck, 2008, p. 40, quien atribuye al manual gayano un supuesto error evidente.

⁴⁷ Por lo demás, Gayo manifiesta su pretensión de exhaustividad en D. 1.2.1 (Gai. 1 *ad leg. XII Tab.*): “*In omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret*”. Cfr. Biscardi, Arnaldo, “Postille gaiane”, en Gaio nel suo tempo. *Atti del simposio romanistico*, Napoli, Jovene, 1966, p. 21; Paricio, *Sull’idea di contratto*, cit., p. 153.

do respecto de nosotros en virtud de contrato o de delito; es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o prestar].⁴⁸

El texto recién citado expresa en lo fundamental la misma idea que Gai. 3.88, sólo que ahora es a propósito de la clasificación de las acciones en reales y personales, y la definición de estas últimas. *Obligatio* y *actio in personam* no son sino dos formas de decir lo mismo, ya que representan sustancialmente un único fenómeno, considerado desde distintos puntos de vista (uno sustantivo, el otro procesal); en otras palabras: dos caras de la misma moneda. Por eso, las fuentes de la *actio in personam* son igualmente dos: el *contractus* y el *delictum*.

Tan estrecha era la relación entre obligación y acción personal en el derecho romano clásico, que los *iuris prudentes* no dudaron en negar la calidad de obligación en sentido estricto a la así llamada *obligatio naturalis*, precisamente porque no otorga acción para exigir su cumplimiento, sino sólo una excepción para retener lo dado o pagado en razón de ella. Como escribió Salvio Juliano (siglo II d.C.), sólo impropia (*per abusonem*) podemos afirmar que quien debe algo naturalmente es realmente “deudor”.⁴⁹ Otro tanto ocurrió (al menos hasta cierto momento histórico que no es posible precisar con exactitud) respecto de las así llamadas obligaciones honorarias, que no estaban amparadas por una acción civil (*actio civilis* o *in ius concepta*), sino sólo por una acción pretoria (*actio in factum concepta*).⁵⁰ De lo anterior se colige que el término *obligatio* es empleado de manera impropia (abusiva, según Juliano) a los vínculos jurídicos no amparados por una *actio in personam (civilis)* o, lo que es lo mismo, que toda obligación en sentido estricto supone esta clase de acción, la que según Gai. 4.2 emana de un contrato o de un delito.

⁴⁸ Cfr. D. 44.7.25.1 (Ulp. l.s. reg.): “...in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet”. Sobre la vinculación del pseudo-ulpiano *liber singularis Regularum* (también conocido como *Tituli ex corpore Ulpiani*) con las *Instituciones* de Gayo, obra con la cual muy probablemente compartía una tradición escolar común, véase Avenarius, Martin, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, Wallstein, 2005, pp. 36 y ss.

⁴⁹ D. 46.1.16.4 (Iul. 53 dig.): “Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusonem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse”. La misma idea se encuentra contenida en D. 15.1.41 (Ulp. 43 ad Sab.), a propósito de las obligaciones contraídas por un esclavo: “Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur...”.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, véase, especialmente, Cardilli, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie”, *AUPA*. 61, 2018, pp. 11 y ss.; *id.*, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 273 y ss.

Luego, ya sea que se considere la cuestión desde una perspectiva sustantiva o procesal, para Gayo las obligaciones admiten ser clasificadas en dos grupos, según su causa: las nacidas de contrato, por una parte, y las nacidas de delito, por la otra;⁵¹ por lo demás, lo anterior se desprende con claridad del uso de la expresión *omnis obligatio* en Gai. 3.88, la que más allá de toda duda significa “toda obligación”. Así las cosas, en lenguaje gayano podemos decir: no hay obligación ni, por tanto, acción personal (ya que son dos formas de expresar el mismo fenómeno), que no proceda de un contrato o de un delito.

En consecuencia, en las fuentes citadas, Gayo presenta una noción amplísima de contrato, construida exclusivamente sobre la base de su contraposición al delito, en el sentido de que toda causa de obligación que no sea constitutiva de un hecho ilícito (*delictum*) será susceptible de ser calificada sin más como *contractus*. De esta manera, la *obligatio ex contractu* se enfrenta, solitaria, a la *obligatio ex delicto*, excluyéndose todo posible *tertium quid*, con lo cual el contrato admite ser definido en términos negativos como una causa de obligación no delictual, como acto negocial vinculativo⁵² o, en términos más sencillos, como todo acto lícito que engendra obligaciones.⁵³ Otros pasajes del manual gayano confirman este aserto, al atribuir —expresa o implícitamente— la calidad de *contractus* a relaciones obligatorias que no están basadas en una *conventio*,⁵⁴ así como al negar a otras tal calidad por razones que nada tienen que ver con la falta de acuerdo entre las partes.⁵⁵

⁵¹ Sobre la referencia del sintagma latino *contrahere obligationem* a la causa de la obligación y no, como erróneamente se suele entender, al “perfeccionamiento del contrato”, nos permitimos la remisión a Wegmann Stockebrand, Adolfo, “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, *RD*. (Valdivia) 32/1, 2019, pp. 9 y ss., y a las fuentes y literatura secundaria allí citadas.

⁵² Lübtow, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1952, p. 99.

⁵³ Más detalles, con exégesis de las fuentes principales desde la perspectiva del autor, en Wegmann Stockebrand, Adolfo, “Sobre la noción de contrato en las *Institutiones* de Gayo”, *RD*P (Externado) 34, 2018, pp. 19 y ss.; *id.*, *Obligatio re contracta*, *cit.*, pp. 76 y ss. *Cfr.*, también, Schulz, *Classical Roman Law*, *cit.*, p. 466; Sargenti, Manlio, “Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano”, *Iura* 39, 1988, pp. 24 y ss., 56; Martini, Remo, “Il mito del consenso nella dottrina del contratto”, *Iura* 42, 1991, pp. 97 y ss.; Paricio, *Sull’idea di contratto*, *cit.*, pp. 151 y ss.; *id.*, *Contrato*, *cit.*, p. 34.

⁵⁴ Así, por ejemplo, en Gai. 4.182 a propósito de la tutela, o en Gai. 3.95a respecto de la constitución de la dote por medio de *dotis dictio* (acto solemne unilateral que, por lo tanto, no requiere acuerdo de voluntades).

⁵⁵ Como ocurre con el pago de lo no debido (*solutio indebiti*), en Gai. 3.91: “...*Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*...”. De una supuesta falta de *conventio* como motivo por el cual Gayo

La doctrina contractual recién esbozada, tan ajena a la mentalidad jurídica moderna, moldeada por la idea del contrato-convención, en caso alguno constituye una invención gayana o simplificación excesiva de las cosas con fines puramente didácticos. Tal opinión, demasiado extendida en la romanística⁵⁶ y muy lejos de estar probada en las fuentes, parte de la falsa premisa de que el derecho romano clásico habría conocido una suerte de teoría general del contrato fundada en el *consensus*, la cual no habría encontrado espacio en el manual gayano.⁵⁷ Por el contrario, Gai. 3.88 da cuenta de una de las nociones de *contractus* surgidas al interior de la jurisprudencia romana, cuya fuerza vital permitió que se manifestara todavía en los últimos decenios de la época clásica, en fragmentos de juristas tan reputados como Paulo y Ulpiano, cuyo contenido dista mucho de obedecer a intereses meramente pedagógicos, según se expone a continuación.

IV. LA DICOTOMÍA *CONTRACTUS-DELICTUM* EN PAULO Y ULPIANO

Como hemos adelantado, la dicotomía *contractus-delictum* contenida en Gai. 3.88, y confirmada en Gai. 4.2, no es una rareza de Gayo en el contexto más amplio de la jurisprudencia romana.⁵⁸ Si nos atenemos estrictamente al testimonio de las fuentes, éstas dan cuenta del hecho de que los clásicos nunca llegaron a formarse una idea unitaria de *contractus*,⁵⁹ por lo que la doctrina del contrato sin convención compitió, por así decirlo, con otras, no sin éxito.

excluyó el pago de lo no debido del catálogo de obligaciones contractuales, no hay testimonio en las fuentes; los reparos del jurista no se deben a una falta de acuerdo entre partes, sino a la ausencia de intención vinculativa del *solvens*, que no es lo mismo. Gayo pone en entredicho la naturaleza contractual de la *solutio indebiti* porque el *solvens* no busca crear una obligación nueva, sino más bien lo contrario, extinguir una que (equivocadamente) cree existente; luego, a los ojos del *solvens*, se trata de un supuesto de *distrahere* (extinción de una relación obligatoria que supuestamente existía), no de un *contrahere*. Para más detalles sobre nuestra interpretación de Gai. 3.91, nos permitimos la remisión a Wegmann Stockebrand, Adolfo, “En torno al carácter (cuasi)contractual de la *solutio indebiti* en las *Institutiones* de Gayo”, *REHJ*. 39, 2017, pp. 85 y ss.

⁵⁶ Véase, por todos, Schulz, *Classical Roman Law*, cit., p. 467.

⁵⁷ En tal sentido, ya Riccobono, Salvatore, “La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento I*, Milano, Giuffrè, 1930, pp. 123 y ss.

⁵⁸ Sobre la relación entre Gayo y la jurisprudencia clásica, véase, especialmente, Kaser, Max, “Gaius und die Klassiker”, *ZSS*. 70, 1953, pp. 127 y ss.; Brutti, Massimo, “Gaio e il *ius controversum*”, *AUPA*. 55, 2012, pp. 75 y ss.

⁵⁹ A juicio de Sargenti, *Svolgimento dell’idea di contratto*, cit., p. 73, ello ni siquiera habría ocurrido en tiempos de Justiniano.

En efecto, encontramos aplicaciones de la *summa divisio obligationum* de las *Institutiones* gayanas todavía a comienzos del siglo III d.C., en obras de carácter práctico, no didáctico, escritas por juristas tan connotados como Julio Paulo y Domicio Ulpiano. Sin que pretendamos llevar a cabo una exégesis exhaustiva de las fuentes correspondientes, ya que ello excedería los límites tanto extrínsecos como intrínsecos del presente trabajo, centraremos nuestra atención en dos fragmentos jurisprudenciales que atestiguan un uso de la dicotomía *contractus-delictum* en el marco de cuestiones de orden práctico vinculadas a la legitimación pasiva de una acción y, con ello, a la circunstancia de ser o no deudor (obligado).⁶⁰

En primer lugar, el jurista Paulo, en un fragmento extraído del vigésimo libro de su comentario al edicto del pretor urbano, relativo al ejercicio de la acción de petición de herencia (*hereditatis petitio*),⁶¹ y cuyo contexto originario muy probablemente fue la cuestión de la posibilidad de entablar la acción contra un deudor de la masa hereditaria (*debitor hereditarius*) que dolosamente había abandonado los bienes de la herencia antes de la *mnib contestatio* (*dolo desinere possidere*) en el marco de las disposiciones del senadoconsulto Juveniano,⁶² afirma lo siguiente:

5.3.14 (Paul. 20 *ad ed.*): “*Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert...*” [Pero nada importa si alguien es deudor en virtud de delito o de contrato...].

Por la forma en que ha llegado hasta nosotros, la fuente citada permite sostener con cierta verosimilitud que Paulo hizo aquí alusión a toda posible causa de obligación, con el objeto de afirmar el principio según el cual se puede ejercer la *hereditatis petitio* contra un *debitor hereditarius* con independencia del motivo por el cual éste contrajo la obligación. Habida consideración de que no sólo los poseedores de bienes de la herencia, sino que también los deudores de ésta, pueden ser legitimados pasivos de esta acción, el jurista pudo ver aquí la ocasión para referirse tangencialmente, de pasada, a la cuestión más general de las *causae obligationis*, la que en sí misma no correspondía tratar en este libro de su comentario *ad edictum*. Por ello afirma que, sin importar el origen de la *obligatio*, el deudor hereditario está sometido a

⁶⁰ Para una exégesis más detallada de los correspondientes fragmentos jurisprudenciales, nos remitimos a Wegmann Stockebrand, *Obligatio re contracta*, cit., pp. 86 y ss.

⁶¹ La legitimación pasiva de la acción de petición de herencia es explicada en términos generales por Ulpiano, en D. 5.3.9 (Ulp. 15 *ad ed.*): “*Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam*”. Cfr. D. 5.4.10 (Pap. 6 *quaest.*); Gai. 4.144.

⁶² Cfr. González Roldán, Yuri, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 216 y ss.

las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano y, por ese motivo, es legitimado pasivo de la *hereditatis petitio*, cuando ha dejado los bienes hereditarios dolosamente *ante litem contestatam*. Las causas de obligación mencionadas por Paulo son únicamente el *contractus* y el *delictum*, de forma análoga a Gai. 3.88 y Gai. 4.2.

A mayor abundamiento, Paulo califica como contractuales, relaciones obligatorias que ciertamente no están estructuradas sobre la base de una convención, como ocurre con la tutela (*tutela*)⁶³ y la gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*),⁶⁴ en ambos casos en su obra *ad Plautium*, situación que permite conjeturar que el desconocido (pero ampliamente comentado) jurista Plaucio también se debió adherir a esta doctrina contractual.⁶⁵ La habitual exactitud terminológica con que se conduce Paulo conspira contra la hipótesis de un uso desprolijo del concepto *contractus* en estos fragmentos.

En segundo lugar, Ulpiano, el jurista de la época severiana, igualmente con respecto a la legitimación pasiva de una acción, explica que es posible ejercer una *actio* (*in personam*, se entiende) contra el hijo de familia, ya sea que ésta se deba a un contrato o a un delito:

5.1.57 (Ulp. 41 *ad Sab.*): “*Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio...*” [Compete acción contra el hijo de familia tanto por contratos como por delitos...].

El contexto general de esta fuente, extraída por los compiladores justinianos del cuadragésimo primer libro del comentario de Ulpiano al derecho civil de Masurio Sabino (jurista del siglo I d.C., contemporáneo de Tiberio), es la posibilidad de entablar la *condictio ex causa furtiva* (acción personal civil destinada a la restitución del valor de cosas hurtadas) contra el *pater familias* por el hurto (*furtum*) cometido por un hijo sometido a su patria potestad.⁶⁶ En la antigua Roma, los hijos de familia (*fili familias*) carecían en principio de patrimonio; con la excepción de su *peculio castrense* si desem-

⁶³ D. 44.7.49 (Paul. 18 *ad Plaut.*): “*Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est...*”.

⁶⁴ D. 3.5.15 (Paul. 7 *ad Plaut.*): “*Sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus, nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet: hoc enim casu si nova voluntate aliquid quoque adgredi coeperit, alius contractus est*”.

⁶⁵ Cfr. Cenderelli, Aldo, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 71 y ss.; Finazzi, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 71 y ss.

⁶⁶ A este mismo supuesto se refiere Ulpiano en D. 13.1.4 (Ulp. 41 *ad ed.*): “*Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest*”. Cfr. Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 89 y ss.

peñaban funciones en la milicia,⁶⁷ todo lo que el hijo adquiría lo hacía para su *pater*, en modo análogo a lo que ocurría con los esclavos. No obstante lo anterior, la jurisprudencia clásica se formó el convencimiento de que mientras los esclavos (*servi*) y las hijas de familia (*filiae familias*) contraían obligaciones naturales, de manera que no eran legitimados pasivos de ninguna acción (y, por lo tanto, no se obligaban en sentido estricto, como ya se vio), las obligaciones contraídas por medio de un acto lícito por el hijo varón sometido a *patria potestas* son civiles, es decir, constituyen obligaciones propiamente tales, de modo que es legitimado pasivo de la acción que corresponda según el caso. Lo anterior sin perjuicio de que no se le podía ejecutar patrimonialmente, lo que en la práctica privaba de parte de sus efectos prácticos a la opinión jurisprudencial recién esbozada.

Ahora bien, de las obligaciones nacidas de hecho ilícito (*ex delicto*), que dan lugar a una condena pecuniaria, el *pater* responde civilmente por su hijo, conservando en todo caso la facultad de eximirse del pago de la misma por medio de la *noxae deditio* (entrega que el padre hace de su hijo a favor de la víctima del delito, por así decirlo, a modo de satisfacción, en vez del pago de la condena). Aunque los detalles del contexto originario del fragmento (al margen de que se hablaba de la *condictio ex causa furtiva*) son desconocidos, ya que los compiladores de Justiniano no los conservaron, no cabe duda que Ulpiano recurre a la dicotomía *contractus-delictum* para explicar la cuestión: se puede ejercer una acción contra el hijo de familia con independencia de que éste se haya obligado *ex contractu* o *ex delicto*.

Al igual que en el fragmento de Paulo, el discurso de Ulpiano tiene sentido si se parte de la base de que él pretendía cubrir todas las posibles *causae obligationis*: decir que se puede ejercer una acción contra el hijo de familia por contrato o por delito es lo mismo que afirmar que éste se puede obligar en virtud de un contrato o de un delito, ya que, como vimos más arriba, *obligatio* y *actio in personam* son dos manifestaciones de un fenómeno unitario. Por lo demás, el texto ulpiano se parece muchísimo a otro proveniente del tercer libro del comentario de Gayo al edicto provincial, en el cual se afirma que el *filius familias* se puede obligar “por cualquier causa” (*ex omnibus causis*), del mismo modo que el *pater familias*, y que por este motivo es posible ejercer una acción contra aquél al igual que contra éste;⁶⁸ ya sabemos que en el esquema gayano todas las obligaciones nacen de un *contractus* o de un *de-*

⁶⁷ Cfr. D. 42.6.1.9 (Ulp. 64 *ad ed.*). Sobre el límite de la *condemnatio* al valor del peculio (condena sujeta a *taxatio*), véase D. 9.4.35 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶⁸ D. 44.7.39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): “*Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest*”.

lictum. Finalmente, al igual que Paulo, Ulpiano califica como *contractus* a los vínculos obligatorios nacidos de un hecho lícito pero que no están fundados en una *conventio*, como es el caso de la *tutela*⁶⁹ y la *negotiorum gestio*.⁷⁰

V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

A la luz de lo establecido en Gai. 3.88 y Gai. 4.2, la naturaleza contractual de una relación obligatoria no depende de si ésta se encuentra estructurada sobre la base de una *conventio* entre partes, sino de la licitud de la *causa obligationis*, de manera que bien puede configurarse un *contractus* en sentido propio sin la necesidad de *consensus*. Este aserto se ve confirmado por otros textos del manual gayano, en los cuales actos lícitos no convencionales son explícitamente identificados como supuestos de *contrahere*. Otro tanto ocurre con fragmentos de jurisprudencia tardo-clásica, en los cuales, a propósito de la solución de cuestiones prácticas, sus autores acuden a la *summa divisio obligationum* conformada por el *contractus* y el *delictum*, sin que pueda reprochárseles una simplificación excesiva de las cosas con fines pedagógicos. En síntesis, según Gayo y parte de la jurisprudencia clásica (por lo demás, una muy destacada), para que nazca una relación obligatoria *ex contractu* es suficiente que el hecho del que ella procede no sea ilícito (*ex delicto*), de modo tal que el contrato se identifica con todo acto lícito que engendra obligaciones.

Así las cosas, a la luz de la eficacia tanto didáctica como práctica de la dicotomía *contractus-delictum*, la consideración del *consensus* como base del *contractus* romano *tout court* no es más que un mito. Todo lo anterior demuestra la importancia del estudio de los fundamentos históricos del derecho vigente, más allá de su análisis estrictamente dogmático, perspectiva de la cual el

⁶⁹ Se trata de D. 13.5.1.6 (Ulp. 27 *ad ed.*): “*Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu*”, y de D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta...*”.

⁷⁰ En primer lugar, hay que mencionar D. 11.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): “*Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*”. Si bien esta fuente no se encuentra situada en el título quinto del libro tercero del *Digesto* (*de negotiis gestis*), sino en el título de *religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*, no cabe duda que su contexto originario era la explicación de la gestión de negocios ajenos; lo anterior debido a que fue extraída por los compiladores justinianos del décimo libro del comentario de Ulpiano al edicto del pretor urbano, donde se trataba, precisamente, la *negotiorum gestio*. El segundo texto es D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*), citado en la nota precedente, que es explícito al emplear el sustantivo *contractus* tanto para la tutela como para la gestión de negocios ajenos.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM es uno de los más importantes exponentes en nuestra América Latina. *Ad multos annos*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, “«Agere», «gerere» e «contrahere» in D. 50, 16, 19. Congecture su una definizione di Labeone”, *SDHI*, 38, 1972.
- BALDUS, Christian, “Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spät-klassik”, en HARKE, Jan Dirk (ed.), *Facetten des römischen Erbrechts*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2012.
- BISCARDI, Arnaldo, “Postille gaiane”, en *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, Jovene, 1966;
- BRETONE, Mario, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2009.
- BRUTTI, Massimo, “Gaio e il *ius controversum*”, *AUPA*. 55, 2012.
- CANNATA, Carlo Augusto, “Sulla «divisio obligationum» nel diritto romano repubblicano e classico”, *Iura* 21, 1970.
- CARDILLI, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie”, *AUPA*. 61, 2018.
- CARDILLI, Riccardo, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016.
- CENDERELLI, Aldo, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni*, Torino, Giappichelli, 1997.
- D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El «contractus» según Labeón (a propósito de una crítica de Albanese)”, *REHJ*. 1, 1976.
- DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (Ca. 1500-1650)*, Leiden, Nijhoff, 2013.
- FALCONE, Giuseppe, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, Giappichelli, 2003.
- GALLO, Filippo, “Eredità di Labeone in materia contrattuale”, en BURDESE, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*.
- GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consilubus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, Cacucci, 2008.
- GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, OUP, 1993.
- KASER, Max, “Divisio obligationum”, en STEIN, P. & LEWIS, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London, Sweet & Maxwell, 1983.

- KASER, Max, “Gaius und die Klassiker”, *§§. 70*, 1953.
- KASER, Max, *Das Römische Privatrecht I*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1971.
- KASER, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.
- KASER, Max, “Zur juristischen Terminologie der Römer”, en *Studi in onore di Biondo Biondi I*, Milano, Giuffrè, 1965.
- KASER, Max & KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 20a. ed., München, C.H. Beck, 2014.
- KAUFMANN, Horst, “Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens”, *JZ*, 19, 1964.
- LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1952.
- NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, J. Schweitzer Verlag, 1985.
- NÖRR, Dieter, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlín, Schweitzer, 1972.
- ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- PALMA, Antonio, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, Giappichelli, 2016.
- PARICIO, Javier, “Sull’idea di contratto in Gaio”, en VACCA, Letizia (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997.
- PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- RICCOBONO, Salvatore, “La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica”, en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento I*, Milano, Giuffrè, 1930.
- SARGENTI, Manlio, “Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano”, *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. XXXIX, 1988.
- SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, München Leipzig, Duncker & Humblot, 1934.

- TALAMANCA, Mario, “Contratto e patto nel diritto romano”, en BURDESE, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, Cedam, 2006.
- TALAMANCA, Mario, “Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *La filosofia greca e il diritto romano (colloquio italo-francese) II*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977.
- TALAMANCA, Mario, “Obbligazioni (diritto romano)”, *ED.* 29, 1979.
- VACCA, Letizia, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, CEDAM, 2006.
- VACCA, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano”, *RChD.* 44/2, 2017.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “En torno a la perspectiva accional de la «experiencia jurídica romana», a propósito de D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 ad ed.)”, *IP.* 4/2, 2019.
- WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte II*, München, C.H. Beck, 2006.
- WUNNER, Sven Erik, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1964.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 199

Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 25 de mayo de 2022 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 54450470, ext. 364. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 100 ejemplares (impresión digital).

La presente obra, que se publica en celebración del octogésimo aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, contiene quince trabajos en español, inglés e italiano, reunidos con el objetivo de presentar la importancia actual que tiene el derecho romano en los estudios modernos de derecho civil, desde las perspectivas histórica, comparativa y práctica. El volumen colectivo que el lector tiene en sus manos le permitirá observar la actualidad de los estudios romanistas en la comprensión y solución de los problemas jurídicos modernos, principalmente en países pertenecientes al sistema jurídico romano germánico, pero que también sirve a aquellos pertenecientes al *Common Law*, e incluso a sistemas jurídicos orientales como el derecho chino, que ha ido desarrollando un derecho civil con fundamentos romanistas.

www.juridicas.unam.mx



9 786073 059817 >