

A NEW ROLE
FOR ROMAN TAXONOMIES
IN THE FUTURE OF GOODS?

A NEW ROLE
FOR ROMAN TAXONOMIES
IN THE FUTURE OF GOODS?

Atti del convegno di Padova
(19 maggio 2022)

a cura di
Marco Falcon e Mattia Milani



JOVENE

Publicazione realizzata con i fondi STARS dell'Università di Padova, bando 2019, nell'ambito del progetto *ANTARes – A New Thinking About Res. Roman Taxonomies in the Future of Goods*.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2022

ISBN 978-88-243-2773-2

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE SOMMARIO

ALVISE SCHIAVON Analisi economica del diritto romano dei beni pubblici: l'esempio di fiumi e strade	pag. 1
FRANCESCA ROSSI <i>Cura urbis, monumenta</i> e patrimonio culturale nell'esperienza di Roma antica	» 31
ANDREA CAPURSO The End of <i>res communes omnium</i>	» 59
YAIZA ARAQUE MORENO El cadáver como <i>res</i>	» 91
HENRIK-RIKO HELD <i>Res sacrae</i> in Romano-canonical Legal Tradition. Vicissitudes of a Roman Legal Concept in Canon Law and Contemporary Legal Systems	» 121
GIOVANBATTISTA GRECO <i>Res derelictae</i> : una categoria regressiva?	» 149
LUCA CUNIAL Tra rinuncia abdicativa e <i>derelictio</i> delle <i>res immobiles</i>	» 167
MARIA KACZOROWSKA A Multi-layered Approach to Ownership of Immovable Property Against the Background of the Roman Law Paradigm	» 187
SOFIA SANTINELLO <i>Universitas</i> e beni produttivi. Per una valorizzazione unitaria del patrimonio aziendale	» 215

FEDERICA DE IULIIS

Invecta et illata: una categoria di beni meritevole di tematizzazione fra passato, presente e futuro pag. 241

PAOLO COSTA

Pecunia e res. La posta in gioco ermeneutica di un'*impasse* semantica (a partire da C. 4.18.2) » 281

LAURA VELÁZQUEZ

Criptomonedas. Pecunia y bienes virtuales. Análisis desde la perspectiva romana de *res* » 315

DANIEL NAVARRO SÁNCHEZ

De la *res* romana al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica: el avance imparable del derecho Animal » 343

CARLOS AMUNÁTEGUI PERELLÓ

Legal Status of Artificial Agents » 375

Sono qui riuniti i saggi selezionati tramite la *call for papers* intitolata *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods?*, successivamente presentati e discussi dagli autori in occasione di un seminario tenutosi a Padova il 19 maggio 2022.

L'incontro si inserisce nel progetto *ANTARes – A New Thinking About 'Res'. Roman Taxonomies in the Future of Goods*, finanziato dall'Ateneo patavino nell'ambito del bando Stars@Unipd, edizione 2019.

Dal momento che, secondo le classificazioni dello European Research Council (ERC), si tratta di un progetto *Starting*, è sembrato giusto e naturale invitare a contribuire giovani ricercatori di ogni nazionalità, disposti a confrontarsi con gli approdi della giurisprudenza romana in tema di classificazione delle *res*.

La partecipazione è stata ampia, sia tra gli specialisti del diritto romano, sia tra i cultori del diritto vigente: frutto del loro lavoro è il presente volume, nel quale si affiancano approfondimenti dedicati ad argomenti classici e indagini su temi di frontiera.

Non possiamo, dunque, che esprimere soddisfazione per la riuscita dell'iniziativa e profonda gratitudine a coloro che vi hanno preso parte.

Alla professoressa Paola Lambrini, referente scientifico del progetto, va infine un ringraziamento particolare per l'entusiasmo infuso alla ricerca sin dal suo avvio e per i preziosi suggerimenti che generosamente ci ha dispensato, nell'auspicio di essere riusciti, almeno in parte, a raccogliarli.

Marco Falcon e Mattia Milani

ALVISE SCHIAVON

ANALISI ECONOMICA
DEL DIRITTO ROMANO DEI BENI PUBBLICI:
L'ESEMPIO DI FIUMI E STRADE

1. *Introduzione.* – Questo contributo si prefigge l'obiettivo di valutare la possibile convergenza della metodologia storico-giuridica e di quella comunemente indicata col nome di *law and economics*¹ nello studio delle fonti giuridiche romane. In particolare, si tenterà di seguire l'intersecarsi di queste due prospettive con riferimento a uno specifico problema, ovvero l'analisi degli strumenti a tutela dell'accesso dei membri della comunità ad alcuni beni sottratti all'appropriazione privata e lasciati al godimento collettivo: ancora più nello specifico, lo sguardo sarà rivolto alla peculiare disciplina delle vie di comunicazione in Roma antica.

Con riferimento al tema della disciplina dei beni pubblici o collettivi, infatti, le due discipline sembrano aver seguito un percorso di avvicinamento: alcuni studiosi di diritto romano, infatti, hanno indicato nelle categorie giuseconomiche un possibile strumento euristico per le fonti antiche in tema di beni pubblici; simmetricamente, ricercatori versati nella disciplina di *law and economics* sono stati spinti a rivolgersi alla storia del diritto, e in particolare del diritto romano, per rintracciare modelli di organizzazione e gestione della fruizione di beni lasciati all'uso collettivo.

¹Una sintetica storia dell'emersione di questa metodologia di studi nel XIX e XX secolo in PRIEST 2020 e in GELTER - GRECHENIG 2019. Una valutazione della ricezione in Italia di tale approccio agli studi giuridici in PARDOLESI 2015 e, in senso critico, MATTEI 2003.

2. *La svolta 'storicistica' dell'analisi economica del diritto: il caso dei 'commons'*. – Il punto di partenza della riflessione sulle forme collettive di appartenenza dal punto di vista della *law and economics* può a buon titolo essere considerato il celebre articolo di Harold Demsetz sulla teoria dei *property rights*².

Come noto, l'autore giunge a una valutazione fortemente negativa di quelli che egli chiama (impropriamente, come vedremo in seguito) regimi di *common property*: dal suo punto di vista, l'impossibilità per i membri della comunità di escludere gli altri dal godimento del bene³ conduce a una situazione di sovra-sfruttamento del bene stesso, poiché ciascun membro sarà condotto a massimizzare l'uso individuale della risorsa senza riguardo alla conservazione della destinazione d'uso della stessa (cosiddetto *free riding*)⁴. A questa situazione, assunta peraltro come condizione originaria e paradigmatica di ogni essere vivente⁵, l'evoluzione sociale farebbe fronte predisponendo regimi di proprietà privata, in cui la decisione sull'accesso alla risorsa viene riservata al potere di un singolo individuo (*ius ad alios excludendum*).

Tale impostazione del problema, che pure negli anni ha trovato larghi consensi tra i cultori di *law and economics*, è stata oggetto di una profonda revisione critica: a partire soprattutto dai lavori di Elinor Ostrom, molti studiosi hanno cercato di mostrare l'esistenza di

²DEMSETZ 1967, 347 ss. Viene peraltro spesso indicato come antecedente diretto della riflessione demsetziana il lavoro di GORDON 1954, 124 ss. Una valutazione dell'impatto di questo lavoro sugli sviluppi della teoria dei *property rights* in MERRILL 2002, 331 ss.

³DEMSETZ 1967, 356: «because the owner of a communal right cannot exclude others from enjoying the fruits of his efforts». Su questa caratteristica economica di *common e public goods* (non escludibilità) ritorno brevemente *infra* nel paragrafo 3.

⁴È evidente la consonanza di questa prospettiva col pensiero espresso in HARDIN 1968, 1243 ss.: tra i molti studiosi che hanno notato come la ricerca di Demsetz si ponga quasi come sviluppo dell'intuizione di Hardin, DAGAN - HELLER 2001, 560 sostengono che «although Garrett Hardin coined the term 'the tragedy of the commons' Harold Demsetz was the first theorist to conduct a cost-benefit analysis that aimed systematically to establish the long-run superiority of private property over commons property».

⁵Non è un caso che Garrett Hardin fosse un etologo che implicitamente mostrava di riconoscere la stessa tendenza all'accumulo individualistico negli animali e negli uomini. Ricorda da vicino l'assunto giusnaturalistico dell'esistenza di uno stato di natura in cui vige il principio per cui *homo homini lupus*. Sulle possibili ascendenze giusnaturalistiche della metodologia cosiddetta *law and economics* con specifico riferimento alla dottrina dei *property rights*, v. MATTEI 1998, 32 ss.

pratiche cooperative (*collective actions*) che garantiscono la fruizione comune di risorse naturali⁶.

In particolare, numerose ricerche si sono impegnate, a partire dalla constatazione della confusione, nel pensiero di Demsetz, tra *open access* e *common property*⁷, a mettere a fuoco la struttura istituzionale di regimi di proprietà collettiva non coincidenti con la mera assenza di regole per l'accesso⁸.

Merita fin da ora notare come le critiche alla tesi di Demsetz siano state condotte soprattutto attraverso il riferimento a concrete esperienze storiche⁹: la riconsiderazione di pratiche e istituzioni di

⁶ OSTROM 1990, ma un approccio simile era stato seguito già in CLAWSON 1974, 60 ss. Come messo in luce da FENNEL 2011, 10, queste ricerche partono dal presupposto metodologico per cui «a resource arrangement that works in practice can work in theory»; analogamente, nelle parole della Ostrom, «theoretical inquiry involves a search for regularities. It involves abstraction from the complexity of a field setting, followed by the positing of theoretical variables that underlie observed complexities» (OSTROM 1994, 24). Hanno particolarmente sottolineato questo aspetto delle ricerche della Ostrom ACHESON 2011, 319 ss. nonché, nella dottrina italiana, MARELLI 2011, 233 ss.

⁷ Nella prospettiva di Demsetz infatti «communal ownership means that the community denies to the state or to individual citizens the right to interfere with any person's exercise of communally-owned rights» (DEMSETZ 1967, 354). L'autore ha ribadito tale impostazione in numerosi scritti successivi, ad esempio in ALCHIAN - DEMSETZ 1973, 19 dove si legge che «communal rights mean that the working arrangement for the use of a resource is such that neither the state nor individual citizens can exclude others from using the resource except by prior and continuing use of the resource» e che dunque «persons who own communal rights will tend to exercise these rights in ways that ignore the full consequences of their actions». Significativo in questa prospettiva il fatto che in ALCHIAN 1987 la «communal property» sia affrontata nel capitolo intitolato «non-existent property rights». Contro tale identificazione tra sistemi di *open access* e regimi di *common property* si legga già CIRIACY-WANTRUP - BISHOP 1975, 713 ss. Di recente molto critici verso questa identificazione anche SMITH 2002, 453 ss., SMITH 2008, 450 ss. e EGGERSTON 2003, 75 dove si legge in particolare che «Hardin's paper has created something like a tragedy in itself»; analogamente EPSTEIN 2002, 521. Tale confusione sembra il portato di un'incomprensione più generale, insita nella metodologia della *law and economics*, tra caratteristiche economiche e regime giuridico del bene studiato: sul punto si vedano in particolare le puntuali osservazioni di OSTROM - HESS 2010, 53 ss.

⁸ In modo incisivo STEVENSON 1991, 39 afferma che «private property is not the only or necessarily the best solution to open access problem, however. Several other ways to correct open access distortions exist, and a subset of them forms the class of common property». Altrettanto significativamente GETZLER 2009, 246, può affermare che «property theory today has largely escaped from Hardin's intellectual trap - the stark triadic opposition of property/individualism versus no-property/anarchy versus collectivism/state control».

⁹ Fu lo stesso Demsetz a individuare la necessità che la sua ricerca teorica fosse cor-

fruizione collettiva di risorse si è sostanziata innanzitutto in numerosi *case studies* sulle pratiche delle comunità tradizionali¹⁰; anche per quanto riguarda le indagini più strettamente tecnico-giuridiche, poi, numerosi studiosi si sono rivolti a esperienze del passato come possibili modelli per la (ri)costruzione di un sistema giuridico di accesso alle risorse collettive.

All'interno di questa rivalutazione del problema, assumono particolare significato – per il discorso che si intende qui sviluppare – alcuni lavori che mirano esplicitamente a rintracciare nel diritto romano i modelli per affrontare i problemi economici posti dalla fruizione collettiva di beni e risorse, con particolare riferimento alle vie di trasporto e di comunicazione.

Mi riferisco in primo luogo ai lavori di Carol Rose, che analizza alcune delle categorie di *res* conosciute dall'esperienza giuridica romana, mettendole in relazione con alcune questioni aperte del dibattito giuseconomico contemporaneo: appare particolarmente significativo il parallelo tracciato da questa autrice tra le esigenze alla base della regolamentazione dell'accesso alle vie di comunicazione dell'antichità e delle moderne vie di comunicazione 'digitali'¹¹.

Ancora più radicale in questo senso appare la riflessione di un autore come David Berry, che non solo procede a un'analoga 'mappatura' delle categorie romanistiche alla ricerca di soluzioni ai problemi posti dalla rete globale¹², ma giunge a proporre la creazione di *licences* (li-

roborata dall'analisi storica, posto che nel suo articolo egli porta solo l'esempio (piuttosto marginale) del commercio di pellicce presso gli indigeni americani (cfr. DEMSETZ 1967, 351 ss.); esigenza ribadita anche in ALCHIAN - DEMSETZ 1973, 17. Tra gli studi volti a mostrare concreti esempi storici di 'privatizzazione' dell'accesso a risorse prima godute collettivamente (nel senso demsetziano di *open access*), si può segnalare AULT - RUTMAN 1979, 163 ss. Una importante riflessione sul crescente ricorso alla storia negli studi di *law and economics* si può leggere in HARRIS 2003, che alle pagine 680 s. si concentra in particolare al dibattito sui regimi proprietari individuali e collettivi.

¹⁰ Tra le più note e autorevoli ricerche in lingua inglese si possono ricordare DAHLMAN 1980 (volto a mostrare che il sistema dei *commons* precedente al movimento delle *enclosures* non possa essere qualificato *sic et simpliciter* come un regime di *open access*) e CLARK 1998, 73 ss. Sul punto in generale si vedano SHAW-TAYLOR 2008, 22 ss. e STEVENSON 1991, 48, dove si conclude che «open access has not been the modus operandi of many historical commons. They at least limited the number of users and some of them the amount of exploitation allowed by each individual user».

¹¹ ROSE 2003, 1 ss.

¹² BERRY 2008.

cenze d'uso) su prodotti da fruire nella 'rete' parametrize su categorie romanistiche: le *res divini iuris* e le *res communes omnium licences*¹³.

Da un diverso punto di vista, si segnala invece la autorevole presa di posizione di Richard Epstein che, in un recente contributo, accenna all'efficienza della disciplina romana della proprietà sottolineando come la «durable distinction between common and private property reflected a recurrent trade-off between costs of exclusion and costs of coordination» e che le forme di proprietà collettiva su alcuni beni – in particolare su quelli che costituivano la rete di trasporti del mondo romano – rappresenta una forma efficiente di gestione, dal momento che «common ownership facilitates effective transportation and communication»¹⁴.

3. *Analisi economica del diritto romano?* – Bisogna registrare un simmetrico movimento di avvicinamento della dottrina storico-giuridica, specialmente romanistica¹⁵, alla metodologia dell'analisi economica del diritto. Anche in questo caso, mi concentrerò in particolare sul problema del regime dei beni di pertinenza collettiva.

In anni recenti, sono apparsi numerosi studi che hanno tentato di applicare le categorie dell'analisi economica del diritto allo studio delle fonti giuridiche antiche¹⁶.

Numerose ricerche si sono concentrate sul problema dell'analisi economica dei regimi di appartenenza, in particolare applicando all'esperienza giuridica romana la nozione di *property rights*¹⁷.

¹³ BERRY - MOSS 2006.

¹⁴ EPSTEIN 2016, 514.

¹⁵ Si consideri però che un parallelo movimento di avvicinamento verso la metodologia dell'analisi economica ha interessato pure gli studiosi di storia del diritto medievale e moderno: emblematiche in questo senso le pagine di GROSSI 2001, 662 ss.

¹⁶ Pionieristico in questo senso KEHOE 1997; di recente hanno percorso questa strada, applicando l'analisi economica del diritto a diverse branche del diritto romano, tra gli altri DARI-MATTIACCI - PLISECKA 2012, 189 ss. e ABATINO - DARI-MATTIACCI - PEROTTI 2011, 365 ss. Un tentativo di saggiare l'efficienza delle *societas publicanorum* nella gestione 'esternalizzata' di servizi pubblici essenziali è stato operato da MALMENDIER 2002 (su cui MAGANZANI 2002, 216 ss.) Di recente questo movimento di studi è culminato nei due importanti volumi collettanei curati proprio da DARI-MATTIACCI - KEHOE 2020.

¹⁷ V. in generale LIBECAP 1986 e con specifico riferimento all'antichità HOOFS 2010, 5 ss.

Mi riferisco innanzitutto ai pionieristici lavori di Dennis Kehoe sull'interazione tra economia rurale e istituzioni giuridiche all'epoca del Principato, laddove questo autore indaga la politica economica di quel periodo attraverso l'analisi degli incentivi forniti dai diversi regimi proprietari creati e definiti dalle istituzioni del tempo¹⁸. Più di recente, Cynthia Bannon¹⁹ ha condotto un'approfondita ricerca in tema di gestione dell'accesso alle risorse idriche, esplicitamente assumendo il problema dell'allocazione di *private property rights* da un punto di vista di analisi economica del diritto.

Questi lavori, che rappresentano il punto di partenza della presente ricerca, si sono concentrati sull'analisi economica degli istituti che garantivano un accesso individuale ed esclusivo alle risorse, fondiari e idriche.

L'obiettivo dei paragrafi che seguono è quello di applicare il medesimo paradigma dei *property rights* allo studio delle forme non esclusive di accesso ai beni.

Alcuni tentativi in questo senso sono stati peraltro già intrapresi.

Recentemente la stessa Bannon ha provato ad esportare la sua analisi basata sul modello dei *property rights* alla gestione delle acque pubbliche²⁰, esplicitamente ricollegandosi alla prospettiva ostromiana di gestione dei *commons*²¹, prendendo ad oggetto della sua analisi le testimonianze epigrafiche relative alla disciplina dell'utilizzo dell'acquedotto di Venafrio²² e quella concernente lo sfruttamento del fiume Ebro rinvenuta nella cosiddetta *lex rivi hiberiensis*²³.

Nel contesto italiano si segnala un intervento di Mario Fiorentini, che, in un articolo sul tema della qualificazione dell'acqua come *res communis omnium* nelle fonti romane²⁴, giunge a mettere in relazione

¹⁸ In particolare KEHOE 2008.

¹⁹ BANNON 2009.

²⁰ BANNON 2017a, 60 ss.

²¹ BANNON 2017b, 13 ss.

²² CIL, X, 4842.

²³ Il testo è stato edito da BELTRÁN LLORIS 2006, 147 ss. Questo documento offre diversi spunti al romanista, per una ricognizione di quelli direttamente collegati al problema della gestione delle risorse idriche nelle comunità locali iberiche di età adrianea si può fare riferimento a BUZZACCHI - MAGANZANI 2014.

²⁴ FIORENTINI 2010, 39 ss. Un'analisi simile era stata compiuta da due studiosi di diritto pubblico internazionale in SCHRIJVER - PRISLAN 2009, 168 ss.

tale categoria romanistica con alcuni problemi emergenti nel dibattito economico contemporaneo.

Tale tentativo, pur per molti versi avanguardistico, soffre a mio avviso di due limiti: da un lato, ha concentrato tutta l'attenzione su una categoria, quella delle *res communes omnium*, di difficile ricostruzione – stante l'assenza nelle fonti romane di una loro esplicita disciplina²⁵; dall'altro, l'analisi del dibattito giuseconomico non va oltre i canonici riferimenti alla *tragedy of the commons*²⁶. Pertanto, ho deciso di impostare la presente ricerca su binari parzialmente diversi.

Stante la varietà di forme proprietarie non individuali elaborate dal pensiero giuridico romano²⁷ – e difficilmente riconducibili a una classificazione appagante per l'interprete moderno²⁸ – mi concentrerò sulla categoria delle *res in usu publico*²⁹, ovvero sui beni la cui pubblicità dipende – nella visione della giurisprudenza romana – più a fattori oggettivi di funzionalità e destinazione d'uso che a criteri soggettivi di appartenenza a un soggetto di diritto pubblico³⁰. La loro disciplina è caratterizzata³¹ dall'applicabilità di un complesso di rimedi di natura privatistica volti a reprimere una serie di condotte variamente incidenti sull'utilizzabilità del bene stesso da parte dei cittadini, i cosiddetti interdetti *de locis publicis* tramandati nei titoli 8-15 del libro

²⁵La categoria ha conosciuto in anni recenti un rinnovato interesse da parte della romanistica: tra i più importanti contributi apparsi di recente si segnalano LAMBRINI 2016, 85 ss. e FALCON 2016, 107 ss.; DURSI 2017. Nella dottrina tedesca si sono occupati del tema, tra gli altri, BEHERENDS 1992, 3 ss. (= BEHERENDS 2004, 599 ss.); SCHERMEIER 2009, 20 ss. Per una valutazione critica della storiografia SCHIAVON 2019, 112 ss.

²⁶FIorentini 2010, 63 ss.

²⁷Una visione d'insieme in ZOZ 1999.

²⁸Di 'fluidità' delle categorie romane di beni sottratti all'appropriazione privata parla PUGLIESE 1991, 429. Sorprendentemente, usano la stessa espressione ('*fluidity*') anche ROSE 2003, 3 e BERRY 2008, 81.

²⁹Tale categoria è sistematicamente ignorata dagli autori che hanno provato a mappare le forme di allocazione 'collettiva' di *property rights* nell'esperienza romana: v. ROSE 2003; HOOFS 2010, 10 s.; BERRY 2008, 85 ss. Sull'emersione di questa classe di beni pubblici e sulle peculiarità degli strumenti di tutela approntati per essa mi permetto di rinviare a SCHIAVON 2019, 55 ss.

³⁰Sottolineano con forza questo profilo – che rende difficilmente applicabile il paradigma proprietario soggettivistico alla ricostruzione della disciplina di questa categoria di beni – VASSALLI 1908 (oggi VASSALLI 1960, 3 ss.) e ORESTANO 1968, 297 ss.

³¹SCHERILLO 1947, 89 ss. (ma con specifico riferimento all'emersione della categoria delle *res in usu publico* 93 ss.), su cui si sofferma anche PUGLIESE 1994, 153 ss.

43 *'De interdictis'*: prenderò in considerazione solo due coppie di essi – *de fluminibus* e *de viis* – relativi alla tutela di fiumi e vie pubbliche extraurbane come vie di comunicazione e di trasporto.

Questi rimedi saranno dunque indagati e valutati alla luce di alcuni orientamenti emersi nella dottrina di *law and economics*, al fine di valutare se effettivamente, come suggerito da Richard Epstein, la disciplina romana delle vie di comunicazione possa rappresentare un modello efficiente di gestione di tali risorse.

4. *'Collective property', 'open access' e 'individual property rights'*. – Occorre innanzitutto mettere a fuoco le caratteristiche economiche dei beni oggetto della tutela interdittale. Dal punto di vista economico³² strade e fiumi intese come vie di comunicazione – e dunque in quanto siano considerati dal punto di vista delle utilità di trasporto che essi possono offrire alla generalità degli agenti economici – possono essere considerati *common-pool resources* o *common goods*³³. Il loro utilizzo è infatti non esclusivo³⁴ ma potenzialmente rivale³⁵; l'esclusione dal godimento di quell'utilità di qualcuno è impossibile o estremamente costosa, ma lo sfruttamento individualistico del bene da parte di un agente economico può pregiudicare la possibilità di un concorrente sfruttamento da parte di un altro agente, perché vi è la possibilità che questi si impossessi di una parte del bene stesso, congestionandolo e impedendone la fruizione da parte degli altri membri della comunità³⁶.

³² Appare opportuno fin da ora sottolineare la differenza tra la nozione economica di *public good* e il problema dell'individuazione dei regimi giuridici per governare tali beni in senso economico. Sulla relazione tra concetto economico e giuridico di proprietà v. COLE - GROSSMAN 2002, 317 ss.

³³ Alcuni dei principali contributi che hanno definito la dottrina dei *commons* sono stati raccolti in HELLER 2009.

³⁴ L'espresso riconoscimento di tale elemento della teoria dei *public goods* si fa tradizionalmente risalire al pensiero di MUSGRAVE 1959.

³⁵ Cfr. NASH 2008, 674.

³⁶ I costi sociali dello sfruttamento di una risorsa di questo tipo sono anche chiamati esternalità negative e rappresentano gli effetti collaterali negativi di un'attività economica. La teoria delle esternalità (*external economies*) ha ricevuto una considerazione organica a partire dalla riflessione di MARSHALL 1920, specialmente per quanto riguarda il tema delle esternalità positive (su cui MATTEI 1987, 23 ss.), e del suo allievo Pigou, specialmente con riferimento alle esternalità negative (su cui MATTEI 1987, 33 ss.). Tale concetto è tanto onnipresente quanto discusso nelle scienze economiche: una panoramica dei problemi, anche con riferimento al rapporto tra il tema delle esterna-

L'impossibilità di impedire o limitare fisicamente l'accesso 'a monte' alla rete di trasporto (attraverso espedienti tecnologici quali, ad esempio, i caselli autostradali), pone dunque il problema di regolare l'utilizzo del bene 'a valle', ovvero a posteriori rispetto all'utilizzo del bene stesso, attraverso dispositivi giuridici in grado di sanzionare un uso egoistico del bene (cosiddetto *free riding*) che impedisca o riduca la disponibilità del bene per il resto della comunità³⁷.

Nel linguaggio della scienza economica, così come in quello di *law and economics*, si è soliti classificare le soluzioni giuridiche al problema del *free riding* in *centralized* e *decentralized*³⁸. Nel primo caso, la gestione del bene è affidata ad un ente pubblico e la sanzione del comportamento opportunistico è demandata all'intervento degli organi statali; nel secondo, all'iniziativa degli individui titolari di una pretesa all'utilizzo del bene. È interessante notare che Arthur Cecil Pigou, l'economista francese considerato alfiere della soluzione 'centralizzata' al problema del *free riding*, aveva sviluppato la sua teoria sulla necessità dell'intervento del governo nel caso di esternalità positive con riferimento all'esempio delle strade³⁹. Contro tale soluzione, ritenuta inefficiente a causa dell'imperfetta informazione da parte degli organi regolatori e della tendenza della politica a gestire tali beni o servizi secondo logiche di patronato piuttosto che di efficienza⁴⁰, si è proposto di risolvere il problema in modo 'decentralizzato', attraverso il riconoscimento di diritti (o pretese) individuali all'uso della risorsa a soggetti privati. In altre parole, gli studiosi hanno iniziato a concepire «the possibility that public goods could be provided without the degree of centralized political control» considerato necessario da economisti come Pigou⁴¹.

Tale soluzione 'decentrata' trova il suo fondamento teorico, come noto, nella tesi esposta da Ronald Coase in uno degli articoli più

lità e quello dello sfruttamento di risorse comuni, in COWEN 1992, 1 ss. nonché l'utile sintesi in lingua italiana in MATTEI 1987, 41 ss.

³⁷ V. in generale SHAVELL 2021, 109 ss.

³⁸ V. una sintesi in MATTEI 1987, 106 e MATTEI 2000, 60 ss.

³⁹ PIGOU 1920, 194. Cfr. anche MATTEI 1987, 33 e 51.

⁴⁰ Coase a questo riguardo citava una famosa frase di Ambrose Pierce, in cui si dice che un faro (qui inteso come esempio paradigmatico di *public good* in mano alla gestione del governo) sarebbe «a tall building on the seashore in which the government maintains a lamp and the friend of a politician» (COASE 1974, 376).

⁴¹ FISCHÉ 2003, 351.

influenti della storia della scienza economica: *The Problem of Social Cost*⁴². In esso viene avvallata l'idea, centrale per lo sviluppo di tutta la teoria dei *property rights*, che si possa controllare il fenomeno del *free riding* nello sfruttamento di una risorsa attraverso l'assegnazione di *individual property rights*⁴³. Più in particolare, il cosiddetto 'teorema di Coase'⁴⁴ può essere sintetizzato in questi termini: in condizioni di costi transattivi⁴⁵ nulli, l'allocazione e precisa definizione di diritti individuali di esclusiva negoziabili conduce alla istituzione di un mercato efficiente in grado di tenere in considerazione i costi sociali prodotti dallo sfruttamento della risorsa, a prescindere dall'allocazione iniziale dei diritti stessi. La creazione di diritti individuali di esclusiva avrebbe in altre parole garantito uno sfruttamento non predatorio del bene, evitando così la tragedia di un uso incontrollato della risorsa.

Come noto, un'interpretazione in senso normativo di tale 'teorema'⁴⁶, che ha di fatto tolto significato alla fondamentale condizione dell'assenza di costi transattivi, ha condotto alcuni economisti ad attribuire una fiducia totale nella capacità di un sistema di diritti proprietari individuali di regolare in maniera efficiente l'accesso a risorse comuni⁴⁷ a prescindere dal contesto economico di riferimento e dun-

⁴² COASE 1960. Stando a SHAPIRO - PEARSE 2012, 1483 ss., sarebbe l'articolo di materia giuridica più citato della storia (nord-americana).

⁴³ DEMSETZ 1967, 348: «A primary function of property rights is that of guiding incentives to achieve a greater internalization of externalities». Una disamina approfondita in LUECK - MICELI 2007, 231. Una sintesi in MCCHESENEY 2006, 179 ss. e in MATTEI 1987, 76 ss.

⁴⁴ Sul cosiddetto 'teorema di Coase' la letteratura è sconfinata, per cui mi limito a rimandare al volume collettaneo PARISI - POSNER 2013.

⁴⁵ Il concetto di *transaction cost* è centrale nella dottrina di *law and economics*, specialmente nella tradizione post-coasiana: in esso viene assunta una nozione di *transaction* – derivata da COMMONS 1924 – a cavallo fra tradizione giuridica ed economica in quanto tendente ad indicare qualunque relazione giuridica od operazione economica (cfr. le precisazioni di MATTEI 1987, 73); pertanto, la nozione di *transaction cost* può essere in prima approssimazione riassunta come qualsiasi sacrificio di risorse legato alla preparazione e realizzazione di un'operazione economica (MATTEI 1987, 74 s.), ovvero – in termini più analitici – «search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs» (DAHLMAN 1979, 148).

⁴⁶ Per una possibile ascendenza della teoria del decentramento decisionale attraverso allocazione di *property rights* dal pensiero economico 'classico' di Adam Smith, si possono leggere le pagine di MATTEI 1987, 15 ss. specialmente 20. Di 'normative Coase theorem' parlano in particolare COOTER - ULEN 2012, 91 ss. Nello stesso senso si vedano anche PARISI 2008, 855 ss. e EGGERSTON 1990, 247 ss.

⁴⁷ Così esplicitamente ad esempio EPSTEIN 2002, 520.

que dei reali costi di transazione operanti⁴⁸. Proprio all'interno di questo filone può essere inserita la riflessione di Demsetz da cui siamo partiti. Attraverso il riconoscimento a un privato del monopolio dell'accesso alla risorsa, e così del potere di escludere ogni altro soggetto dallo sfruttamento del bene, si concentrano le decisioni sull'uso della risorsa – e la valutazione dei costi e benefici ad esso connesso – nelle mani di un unico soggetto in grado di decidere il livello efficiente di sfruttamento e così sventare il rischio di sovra-utilizzo⁴⁹.

L'efficienza della creazione di diritti privati di esclusiva sui *common goods* è però messa in discussione proprio dall'esistenza dei costi di transazione, considerati nel teorema di Coase ma obliati dagli studiosi successivi. La presenza di costi di transazione comporta che l'efficienza di diverse forme di allocazione di *property rights* non possa essere valutata in astratto – e dunque a-storicamente – ma sia invece da considerarsi nel quadro del più generale contesto sociale e tecnologico⁵⁰. La considerazione dei costi di transazione, una delle 'scoperte' della *New Institutional Economics*⁵¹, è la porta attraverso cui la storia – ovvero le condizioni materiali e limitate a cui si possono svolgere le operazioni economiche a seconda del contesto sociale e tecnologico di riferimento – fa ingresso nella scienza economica⁵².

⁴⁸ Si può incidentalmente notare come tale approccio scientifico abbia trovato un'importante sponda sul piano politico nella tendenza alla privatizzazione affermata negli U.S.A. a partire dalla presidenza Reagan: per una critica strettamente politica del fenomeno v. MATTEI - REVIGLIO - RODOTÀ 2007.

⁴⁹ LUECK - MICELI 2007, 192. Con specifico riferimento alle strade, tale conclusione favorevole al controllo delle esternalità negative attraverso il riconoscimento di diritti di esclusiva privati era stata già anticipata, contro le teorie pigouviane della necessità di un intervento statale, da Frank Knight in un famoso articolo del 1924 (KNIGHT 1924, 582 ss.). Per una panoramica delle soluzioni prospettate per le strade, v. ROUWENDAL - VERHOFFER 2006, 106 ss.

⁵⁰ LUECK - MICELI 2007, 189; EGGERSTON 2003, 75 (ma già EGGERSTON 1990, 105); McCHESNEY 2006, 182.

⁵¹ Si vedano le osservazioni di KLEIN 2000, 466 ss. e KLEIN 2010. Considerazioni analoghe già in FIELDS 1991, 10 ss.

⁵² L'impatto dell'analisi dei *transaction costs* sugli studi di storia economica (specialmente romana) riconducibili alla *New Institutional Economics* può farsi risalire alle ricerche di Douglas North (e in particolare NORTH - THOMAS 1973). Tale fenomeno è poi sottolineato tra gli altri da KEHOE 2007, 29 ss.; FRIER - KEHOE 2007, 134 ss.; BANG 2009, 196 dove si legge che «one crucial implication of transaction costs analysis is that frequently is too expensive to operate through the market and alternative forms of organization prove more efficient in allocating economic resources ... These are ideas that should resonate well with ancient historians».

Pertanto, l'efficienza della scelta di risolvere i problemi di sovrassfruttamento di un *common good* in regime di *open access* attraverso la creazione di diritti privati di esclusiva trasferibili può essere messa in discussione in presenza di alcuni fattori: in particolare quando, a causa della presenza di alti costi transattivi, risulta troppo costoso (relativamente ai benefici) assegnare, negoziare e implementare diritti individuali di esclusiva sul bene⁵³.

Nel caso delle vie di comunicazione come strade e fiumi, l'estensione spaziale del bene rende difficili ed estremamente costosi sia il controllo dell'accesso al bene che l'eventuale negoziazione dei titoli proprietari per l'accesso al bene, specialmente quando la velocità dello spostamento è necessariamente limitata per cause tecnologiche⁵⁴. In questo caso, dunque, la massimizzazione dell'utilità legata alla rinegoziazione dei diritti di accesso tra i titolari del diritto esclusivo non avviene. Al contrario, in questi casi potrebbe aversi piuttosto il fenomeno icasticamente definito da Michael Heller, in un articolo divenuto altrettanto celebre di quello di Gardin, *the Tragedy of the Anticommons*⁵⁵. In presenza di una molteplicità di diritti individuali di esclusiva non gerarchizzati, l'uso del bene viene inibito e si dà un'ipotesi di sottoutilizzo (*underuse*) del bene⁵⁶. Come nota lo stesso Heller, il problema del sottoutilizzo dei beni non viene percepito dagli studiosi moderni, che cavalcano piuttosto il mantra dell'aumento della produzione di beni e servizi, temendo pertanto l'opposto problema del sovrautilizzo di un bene.

Tale circostanza risulta ancora meno tollerabile in presenza di cosiddette esternalità di rete, o più precisamente *network effects*⁵⁷. Nell'analisi economica, con tale espressione ci si riferisce, in prima approssimazione, a quei casi in cui «the utility that a user derives from consumption of a good increases with the number of other agents

⁵³ Lo nota, proprio con riferimento a strade e fiumi, ROSE 1986, 763 («the more people, and the less specific their identities, the less likely it becomes that they can afford the costs of arranging a consensual bargain»). Osservazioni analoghe in MERRILL 1985, 26 ss. e già in CALABRESI - MELAMED 1972, 1107.

⁵⁴ ROSE 2003, 9.

⁵⁵ HELLER 1998. La tesi è stata poi sviluppata dal medesimo autore, e resa accessibile a un pubblico non specialista, in HELLER 2008.

⁵⁶ HELLER 1998, 627 ss.

⁵⁷ Lo notano in particolare ROSE 2003, 10 e EGGERSTON 2003, 75.

consuming the good»⁵⁸. È questo, evidentemente, il caso di strade e fiumi in quanto vie di comunicazione: proprio da questa osservazione si sviluppa il tentativo già ricordato di Carol Rose⁵⁹ di indagare le forme non individuali di accesso ai beni nell'esperienza giuridica romana al fine di trarre dei modelli istituzionali utili a regolare i problemi legati all'utilizzo della rete internet intesa come la grande *intangible network* dei nostri tempi.

Queste osservazioni, che conducono ad allontanarsi dal modello dell'assegnazione di *private property rights* per gestire i problemi di utilizzo delle vie di comunicazione come strade e fiumi, spingono al contrario in questi casi verso forme di allocazione diffusa del diritto di inibire comportamenti contrari alla destinazione pubblica dell'uso del bene – ovvero verso sistemi di *common property*⁶⁰.

La dottrina tende a definire questo modello proprietario come una forma intermedia tra *open access* e *private property*, ovvero come una forma (giuridicamente) limitata di *open access*⁶¹. Mentre nel regime di *open access* «no individual has the right to stop someone else from using the object», il termine proprietà collettiva «designates resources that are owned or controlled by a finite number of people who manage the resource together»⁶² e si riferirebbe a «complex structures ... that regulates exclusion and internal governance»⁶³. In particolare «a simple and customary method of allocating use of common property is a rule that grants equal access to all members of the group»⁶⁴.

Occorre però sottolineare come *equal access* in questo caso sia inteso non già come arbitraria possibilità di sfruttamento del bene da

⁵⁸ Si tratta dunque di un caso in cui l'uso di una risorsa genera esternalità positive. Sul tema delle esternalità di rete rimane fondamentale KATZ - SHAPIRO 1985, 424 ss.; ulteriori precisazioni in LEMLEY - MCGOWAN 1998, 481 ss. Per una connessione tra il tema delle esternalità di rete e la cosiddetta *tragedy of the commons*, LIEBOWITZ - MARGOLIS 1994, 141 ss.

⁵⁹ In generale ROSE 2003, 8 ss. (per il confronto con l'*intangible space* si leggano le pagine 12 ss.).

⁶⁰ Una connessione esplicita tra il problema dei *transaction costs* e quello della distinzione tra regimi di *open access* e di *common property* in LIBECAP 2005.

⁶¹ Tra i tanti, LUECK - MICELI 2007, 194; EGGERSTON 2003, 82 e WALDRON 1985, 327 ss.

⁶² DAGAN - HELLER 2001, 556 s.

⁶³ EGGERSTON 2003, 76.

⁶⁴ LUECK - MICELI 2007, 195.

parte di chiunque ma, piuttosto, come generale diritto di utilizzare il bene in modo non opportunistico, ovvero senza comprometterne la equivalente utilizzabilità da parte degli altri utenti: bisognerebbe dunque più propriamente parlare di *selective access*⁶⁵, nel senso che l'uso della risorsa da parte di ciascuno è subordinato al rispetto della destinazione all'uso comune; e, parallelamente, di *selective right to exclude*, nel senso che la possibilità di inibire comportamenti sul bene non è arbitraria, ma subordinata alla condizione della contrarietà della condotta alla destinazione pubblica del bene⁶⁶. In questo regime di *common property* in altre parole, il diritto di escludere non opera tanto nei confronti dell'esterno, verso i soggetti non appartenenti alla comunità⁶⁷, ma soprattutto all'interno del gruppo al fine di escludere comportamenti opportunistici dei *commoners* e garantire il *proper use* della risorsa⁶⁸.

5. *Gli 'interdicta de locis publicis' e la tutela diffusa di 'viae' e 'flumina'*. – Come già accennato, le fonti testimoniano l'esistenza nell'esperienza giuridica romana di un complesso di rimedi interdittali⁶⁹ variamente incidenti su una classe di beni denominati, nella riflessione giurisprudenziale, *res in usu publico*. Le formule di tali *interdicta de locis publicis* ci sono tramandate attraverso il commento ulpiano all'Editto, ma la dottrina nettamente maggioritaria ritiene, sulla scia di importanti intuizioni della dottrina ottocentesca, si tratti di previsioni molto antiche, risalenti probabilmente al pieno periodo repub-

⁶⁵ GOLDIN 1977, 53 ss.

⁶⁶ Una discussione della particolare configurazione del diritto di escludere nel caso di *common property* in FENNEL 2011, 14 ss.

⁶⁷ Questa è la prima caratteristica individuata come discriminare tra sistemi *open access* e *common property*, ad esempio in ROSE 2003, 106 dove i sistemi di proprietà collettiva sono definiti «property on the outside, commons on the inside».

⁶⁸ È la strategia di gestione delle risorse che Carol Rose ha chiamato *RIGHTWAY* in ROSE 1991, 9 («regulate the way in which the resource is used or taken, effectively prescribing the methods by which users may take the resource»); cfr. anche SMITH 2002, 456.

⁶⁹ In generale sulle caratteristiche tecniche di questi peculiari strumenti giudiziari si può fare affidamento a CAPOGROSSI COLOGNESI 1971, 901 ss. Si noti però che alcune fonti epigrafiche sembrano attestare l'operatività di rimedi funzionalmente assimilabili a quelli interdittali previsti nell'editto del pretore anche nel quadro degli ordinamenti coloniali e municipali: cfr. SCHIAVON 2019, 95 ss.

blicano⁷⁰. Tra i beni oggetto di tale disciplina assumono particolare rilievo fiumi e strade pubbliche: per essi, infatti, sono previsti dei rimedi *ad hoc* che vanno ad aggiungersi a quelli volti a tutelare genericamente tutte le *res in usu publico* (o *loca publica*).

Nel complesso, tali rimedi interdittali tutelano un ampio ventaglio di interessi e posizioni giuridiche individuali rispetto a vie e strade, come il diritto di uso esclusivo fondato su una concessione dell'autorità pubblica (in particolare l'interdetto *de loco publico fruendo*)⁷¹ o l'interesse al mantenimento delle utilità individuali (*commoda*) tratte da una *res in usu publico* non in forza di un particolare titolo giuridico legittimante lo sfruttamento del bene, ma in virtù del semplice *ius civitatis* (interdetto *ne quid in loco publico fiat*)⁷².

In particolare, però, voglio portare l'attenzione su due coppie di interdetti, miranti a tutelare le condizioni di utilizzabilità rispettivamente di *viae publicae* (cd. interdetti *de viis*) e *flumina publica* (cd. interdetti *de fluminibus*). Per ciascuna di queste *res in usu publico* il pretore aveva approntato un interdetto proibitorio e uno restitutorio, con cui era sanzionato *ex ante* (nel caso del rimedio proibitorio) o *ex post* (nel caso di restitutorio) l'uso di questi beni contrario alla loro destinazione pubblica, in quanto incidente sulla loro navigabilità o percorribilità.

L'ambito applicativo, e così lo scopo di tutela di questi interdetti, è infatti esplicitato nel commento ulpiano alle formule edittali di tali rimedi: così, per quanto riguarda gli interdetti *de fluminibus*, è affermato che rientra nella sfera di applicabilità di tale rimedio qualunque comportamento che *navigationem incommodet difficilioremve faciat vel prorsus impediatur*⁷³; mentre per le *viae* si dice che sarà sanzionato qualunque comportamento *si usus eius ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum*⁷⁴. Tali rimedi, perlomeno nell'interpretazione che ne dà Ulpiano, erano dunque rivolti a inibire le condotte incidenti sulla generale utilizzabilità da parte del pubblico di strade e fiumi come vie di comunicazione.

⁷⁰ Questa in particolare l'opinione di BISCARDI 1938, 84 ss. e di LABRUNA 1971, 63 ss.

⁷¹ Si leggano le osservazioni in SCHIAVON 2019, 366 ss.

⁷² Su cui mi permetto di rimandare ancora a SCHIAVON 2019, 145 ss.

⁷³ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.15.

⁷⁴ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.32.

Nella dottrina romanistica è discussa la natura dei rimedi interdittali e la qualificazione giuridica della situazione sostanziale sottostante protetta attraverso tali strumenti giurisdizionali. Le alternative attorno cui si è polarizzato il dibattito sono note: da un lato, la tesi che vede gli interdetti come strumenti di tutela di diritti soggettivi⁷⁵, dall'altro quella che preferisce ricondurre tale forma di tutela piuttosto a una sfera amministrativistica di protezione di interessi non asurgenti al carattere di diritti veri e propri⁷⁶. L'alternativa, posta in questi termini, rischia di diventare una questione puramente nominalistica, e il dibattito di coinvolgere più le categorie e gli schemi giuridici moderni che l'esatta comprensione dei fenomeni storici. In questa sede si seguirà una strada alternativa, tentando di comprendere la tutela approntata con gli strumenti interdittali – e in particolare con gli interdetti *de locis publicis* – entro quello che è stato definito il paradigma dei *property rights*⁷⁷.

La nozione di *property rights* affonda le radici nella scienza economica, che con questo termine non si riferisce tanto a un diritto formalizzato e sanzionato con precisi rimedi giurisdizionali, quanto piuttosto al concreto potere di un soggetto di prevalere su un altro soggetto nel caso di conflitto sull'utilizzo o l'accesso a una risorsa⁷⁸. Questa nozione, che suggerisce una visione del *property right* come fascio di diritti essenzialmente relativi⁷⁹, è quella assunta pure nella riflessione di Harold Demsetz⁸⁰ ma rimane a un livello di analisi che possiamo chiamare pre-giuridico, nel senso che non indaga la natura degli strumenti predisposti per concretizzare su un piano giurisdizio-

⁷⁵ BISCARDI 1956.

⁷⁶ GANDOLFI 1955.

⁷⁷ Circa l'utilità di questa nozione per comprendere alcuni istituti tipici del diritto romano della proprietà, oltre ai già citati Kehoe e Bannon, JAKAB 2015, 107 ss.

⁷⁸ Una definizione canonica in FURUBOTN - PEJOVICH 1972, 1139: «property rights do not refer to relations between men and things, but, rather, to the sanctioned behavioral relations among men that arise from the existence of things and pertain to their use».

⁷⁹ In consonanza, dunque, con la concezione anglosassone della *ownership* come *bundle of rights*, delineata nel celeberrimo contributo di HONORÉ 1961, 113 ss. Per una critica alla 'relativizzazione' del diritto di proprietà nella dottrina di *law and economics*, v. SMITH 2001, 357 ss. Un'utile comparazione tra la visione anglosassone e quella degli ordinamenti di *civil law* in punto di concezioni proprietarie in GAMBARO 2012, 62 ss.

⁸⁰ DEMSETZ 1967, 347: «It is important to note that property rights convey the right to benefit or harm oneself or others».

nale tale prevalenza nella controversia sull'uso di una risorsa. Un passaggio cruciale verso la definizione dei caratteri tecnico-giuridici della tutela dei *property rights* è rappresentato dal lavoro di Guido Calabresi e Arthur Douglas Melamed⁸¹. In tale fondamentale contributo⁸², l'attenzione non è infatti limitata all'allocazione di situazioni sostanziali (poteri d'accesso al bene, definiti dagli autori *entitlements*), oggetto ad esempio dell'approccio demsetziano al problema dei *property rights*, ma si sposta sulle forme di protezione (*remedies*) di tali *entitlements*⁸³, che prendono la forma di *property rule* (tutela inibitoria *ex ante* o *injuction*), *liability rule* (tutela risarcitoria *ex post* o *liability*) e *inalienability rule*⁸⁴.

Gli interdetti a tutela della generale utilizzabilità come vie di comunicazione di strade e fiumi possono essere facilmente inquadrati in questo schema concettuale, che rappresenta a tutt'oggi la base dell'analisi economica dei diritti proprietari. Essi, infatti, predispongono un rimedio inibitorio e un rimedio risarcitorio, entrambi inalienabili, che concretizzano il potere del postulante di prevalere sul convenuto in una controversia relativa all'utilizzo di fiumi e strade come vie di comunicazione.

I rimedi inibitori si concretizzano nella possibilità per il postulante di richiedere un interdetto cosiddetto proibitorio volto a bloccare preventivamente qualunque attività che pregiudichi l'utilizzabilità del bene nella sua veste di via di comunicazione. Le formule di

⁸¹ CALABRESI - MELAMED 1972.

⁸² Sesto nella già citata classifica degli articoli più citati nella storia americana stilata da SHAPIRO - PEARCE 2012.

⁸³ *Entitlement* può essere definito come la legittimazione di una parte a prevalere su di un'altra nel caso di conflitto tra le due dovuto a interessi incompatibili: cfr. per tutti MATTEI 1987, 89.

⁸⁴ Alla luce di questa classica ricostruzione, dunque, il modello cosiddetto 'decentrato' di controllo delle esternalità negative attraverso allocazione di diritti privati si arricchisce di sfumature, poiché la creazione di un sistema di diritti individuali non dipende solo dalla definizione di un certo asset di *entitlements*, ma anche dalla scelta dei *remedies* posti a loro tutela. Così esplicitamente CALABRESI - MELAMED 1972, 1105: «Whenever society chooses an initial entitlement it must also determine whether to protect the entitlement by property rules, by liability rules, or by rules of inalienability». Analogamente LUECK - MICELI 2007, 231 (secondo cui la tesi per cui il modello 'decentrato' «suggests an expanded set of remedies for controlling externalities, which is best exemplified by the choice between property rules and liability rules», come sostenuto appunto nell'articolo di Calabresi e Melamed); MATTEI 1987, 106 e MATTEI 2000, 62 ss.

tali interdetti sono riportate nel commentario di Ulpiano all'Editto del Pretore in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.20⁸⁵ e D. 43.12.1 pr.⁸⁶. In essi trova concretizzazione il diritto del legittimato attivo di inibire qualunque comportamento opportunistico contrario alla destinazione del bene a fungere da via di comunicazione.

Accanto a tali forme di tutela preventiva, troviamo però anche dei rimedi volti a sanzionare *ex post*, dunque per mezzo di una *liability rule*, l'attività del soggetto che abbia violato la destinazione del bene a via di comunicazione pubblica: si tratta in particolare delle versioni restitutorie dei già citati *interdicta de viis* e *de fluminibus*. Ulpiano ne riferisce le formule in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2⁸⁷ e D. 43.12.1.19⁸⁸. Si tratta di fattispecie identiche alle equivalenti proibitorie, tranne sul punto del tipo di tutela accordata attraverso l'esperimento del rimedio: attraverso di esse il postulante richiede all'istanza giurisdizionale la rimessa in pristino del bene, ovvero il pagamento di una somma a titolo di risarcimento; possono essere dunque inquadrare tra i *remedies* a tutela di un *property right* basati su una *liability rule*.

Se gli interdetti a tutela di strade e fiumi possono essere definiti come *property rights*, l'analisi del profilo della legittimazione consente di verificare sul piano storico-giuridico l'operatività della regola di allocazione diffusa di *property rights* relativi a *common goods*.

La dottrina romanistica è infatti concorde nel riconoscere per gli interdetti in questione la legittimazione del *quivis ex populo*⁸⁹, ovvero una forma di legittimazione diffusa a tutti i cittadini senza la necessità di provare un interesse individualizzato all'esperimento del rimedio stesso. Tale conclusione è fondata su alcune considerazioni esegetiche. *In primis*, dall'assenza nella formula interdittale di qualsiasi ri-

⁸⁵ Ulp. 68 *ad ed.* D.43.8.2.20: *Ait praetor: 'In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto'*.

⁸⁶ Ulp. 68 *ad ed.* D.43.12.1 pr.: *Ait praetor: 'Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat'*.

⁸⁷ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2: *Praetor ait: 'quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas'*.

⁸⁸ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.19: *Deinde ait praetor: 'Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immisum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas'*.

⁸⁹ Così tra gli altri UBBELOHDE 1899, 418; BRUNS 1864, 341 ss. anche nella traduzione in italiano, con prefazione e note di V. Scialoja, in BRUNS 1882, 166 ss.; FADDA 1894, 84 ss.; BRANCA 1941, 162; SCHERILLO 1947, 158.

ferimento testuale a una particolare condizione soggettiva: l'ordine è costruito in modo del tutto impersonale, senza che il rimedio sia rivolto a qualcuno (come nelle formule *ei interdictum dabo*), né la fattispecie oggettiva contiene alcun elemento di individualizzazione (come il '*damnum illi*' nel caso del *ne quid in loco publico*)⁹⁰; in secondo luogo Ulpiano nel commentare gli interdetti *de viis* li qualifica espressamente come *populares*⁹¹, sebbene tale affermazione non possa essere considerata decisiva al fine di stabilire il regime di legittimazione dei rimedi stante l'incertezza in cui ancora versa la dottrina romanistica in punto di ricostruzione della nozione di *actio popularis*⁹².

Ciò significa che il potere di inibire i comportamenti opportunistici (*free riding*) incidenti sulla possibilità di usare il bene come via di comunicazione è concesso ugualmente a tutti i cittadini, senza che per l'accettazione della *postulatio* davanti al Pretore fosse necessario dimostrare la lesione di un interesse particolarmente individualizzato sul richiedente.

Alla luce di questa caratteristica, gli interdetti in esame possono essere concepiti come rimedi posti a tutela di un uguale diritto di tutti i cittadini all'utilizzo di *viae e flumina* come mezzi di trasporto. Come si vede, sebbene non si tratti in senso proprio di esclusione di un soggetto dall'accesso del bene, si tratta pur sempre di una forma di tutela allocata in modo diffuso tra tutti membri della comunità, in grado di affrontare in modo efficiente e decentrato, alla luce dei problemi messi fuoco dall'analisi economica del diritto, il problema del *free riding* come questione centrale nella gestione delle risorse a fruizione collettiva⁹³.

⁹⁰ Accorda un rilievo decisivo a questo profilo linguistico nella costruzione della formula in particolare BERGER 1916, 1621 ss.

⁹¹ Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.8.2.34: *Hoc interdictum perpetuum et populare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit.*

⁹² Una valutazione critica dell'utilità di applicare la nozione di *actio popularis* – con cui la dottrina tradizionale si riferisce ai rimedi a legittimazione diffusa – con riferimento agli interdetti *de locis publicis* con legittimazione del *quivis e populo* in SCHIAVON 2019, 64 ss.

⁹³ Sulla proficuità di tale modello, basato sull'operatività di rimedi di tipo possessorio come gli *interdicta*, per la delimitazione di un modello di tutela dei *commons* alternativo a quello basato sulla proprietà rinvio a DALLA MASSARA - SCHIAVON 2021, 561 ss. Interessanti le riflessioni sull'esperienza nord-americana delle *citizens suits* e delle azioni popolari come possibile strumento di partecipazione dei cittadini alle funzioni di governo svolte da GAMBARO 1996, 61 ss.

6. *Conclusioni.* – Alla luce di quanto detto nei paragrafi che precedono, possiamo osservare come il sistema interdittale romano di repressione delle condotte contrarie all'utilizzabilità di strade e fiumi come vie di comunicazione possa essere ricondotto entro l'orizzonte concettuale della analisi economica del diritto.

La circostanza risulta ancora più degna di attenzione in quanto tale metodologia rimane fortemente debitrice della tradizione giuridica di *common law* all'interno della quale essa è stata elaborata.

Attorno a tali categorie, come autorevolmente osservato, si potrebbero allora verificare la (ri)convergenza delle due famiglie del pensiero giuridico occidentale (quella di *common law* e quella di *civil law*) e il superamento di una serie di reciproche incomprensioni ormai tratlätze, sia tra gli studiosi continentali che anglosassoni⁹⁴.

A partire almeno dal giudizio formulato da Richard Posner nel suo *Economic Analysis of Law*⁹⁵, è radicata tra gli studiosi anglo-americani l'idea di una maggior efficienza degli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli continentali a base (più strettamente) romanistica: è la cosiddetta *common law efficiency hypothesis*, basata prevalentemente sulla peculiare struttura del sistema giudiziario nei paesi di *common law*. Lo studio dell'esperienza giuridica romana alla luce dell'armamentario concettuale dell'analisi economica del diritto ha invece mostrato come la soluzione romana al problema della gestione di taluni beni a fruizione collettiva possa essere considerata efficiente.

Questo conferma, a mio avviso, la relatività dei giudizi in merito alla caratterizzazione 'ideologica' dei due rami della tradizione giuridica occidentale: prima, la questione del cosiddetto individualismo del diritto romano⁹⁶, poi quella – opposta e speculare – dell'ideologia individualistica, filo-proprietaria e borghese che l'analisi economica

⁹⁴ Così in particolare MATTEI 1998, 69 ss. e PARDOLESI 2015, 97 ss.

⁹⁵ Che si fa risalire a POSNER 1972, 98 ss. Si possono leggere anche le osservazioni, pubblicate in occasione dell'uscita della seconda edizione del manuale di Posner, in cui il tema della '*tendency toward efficiency*' dei sistemi di *common law* copre uno spazio ancora maggiore, in RUBIN 1977, 51 ss. e in PRIEST 1977.

⁹⁶ Contro l'idea tratlätze di un carattere borghese e anti-sociale del diritto romano e degli ordinamenti ad esso ispirati si era già pronunciato con forza DE MARTINO 1941, 1 ss. (temi ripresi in DE MARTINO 1979, 270 ss., con una preziosa *Introduzione* in cui l'autore ricontestualizza alcune prese di posizione). Ugualmente critico verso questa caratterizzazione dell'ordinamento romano si è più di recente mostrato MADDALENA 2012.

del diritto avrebbe ereditato dalla concezione blackstoniana della proprietà⁹⁷.

Un'analisi più ravvicinata ha permesso di osservare come le due tradizioni possano interagire, e difficilmente si facciano ri(con)durre a etichette ideologizzanti. In particolare, una analisi delle fonti permette di rinvenire effettivamente nella disciplina delle antiche *res in usu publico* – al di là di un generico e talvolta retorico rinvio al diritto romano nella forma di una citazione di letteratura secondaria – un possibile modello istituzionale per la gestione del problema del *free riding* sulle vie di comunicazione.

Dalla riconducibilità delle fonti entro schemi concettuali tanto distanti dalla tradizione romanista, lo studioso di diritto romano trae innanzitutto conferma della legittimità di uno studio storico condotto con un armamentario concettuale proveniente da una tradizione non immediatamente riconducibile al modello romanistico⁹⁸: purché, ovviamente, l'analisi sia sempre condotta con rigore specialmente al momento del confronto tra il modello euristico e le fonti antiche⁹⁹.

Per quanto riguarda il differente piano dell'utilità di tali ricerche per la miglior comprensione del diritto romano, mi pare che lo studio delle fonti relative agli *interdicta* posti a tutela delle *res in usu publico* alla luce del cosiddetto '*property right paradigm*' possa contribuire a superare quegli 'errori di impostazione' che Orestano riconosceva nella dottrina tradizionale relativa al problema dell'imputazione di situazioni giuridiche nel quadro dell'organizzazione pubblica romana¹⁰⁰. In particolare, l'utilizzo di strumenti concettuali estranei alla tradizione romanistica potrebbe servire ad evitare quel 'pregiudizio statalista'¹⁰¹ alla base dell'annosa questione circa la qualificazione dogmatica del rapporto dello stato romano con le *res in usu publico*. Studiando il regime di tutela interdittale di tali beni alla luce del concetto di *property rights*, si può affermare che i soggetti cui è riconosciuto un *entitlement* di tipo proprietario sulle *res in usu publico* – e in

⁹⁷ Si leggano ad esempio le considerazioni svolte in MATTEI - QUARTA 2018, 11 ss.

⁹⁸ In questo senso mi sembrano importanti le riflessioni sviluppate nella Premessa di C.A. Cannata a VACCA 1976.

⁹⁹ ORESTANO 1989, 409 ss.

¹⁰⁰ ORESTANO 1989, 185 ss.

¹⁰¹ ORESTANO 1989, 196 ss.

particolare su strade e fiumi – sono i *cives* in quanto potenziali postulanti in un processo interdittale. Questa osservazione può condurre a riconsiderare la (apparentemente contraddittoria) affermazione di Ulpiano secondo cui le *res in usu publico*, pur non essendo considerabili *in patrimonio fisci*¹⁰², *sunt alicuius*¹⁰³. Tali beni, infatti, pur non essendo annoverabili tra le *res* su cui gli apparati dello stato possono vantare un rapporto di tipo proprietario, *sunt alicuius* perché, come affermato nelle Istituzioni di Gaio, *ipsius universitatis esse creduntur*¹⁰⁴, nel senso che sono soggetti a un regime di protezione interdittale che concretizza sul piano tecnico-giuridico la loro appartenenza collettiva alla cittadinanza¹⁰⁵.

¹⁰² V. infatti Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.4: *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt. 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

¹⁰³ Come si desume dalla lettura di Ulp. 67 *ad ed.* D. 43.1.1: *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque.*

¹⁰⁴ Gai 2.11: *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur.*

¹⁰⁵ Ho sviluppato questa ricostruzione in SCHIAVON 2019, 38 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ABATINO - DARI-MATTIACCI - PEROTTI 2011: B. ABATINO - G. DARI-MATTIACCI - E. PEROTTI, *Depersonalization of Business in Ancient Rome*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, XXXI.2, 2011, 365 ss.
- ACHESON 2011: J. ACHESON, *Ostrom for Anthropologists*, in *International Journal of the Commons*, V.2, 2011, 319 ss.
- ALCHIAN 1987: A.A. ALCHIAN, *Property Rights*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, edited by J. Eatwell, M. Milgate and P. Newman, III, London, 1987, 232 ss.
- ALCHIAN - DEMSETZ 1973: A.A. ALCHIAN - H. DEMSETZ, *The Property Right Paradigm*, in *The Journal of Economic History*, XXXIII.1, 1973, 16 ss.
- AULT - RUTMAN 1979: D.E. AULT - G.L. RUTMAN, *The Development of Individual Rights to Property in Tribal Africa*, in *Journal of Law & Economics*, XXII.1, 1979, 163 ss.
- BANG 2009: P.F. BANG, *The Ancient Economy and the New Institutional Economics*, in *JRS*, XCIX, 2009, 194 ss.
- BANNON 2009: C. BANNON, *Gardens and Neighbors: Private Water Rights in Roman Italy*, Ann Arbor, 2009.
- BANNON 2017a: C. BANNON, *Fresh Water in Roman Law: Rights and Policy*, in *JRS*, CVII, 2017, 60 ss.
- BANNON 2017b: C. BANNON, *Ancient Roman Water Rights and Commons Theory*, in *The Politics of Fresh Water: Access, Conflict and Identity*, edited by C.M. Ashcraft and T. Mayer, New York, 2017, 13 ss.
- BEHERENDS 1992: O. BEHERENDS, *Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen ('res communes omnium') nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag*, Stuttgart, 1992, 3 ss.
- BEHERENDS 2004: O. BEHERENDS, *Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, II, Göttingen, 2004, 599 ss.
- BELTRÁN LLORIS 2006: F. BELTRÁN LLORIS, *An Irrigation Decree from Roman Spain: The 'Lex Rivi Hiberiensis'*, in *JRS*, XCVI, 2006, 147 ss.
- BERGER 1916: A. BERGER, voce *'Interdictum'*, in *RE*, IX.2, Stuttgart, 1916, 1610 ss.
- BERRY 2008: D.M. BERRY, *The Concept of the Commons*, in ID., *Copy Rip Burn. The Politics of Copyleft and Open Sources*, London, 2008.
- BERRY - MOSS 2006: D.M. BERRY - G. MOSS, *The Politics of Libre Commons*, in *First Monday*, XI.9, 2006.

- BISCARDI 1938: A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938.
- BISCARDI 1956: A. BISCARDI, *La tutela interdittale e il relativo processo*, Siena, 1956.
- BRANCA 1941: G. BRANCA, *Le cose 'extra patrimonium humani iuris'*, Trieste, 1941.
- BRUNS 1864: K.G. BRUNS, *Die römische Popularklagen*, in *ZRG*, I, 1864, 341 ss.
- BRUNS 1882: K.G. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, trad. it., con prefazione e note di V. Scialoja, in *AG*, XXVII, 1882, 166 ss.
- BUZZACCHI - MAGANZANI 2014: 'Lex rivi hiberiensis'. *Diritto e tecnica in una comunità di irrigazione della Spagna romana*, a cura di C. Buzzacchi e L. Maganzani, Napoli, 2014.
- CALABRESI - MELAMED 1972: G. CALABRESI - A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, LXXXV, 1972, 1089 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 1971: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Interdetti*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 901 ss.
- CIRIACY-WANTRUP - BISHOP 1975: V. CIRIACY-WANTRUP - R.C. BISHOP, 'Common Property' as a Concept in Natural Resources Policy, in *Natural Resources Journal*, XV, 1975, 713 ss.
- CLARK 1998: G. CLARK, *Commons Sense: Common Property Rights, Efficiency, and Institutional Change*, in *The Journal of Economic History*, LVIII.1, 1998, 73 ss.
- CLAWSON 1974: M. CLAWSON, *Comment*, in *The Governance of Common Property Resources*, edited by E.T. Haefele, New York - London, 1974, 60 ss.
- COASE 1960: R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law & Economics*, III.1, 1960, 1 ss.
- COASE 1974: R.H. COASE, *The Lighthouse in Economics*, in *Journal of Law & Economics*, XVII.2, 1974, 357 ss.
- COLE - GROSSMAN 2002: D.H. COLE - P.Z. GROSSMAN, *The Meaning of Property Rights: Law versus Economics?*, in *Land Economics*, LXXIII.3, 2002, 317 ss.
- COMMONS 1924: J.R. COMMONS, *Legal Foundation of Capitalism*, New York, 1924.
- COOTER - ULEN 2012: R. COOTER - T. ULEN, *Law and Economics*⁶, Boston, 2012.
- COWEN 1992: T. COWEN, *Introduction*, in *Public Goods and Market Failures. A Critical Examination*, edited by T. Cowen, London, 1992, 1 ss.
- DAGAN - HELLER 2001: H. DAGAN - M. HELLER, *The Liberal Commons*, in *The Yale Law Journal*, CX.4, 2001, 549 ss.

- DAHLMAN 1979: C. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, in *Journal of Law & Economics*, XXII.1, 1979, 141 ss.
- DAHLMAN 1980: C. DAHLMAN, *The Open Field System and Beyond: a Property Rights Analysis of an Economic Institution*, Cambridge, 1980.
- DALLA MASSARA - SCHIAVON 2021: T. DALLA MASSARA - A. SCHIAVON, *Remarks on Common Possession Between Law and History*, in *Global Jurist*, XXI.3, 2021, 561 ss.
- DARI-MATTIACCI - KEHOE 2020: G. DARI-MATTIACCI - D. KEHOE, *Roman Law and Economics*, I-II, Oxford, 2020.
- DARI-MATTIACCI - PLISECKA 2012: G. DARI-MATTIACCI - A. PLISECKA, *Luxury in Ancient Rome: An Economic Analysis of the Scope, Timing and Enforcement of Sumptuary Laws*, in *LR*, I.1, 2012, 189 ss.
- DE MARTINO 1941: F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario Comparato di Studi Legislativi*, XVI, 1941, 1 ss.
- DE MARTINO 1979: F. DE MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, I, Roma, 1979, 270 ss.
- DEMSETZ 1967: H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *The American Economic Review*, LVII.2, 1967, 347 ss.
- DURSI 2017: D. DURSI, *'Res communes omnium'. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017.
- EGGERSTON 1990: T. EGGERSTON, *Economic Behaviour and Institutions*, Cambridge, 1990.
- EGGERSTON 2003: T. EGGERSTON, *Open Access vs. Common Property*, in *Property Rights: Cooperation, Competition and the Law*, edited by T.L. Anderson and F.S. McChesney, Cambridge - Princeton, 2003, 73 ss.
- EPSTEIN 2002: R. EPSTEIN, *The Allocation of the Commons: Parking on Public Roads*, in *The Journal of Legal Studies*, XXXI.2, 2002, 515 ss.
- EPSTEIN 2016: R. EPSTEIN, *The Economic Structure of Roman Property Law*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, edited by P. Du Plessis, C. Ando and K. Tuori, Oxford, 2016, 513 ss.
- FADDA 1894: C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale*, I. *Parte storica*, Torino, 1894 (rist. Roma, 1972).
- FALCON 2016: M. FALCON, *'Res communes omnium'. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 107 ss.
- FENNEL 2011: L.A. FENNEL, *Ostrom's Law: Property Rights in the Commons*, in *International Journal of the Commons*, V.1, 2011, 9 ss.
- FIELD 1991: A.J. FIELD, *Do Legal Systems Matter?*, in *Explorations in Economic History*, XXVIII, 1991, 1 ss.
- FIorentINI 2010: M. FIorentINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, I, 2010, 39 ss.

- FISCHEL 2003: W.A. FISCHEL, *Public Goods and Property Rights: Of Coase, Tiebout, and Just Compensation*, in *Property Rights: Cooperation, Competition and the Law*, edited by T.L. Anderson and F.S. McChesney, Cambridge - Princeton, 2003, 343 ss.
- FRIER - KEHOE 2007: B. FRIER - D. KEHOE, *Law and Economic Institutions*, in *The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World*, edited by W. Scheidel, I. Morris and R. Sallers, Cambridge, 2007, 113 ss.
- FURUBOTN - PEJOVICH 1972: E. FURUBOTN - S. PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, in *Journal of Economic Literature*, X.4, 1972, 1137 ss.
- GAMBARO 1996: A. GAMBARO, *Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi*, in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, a cura di P. Trimarchi, Milano, 1996, 43 ss.
- GAMBARO 2012: A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.
- GANDOLFI 1955: G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955.
- GELTER - GRECHENIG 2019: M. GELTER - K. GRECHENIG, *History of Law and Economics*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by A. Marciano and G.B. Ramello, New York, 2019.
- GETZLER 2009: J. GETZLER, *Plural Ownership, Funds, and the Aggregation of Wills*, in *Theoretical Inquiries in Law*, X, 2009, 240 ss.
- GOLDIN 1977: K. GOLDIN, *Equal Access vs. Selective Access: A Critique of Public Goods Theory*, in *Public Choice*, XXIX.1, 1977, 53 ss.
- GORDON 1954: H.S. GORDON, *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*, in *Journal of Political Economy*, LXII.2, 1954, 124 ss.
- GROSSI 2001: P. GROSSI, *Recensione a U. MATTEI, Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1997, in *Quaderni fiorentini per la storia del diritto*, 2001, 662 ss.
- HARDIN 1968: G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, CLXII, 1968, 1243 ss.
- HARRIS 2003: R. HARRIS, *The Uses of History in Law and Economics*, in *Theoretical Inquiries in Law*, IV.2, 2003, 659 ss.
- HELLER 1998: M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, CXI.3, 1998, 621 ss.
- HELLER 2008: M. HELLER, *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, New York, 2008.
- HELLER 2009: M. HELLER, *Commons and Anticommons*, Northampton, 2009.
- HONORÉ 1961: A.M. HONORÉ, *Ownership*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1961, 113 ss.

- HOOFS 2010: K. HOOFS, *Property Rights in Legal History*, in *Property Law and Economics*², edited by B. Bouckaert, Cheltenham - Northampton, 2010, 5 ss.
- JAKAB 2015: E. JAKAB, *Property Rights in Ancient Rome*, in *Ownership and Exploitation of Land and Natural Resources in the Roman World*, edited by P. Erdkamp, K. Verboven and A. Zuiderhoek, Oxford, 2015, 107 ss.
- KATZ - SHAPIRO 1985: M.L. KATZ - C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *American Economic Review*, LXXV, 1985, 424 ss.
- KEHOE 1997: D. KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy: The Jurists and the Roman Agrarian Economy*, Michigan, 1997.
- KEHOE 2008: D. KEHOE, *Law and the Rural Economy in the Roman Empire*, Ann Arbor, 2008.
- KLEIN 2000: P.G. KLEIN, *New Institutional Economics*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by B. Bouckaert and G. De Geest, I, Cheltenham - Northampton, 2000, 456 ss.
- KLEIN 2010: P.G. KLEIN, *Transaction Cost Economics and the New Institutional Economics*, in *The Elgar Companion to Transaction Cost Economics*, edited by P.G. Klein and M.E. Sykuta, Cheltenham - Northampton, 2010, 27 ss.
- KNIGHT 1924: F. KNIGHT, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, in *The Quarterly Journal of Economics*, XXXVIII.4, 1924, 582 ss.
- LABRUNA 1971: L. LABRUNA, 'Vim fieri veto'. *Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971.
- LAMBRINI 2016: P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 85 ss.
- LEMLEY - MCGOWAN 1998: M.A. LEMLEY - D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *California Law Review*, LXXXVI.3, 1998, 479 ss.
- LIBECAP 1986: G. LIBECAP, *Property Rights in Economic History: Implications for Research*, in *Explorations in Economic History*, XXIII, 1986, 227 ss.
- LIBECAP 2005: G. LIBECAP, *State Regulation of Open-Access, Common-Pool Resources*, in *Handbook of New Institutional Economics*, edited by C. Menard and M.M. Shirley, Boston, 2005, 545 ss.
- LIEBOWITZ - MARGOLIS 1994: S.J. LIEBOWITZ - S.E. MARGOLIS, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, in *The Journal of Economic Perspectives*, VIII.2, 1994, 133 ss.
- LUECK - MICELI 2007: D. LUECK - T.J. MICELI, *Property Law*, in *Handbook of Law and Economics*, edited by A.M. Polinsky and S. Shavell, I, Amsterdam, 2007, 183 ss.
- MADDALENA 2012: P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *Federalismi.it*, XIV, 2012.

- MAGANZANI 2002: L. MAGANZANI, *Analisi economica e studio storico del diritto: le 'societates publicanorum' rivisitate con gli strumenti concettuali dell'economista*, in *Iura*, LIII, 2002, 216 ss.
- MALMENDIER 2002: U. MALMENDIER, *'Societas publicanorum'. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln - Weimar - Wien, 2002.
- MARELLI 2011: B. MARELLI, *Necessità di cooperazione e fiducia per la gestione di beni comuni. Ragionamenti teorici della sociologia attorno al problema dell'azione collettiva in comunità locali*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2011, 233 ss.
- MARSHALL 1920: A. MARSHALL, *Principle of Economics*⁸, London, 1920.
- MATTEI 1987: U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987.
- MATTEI 1998: U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1998.
- MATTEI 2000: U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law*, London, 2000.
- MATTEI 2003: U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, X.1, 383 ss.
- MATTEI - REVIGLIO - RODOTÀ 2007: U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007.
- MATTEI - QUARTA 2018: U. MATTEI - A. QUARTA, *The Turning Point in Private Law*, Cheltenham, 2018.
- MCCHESNEY 2006: F.S. MCCHESNEY, *Coase, Demsetz and the Unending Externality Debate*, in *Cato Journal*, XXVI.1, 2006, 179 ss.
- MERRILL 1985: T.W. MERRILL, *Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights*, in *The Journal of Legal Studies*, XIV.1, 1985, 13 ss.
- MERRILL 2002: T.W. MERRILL, *Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, in *The Journal of Legal Studies*, XXXI.2, 2002, 331 ss.
- MUSGRAVE 1959: R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, New York, 1959.
- NASH 2008: J.R. NASH, *Economic Efficiency Versus Public Choice: The Case of Property Rights in Road Traffic Management*, in *Boston College Law Review*, XLIX, 2008, 673 ss.
- NORTH - THOMAS 1973: D.C. NORTH - R.P. THOMAS, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, New York, 1973.
- OLSON 1965: M. OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard, 1965.
- ORESTANO 1968: R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968.
- ORESTANO 1989: R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1989.

- OSTROM 1990: E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.
- OSTROM 2000: E. OSTROM, *Collective Action and the Evolution of Social Norms*, in *The Journal of Economic Perspectives*, XIV.3, 2000, 137 ss.
- OSTROM - HESS 2010: E. OSTROM - C. HESS, *Private and Common Property Rights*, in *Property Law and Economics*², edited by B. Bouckaert, Cheltenham, 2010, 53 ss.
- PARDOLESI 2015: R. PARDOLESI, *Law and Economics in Italy: Some Thoughts About the Academic and Judicial Reception of Eal*, in *History of Economic Ideas*, XXXIII.3, 2015, 89 ss.
- PARISI 2008: F. PARISI, *The Coase Theorem*, in *New Palgrave Dictionary of Economics*², New York, 2008.
- PARISI - POSNER 2013: F. PARISI - R. POSNER, *The Coase Theorem: An Introduction*, I-II, Cheltenham, 2013.
- PIGOU 1920: A.C. PIGOU, *Economics of Welfare*, London, 1920.
- POSNER 1973: R. POSNER, *Economic Analysis of the Law*¹, New York, 1973.
- PRIEST 1977: G. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficiency Rules*, in *The Journal of Legal Studies*, VI, 1977, 65 ss.
- PRIEST 2020: G. PRIEST, *The Rise of Law and Economics: An Intellectual History*, New York, 2020.
- PUGLIESE 1991: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991.
- PUGLIESE 1994: G. PUGLIESE, *'Res publicae in usu populi' e 'in patrimonio populi' nel Corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo. Atti del convegno (Milano, 22-23 ottobre 1992)*, Milano, 1994, 153 ss.
- ROSE 1986: C. ROSE, *The Comedy of the Commons*, in *The University of Chicago Law Review*, LIII.3, 1986, 711 ss.
- ROSE 1991: C. ROSE, *Rethinking Environmental Controls: Management Strategies for Common Resources*, in *Duke Law Journal*, I, 1991, 1 ss.
- ROSE 2003: C. ROSE, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, in *Law and Contemporary Problems*, LXVI, 2003, 1 ss.
- ROUWENDAL - VERHOFFER 2006: J. ROUWENDAL - E.T. VERHOFFER, *Basic Economic Principles of Road Pricing: From Theory to Applications*, in *Transport Policy*, XIII.2, 2006, 106 ss.
- RUBIN 1977: P.H. RUBIN, *Why Is the Common Law Efficient?*, in *The Journal of Legal Studies*, VI, 1977, 51 ss.
- SCHERILLO 1947: G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1947.
- SCHERMEIER 2009: M.J. SCHERMEIER, *'Res communes omnium': The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence*, in *Grotiana*, XXX, 2009, 20 ss.
- SCHIAVON 2019: A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle 'res in usu publico'*, Trento, 2019.

- SCHRIJVER - PRISLAN 2009: V. SCHRIJVER - N. PRISLAN, *From 'Mare Liberum' to the Global Commons: Building on the Grotian Heritage*, in *Grotiana*, XXX, 2009, 168 ss.
- SHAPIRO - PEARSE 2012: F.R. SHAPIRO - M. PEARSE, *The Most-Cited Law Review Articles of All Times*, in *Michigan Law Review*, CX, 2012, 1483 ss.
- SHAVELL 2021: S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of the Law*, Harvard, 2021.
- SHAW-TAYLOR 2008: L. SHAW-TAYLOR, *Common Rights in Land*, in *New Palgrave Dictionary of Economics*², 2008, 22 ss.
- SMITH 2001: H.E. SMITH, *What Happened to Property in Law and Economics?*, in *Yale Law Journal*, CXI, 2001, 357 ss.
- SMITH 2002: H.E. SMITH, *Exclusion vs. Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, in *The Journal of Legal Studies*, XXXI.2, 2002, 453 ss.
- SMITH 2008: H.E. SMITH, *Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights*, in *Arizona Law Review*, L.2, 2008, 445 ss.
- STEVENSON 1991: G. STEVENSON, *Common Property Economics. A General Theory and Land Use Applications*, Cambridge, 1991.
- UBBELOHDE 1899: A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia. Serie dei libri XLIII-XLIV*, II, trad. it. e note di V. Pouchain, Milano, 1899.
- VACCA 1976: L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976.
- VASSALLI 1908: F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le 'res publicae' e le 'res fiscales' in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXV, 1908 (oggi in *Id.*, *Studi giuridici* II, Milano, 1960, 3 ss.).
- WALDRON 1985: J. WALDRON, *What Is Private Property?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, V.3, 1985, 313 ss.
- ZOZ 1999: M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di 'res publicae'*, Torino, 1999.

FRANCESCA ROSSI

*CURA URBIS, MONUMENTA E PATRIMONIO CULTURALE
NELL'ESPERIENZA DI ROMA ANTICA*

1. *Premessa.* – Nell'ambito di una riflessione che prenda in esame le categorie dei 'beni' elaborate dalla scienza giuridica di Roma, interessanti elementi di analisi possono essere tratti dallo studio delle *res* che compongono la città, intesa come complesso di spazi e cose destinato alla fruizione di tutti i cittadini. Dalle testimonianze in nostro possesso emerge, infatti, come tali *res* – considerate come opere urbanistiche in senso lato e, dunque, comprensive sia di opere infrastrutturali sia di opere artistiche – abbiano da sempre svolto un ruolo prioritario, non soltanto sotto il profilo 'estetico' legato all'aspetto della città, ma anche con riferimento a finalità di tipo 'sociale' e 'politico'.

Dal punto di vista estetico, è indubbio che il riflesso di Roma è indissolubilmente legato al patrimonio culturale ed artistico che la stessa seppe costruire nel corso dei secoli: gli innumerevoli monumenti (statue, edifici, teatri, templi, mosaici) consegnatici dal passato, tanto quanto le opere letterarie e storiografiche, recano il racconto della storia dell'*Urbs*, conservandone il ricordo e celebrandone in eterno la grandezza.

Senza disconoscere questo fondamentale aspetto, occorre altresì constatare l'utilizzo politico che ebbe ad oggetto l'edilizia e l'architettura, le quali, oltre a determinare l'affermazione della gloriosa immagine di Roma, furono spesso utilizzate dai protagonisti della scena politica per consolidare il proprio governo. Al riguardo, è emblematico il fenomeno di espansione artistico-urbanistica realizzatosi soprat-

tutto a partire dal principato augusteo e testimoniato dalle pagine degli autori del tempo¹.

Parimenti, le opere cittadine hanno nei secoli assolto anche una funzione di tipo sociale, contribuendo alla costruzione della comune identità del *populus*² e al riconoscimento dello stesso in un complesso di beni che ne racchiudono la storia, tramandandola alle generazioni future.

Il ruolo politico-sociale ricoperto da tali *res* e il loro valore estetico rappresentano le necessarie premesse per inquadrare e comprendere la centralità attribuita dall'esperienza giuridica romana alla città – nella sua duplice manifestazione di *urbs*, da un lato, *civitas*, dall'altro – non solo attraverso l'attenzione riservata allo sviluppo urbano come chiave di stabilizzazione del sistema politico, ma anche mediante la salvaguardia del patrimonio comune attraverso la predisposizione di appositi strumenti di tutela, volti a garantire la fruibilità di tale patrimonio da parte dei *cives* e, in ultima analisi, l'*utilitas publica*, considerata anche sotto il profilo artistico e culturale³.

2. *Il valore estetico della città: l'immagine di Roma come specchio della sua potenza.* – Come accennato, la consapevolezza circa l'importanza della 'città' a fini sociali e politici era già presente al pensiero antico, che nel corso dei secoli ne ha in più occasioni offerto conferma. L'esperienza di Roma, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale e

¹ Tra questi possiamo limitarci a menzionare due grandi nomi, Tacito e Svetonio, di cui *infra* saranno esaminate alcune testimonianze.

² SOLIDORO 2020, 102 sottolinea come «i raffinati strumenti di tutela dei beni culturali che già l'ordinamento giuridico romano aveva predisposto» siano conseguenza dell'acquisita «convizione che storia, cultura ed arte, nel loro insieme, costituiscono il più formidabile fattore identitario di ogni popolo».

³ Così VACCA 2017, 259, la quale sottolinea come in effetti l'esigenza di tutela dei beni culturali si manifesti «in tutte le civiltà», essendo il patrimonio artistico «considerato una 'ricchezza' della collettività, e quindi 'protetto' in varie forme e sottoposto a vincoli di varia natura e di varia estensione». Sull'*utilitas publica* come elemento fondativo della tutela del patrimonio artistico e culturale v. anche SETTIS 2009, 4; SETTIS 2011, 52 s. A favore della fruibilità del patrimonio artistico da parte della collettività si pronuncia Plinio il Vecchio, il quale ricorda un discorso di Agrippa recante la proposta di rendere pubblici tutti i quadri e le statue; cosa che, secondo Plinio, sarebbe stata più conveniente rispetto al loro 'esilio' nelle case private: Plin. *nat.* 35.26: *M. Agrippa ... exstat certe eius oratio magnifica et maximo civium digna de tabulis omnibus signisque publicandis, quod fieri satius fuisset quam in villarum exilia pelli.*

letteraria dei personaggi che ne scrissero la storia, ce ne consegna molteplici testimonianze, che si prestano ad essere analizzate attraverso le due chiavi di lettura pocanzi menzionate (il profilo estetico e quello socio-politico), dalle quali emerge una centralità della città in ordine alla costruzione del concetto di romanità.

Con riferimento al valore 'estetico', l'esperienza romana si preoccupò di preservare l'immagine della città, cosciente che il modo in cui si fosse presentata al mondo avrebbe costituito in certa misura uno specchio del suo peso politico⁴. Per questo, soprattutto a partire da una certa epoca, all'interno degli organi di governo si diffuse la convinzione che alla grandezza politica dell'*Urbs* dovesse corrispondere una pari magnificenza estetica. Tale consapevolezza sfociò, quindi, da una parte in una tendenza all'abbellimento della città attraverso edifici monumentali e opere d'arte, dall'altra nella predisposizione di una regolamentazione volta a garantire la cura del patrimonio cittadino. In verità, nonostante la spiccata sensibilità per il fenomeno 'artistico' e 'culturale' – e in generale per il 'senso del bello'⁵ – maturata da Roma nel corso dei secoli (certamente favorita dai contatti con il mondo greco, essendo la Grecia «la vera patria dell'arte antica»⁶), il diritto romano non elaborò una risposta unitaria in ordine alla tutela di ciò che l'esperienza contemporanea individua come 'patrimonio artistico e culturale', né predispose organi pubblici deputati a «dichiarare un bene culturalmente interessante»⁷. Questo non significa,

⁴ Nel discorso letto nella solenne inaugurazione dell'anno accademico 1893-94 Carlo Fadda affermava: «Le costruzioni romane riproducono fedelmente il carattere del popolo. Maestose, gravi, severe, rispondenti al concetto della grandezza romana, si elevano quasi sfida a' secoli a perpetua memoria di essa» (FADDA 1894, 18).

⁵ SOLIDORO 2020, 68. Secondo CORTESE 2017, 13 la circostanza che il rapporto con la cultura (in sé «di natura strettamente personale» e frutto di una «pulsione spontanea») si manifesti «in una civiltà così pragmatica» come quella romana, che appare quasi «rude» se paragonata alle civiltà orientali (come quella greca e quella egizia), testimonierebbe «l'impulso connaturato dell'essere umano verso quello che Platone definiva il Bello, quale εἶδος». Cfr. anche LIVA 2020, 120, il quale, attraverso l'analisi di alcuni brani ciceroniani, ritiene di poter rinvenire segnali di «un atteggiamento dei Romani nei confronti dell'arte capace di trascendere la mera contemplazione della bellezza». Sul 'sentimento del bello' nell'universo culturale romano v. anche CORBO 2019, 147 ss.

⁶ FADDA 1894, 14.

⁷ FRANCHINI 2016, 695. Cfr. anche CORTESE 2020, 107, la quale rileva che «la sensibilità per la cultura, soprattutto per le cose d'arte, è tema ben diverso dalla confi-

però, che Roma nutrisse un assoluto disinteresse verso tali beni o che non avesse contezza della loro importanza; al contrario, è possibile registrare rispetto ad essi una certa attenzione, che sfociò nell'adozione di varie disposizioni destinate a preservare la città tanto in relazione al decoro urbano (*decus urbium*)⁸, quanto in rapporto al suo valore estetico. Al riguardo, è sufficiente pensare al complesso di regole edilizie e paesaggistiche, che imponevano non solo limiti di gestione a tutela degli edifici pubblici e privati con l'obiettivo di conservare l'estetica dei palazzi e delle strade, ma anche limiti alla fruibilità delle risorse comuni, come dimostra l'attenta regolamentazione delle acque⁹.

Com'è noto, infatti, lo sviluppo urbanistico e le tecniche di costruzione edilizia erano disciplinate attraverso un complesso compendio normativo, di cui abbiamo dettagliate informazioni grazie alle pagine degli autori dell'epoca, *in primis* quelle di Vitruvio. Quest'ultimo offre nel *De architectura* una sorta di trattato enciclopedico dell'architettura e dell'edilizia¹⁰, celebrate nella loro natura scientifica¹¹. I dieci

gurazione tecnica di una tutela giuridica». In generale, l'opinione degli studiosi è concorde nel ritenere che la sensibilità di Roma per il fenomeno culturale ed artistico non debba indurci a trapiantare nell'esperienza antica soluzioni proprie della modernità, anticipando nozioni e concetti che sono frutto di percorsi interpretativi che hanno impiegato secoli per giungere alla configurazione che attualmente possiedono. Per un breve excursus storico sulla nascita della coscienza di tutela dei beni culturali cfr. Tosco 2014, 11 ss.

⁸Al rapporto tra diritto e decoro urbano in Roma antica è dedicata la recente monografia di Chiara Corbo: CORBO 2019.

⁹VACCA 2017, 259. Per uno studio dell'uso comune dell'acqua in età imperiale v. BUZZACCHI 2016, 743 ss.

¹⁰In sostanza, l'opera vitruviana compendia il complesso delle conoscenze teoriche e pratiche fino ad allora acquisite nel campo dell'architettura e dell'ingegneria. Per alcuni riferimenti a brani di Vitruvio e per la relativa bibliografia cfr. FRANCHINI 2016, 698, nt. 24.

¹¹Per confermare la nobiltà dell'architettura come scienza, Vitruvio sottolinea che gli architetti devono essere non solo ingegnosi, ma anche attenti alla disciplina, poiché «né l'ingegno senza la disciplina né la disciplina senza l'ingegno può rendere un artefice perfetto» (Vitr. arch. 1.1.3: *Itaque eum etiam ingeniosum oportet esse et ad disciplinam docilem; neque enim ingenium sine disciplina aut disciplina sine ingenio perfectum artificem potest efficere*); anzi, per meglio dire, debbono essere attenti 'alle discipline': infatti, la conoscenza dell'architetto è corredata da molte materie e vari saperi (Vitr. arch. 1.1.1: *Architecti est scientia pluribus disciplinis et variis eruditionibus ornata*), non soltanto di matrice scientifica (come il disegno, la geometria, l'aritmetica), ma anche letteraria (Vitr. arch. 1.1.4: *Litteras architectum scire oportet, uti commentariis memoriam firmiorem efficere possit*), storica (Vitr. arch. 1.1.5: *Historias autem plures novisse oportet, quod multa ornamenta saepe in operibus architecti designant, de quibus argumenti ratio-*

libri in cui è suddivisa l'opera contengono non solo elementi definitivi in ordine ai concetti-chiave di 'architettura' e di 'architetto' e alla nascita dell'edilizia, ma anche aspetti di dettaglio sui materiali, sulle diverse tecniche di costruzione e, in generale, come lo stesso autore afferma in apertura dei suoi volumi, su «tutti i principi che regolano questa disciplina» (*namque his voluminibus aperui omnes disciplinae rationes*)¹².

Oltre a contemplare una precisa regolamentazione dell'edilizia con riferimento alle nuove costruzioni, l'esperienza di Roma antica dimostrò attenzione anche alla cura e alla preservazione di quelle esistenti, predisponendo apposite regole di amministrazione con riferimento a categorie di beni di cui era evidentemente avvertita la peculiare rilevanza. Questo fenomeno si accrebbe in conseguenza del progressivo accentramento politico realizzatosi nei secoli dell'impero ed è testimoniato dalla tendenza degli organi pubblici a limitare gli interventi dei privati sui beni artistici e sul patrimonio immobiliare urbano, o subordinandoli ad un'autorizzazione senatoria o imperiale, o vietandoli *in toto*. Abbiamo notizia, infatti, di provvedimenti che sancivano il divieto non solo di demolire edifici di interesse artistico, ma anche di asportare parti ad essi congiunte o annesse, come dipinti, statue, colonne o marmi¹³, in ossequio ad un principio di unità ar-

nem, cur fecerint, quaerentibus reddere debent), filosofica (Vitr. *arch.* 1.1.7: *Philosophia vero perficit architectum animo magno et uti non sit adrogans, sed potius facilis, aequus et fidelis, sine avaritia, quod est maximum; ...*) e naturalmente giuridica. Le nozioni giuridiche sono, infatti, indispensabili per assicurare il rispetto delle regole relative a misure, distanze e luci, in modo da prevenire future controversie sulla costruzione degli edifici. Cfr. Vitr. *arch.* 1.1.10: *Iura quoque nota habeat oportet, ea quae necessaria sunt aedificiis <locis> communibus parietum ad ambitum, stillicidiorum et cloacarum, luminum, item aquarum ductiones et cetera, quae eiusmodi sunt.*

¹²Vitr. *arch.* 1.P.3. Nelle pagine vitruviane viene prestata attenzione sia all'edilizia pubblica sia a quella privata. Relativamente alla prima sono descritte non solo le costruzioni religiose (con particolare riferimento ai templi e ai diversi ordini architettonici ereditati dal modello greco), ma anche gli edifici civili come i teatri, i bagni, le palestre, i porti, le carceri e naturalmente il luogo pubblico per elezione, in quanto centro della vita civile, economica e giuridica, rappresentato dal Foro. Quanto poi all'edilizia privata, di questa sono presi in considerazione tanto gli aspetti tecnici, come le diverse tipologie di edifici e la loro organizzazione e disposizione (rispetto di precise misure, distanze, luci), quanto quelli estetici, relativi ai finimenti e ai decori esterni.

¹³Cfr. Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30.41.9, sul cui contenuto si sofferma NASTI 2019, 258; NASTI 2017, 599. In quest'ultimo contributo l'autrice ricorda che con il senatoconsulto Osidiano, emanato nel 47 d.C. dall'imperatore Claudio (come ricorda il successivo se-

chitettonica e di inseparabilità delle *partes aedium*¹⁴; nonché di disposizioni che proibivano la costruzione di nuovi edifici in Roma in assenza di un'autorizzazione imperiale o, ancora, che imponevano il preventivo restauro di quelli preesistenti e fatiscenti¹⁵.

Accanto a tali prescrizioni, la cura del patrimonio cittadino fu realizzata, già in epoca repubblicana, attraverso l'affidamento di mansioni di tutela, controllo e repressione ad appositi magistrati, gli edili (*aediles*), responsabili della *cura urbis*, nel cui ambito rientrava anche la custodia del patrimonio artistico della città¹⁶. Successivamente, nel corso dell'età imperiale, questo compito fu delegato ad appositi funzionari, quali il *praefectus vigilum* e poi, in età severiana, il *praefectus urbi* ed altri particolari soggetti, generalmente qualificati come *curatores*¹⁷.

La tendenza da parte degli imperatori ad assegnare la cura della città e dei suoi beni a funzionari particolarmente qualificati testimo-

natoconsulto Volusiano, che ne riprende le parti più significative), «furono vietate e dichiarate nulle le compravendite di immobili realizzate a scopo di speculazione, per guadagnare, cioè, dalla demolizione degli edifici più di quanto pagato al momento dell'acquisto» (NASTI 2017, 591 s.), mentre il senatoconsulto Aciliano del 122 vietò «di disporre legati aventi ad oggetto le cose unite agli edifici» (p. 594). Sui *senatusconsulta Hosidianum* e *Volusianum* v. CORBO 2019, 85 ss.; cfr. anche FRANCHINI 2016, 703 ss.; sul senatoconsulto Osidiano cfr. PROCCHI 2001a, 659 ss. Ulteriori disposizioni in tema di salvaguardia del patrimonio immobiliare pubblico furono poi emanate nel corso dell'età tardoimperiale, in conseguenza dell'inasprirsi nella parte occidentale dei fenomeni di spoliazioni di marmi ed elementi decorativi dagli edifici pubblici. Infine, prima di giungere alla compilazione giustiniana, l'ultimo imperatore a legiferare in materia fu Giulio Valerio Maggioriano, mediante una costituzione dal titolo *De aedificiis publicis*. Sulla *Novella Maioriani* v. il recente contributo di ANGELETTI 2019, 1 ss.; e inoltre le pagine di CORBO 2019, 19 ss.

¹⁴ SOLIDORO 2020, 97, la quale richiama PROCCHI 2001b, 431.

¹⁵ Per un'analisi di detti divieti e prescrizioni e per i relativi riferimenti all'interno delle fonti giuridiche si rinvia a SOLIDORO 2020, 95 ss.; CORTESI 2020, 109 s. Sugli obblighi di restauro e sulla conservazione delle abitazioni nel contesto urbano v. PROCCHI 2020, 151 ss. Dello stesso autore si ricordano anche i precedenti contributi sempre inerenti al tema della tutela urbanistica: PROCCHI 2001a, 659 ss.; PROCCHI 2001b, 411 ss. Considerazioni in merito alla legislazione e alla politica edilizia a Roma, nonché al connesso fenomeno dell'evergetismo, sono contenute anche nel recente saggio di RUSSO 2021, 51 ss., al quale si rinvia per ulteriore bibliografia. Infine, per l'analisi di una disposizione del IV secolo d.C. avente ad oggetto un peculiare divieto di affissione v. GRECO 2020, 185 ss.

¹⁶ FRANCHINI 2016, 697.

¹⁷ Per una recente analisi dei diversi funzionari addetti alla *cura urbis* v. SOLIDORO 2020, 93 s.

nia, dunque, una progressiva acquisizione di consapevolezza da parte del potere pubblico circa l'importanza della tutela del patrimonio urbano, anche sotto il profilo artistico e culturale. Alla base di tale attenzione, tuttavia, non possiamo rinvenire la volontà – tutta moderna – di preservare un bene di interesse pubblico¹⁸ come patrimonio comune, ma piuttosto quella di sfruttare le «potenzialità propagandistiche e celebrative»¹⁹ della grandezza di Roma, nonché del potere personale dell'imperatore. La predisposizione di strumenti volti alla cura dei beni della città (compresi quelli di interesse culturale ed artistico) può infatti rivelarsi preziosa, da un lato, per il consolidamento del potere politico, dall'altro, per l'acquisizione del consenso popolare, attraverso il contributo che tali beni apportano al benessere dei *cives*²⁰. Il riferimento alle finalità sociali e politiche sottese alla cura della città consente, dunque, di esaminare un secondo profilo connesso alla tutela del patrimonio cittadino, legato non tanto al fattore estetico, quanto ad obiettivi di tipo sociale e politico.

3. *La funzione politica delle 'res' della città: urbanistica e opere d'arte nella costruzione del sistema di governo.* – Volendo esaminare le diverse finalità che indussero il potere pubblico a preoccuparsi della *cura urbis*, occorre considerare che, se l'effetto immediato dell'attività di tutela del patrimonio cittadino fu certamente la salvaguardia dell'immagine e del decoro urbano, è pur vero che attraverso le opere di 'costruzione' edilizia fu altresì perseguito l'ulteriore obiettivo di 'costruzione' del sistema politico e sociale; nonché, per suo tramite, di 'costruzione' dello stesso concetto di romanità, garantendo così il riconoscimento e l'identificazione del corpo cittadino nell'immagine di Roma.

¹⁸ FRANCHINI 2016, 693 ricorda che nel diritto moderno l'interesse pubblico alla preservazione dei beni culturali non viene meno neanche quando siano nella proprietà dei privati, potendo tali beni essere sottoposti a vincolo mediante un provvedimento ministeriale che, dichiarando la sussistenza dell'interesse pubblico, limiti sensibilmente i poteri del proprietario.

¹⁹ SOLIDORO 2020, 92.

²⁰ SOLIDORO 2020, 100, sottolinea come lo splendore della città divenga «il simbolo celebrativo della maestà imperiale, il segno della forza e della magnificenza del potere», essendo conseguenza «dell'effetto positivo del *publicus adspectus* sugli umori popolari».

Con particolare riferimento alla ‘cura’ della città, intesa come complesso di spazi e di beni destinati alla fruizione dei *cives*, dalle fonti in nostro possesso risulta come attraverso la salvaguardia dei ‘beni pubblici’, complessivamente considerati, siano state portate avanti finalità di tipo al contempo politico e sociale, volte in ultima analisi a garantire la ‘tenuta del sistema’. Ad esempio, dalle testimonianze di Svetonio e Tacito emerge una forte connessione tra politica ed immagine cittadina, che trova una prima importante manifestazione nella propensione da parte dei protagonisti della scena politica a ‘curare’ la città anche a fini ‘strategici’. In questo senso, a partire dagli ultimi secoli della repubblica, e poi soprattutto nel corso del principato, si diffuse una progressiva attenzione al patrimonio cittadino, nel senso non solo della sua salvaguardia, ma anche della sua implementazione, che coinvolse sia le opere infrastrutturali (strade, ponti, acquedotti) sia quelle artistiche (edifici, monumenti, statue)²¹. A partire dal principato di Ottaviano Augusto si affermò infatti una tendenza, accolta anche dai successivi imperatori, ad «usare la cultura come strumento politico»²²: in sostanza la politica, attraverso un rinnovamento dell’aspetto della città (che da ‘*latericiam*’ divenne così ‘*marmoream*’)²³, mirava ad offrire una rappresentazione aurea dell’amministrazione della cosa pubblica e della persona dello stesso imperatore, con il quale i *monumenta* e le opere d’arte finivano per identificarsi²⁴.

²¹ La rapidità dei ritmi di espansione edilizia ha indotto gli studiosi a parlare di una «smania del costruire» (FADDA 1894, 18), ossia di «frenesia di costruire», che coinvolge sia il settore pubblico sia quello privato «non soltanto nell’ambito dell’edilizia popolare, ma anche in quella del lusso» (FRANCHINI 2016, 697). Cfr. anche SOLIDORO 2020, 69 dove afferma che «l’esplosione del lusso» conseguente alla vittoria su Cartagine «si concretò, tra l’altro, nella febbrile costruzione di dimore eleganti ed ornate, nell’acquisto di opere d’arte e manufatti pregiati, tra cui arredi, vesti e gioielli» sottolineando come tali nuovi interessi «contribuirono ad alimentare il gusto per il bello e l’apprezzamento dell’arte, che presto divenne uno status symbol per gli uomini di elevata condizione sociale», confermando la sussistenza di un preciso rapporto tra «l’istruzione e l’apprezzamento del bello», da un lato, e il potere, dall’altro (p. 73).

²² CORTESE 2017, 13 s. rileva, infatti, come «con Augusto si diede il via ad un ‘monumentalismo’ pubblico senza precedenti, che divenne carattere tipico della civiltà romana, come anche i suoi successori dimostrarono».

²³ Svet. *Aug.* 28. Per il brano di Svetonio cfr. *infra*.

²⁴ CORTESE 2020, 110 sottolinea come a partire dal principato l’attenzione per l’arte sveli «anche un profilo strategico, così che le opere d’arte scultorea, monumentale,

Peraltro, questo obiettivo di miglioramento dell'immagine della città, che non a caso prese avvio soprattutto a partire dal principato augusteo (in questo senso collocandosi in perfetta armonia con l'appellativo scelto dal *princeps*, che rimanda alla radice del verbo *augeo*²⁵) fu perseguito sia attraverso un ampliamento del patrimonio cittadino, arricchito da costruzioni nuove, sia mediante la salvaguardia di quelle già esistenti. Al riguardo, possiamo ricordare l'ammonimento rivolto da Vitruvio alla classe politica, attraverso l'invito a preoccuparsi non soltanto del rinnovamento dei beni della città, ma anche della tutela di quelli presenti²⁶.

Vitr. arch. 1.P.3: ... *haec tibi scribere coepi, quod animadverti multa te aedificavisse et nunc aedificare, reliquo quoque tempore et publicorum et privatorum aedificiorum, pro amplitudine rerum gestarum ut posteris memoriae traderentur curam habiturum.*

L'importanza di prestare attenzione alla cura della città e delle *res* urbane rinviene la propria motivazione nella funzione che queste svolgono: la storia della città è racchiusa nei suoi beni e, per loro tramite, potrà trovare eterna sopravvivenza attraverso il ricordo tramandato alle generazioni future (*pro amplitudine rerum gestarum ut posteris memoriae traderentur curam habiturum*).

Questo spiega dunque anche la propensione alla munificenza a vantaggio dello Stato – testimoniata dagli *Annales* tacitiani come una pratica ancora in uso (*tum in more publica munificentia*) – ossia la

pittorica venivano identificate con la figura dello stesso imperatore e quindi con Roma» (cfr. anche CORTESE 2017, 13 s.). L'identificazione dell'imperatore con le opere d'arte che lo raffiguravano trova, peraltro, conferma nella nuova configurazione assunta in età imperiale dal *crimen maiestatis*. Se in epoca repubblicana era punita sotto questo titolo «ogni attività posta in essere contro il popolo romano e la sua sicurezza», nel corso dell'età imperiale «caddero progressivamente sotto questa figura, oltre agli attentati alla vita dell'imperatore» anche «le offese alla dignità di lui» realizzate non solo «con parole o scritti oltraggiosi o diffamatori», ma pure attraverso «la violazione delle statue e delle immagini che lo raffiguravano» (SANTALUCIA 1998, 256 s.).

²⁵ In ordine al titolo di *Augustus* e alla sua derivazione dal verbo *augeo*, tra i contributi più recenti, ai quali si rinvia per ulteriore bibliografia, si segnalano: SANTI 2016, 119 s.; TODISCO 2007, 443, nt. 6, e 452 s.

²⁶ Vitruvio, rivolgendosi alla classe politica, afferma di aver scritto un trattato sull'architettura perché si è reso conto che coloro che governano, oltre a costruire nuovi edifici, debbono anche prendersi cura di quelli esistenti, siano essi pubblici o privati, affinché questi e il ricordo delle imprese che contengono siano tramandati ai posteri.

prassi, diffusa tra gli strati più alti della società, di impiegare le proprie ricchezze (*exundantis opes*), in particolare i proventi di guerra (*hostilis exuvias*)²⁷, al fine di abbellire la città (*ornatum ad urbis*), con l'obiettivo di guadagnarsi non solo il consenso della cittadinanza²⁸, ma anche una gloria imperitura presso i posteri (*posterum gloriam conferre*). Tra i molti esempi, Tacito riporta quello di Lepido, il quale, dopo aver chiesto al senato di restaurare ed abbellire a proprie spese la basilica Emilia, ne rinnovò l'antico splendore (*avitum decus recoluit*).

Tac. ann. 3.72: Isdem diebus Lepidus ab senatu petivit ut basilicam Pauli, Aemilia monumenta, propria pecunia firmaret ornaretque. Erat etiam tum in more publica munificentia; nec Augustus arcuerat Taurum, Philippum, Balbum hostilis exuvias aut exundantis opes ornatum ad urbis et posterum gloriam conferre. Quo tum exemplo Lepidus, quamquam pecuniae modicus, avitum decus recoluit. ...

Peraltro, una simile tendenza non era propria soltanto dei protagonisti della scena politica, ma anche di cittadini facoltosi, i quali esibivano la propria generosità attraverso il compimento di 'buone azioni' – che evocano il fenomeno dell'evergetismo²⁹, tipico della Grecia e dei regni ellenistici – quali la ristrutturazione di strade ed

²⁷ Sull'utilizzo del bottino di guerra a fini celebrativi ed ornamentali v. anche la testimonianza di Livio relativa alla conquista di Siracusa del 212 a.C.: ... *ornamenta urbis, signa tabulasque quibus abundabant Syracusae, Romam deuexit, hostium quidem illa spolia et parta belli iure*. Livio individua in tale momento l'inizio dell'ammirazione romana per le opere dell'arte greca, che indusse a spogliare ogni luogo, sacro e profano: ... *ceterum inde primum initium mirandi Graecarum artium opera licentiaeque hinc sacra profanaque omnia uolgo spoliandi factum est* ... (Liv. 25.40). Sullo spoglio di opere d'arte operato dal generale Marcello in occasione dell'assedio di Siracusa cfr. anche Plut. *Marc.* 21.

²⁸ SOLIDORO 2020, 99 sottolinea come «le iniziative imperiali, così come i finanziamenti privati di abbellimento della città, siano in larga parte operazioni demagogiche, utili all'acquisizione di consensi mediante munificenza e liberalità».

²⁹ La pratica dell'evergetismo civico rappresenta il contesto nel quale si inserisce il fenomeno della *dicatio ad patriam*, per la quale si rinvia a FALCON 2020, 3 ss. In merito alle incerte origini di questo moderno istituto e ai possibili rapporti di derivazione rispetto alla prassi romana consistente nell'offerta e destinazione (*dedicatio*) di beni privati alla perenne fruizione pubblica, si vedano anche le osservazioni di SOLIDORO 2020, 80 ss. Un riferimento a *dicatio* e *legatum ad patriam* è presente pure in SETTIS 2009, 4; FASOLINO 2020, 7; CORTESE 2020, 108.

edifici pubblici, o più in generale l'elargizione di doni alla comunità, come statue, dipinti o altre opere d'arte, destinate all'abbellimento dello spazio pubblico (*quae ornamenta rei publicae sunt futurae*)³⁰.

Un'ulteriore conferma di tale attenzione alla cura del valore estetico della città proviene dalle pagine di Svetonio, il quale nel celebrare la Vita di Ottaviano Augusto afferma che il *princeps*, poiché l'immagine e la struttura dell'Urbe non corrispondevano alla grandiosità dell'impero che aveva in mente di realizzare (essendo tra l'altro il territorio esposto ad inondazioni ed incendi³¹), intervenne con opere di abbellimento tali che, giustamente (*iure*), si vantò di aver ricevuto una «città di mattoni» (*latericiam*) e di averla trasformata in una «città di marmo» (*marmoream*).

Svet. *Aug.* 28: ... *Urbem neque pro maiestate imperii ornatam et inundationibus incendiisque obnoxiam excoluit adeo, ut iure sit gloriatus marmoream se relinquere, quam latericiam accepisset.*

Peraltro, la cura per l'estetica e la pratica di sfruttare l'arte a fini ornamentali non connotò esclusivamente gli edifici e le vie pubbliche; al contrario, anche i privati «gareggiavano in questo genere di sfarzo», adornando ville e palazzi con collezioni dall'immenso valore artistico³², tanto che poteva accadere che si acquistasse un'abitazione «non per sé stessa, ma per le opere d'arte che ne facevano parte»³³.

Accanto agli interventi volti a migliorare l'immagine della città, pari importanza dal punto di vista della «strategia urbana» ricoprono gli strumenti predisposti per assicurare l'integrità delle opere in-

³⁰ Paul. 5 *sent.* D. 43.9.2: *Concedi solet, ut imagines et statuae, quae ornamenta rei publicae sunt futurae, in publicum ponantur.* Cfr. SOLIDORO 2020, 83; FALCON 2020, 48 s. e 65 s.

³¹ Le catastrofi naturali, pur foriere di devastazione, rappresentarono un'occasione per rinnovare e potenziare l'immagine di Roma: «incendi e terremoti con le loro distruzioni davano largo campo a sostituire il nuovo al vecchio, a migliorare l'edilizia» (FADDA 1894, 19).

³² SOLIDORO 2020, 99 s. afferma la precisa consapevolezza delle élite culturali romane «dell'amenità del patrimonio abitativo e della decorazione dei luoghi pubblici con orpelli e oggetti d'arte quali elementi fondamentali per la gradevolezza della vita umana».

³³ Le parole citate sono di FADDA 1894, 23, il quale fa riferimento a Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34: ... *plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur.*

frastrutturali (vie, strade, ponti) ed urbanistiche (teatri, acquedotti, *cloacae*)³⁴, in quanto beni destinati ad essere fruiti dalla totalità dei cittadini. Nell'impossibilità di approfondire in questa sede una tematica tanto ampia, ci limitiamo a ricordare che, in ragione della connessione ad un interesse privato, per quanto esistente in capo a ciascuno, il diritto romano individuò la risposta rispetto a tali esigenze all'interno degli istituti privatistici, configurando ad esempio appositi *interdicta*³⁵ o ammettendo talora l'esperibilità dell'*actio iniuriarum*³⁶.

4. *Il rilievo sociale dei beni della città: 'monumenta', memoria collettiva ed identità comune.* – Come anticipato, oltre a favorire la stabilizzazione del potere politico, le *res* della città (monumenti, infrastrutture, ma anche biblioteche, terme, teatri, spettacoli)³⁷ svolsero altresì una funzione di tipo sociale, rappresentando uno straordinario

³⁴ Sulle *cloacae* e sul sistema fognario nell'esperienza giuridica romana si vedano gli studi di GIAGNORIO 2016, 575 ss.; GIAGNORIO 2020b.

³⁵ Il principale strumento era l'*interdictum ne quid in loco publico fiat*, con cui il singolo cittadino poteva chiedere la rimozione dell'ostacolo che impediva o limitava la sua fruizione del bene pubblico. Si trattava quindi di un provvedimento volto alla tutela di un interesse individuale: esso si fondava, infatti, analogamente ai più famosi interdetti possessori, sulla relazione materiale tra il soggetto e la *res*, che consentiva di usufruire di quel bene; la peculiarità, però, era rappresentata dal fatto che, trattandosi di un godimento non esclusivo ma generale (poiché rivolto alla comunità), altrettanto generale doveva essere la possibilità di richiederne la tutela. Tale strumento, dunque, avrebbe potuto essere richiesto da qualunque privato (*quivis de populo, quilibet de populo*) che non avesse potuto fruire del *commodum* o dell'*utilitas* (il godimento dei luoghi pubblici) a causa dell'attività o dell'opera realizzata da un altro privato in un luogo pubblico. SOLIDORO 2020, 91 nega che si trattasse di un interdetto popolare, in quanto «la legittimazione spettava soltanto al *civis* danneggiato»; a suo avviso, dunque, «la locuzione *quilibet ex populo* va intesa come riferita a chiunque ricevesse un danno dall'impedimento all'uso del luogo pubblico»; su tale interdetto v. anche FASOLINO 2020, 24 ss.; CORTESE 2020, 114; PROCCHI 2016, 530 ss.; ZILLOTTO 2016, 696 ss. Sulle azioni popolari come strumento di tutela delle *res in usu publico*: SANNA 2006, 1 ss.; GIAGNORIO 2012, 1 ss.; GIAGNORIO 2013, 1 ss.; GIAGNORIO 2020a, 36 ss.; SACCOCCIO 2013, 1 ss. e il precedente SACCOCCIO 2011, 713 ss.; SCHIAVON 2019, 145 ss. Si vedano anche le riflessioni che, a partire dal concetto di *actio popularis*, svolge SETTIS 2011, 52 s. Per le caratteristiche generali della tutela interdittale si rinvia alla bibliografia offerta da PALMA 2020, 214, nt. 16.

³⁶ V., ad esempio, quanto affermato da Ulpiano in Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.8.2.9 e Ulp. 57 *ad ed. D.* 47.10.13.7, per l'analisi dei quali si rinvia a FASOLINO 2020, 27 s.

³⁷ Sulle biblioteche: SCOGNAMIGLIO 2020, 167 ss.; SCOGNAMIGLIO 2016, 1 ss.; sulle terme: SCEVOLA 2016, 33 ss.; sull'attività teatrale: FARGNOLI 2020, 127 ss.; sugli spettacoli e i giochi: FASOLINO - PALMA 2018; PASQUINO 2016, 81 ss.

strumento di inclusione e contribuendo alla creazione di una ‘comune identità romana’, che nei beni e nei luoghi rinveniva in certo modo le proprie radici³⁸. Anche da questo punto di vista assume rilievo, anzitutto, il ruolo ricoperto dalla politica di espansione urbana rispetto all’affermazione dell’immagine e della potenza di Roma. Attraverso l’edilizia e l’architettura fu, infatti, possibile celebrare non solo la gloria dei personaggi di volta in volta presenti sulla scena politica, ma anche la grandezza dell’intero popolo romano. In questo senso, la realizzazione di monumenti ed infrastrutture costituì un fortunato espediente di ‘riconoscimento’ non soltanto del loro autore materiale, ma pure di coloro a cui tali *res* erano destinate.

Di questo fenomeno offre una chiara testimonianza Cicerone, che attraverso la voce di Attico (nel *De legibus*) descrive il sentimento di emozione e commozione che riescono a suscitare «quei luoghi che conservano le tracce di coloro che amiamo o ammiriamo»:

Cic. *leg.* 2.4: ... *Movemur enim nescio quo pacto locis ipsis, in quibus eorum quos diligimus aut admiramur adsunt vestigia.*

Il medesimo concetto, peraltro, è rinvenibile anche nel libro quinto del *De finibus bonorum et malorum*, dove, nell’ambito di un dialogo che si svolge nei giardini dell’accademia di Atene, il protagonista (Piso) afferma che, per frutto di una disposizione naturale (*natura*) o di un’illusione (*errore*), talvolta quando vediamo quei luoghi (*ea loca*), che sappiamo essere stati frequentati e vissuti da uomini degni di memoria (*memoria dignos viros*), siamo maggiormente commossi (*magis moveamur*) rispetto a quando sentiamo parlare delle loro azioni o leggiamo qualcuno dei loro scritti.

Cic. *fin.* 5.2: *Tum Piso: Naturane nobis hoc, inquit, datum dicam an errore quodam, ut, cum ea loca videamus, in quibus memoria dignos viros acceperimus multum esse versatos, magis moveamur, quam si quando eorum ipsorum aut facta audiamus aut scriptum aliquod legamus?*

³⁸ CORTESI 2017, 11 osserva come l’attenzione al concetto di patrimonio culturale nasca «dalla convinzione che la consapevolezza del proprio *background* culturale per ogni popolazione costituisce il presupposto imprescindibile per generare le spinte sociali dirette alla riappropriazione della tradizione dei popoli», dal momento che «senza cultura non c’è coscienza; senza cultura non c’è identità».

Emerge dunque dai passi ciceroniani la grande 'forza di insegnamento' insita nei 'luoghi' (*tanta vis admonitionis inest in locis*)³⁹, che consegnano alle generazioni testimonianza delle vicende ivi intervenute e delle personalità che li hanno frequentati e plasmati⁴⁰. Nella connessione tra luogo fisico e ricordo⁴¹ si delinea così il ruolo imprescindibile svolto dalla città, dai suoi spazi e dai suoi monumenti ai fini della conservazione della storia di una determinata comunità, la cui «memoria collettiva»⁴² è affidata anche e soprattutto alla salvaguardia delle opere e dei luoghi di appartenenza.

Anche per questo già nel pensiero antico era presente la consapevolezza di dover preservare tali *res*, dal momento che la loro sottrazione o il loro danneggiamento avrebbe comportato la perdita non

³⁹ Cic. *fin.* 5.2: ... *tanta vis admonitionis inest in locis; ut non sine causa ex iis memoriae ducta sit disciplina*, su cui MARCONI 1994, 281 ss.; CONTERNO 2015, 3 ss. Cfr. anche: Isid. *etym.* 15.11.1: ... *Monumenta itaque et memoriae pro mentis admonitione dictae*.

⁴⁰ Sul «valore atmosferico ed esistenziale che assumono i luoghi in cui sono ambientati i dialoghi ciceroniani» e, in particolare, sul *locus amoenus*, che, «oltre a costituire l'ambientazione privilegiata per il dialogo filosofico, si fa anche spazio vissuto, luogo di memoria, ricettacolo affettivo» v. CALCÒ 2018, 207 s. Come rileva l'autrice, l'ambientazione e la descrizione dei luoghi nella letteratura non rappresenta «un *topos* retorico, ma ha una portata esistenziale». Essa, infatti, «non è soltanto un prodotto estetico, un ἔκφρασις, una ποιησις», ma «ha a che fare con una πρῆξις, con l'esperienza di vita che in un luogo si radica».

⁴¹ Al riguardo ASSMANN 1997, 33 s. parla di «mnemotopo» per riferirsi alla possibilità che gli spazi possano «fungere da medium della memoria culturale», allorquando vengano «semiotizzati», ossia «elevati globalmente essi stessi al rango di segni». La memoria, infatti, tende alla «spazializzazione» e alla «localizzazione»: essa ha bisogno di luoghi che costituiscano «dei simboli della sua identità e dei punti di aggancio per il suo ricordo» (p. 14). Sul tema v. anche MIANO 2009, 361 s., il quale sottolinea il valore ricoperto da luoghi, monumenti e fenomeni culturali nella «formazione di una memoria e di una coscienza civica nella Roma repubblicana», rilevando come la memoria culturale operi «semiotizzando determinati spazi, generalmente contrassegnandoli tramite monumenti» (constatazione, quest'ultima, a suo avviso «debitrice del concetto di *lieu de mémoire*, teorizzato ed elaborato da Pierre Nora»). Alla stretta connessione tra spazio topografico e memoria accenna anche NOCCHI 2016, nt. 15.

⁴² Per la relazione tra memoria collettiva e memoria individuale si rinvia alla spiegazione di ASSMANN 1997, 11, secondo il quale il discorso sulla memoria collettiva «non va inteso metaforicamente». Infatti, anche se le collettività non hanno una memoria, «esse determinano la memoria dei loro membri; i ricordi, anche i più personali, nascono solo mediante la comunicazione e l'interazione entro il quadro di un gruppo sociale». La memoria, dunque, «si innesta e cresce nell'uomo solo nell'ambito del suo processo di socializzazione». Su memoria individuale e memoria collettiva cfr. anche LUSSANA 2000, 1050 ss. Per un'analisi del concetto di monumento in rapporto al problema filosofico della memoria, individuale e collettiva, v. ATZORI 2019, 487 ss.

soltanto «della ‘bellezza’ rappresentata dal patrimonio artistico, ma anche della loro memoria storica»⁴³.

D'altra parte, l'etimologia della parola *monumentum* è intimamente connessa al ricordo, come spiega Varrone, che la pone in correlazione con il verbo *moneo*: i *monumenta* ci rammentano ciò che è stato e dunque possono essere definiti tali non solo i sepolcri, che hanno tipicamente una funzione commemorativa⁴⁴, ma anche tutte le altre cose scritte o fatte per fissare la memoria (*cetera quae scripta ac facta memoriae causa monimenta dicta*)⁴⁵. Il monumento, in sostanza, è un segno del tempo, «è tutto ciò che può richiamare il passato», perpetuandone il ricordo⁴⁶; in quanto tale assolve una funzione di «rimembranza e attualizzazione della memoria»⁴⁷, che guarda sinotticamente a ieri e a domani, secondo una logica che è ad un tempo «retrospettiva» e «prospettiva», poiché consente non soltanto di recuperare e ricostruire il passato, ma anche di strutturare l'esperienza del presente e del futuro⁴⁸.

⁴³ In questi termini si esprime LIVA 2020, 122 nel commentare Cic. *Verr.* 2.4.123 con riferimento al comportamento proditorio di Verre nei riguardi dei Siciliani.

⁴⁴ Per un'analisi del fenomeno della commemorazione dei morti cfr. ASSMANN 1997, 34 ss.

⁴⁵ Varro *ling.* 6.6.49: *Meminisse a memoria, cum in id quod remansit in mente rursus movetur; quae a manendo ut manimoria potest esse dicta. Itaque Salii quod cantant: Mamuri Veturi, significant memoriam veterem. Ab eodem monere, quod is qui monet, proinde sit ac memoria; sic monimenta quae in sepulcris, et ideo secundum viam, quo praetereuntis admoneant et se fuisse et illos esse mortalis. Ab eo cetera quae scripta ac facta memoriae causa monimenta dicta.* Sulla memoria in Varrone v. LEONARDIS 2017, 5 ss. e LEONARDIS 2018, 516 ss. In linea con la definizione varroniana di *monumentum* appare anche quella di Ulpiano contenuta in Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.6: *Monumentum est, quod memoriae servandae gratia existat.* Sul significato della parola *monumentum* (*monimentum*) cfr. anche Fest. voce *Monimentum* (Lindsay 123): *Monimentum est, quod et mortui causa aedificatum est et quicquid ob memoriam alicuius factum est, ut fana, porticus, scripta et carmina. Sed monimentum quamvis mortui causa sit factum, non tamen significat ibi sepulchrum.* Sulla «radice indoeuropea *men*» della parola latina *monumentum*, «che esprime una delle funzioni fondamentali della mente (*mens*), la memoria (*memini*)», v. anche LE GOFF 1978, 38 (= LE GOFF 1982, 443).

⁴⁶ LE GOFF 1978, 38 (= LE GOFF 1982, 443).

⁴⁷ MIANO 2009, 369. L'autore richiama la teoria di Jan Assman, nel sottolineare come «la memoria culturale tenda soprattutto alla riattualizzazione continua del passato, che diventa in tal modo un passato-presente».

⁴⁸ Secondo PUCCI 2012, 210 la memoria ha «sia una dimensione retrospettiva, nella quale il gruppo costruisce un'immagine della propria unità e interezza, sia una dimensione che si potrebbe definire prospettiva», la quale «propone dei modelli di comportamento tali da rendere i membri del gruppo degni di essere ricordati ed emulati».

Tale collegamento tra monumentalità e memoria⁴⁹ permette, inoltre, di spiegare l'ampiezza di significato riscontrabile all'interno delle fonti, che, oltre ad utilizzare questo termine in merito ad edifici ed opere architettoniche⁵⁰ – in particolar modo a carattere funebre, come i sepolcri, costruzioni finalizzate a ricordare ai posteri il defunto⁵¹, ossia a «tramandare il ricordo in un campo in cui la memoria ha un valore particolare, la morte»⁵² – lo riferiscono anche a documenti⁵³ ed opere letterarie, come dimostra la celebre ode di Orazio che definisce

La necessità di volgere lo sguardo al passato per poter immaginare la costruzione del futuro evoca, inoltre, l'immagine dell'Angelo della Storia (*Engel der Geschichte*) di Walter Benjamin (cfr. BENJAMIN 2007, 35 ss.), ispirato al quadro di Paul Klee dal titolo *Angelus Novus* (p. 59).

⁴⁹ Il collegamento tra monumentalità e memoria emerge indirettamente anche dalla cd. *damnatio memoriae*, espressione moderna con cui si designa la pena consistente nell'eliminazione di ogni ricordo del condannato (attraverso, ad esempio, la cancellazione del nome dalle iscrizioni, la distruzione di statue e ritratti, l'abbattimento di monumenti) per impedire che la sua memoria fosse tramandata ai posteri. Sulla *damnatio memoriae* cfr. BIANCHI 2014, 33 ss.; FARINELLA 1991, 183 ss.

⁵⁰ Un esempio di utilizzo del termine *monumentum* nel significato concreto di 'edificio' è contenuto in Cic. *fam.* 1.9.15: *idemque postea non meum monumentum (non enim illae manubiae meae, sed operis locatio mea fuerat), monumentum vero senatus hostili nomine et cruentis inustum litteris esse passi sunt*, per la cui interpretazione si rinvia a ZEVI 2013, 138 ss.

⁵¹ Flor. 7 *inst.* D. 11.7.42: *Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci kenotafion appellant*. Sul brano di Florentino: PADOVAN 2016, 125 s.; ZAVADIL 2001, 253 ss. Per ulteriori riferimenti a *monumentum* si vedano anche: D. 11.7.6 pr.-1; D. 11.7.11; D. 11.7.37; D. 11.8.1.6-7; D. 11.8.3; D. 11.8.5. Merita ricordare anche la definizione di Isidoro di Siviglia: Isid. *etym.* 15.11.1: ... *Monumentum ideo nuncupatur eo quod mentem moneat ad defuncti memoriam testantur* ...

⁵² LE GOFF 1978, 38 (= LE GOFF 1982, 443). Cfr. anche ASSMANN 1997, 9, il quale rileva che la morte è «il luogo dove si pone la scelta decisiva tra lo scomparire e il conservare».

⁵³ LE GOFF 1978, 46 (= LE GOFF 1982, 454): «Il documento è monumento. È il risultato dello sforzo compiuto dalle società storiche per imporre al futuro – volenti o nolenti – quella data immagine di se stesse». Il medesimo concetto è ripreso in LE GOFF 1979, 1074 (= LE GOFF 1982, 356): «ogni documento ha in sé un carattere di monumento e non esiste una memoria collettiva bruta». Nello stesso scritto, inoltre, l'autore si sofferma sul valore della scrittura rispetto alla memoria collettiva: «La comparsa della scrittura è legata a una trasformazione profonda della memoria collettiva ... La scrittura consente alla memoria collettiva un duplice progresso, lo svolgersi di due forme di memoria. La prima è la commemorazione, la celebrazione di un evento memorabile per opera di un monumento celebrativo. La memoria assume allora la forma dell'iscrizione, e ha condotto, in epoca moderna, alla nascita di una scienza ausiliaria della storia, l'epigrafia». Cfr. LE GOFF 1979, 1073 (= LE GOFF 1982, 354 s.).

la propria opera come un *monumentum*⁵⁴. Poesia e letteratura, infatti, così come edifici, statue, sculture ed iscrizioni, racchiudono in sé la memoria di eventi, di personaggi, finanche di intere città e civiltà, essendo tutte parimenti *res* che contribuiscono a narrarne e tramandarne la storia, la quale – in quanto «forma scientifica» della memoria collettiva⁵⁵ – finisce quasi per identificarsi con tali *monumenta*⁵⁶. D'altra parte, la storia altro non è che il racconto del nostro passato: e il passato, come insegna Assman, «nasce solo nel momento in cui ci si riferisce ad esso»; ma perché questo accada, «esso non deve essere scomparso del tutto: devono esserci delle testimonianze»⁵⁷, potremmo aggiungere delle «testimonianze aventi valore di civiltà», secondo la definizione di bene culturale coniata dalla Commissione Franceschini, recepita dal nostro legislatore solo alla fine degli anni Novanta e poi confluita nel vigente codice dei beni culturali e del paesaggio⁵⁸.

5. *Considerazioni conclusive.* – Gli esempi appena proposti, se non consentono di individuare nel pensiero romano tracce di una rifles-

⁵⁴ Hor. *carm.* 3.30.1: *Exegi monumentum aere perennius*. Sul significato ampio di monumento, riferito non solo ai sepolcri e ai monumenti funebri, ma ad ogni 'testimonianza' di memoria, v. anche Porph. *ad Hor. carm.* 1.2.15: *monumentum non sepulcrum tantum dicitur, sed omne quiddid memoriam testatur*. Sul commento oraziano di Pomponio Porfirione: FORMENTI 2018, 88 ss.; TOSCO 2014, 59 s., il quale sottolinea come il termine *monumentum* sia entrato nel linguaggio della tutela per indicare «un deposito ricevuto dal passato, un *pignus memoriae*».

⁵⁵ LE GOFF 1978, 38 (= LE GOFF 1982, 443). Sul rapporto tra memoria e storia cfr. anche ASSMANN 1997, 17 ss., il quale accorda un posto di rilievo al pensiero di Maurice Halbwachs.

⁵⁶ V. MIANO 2009, 369, secondo il quale «Livio stesso sembra descrivere la storia come un *inlustre monumentum*, la cui funzione è quella, tramite il ricordo, di fornire *exempla* da seguire sia all'individuo sia allo stato». Cfr. Liv. *praef.* 10: *Hoc illud est praecipue in cognitione rerum salubre ac frugiferum, omnis te exempli documenta in inlustri posita monumento intueri; inde tibi tuaeque rei publicae quod imitere capias, inde foedum inceptu foedum exitu quod vitas*. Sulla narrazione liviana e sulla possibilità di considerare «the history as a monument» v. anche JAEGER 1997, 15 ss.

⁵⁷ ASSMANN 1997, 7.

⁵⁸ La cd. Commissione Franceschini (Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d'interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio), istituita con la legge 26 aprile 1964, n. 310, terminò i propri lavori nel 1967, ma la definizione di bene culturale fu recepita soltanto con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (art. 148, comma 1, lett. a). La stessa fu poi accolta, con temperamenti, dal d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (art. 4), ossia il testo unico per i beni culturali ed ambientali, al quale seguì il codice dei beni culturali e del paesaggio, emanato con d.lgs. 22 gennaio 2004,

sione, né compiuta né *in nuce*, in ordine alla categoria di ‘beni culturali’ – il cui inquadramento, peraltro, ancora oggi manifesta margini di problematicità⁵⁹ – offrono tuttavia interessanti spunti per lo studio del fenomeno *lato sensu* ‘artistico’ e ‘culturale’, in particolare per quanto concerne la posizione del privato relativamente a ‘beni’ ed ‘interessi’ che riguardano la collettività.

In tale ottica, queste brevi pagine hanno provato a dimostrare come la città e le strategie volte alla sua cura e al suo sviluppo abbiano nei secoli ricoperto un ruolo centrale rispetto all’affermazione del peso e del ruolo di Roma in rapporto agli altri popoli (oggi diremmo nel contesto ‘internazionale’), contribuendo al rafforzamento della sua grandezza non solo artistica (e dunque estetica), ma anche politica. L’attenzione all’integrità cittadina sotto questo duplice profilo (esterno ed interno) è la chiave che ha consentito a Roma di mantenere per secoli l’egemonia sui territori progressivamente conquistati, anche grazie al parziale inserimento dei ‘vinti’ nel corpo sociale, secondo un sistema costruito su più livelli di cittadinanza e giocato su un bilanciamento tra dinamiche esclusive ed inclusive.

n. 42 (art. 2, comma 2). Cfr. BARTOLINI 2013, 94 s.; CORTESE 2017, 11; SOLIDORO 2020, 66.

⁵⁹ CORTESE 2020, 118 rileva l’«inadeguatezza dello schema pubblico-privato applicato al bene culturale nel panorama attuale». Cfr. anche FASOLINO 2020, 8 s. Il bene culturale, in particolar modo quello artistico, non sembra infatti inquadrabile nelle nostre categorie moderne, poiché è un bene che deve sfuggire non solo alle regole dell’economia di mercato che governano gli scambi, ma più in generale alla logica dell’appartenenza, per approdare piuttosto alla logica della fruizione collettiva, intesa come facoltà di godimento in capo a ciascuno. Per un’analisi del bene culturale come *res in usu publico* cfr. FASOLINO 2020, 111 ss. Sempre con riferimento alle difficoltà di inquadramento di tali beni VACCA 2017, 260 sottolinea «il problema di definire in concreto e come categoria giuridicamente rilevante» il ‘patrimonio culturale’, trattandosi di una nozione a prima vista intuitiva, ma in verità labile e suscettibile di diverse interpretazioni. Il primo problema che si pone è legato alla possibilità di inquadrare o meno i ‘beni culturali’ all’interno della categoria dei ‘beni comuni’, dovendosi poi stabilire, in caso di risposta affermativa, se si tratti di beni di ‘interesse comune’ o di beni di ‘appartenenza comune’. L’autrice esclude che si possa fare ricorso alla categoria dei ‘beni collettivi’, se intesi in un’accezione assimilabile alle *res communes omnium* dei Romani (tra cui rientrano, ad esempio, l’aria e l’acqua), dal momento che «questi beni fanno parte di un patrimonio indistinto, privo di tutele», fintantoché non siano oggetto di appropriazione da parte del singolo. Nell’ambito della ricchissima letteratura in tema di *res communes omnium* e beni comuni, ci limitiamo qui a citare i seguenti recenti lavori, menzionati in base all’ordine alfabetico dei loro autori: DURSI 2016; DURSI 2017; FALCON 2016, 107 ss.; FALCON 2019, 1 ss.; LAMBRINI 2016, 85 ss.; PALMA 2020, 209 ss.

Alla luce di ciò, in un momento in cui il nostro mondo sta conoscendo drammatiche fratture, che incrinano pericolosamente i delicati obiettivi di armonizzazione perseguiti a livello sovranazionale, lo studio dell'esperienza giuridica romana appare oggi quanto mai prezioso. Pur dovendosi respingere i tentativi di sterile recupero delle 'soluzioni del passato', esportate in contesti storici e giuridici da esse lontani, occorre tuttavia riconoscere l'utilità di una loro riconsiderazione complessiva, al fine di orientare la modernità verso l'adozione di scelte normative ed istituzionali maggiormente consapevoli, le quali, nel ricercare nuovi assetti organizzativi per la gestione della vita comune⁶⁰, non dimentichino l'influenza che la dimensione greco-romana, apparentemente tanto distante da noi, ha avuto «nel processo di costruzione di atteggiamenti politici, progetti e narrazioni che riguardano il presente e il futuro»⁶¹.

Questo spiega l'opportunità di una rinnovata riflessione intorno alle *res* che compongono la città, che tenga conto del ruolo da esse svolto in ordine alla creazione dell'identità e del senso di appartenenza ad un determinato gruppo sociale. Peraltro, le problematiche legate alla tutela di questo patrimonio comune divengono tanto più urgenti durante le stagioni che vedono i popoli in guerra tra loro. Al conflitto, infatti, si accompagna inevitabilmente la conseguenza della distruzione, non soltanto di vite umane, ma anche di città e, con esse, dei patrimoni culturali che rimandano alle radici di un popolo: d'altra parte, la storia (più o meno recente) ci insegna che alle strategie belliche non sono estranei i tentativi di cancellazione della cultura e delle identità locali, compresi i monumenti che di esse costituiscono il simbolo⁶². Per questo nei momenti di conflitto, accanto al dramma umano, non possiamo dimenticare anche il profilo, egualmente drammatico, legato alla dimensione urbana ed artistica, che, come la vita delle persone, rischia di svanire in un attimo senza possibilità di essere ricostruita. Emerge così l'incessante necessità di preservare quei luoghi e quei beni che rappresentano il patrimonio di intere nazioni, o meglio di intere civiltà, e che – in quanto *monumenta* – hanno il

⁶⁰ FASOLINO 2020, 4; PALMA 2020, 209.

⁶¹ SETTIS 2011, 52.

⁶² Cfr. CORTESE 2017, 11, laddove afferma che «senza cultura non c'è coscienza; senza cultura non c'è identità».

compito di mantenere e di trasmettere la memoria, l'identità e il senso di appartenenza alle generazioni future. L'esito, altrimenti, non potrà che essere la dispersione, non soltanto della vita, ma anche della memoria e della 'monumentalità', che travolge l'ultima occasione per l'uomo di lasciare una testimonianza di sé – un *monumentum* – capace di dialogare con le generazioni future, come un 'muto maestro' di gelliana memoria⁶³. Distruggere questi *monumenta* significa estinguere ogni possibilità di dialogo e, così, emettere una condanna definitiva e senza appello all'unica prospettiva che l'uomo ha di proiettarsi oltre la finitezza della sua esistenza, di spingersi al di là della propria individualità per contribuire, attraverso la sua testimonianza, al processo di costruzione della civiltà. Il riferimento alla testimonianza riecheggia, ancora una volta, la definizione del nostro legislatore del 2004 di beni culturali come «testimonianze aventi valore di civiltà»⁶⁴, dove il vocabolo 'testimonianza' è evocativo della capacità di tali beni di essere da un lato «produttivi e portatori di cultura», dall'altro «garanti e custodi della sua esistenza»⁶⁵. Queste *res*, infatti, nel loro complesso formano un patrimonio che non appartiene né ad un singolo individuo, né ad una sola comunità, bensì alle generazioni che nei millenni si susseguono e che devono poter continuare a fruirne al fine di riconoscersi nella loro identità comune.

In conclusione, attraverso queste brevi considerazioni è forse emerso come un'analoga attenzione non fosse estranea all'esperienza latina, che, pur legandola a finalità spesso di natura squisitamente po-

⁶³ Il riferimento al *mutus magister* proviene dall'opera di Aulo Gellio (Gell. 14.2.1: ... *quoniam vocis, ut dicitur, vivae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscere...*). Sul celebre brano gelliano si segnala il recente contributo di MANFREDINI 2020, 599 ss.

⁶⁴ L'art. 2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio) al comma 2 definisce i beni culturali come «le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà».

⁶⁵ CORTESE 2020, 105. La stessa autrice in un precedente scritto aveva rilevato, con riferimento alla definizione nata in seno alla Commissione Franceschini, la capacità del termine 'testimonianza' di rendere «in modo mirabile il duplice aspetto dell'essere soggetti ed oggetti del rapporto con la cultura tout court» e, inoltre, di «coniugare efficacemente entrambi i principi della 'conservazione' della tradizione e della sua 'valorizzazione' in chiave futura che costituiscono i cardini della tutela del patrimonio culturale» (CORTESE 2017, 11 ss.).

litica, aveva intuito l'importanza non solo di implementare ma anche di preservare le *res* rappresentative di Roma e della romanità, nella consapevolezza che distruggere l'immagine della città avrebbe significato cancellarne l'identità. Non sarà un caso, allora, se a farsi portavoce di un simile monito sia stato proprio un autorevole professore di diritto romano, ricordato non solo per il suo ruolo accademico, ma anche per quello amministrativo di sindaco fiorentino, nonché per quello politico-istituzionale di padre costituente: Giorgio La Pira. Il suo messaggio, contenuto nel discorso inaugurale del Congresso dei Sindaci delle capitali del mondo, pronunciato a Firenze in Palazzo Vecchio il 2 ottobre 1955, quasi settant'anni or sono, manifesta tutta la sua straordinaria attualità:

«E la questione è la seguente: quale è il diritto che le generazioni presenti possiedono sulle città da esse ricevute dalle generazioni passate? La risposta, è chiaro, non può essere che questa: è un diritto di usare, migliorandolo e non distruggendolo o dilapidandolo, un patrimonio visibile ed invisibile, reale ed ideale, ad esse consegnato dalle generazioni passate e destinato ad essere trasmesso – accresciuto e migliorato – alle generazioni future. Usare, migliorare e ritrasmettere la casa comune! Si tratta di una eredità fedecommissaria, direbbero i giuristi romani: le generazioni presenti ne sono gli eredi fiduciari; quelle venture, gli eredi fedecommissari»⁶⁶.

Questo, secondo La Pira, rappresentava il «nodo del nuovissimo e massimo problema» della storia, un «problema che è insieme, inscindibilmente, teologico, morale, giuridico, politico, militare e storico», al quale il Sindaco all'epoca rispose con fermezza e convinzione con

⁶⁶ LA PIRA 1955a, 10, riportato anche in LA PIRA 1955b, 3. La Pira, rivolgendosi agli ospiti internazionali, rappresenta come la «radice» e lo «scopo» dell'incontro siano «riscoprire il valore ed il destino delle città» e «affermare il diritto inalienabile che hanno sopra di esse le generazioni venture». Le città, infatti, «non sono cose nostre di cui si possa disporre a nostro piacimento: sono cose altrui, delle generazioni venture: delle quali nessuno può violare il diritto e l'attesa»; perciò «le generazioni presenti non hanno il diritto di dilapidarle o di distruggerle», ma piuttosto il compito di migliorarle e accrescerle. Secondo La Pira «nessuno, per nessuna ragione, ha il diritto di stradicare le città dalla terra ove fioriscono»: egli paragona infatti la città ad una «casa comune», che va «usata e migliorata», ma «distrutta mai» (LA PIRA 1955a, 11; LA PIRA 1955b, 3).

parole che, per la loro semplicità e lungimiranza, sono divenute una sorta di manifesto: le città non possono morire⁶⁷. La perentorietà di tale affermazione e l'urgenza con cui essa richiama i protagonisti della scena mondiale ad un'assunzione di responsabilità sono il frutto degli insegnamenti che La Pira aveva appreso non solo dalle relazioni internazionali, ma anche (e forse soprattutto) dall'esperienza di Roma antica, nella quale era già forte la convinzione che «le città non possono essere destinate alla morte: una morte, peraltro, che provocherebbe la morte della civiltà intiera»⁶⁸.

⁶⁷ Questo è il titolo dell'articolo pubblicato su *Il Focolare* del 16 ottobre 1955 (LA PIRA 1955b), ove vengono riportati alcuni brani del discorso tenuto da La Pira in occasione del Congresso dei Sindaci delle capitali (LA PIRA 1955a).

⁶⁸ LA PIRA 1955a, 10; LA PIRA 1955b, 3.

BIBLIOGRAFIA

- ANGELETTI 2019: F. ANGELETTI, *La 'Novella Maioriani' IV: piccolo antico esempio di tutela del patrimonio culturale*, in *Storia del Mondo*, LXXXIX, 2019, 1 ss.
- ASSMANN 1997: J. ASSMANN, *La memoria culturale: scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, Torino, 1997.
- ATZORI 2019: B. ATZORI, *Monumento, memoria, contro-monumento: una genealogia*, in *Lo Sguardo. Rivista di filosofia*, XXIX.2, 2019, 479 ss.
- BARTOLINI 2013: A. BARTOLINI, voce *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 93 ss.
- BENJAMIN 2007: W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Torino, 1997.
- BIANCHI 2014: E. BIANCHI, *Il senato e la 'damnatio memoriae' da Caligola a Domiziano*, in *Politica Antica*, IV, 2014, 33 ss.
- BUZZACCHI 2016: C. BUZZACCHI, *Pubblico e privato: l'esistenza di schemi ibridi nell'uso comune dell'acqua in età imperiale*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 743 ss.
- CALCÒ 2018: V. CALCÒ, *Oltre il 'topos' letterario: il 'locus amoenus' come spazio vissuto nei dialoghi ciceroniani*, in *Ciceroniana on line*, II.2, 2018, 207 ss.
- CATALDO 2014: G. CATALDO, *'Mnème Mementum Monumentum'*, *Monoliti, colonne e obelischi come cardini della costruzione dello spazio urbano*, in *Annuario dell'Accademia di Venezia 2013*, Padova, 2014, 21 ss.
- CONTERNO 2015: C. CONTERNO, *'Tanta vis admonitionis inest in locis'*. *Czernowitz come spazio letterario della memoria*, in *Caesura. Journal of Philological and Humanistic Studies*, II.1, 2015, 3 ss.
- CORBO 2019: C. CORBO, *Diritto e decoro urbano in Roma antica*, Napoli, 2019.
- CORTESE 2017: B. CORTESE, *Patrimonio culturale, diritto e storia*, in *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma e A. Massaro, Roma, 2017, 11 ss.
- CORTESE 2020: B. CORTESE, *Le nozioni di 'bene culturale' e di 'tutela del bene culturale': una breve riflessione storico-giuridica*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 103 ss.
- CORTESE 2021: B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del convegno OGiPaC in memoria di P.G. Ferri (Roma, 27 maggio 2021)*, Roma, 2021.
- DANI 2014: A. DANI, *Il concetto giuridico di 'beni comuni' tra passato e presente*, in *Historia et ius*, VI, 2014, 1 ss.

- DURSI 2016: D. DURSI, *'Res communes omnium': formazione e nascita della categoria. Una prima ricognizione*, Cagliari, 2016.
- DURSI 2017: D. DURSI, *'Res communes omnium': dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017.
- FADDA 1894: C. FADDA, *L'arte e gli artisti nel diritto romano*, in *Annuario UniGE 1893-1894*, Genova, 1894, 13 ss.
- FALCON 2016: M. FALCON, *'Res communes omnium'. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 107 ss.
- FALCON 2019: M. FALCON, *'Res communes omnium' e diritto dell'outer space'. Contributo al dialogo del 'Roman space law'*, in *TSDP*, XII, 2019, 1 ss.
- FALCON 2020: M. FALCON, *'Dicatio ad patriam'. La collocazione in pubblico di beni privati nella riflessione dei giuristi romani*, Napoli, 2020.
- FARGNOLI 2020: I. FARGNOLI, *Profili giuridici dell'attività teatrale a Roma*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 127 ss.
- FARINELLA 1991: V. FARINELLA, *'Memoria damnata': la distruzione delle immagini, del nome e del ricordo*, in *Civiltà dei Romani*, II. *Il potere e l'esercito*, a cura di S. Settis, Milano, 1991, 183 ss.
- FASOLINO 2020: F. FASOLINO, *Dalla tutela alla cura del patrimonio culturale: l'utilità di una riflessione storico-giuridica*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 1 ss.
- FASOLINO - PALMA 2018: F. FASOLINO - A. PALMA (a cura di), *Il gioco nell'antica Roma: profili storico-giuridici*, Torino, 2018.
- FORMENTI 2018: C. FORMENTI, *Le 'Vitae Horatii' di Svetonio, Porfirione e Pseudo-Acrone*, in *Erga-Logoi*, VI.2, 2018, 85 ss.
- FRANCHINI 2016: L. FRANCHINI, *La tutela dei beni immobili privati di interesse storico-artistico nell'esperienza romana*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 693 ss.
- GIAGNORIO 2012: M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *TSDP*, V, 2012, 1 ss.
- GIAGNORIO 2013: M. GIAGNORIO, *Il contributo del 'civis' nella tutela delle 'res in publico usu'*, in *TSDP*, VI, 2013, 1 ss.
- GIAGNORIO 2016: M. GIAGNORIO, *'Interdictum de cloacis privatis'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 575 ss.
- GIAGNORIO 2020a: M. GIAGNORIO, *Alcune riflessioni sul rapporto tra il carattere popolare dell'azione e la legittimazione attiva*, in *Iura & Legal Systems*, VII.2, 2020, 36 ss.
- GIAGNORIO 2020b: M. GIAGNORIO, *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza giuridica romana*, Bari, 2020.

- GRECO 2020: G. GRECO, *Un divieto di affissione del IV secolo d.C.*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 185 ss.
- JAEGER 1997: M. JAEGER, *Livy's Written Rome*, Ann Arbor, 1997.
- LA PIRA 1955a: G. LA PIRA, *Discours d'ouverture (au) Congrès des maires des villes capitales (Florence, 2-6 octobre 1955) du maire de Florence Prof. G. La Pira*, Firenze, 1955.
- LA PIRA 1955b: G. LA PIRA, *Le città non possono morire! Un posto per tutti*, in *Il Focolare*, XL, 16 ottobre 1955, 1 ss.
- LAMBRINI 2016: P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 85 ss.
- LE GOFF 1978: J. LE GOFF, *Documento/Monumento*, in *Enc. Einaudi*, V, Torino, 1978, 38 ss.
- LE GOFF 1979: J. LE GOFF, *Memoria*, in *Enc. Einaudi*, VIII, Torino, 1979, 1068 ss.
- LE GOFF 1982: J. LE GOFF, *Storia e memoria*, Torino, 1982.
- LEONARDIS 2017: I. LEONARDIS, *Memoria e 'sapientia': meccanismi e crisi della memoria in Varrone*, in *Biblioteca di classico contemporaneo*, V, 2017, 3 ss.
- LEONARDIS 2018: I. LEONARDIS, *L'humanitas, secondo Varrone. La memoria della stirpe umana*, in *Athenaeum*, CVI.2, 2018, 487 ss.
- LIVA 2020: S. LIVA, *'Ornamenta atque monumenta'. La 'domus Heii': un piccolo patrimonio storico-artistico privato*, in *RDR*, XX, 2020, 119 ss.
- LUSSANA 2000: F. LUSSANA, *Memoria e memorie nel dibattito storiografico*, in *Studi Storici*, XLI.4. *Vita religiosa e società tra XII e XIII secolo*, 1047 ss.
- MANFREDINI 2020: D.A. MANFREDINI, *«Elementary, my dear Watson» ('Vox viva' e 'muti magistri' in Gell. 14.2.1)*, in *'Armata sapientia': scritti in onore di F.P. Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, a cura di L. Franchini, Napoli, 2020, 599 ss.
- MARCONI 1994: G. MARCONI, *'Tanta vis admonitionis inest in locis' (Cic. 'de fin.' 5,2)*, in *Rivista di cultura classica e medioevale*, XXXVI.1-2, 1994, 281 ss.
- MIANO 2009: D. MIANO, *'Loci memoriae'. Spazio e memoria nella Roma repubblicana*, in *Mediterraneo Antico*, XII.1-2, 2009, 361 ss.
- NASTI 2017: F. NASTI, *'Mutare', 'detrabere', 'transferre': considerazioni sui 'senatusconsulta' Osidiano, Aciliano e l'ad Sabinum' di Ulpiano*, in *SDHI*, LXXXIII, 2017, 591 ss.
- NASTI 2019: F. NASTI, *I 'senatus consulta' nella 'Historia Augusta'. Provvedimenti senatori e opere giurisprudenziali*, in *Rappresentazione e uso dei 'senatus consulta' nelle fonti letterarie del principato*, a cura di P. Buongiorno e G. Traina, Stuttgart, 2019, 245 ss.
- NOCCHI 2016: F.R. NOCCHI, *Memoria, affettività e immaginazione: l'intelligenza delle emozioni nella retorica antica*, in *Cognitive Philology*, IX, 2016.

- PADOVAN 2016: M. PADOVAN, *Il sepolcro come bene di interesse comune*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 121 ss.
- PALMA 2020: A. PALMA, *Note intorno alla tutela dei beni comuni*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 209 ss.
- PASQUINO 2016: P. PASQUINO, *Gli edifici per spettacoli in Roma antica quali 'res publicae'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 81 ss.
- PROCCHI 2001a: F. PROCCHI, *La tutela urbanistica: un problema non nuovo. Considerazioni a margine del 'SC. Hosidianum'*, in *Scritti in onore di A. Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2001, 659 ss.
- PROCCHI 2001b: F. PROCCHI, *'Si quis negotiandi causa emisset quod aedificium...': Prime considerazioni su intenti negoziali e 'speculazioni edilizie' nel principato*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 411 ss.
- PROCCHI 2016: F. PROCCHI, *'Insulae' e 'loca publico usui destinata'. Considerazioni a margine dell'interdetto 'ne quid in loco publico fiat'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 527 ss.
- PROCCHI 2020: F. PROCCHI, *La conservazione delle abitazioni nel contesto urbano: prime osservazioni sul pubblico intervento 'ob restitutionem aedificii' in età imperiale*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 151 ss.
- PUCCI 2012: G. PUCCI, *Ritratto, monumento e memoria nella cultura di Roma antica*, in *Volti della memoria*, a cura di G. Di Giacomo, Milano - Udine, 2012, 209 ss.
- RUSSO 2021: F. RUSSO, *Problemi di politica edilizia locale nelle orazioni di Dione di Prusa*, in *ACME*, LXXIV.1, 2021, 51 ss.
- SACCOCCIO 2011: A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 713 ss.
- SACCOCCIO 2013: A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni. Per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle 'res communes omnium' e delle 'res in usu publico'*, in *Diritto @ Storia*, XI, 2013.
- SANNA 2006: G. SANNA, *L'azione popolare come strumento di tutela dei 'beni pubblici': alcune riflessioni tra 'bene pubblico' ambiente nell'ordinamento giuridico italiano e 'res publicae' nel sistema giuridico romano*, in *Diritto @ Storia*, V, 2006.
- SANTALUCIA 1998: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998.

- SANTI 2016: C. SANTI, *Il titolo di Augustus: materiali per una definizione storico-religiosa*, in *'Saeculum aureum': tradizione e innovazione nella religione romana di epoca augustea*, II, a cura di I. Baglioni, Roma, 2016, 117 ss.
- SCEVOLA 2016: R. SCEVOLA, *Statuto e profili giuridici delle terme pubbliche in Roma antica*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 33 ss.
- SCHIAVON 2019: A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle 'res in usu publico'*, Napoli, 2019.
- SCOGNAMIGLIO 2016: M. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina giuridica delle biblioteche a Roma tra età repubblicana ed età imperiale*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 1 ss.
- SCOGNAMIGLIO 2020: M. SCOGNAMIGLIO, *I beni culturali in Roma antica: l'esempio delle biblioteche di epoca repubblicana e imperiale*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 167 ss.
- SETTIS 2009: S. SETTIS, *Le radici romane della tutela del patrimonio culturale*, in *L'Osservatore Romano*, 27 novembre 2009, 1 e 4 s.
- SETTIS 2011: S. SETTIS, *Gli antichi romani più bravi di noi nella tutela*, in *Il Giornale dell'Arte*, n. 313, ottobre 2011, 52 s.
- SOLIDORO 2020: L. SOLIDORO, *Politiche e soluzioni organizzative del patrimonio culturale nell'Impero romano*, in *La tutela dei beni culturali nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano - Padova, 2020, 61 ss.
- TODISCO 2007: E. TODISCO, *Il nome 'Augustus' e la fondazione ideologica del Principato*, in *'Antidoron': studi in onore di B. Scardigli Forster*, a cura di P. Desideri, M. Moggi e M. Pani, Pisa, 2007, 440 ss.
- TOSCO 2014: C. TOSCO, *I beni culturali: storia, tutela e valorizzazione*, Bologna, 2014.
- VACCA 2017: L. VACCA, *La nozione del bene culturale: alcune riflessioni*, in *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma e A. Massaro, Roma, 2017, 259 ss.
- ZAVADIL 2003: M. ZAVADIL, *'Monumentum generaliter res est memoriae causa ...': Gedanken zu den Begriffen Monument und monumental*, in *Akten des 9. Österreichischen Archäologentages am Institut für Klassische Archäologie der Paris Lodron-Universität Salzburg (6.-8. Dezember 2001)*, herausgegeben von B. Asamer und W. Wohlmayr, Wien, 2003, 253 ss.
- ZEVI 2013: F. ZEVI, *'Fam.' 1, 9, 15 e il 'monumentum' di Cicerone*, in *RFIC*, CXLI, 2013, 137 ss.
- ZILIOOTTO 2016: P. ZILIOOTTO, *Pubbliche vie e tutela interdittale*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 693 ss.

ANDREA CAPURSO

THE END OF *RES COMMUNES OMNIUM*

1. *Introduction.* – We are returning to the Moon.

By the end of this decade, we will look at our satellite knowing that humans are there. In the next few years, astronauts, rovers and robots will start populating the rocky surface of the Moon with a clear aim: creating the first stable and long-lasting province of Earth in the Solar System.

Unlike in the past, this time the ‘*New Moon Race*’ is not going to be the effort of one Nation opposed to another. This time, multiple entities, public and private, from different parts of the world, are pointing their fingers at the Moon, investing in lunar projects and spurring a competitive international endeavor.

China, Russia, India, South Korea, Japan, Israel, UAE, USA and a coalition of European States have set up ambitious plans to reach our satellite¹. But all this excitement and agitation around the Moon

¹The Moon program that is stealing most of the limelight is NASA’s Artemis Program, thanks to which we will see a new boot print on the Moon in the second half of this decade. A number of European States are also participating in the program under the umbrella of specific agreements, called Artemis Accords. At the same time, the European Space Agency is joining forces with NASA for the development of the Orion and Lunar Gateway projects. In the Eastern part of the world, China is successfully moving forward its Moon program with the Chang’e missions. Moreover, the Red Dragon has set up a collaboration with Russia for the development of the International Lunar Research Station. Russia, however, has also reinstated its own Moon program, with new Luna landers set for launch in the next years. South Korea’s Korean Pathfinder Lunar Orbiter, Japan’s Smart Lander for Investigating the Moon, UAE’s Emirates Lunar Mission, India’s Chandrayaan and Israel’s Beresheet are all projects aiming at demonstrating the capacity of the respective Nations to take part in the ex-

raises the question: why going back? Why returning to a place where we have already been more than 50 years ago and that we left with no apparent interest in visiting again?²

The Moon is not just a place where we can study the origins of life, the formation of Earth or the primordial conditions of the Solar System. The Moon is also a giant deposit of minerals³.

Locked under its surface lay some of the most important resources for our technological needs: rare earth elements (REE)⁴. They consist of a group of 17 metals used in smartphones, laptops, electric vehicles and solar panels. Without them, the digital and ecological revolution of modern societies would not be possible⁵.

On Earth, these metals can be found in a limited number of locations and only very few Nations own most of the quarries from which they can be extracted. Moreover, mining and processing them has a significant environmental impact and a high risk of health hazards⁶.

On the Moon, however, the current problems related to exploiting REE on Earth will not be a concern, thanks to the fact that our celestial neighbor is a vast and mineral-rich body without atmosphere or life.

With that in mind, the ‘*New Moon Race*’ may appear much more similar to a ‘*New Gold Rush*’.

Spacefaring Nations will search for the most advantageous areas where they can set their bases, build their infrastructures and exploit lunar resources. Once found, they will try to stabilize their presence there, unhampered and undisturbed. But how will they coordinate their respective interests over the lunar environment? What will happen if two different Nations will identify the same area as the most advantageous one where to settle?

ploration and colonization of the Moon. If successful, they will set the basis for a stronger involvement of each of them in Moon matters.

²In 1972 the American astronaut Eugene Cernan – commander of the Apollo 17 mission – became the last man who walked on the Moon.

³For a comprehensive and influential account of lunar mineralogy see: LEVINSON - ROSS TAYLOR 1971. See also: PAPIKE - TAYLOR - SIMON 1991, 121 ff. For a recent study on lunar samples see: LI *et al.* 2022, 14 ff.

⁴The presence of REE on the Moon has been analyzed extensively by MCLEOD 2018, 110 ff. See also BALARAM 2019, 1285 ff.

⁵See RAIMONDI 2021.

⁶See NAYAR 2021.

An internationally agreed set of rules on the exploitation of lunar resources is yet to be established⁷ and – without it – the next Moon missions may be a prelude to tensions and conflicts there and on Earth. In order to avoid this scenario, the international community is called to find new legal and political solutions. The success or failure of such effort will make the difference between a future of peace or war for humans beyond the atmosphere.

In April 2022, the ‘*Working Group on Legal Aspects of Space Resources Activities*’ – established under the auspices of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS) – proposed a five year work plan to formulate a set of principles on space resources activities. The latter is meant for the consideration of and consensus agreement by the UN COPUOS, followed by possible adoption by the UN General Assembly as a dedicated resolution or other action⁸.

Through the Working Group, the international community is addressing some of the most impellent issues related to the exploitation of resources on the Moon and other celestial bodies. Namely, the legal risk and uncertainty for private investments in commercial projects; the equitable access to space resources for all States without discrimination; the mechanisms to avoid conflicts between actors; the sustainability of space exploration missions (public and private); the development of an independent international framework to govern space resources activities⁹.

In sum, at the center of the Working Group’s mandate is one crucial task: the attempt to provide the basis for an international lunar governance regime¹⁰.

This ambitious effort will be conducted building upon the existing legal framework and trying to adapt it to the needs of the ‘*New*

⁷The only treaty on the regulation of lunar activities is the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, or ‘Moon Agreement’, A/RES/34/68, 1979. However, it only has 18 parties as of June 2022, none of which is a major spacefaring Nation. It is therefore considered a failed treaty at the international level.

⁸Co-Chairs’ Proposed Five Year Workplan and Methods of Work for the Working Group on Legal Aspects of Space Resource Activities (2022).

⁹Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Sixty-fourth session (25 August - 3 September 2021), A/76/20, 25.

¹⁰For the mandate of the Working Group see above at 9: Report, 53 ff.

Moon Race. The starting point will be the Outer Space Treaty (OST) of 1967 and, in particular, the three core principles applicable to the Moon: freedom of access, freedom of use and prohibition to appropriate it¹¹. With these fundamental rules the international community attributed to our celestial neighbor the legal status of a *res communis omnium*, analogous to the high seas or the international air-space¹².

However, nothing in the mandate of the Working Group precludes it from recommending to the UN COPUOS a modification of such status, either through a revision of the Outer Space Treaty or through the development of new rules on the possibility to exercise jurisdictional powers over the Moon. It is significant, in this regard, that the amendment of the non-appropriation principle (Art. II, OST) has actually been submitted by Greece as an element of discussion in the five-year work plan¹³.

Will the legal status of the Moon change? Will its free and common nature be modified in view of the arrival and settlement of spacefaring Nations on our satellite?

The answer to these questions will come only in five years from now when the Working Group will produce its final report. However, from an historical perspective, it is interesting to notice that the legal issues posed by future lunar missions and the discussions that they have raised today represent the last example of an old and recurring debate over international domains.

It is not the first time in the history of *res communes omnium* that the principle of non-appropriability and the principle of free and common use appear unsuitable to the context in which they have to be applied. As it will be shown, in several occasions jurists were forced to rethink the *communes omnium* regime, either extending sovereignty over common areas or creating an international authority to control the activity of users therein.

¹¹ See: Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, or 'Outer Space Treaty', A/RES/2222(XXI), 1967, Articles I, II and III.

¹² See CAPURSO 2019.

¹³ See Questionnaire related to the discussion of item 15 on potential legal models for the exploration, exploitation, and utilization of space resources (Working Paper submitted by Greece), A/AC.105/C.2/2022/CRP.13, 2022, 2.

Therefore, the following sections of the present paper will shed a light on the most significant instances in history where *res communes omnium* became the object of a legal debate, focusing in particular on the factors and the reasons that imposed a reconsideration of the original regime codified in Roman times. The aim is to provide useful insights on how, through the centuries, the principles of *res communes omnium* evolved and changed, as they need to do again with regard to the Moon.

Starting from a brief analysis of the main features of *res communes omnium* in Latin documents (Section II), the discourse will then move on to investigate three pivotal moments in the legal history of such *res*: the disgregation of the Roman Empire (Section III); the Age of Discovery at the time of the so-called ‘*battle of the books*’ (Section IV); the 20th century in international conventions (Section V). A final section will be dedicated to some conclusory remarks.

2. *The original regime of ‘res communes omnium’.* – For more than a century, Roman scholars have studied the category of *res communes omnium*. At times, with a sense of despise for its evanescence. At times, with renovated interest for its social and economic value in Roman societies. Two aspects, more than others, captured the interest of those who dedicated their work to outline the true meaning and function of such *res*: firstly, their moment of birth in Roman legal theories; secondly, the precise extent of the regime applicable to the areas considered common to everyone¹⁴.

Despite the various theories developed on both aspects, scholars have agreed on a few general concepts, which can be summarized as follows.

The perception that certain domains were open for access and use to everyone is quite old. It existed in the minds of Romans many centuries before it became a proper legal principle. We have proof of that in the literary sources of the Republic era: the comic dramatist

¹⁴ Among the various contributions on the topic, it is possible to mention the monograph of DURSI 2017. At the beginning of 20th century, eminent romanists investigated this category of *res*: BONFANTE 1926 and SCIALOJA 1928. Other relevant works are the ones of DELL’ORO 1963, 237 ff., GROSSO 2001, 1 ff., SINI 2008, 2 ff., DANI 2014, 1 ff., FIORENTINI 2019, 153 ff. and FALCON 2016, 114 ff.

Plautus (250-184 BC) in his *Rudens* talks about the ‘common sea’ and the appropriability of its resources (namely, the fish)¹⁵; the statesman Cicero (106-43 BC) refers to the sea and the seashore as common domains¹⁶; and so does, later on, the poet Ovidius (43 BC-18 AD) with regard to the air¹⁷. Therefore, there was a general understanding – rooted in philosophical and logical reasons – that the use of environments like the sea, the seashore and the air was common to all and the resources contained therein were appropriable¹⁸.

Only a few centuries later, between the II and III century BC, these principles assumed the form of a proper legal theory. The long process of trying to include ‘common domains’ in a specific category of *res* was brought to maturity by the works of the jurists Ulpian and Marcianus¹⁹.

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.7: *Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer.*

Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.2.1: *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

¹⁵The *Rudens* (211 BC) tells the story of a great storm at sea caused by the star Arcturus. In the storm, a ship is wrecked, its passengers swept away by the water and all the objects carried on board are lost in the sea. Among those objects, there is also an old and precious chest. The day after the storm, a young man sees it from the shore, floating not far away in the water, still intact. In that moment, however, a fisherman sails by and catches the chest with his net. But the young man waits and, as soon as the fisherman returns, he approaches him and grabs an end of the net, claiming the property of the chest: «You took it from the sea – the young man says to the fisherman – and the sea is common to all. Hence, we should at least share the content». The fisherman refuses to be deprived of what he took with his net, because «indeed the sea is common to all, but the product of fishing is the property of fishermen. If the opposite was true – he argues – and any person could claim a share of their work, poor fishermen! No one would buy their fish at the public market. In fact, everyone could pretend a quota simply because the fish was taken from the ‘common’ sea. And that cannot be». Through the arguments of his fisherman, the author Plautus provides us a clear and practical description of the rationale behind the principles of free access, free use and prohibition to appropriate *res communes omnium*: the essential economic/commercial value of the activities conducted in such *res*.

¹⁶Cic. *Rosc.* 26.

¹⁷Ov. *met.* 6.349.

¹⁸See DELL’ORO 1963, 242. See also ORTU 2017, 160 ff.

¹⁹Many Roman jurists before them investigated the regime applicable over domains considered *communes omnium* by Ulpian and Marcian: namely, Celsus, Papinian, Scevola, Giovenzio and Paulus.

The air, the flowing waters, the sea and the seashore became known in the III century as *res communes omnium* and were characterized by three specific features: free access, free use and the prohibition to permanently appropriate entire parts of them²⁰. In practical terms, this meant that Romans had to be free to access and exploit the resources contained in them and they could not be excluded from such right by others²¹. The *rationale* was that activities like fishing, sailing or hunting had a fundamental economic and commercial value for the society of the time. Hence, the environments where they were conducted had to be freely accessible and freely usable²².

Moreover, it was established that the actual *res* – intended in its entirety – was not subject to appropriation: no Roman citizen could own the entire sea or the whole airspace for obvious physical, other than legal, reasons. However, Roman jurists recognized the possibility to occupy *pro parte* and temporarily *res communes omnium*²³. This was possible not only with simple constructions like beach huts for fishermen or wooden stands for their nets, but also with much more durable buildings and infrastructures, like waterfront villas, sea pillars, fish farms and piers²⁴.

The general principle was that a building – or any infrastructure, from the simplest to the grandest – could be erected in the ‘common domains’ under the condition that it did not interfere with the activities of other users²⁵. Once the building was finalized, the owner became *dominus* of the area occupied, but only as long as the building stood²⁶. If the building collapsed, the occupied area returned to its original state as *communes omnium*.

²⁰ For a comprehensive analysis of the features of each common domain under Roman law see: DURSI 2017.

²¹ Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.4 pr.

²² The same activities were conducted also on land and in inland waters, but the latter (like lakes, forests or rivers) were confined within borders, unlike the open sea or the air. As for the seashore, the regime of *res communes omnium* applied to it only ‘*per hoc*’, as Marcianus specifies in D. 1.8.2.

²³ See Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.6 pr. See also Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 1.8.10, Ner. 5 *membr.* D. 41.1.14, Pomp. 34 *ad Sab.* D. 41.1.30.4.

²⁴ On the regime of buildings over *res communes omnium* see for all: LAMBERTINI 2020, FIORENTINI 2010.

²⁵ Scaev. 5 *resp.* D. 43.8.4.

²⁶ Ner. 5 *membr.* D. 41.1.14.

Clearly, this system was ideal for simple and small constructions, but it was quite problematic in practice with regard to those constructions, which – as the archeological studies show – were erected to endure solidly through the passing of time²⁷. The ‘non-interference’ and the ‘until-it-collapses’ rules were unable to cope with the fact that certain uses – especially large-scale commercial ones – required stable and long-lasting infrastructures, which rendered *de facto* other activities (e.g. fishing and sailing) in the same spot almost impossible.

Thus, not surprisingly, the legal sources of the time talk about frequent controversies between Romans on the activities conducted in ‘common domains’²⁸. The problem was that there were different and opposing economic interests at stake: the ones of fishermen, the ones of merchant-sailors, the ones of fish farmers, the ones of villas owners. And the principles which regulated them were not enough to provide adequate answers or to balance all positions involved²⁹.

The solution found was to allow Romans to access specific legal remedies in front of a judicial authority in order to settle their disputes over *res communes omnium*.

In particular, Roman jurists recognized the possibility to use the *actio iniuriarum* against those who unjustly impaired the use of certain common areas for the purpose of fishing or sailing³⁰. A classic example was the situation in which the *dominus* of a villa – in force of its ownership over the occupied area – prohibited access to parts of the sea and the exploitation of the resources therein. With the *actio iniuriarum* fishermen and sailors could obtain a judicial order to stop the illegitimate restriction of their rights over the common domain³¹.

Another important legal remedy was the *interdictum ‘ne quid in loco publico facias’*, which was granted to those who feared that cer-

²⁷ See PRINGLE 2016.

²⁸ See Ulp. 6 *opin.* D. 8.4.13 pr. But also Ulp. 68 *ad ed.* D.43.8.2.9, and Ulp. 57 *ad ed.* D.47.10.13.7.

²⁹ ERDKAMP - VERBOVEN - ZUIDERHOEK 2015, 187 ff. offers a thorough analysis of the different interests involved in the use of *res communes omnium*.

³⁰ Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.7.

³¹ For a comprehensive study of the judicial remedies available in case of controversies over the use of *res communes omnium* see: SCHIAVON 2019.

tain activities could interfere with the enjoyment of their rights³². In other words, it was a judicial remedy that could be activated only in front of potentially damaging situations. For instance, if an angler deemed the construction of a sea-front villa detrimental to his fishing activities, he could request the *interdictum*, but only if the construction was not yet finalized and if there was an actual risk of being damaged by such construction. As a corollary to this condition, not only such legal remedy was inadmissible once the building or infrastructure was completed, but it could be used in reverse by the *dominus* of the villa to stop any interference with its peaceful enjoyment of the building³³.

From this brief outline of the main features of *res communes omnium*, it can be concluded that Roman jurists developed a legal theory which was much more elaborated than the simple recognition of a common use over certain environments. It allowed the erection of buildings and infrastructures of various forms and functions. It envisaged the temporarily occupation of entire portions of the sea and of the seashore. But, most importantly, it created a system which ensured that Romans could protect their rights, accessing legal remedies in front of a judicial authority.

This last aspect was pivotal in the feasible application of the principles of free access, free use and non-appropriation. The whole system revolved around the power of a judicial authority to settle disputes and to enforce its judgments. It should not be forgotten, in fact, that the interactions and relationships between Romans in common domains fell under the umbrella of private law. Any controversy over the activities conducted in *res communes omnium* was under the jurisdiction of the Roman public power.

This conception was reflected in the way jurists saw common domains at the public level: they were deemed to be under the ‘protection’ of the Roman Empire. A condition best described by the words of the jurist Celsus with regard to the seashore:

Cels. 39 *dig.* D. 43.8.3 pr: *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.*

³² Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2 pr.

³³ See LAMBERTINI 2020, 75 ff., SCHIAVON 2019, 126 ff. and FIORENTINI 2010, 267 ff.

In sum, the legal system of *res communes omnium* worked because behind it (and above it) there was a public power. And that is also why – when that power entered into crisis – the system started failing.

3. *Seashore and adjacent waters in Medieval legal sources.* – The year 476 AD conventionally signs the end of the Western Roman Empire. The centuries which followed were marked by profound changes in the Mediterranean basin: barbarians, Arabs and auto-proclaimed independent entities redefined the map of powers in the area, dividing it among different populations³⁴.

In this period of transformation, Roman law continued to represent the pillar of legal discussions among jurists. However, many theories and principles required to be adapted to the new context. Among them, the category of *res communes omnium* was the object of a substantial alteration, determined by two factors: one technological; the other political.

The first was connected to one of the most profitable activities conducted in the sea: fishing tunas³⁵.

In Roman times, their capture involved a complex technique, which can be summarized as follows. A system of nets was stationed in the open sea where migratory fluxes of tunas were known to pass by. Once a school of fish was spotted from wooden towers placed on the seashore, the nets worked as a barrier that re-directed the course of the school toward a bay or a cove. At that point, fishermen on the seashore used seine nets to pull tunas toward the beach, aided by small boats who pushed the fish from the open water. Once stranded on the beach, tunas either died of asphyxiation or were killed with sticks and harpoons. Next, they were placed in specific tanks made of stone where they were cleaned, salted and treated, in view of their consumption and commercialization³⁶.

³⁴ See FONDAZIONE CISAM 2011.

³⁵ The practice of fishing tunas has been extensively analyzed from a legal perspective by PURPURA 2007, and PURPURA 2008.

³⁶ For a comprehensive study on fishing activities in ancient times see: MARZANO 2013.

This technique – commonly used for centuries in the Mediterranean³⁷ – became however obsolete between the IX and the X century with the invention in the Eastern Empire of the so called ‘death chamber’³⁸.

The latter consisted of a sophisticated maze of underwater nets, which conducted tunas into an artificial ‘pool’ installed in the open sea. As the tunas swam in, the entrance to the pool was sealed behind them creating a cage from which they were unable to swim out again. One by one fish were pulled out of the water and collected onboard of boats moored around the pool.

Unlike the old system, the death chamber did not need the seashore for the capturing phase, but relied on fixed installations in the sea, which ensured, with less effort and less manpower, much greater results in terms of fish caught. Therefore, as it can be imagined, the death chamber rapidly became the ordinary method of fishing tunas.

What is particularly interesting for the purpose of the present paper is that the change in technology brought not only larger profits for fishermen, but also frequent legal disputes. The main controversial points were the occupation of parts of the sea to the detriment of others (*e.g.* sailors) and the coordination between different fishermen who wanted to install death chambers in the same portion of the sea.

The disputes became so relevant and so controversial that the Emperor Leo VI the Wise had to intervene. Between 886 and 912 AD, he issued a set of rules (*Novellae*) which revolutionized the legal principles of *res communes omnium*.

The most significant norm was contained in his Nov. 56:

«Just like on land nobody can take the fruits of one’s property without the permission of the owner – and if that happens it is only because the owner allows it or because the owner is being paid – we decide that the same shall happen on the sea»³⁹.

³⁷ Evidence of the diffusion of this method of fishing tunas comes also by the fact that the compilers of the Digest decided to include a passage on the legal problems connected to it in Ulp. 6 *opin.* D. 8.4.13 pr. For a commentary of the latter, see LAMBERTINI 2020.

³⁸ See PURPURA 2008.

³⁹ The text of Nov. 56 has been translated by the author, based on the passages reported by PURPURA 2008, 544.

And further below referring to the seashore:

«There is a law [D. 47.10.13.7; Bas. 60.21.13] which appears unjust. It is the one that deprives a dominus of his property rights on the seabed, or on the seashore, and it recognizes the possibility to recur to the *actio iniuriarum* against such dominus when he hinders the use of the shore for fishing purposes».

The *Novella* concluded establishing that every coastal owner shall be considered the undisputed *dominus* over his property and shall have the right to ban all others who wished to access it without his authorization.

It is clear that with this *Novella* the ancient regime of *res communes omnium* was radically altered. The owners of coastal properties were equated to land owners, with the right to exclude others from the seashore and the adjacent sea. The natural corollary of this right was that they could legitimately install death chambers and other structures in the sea without the risk of legal actions against them. In other words, the regime evolved from ‘access and use common to all’ to ‘exclusive rights in favour of coastal owners’.

However, the legislative intervention of Leo VI the Wise was not limited to recognizing property rights over what was once considered a *res communis omnium*. It also dealt with the consequential issues brought by the presence of multiple subjects who could advance exclusive claims over entire areas of the sea in front of their properties.

In four other *Novellae* (57, 102, 103 and 104), he established the necessary rules to coordinate the exploitation of tunas by neighbouring coastal owners. He set a conventional distance of 700 meters between death chambers and – in case it was not possible to respect that distance – he envisaged a system of mandatory ‘communal use’ by those owners who had to share adjacent waters⁴⁰.

It can be said that behind this legislative choice, there was a clear intention to legitimize and stabilize the growing economic interests around the exploitation of marine resources. As Scarce summarizes it: «The development of a thriving trade in preserved marine products pushed shipbuilders to build higher capacity boats, navigators to

⁴⁰ See PURPURA 2008, 534.

explore well beyond the limits of their shores, and fishermen to develop more sophisticated gear»⁴¹. All this determined a change of paradigm in the governance of *res communes omnium*. Those who invested in commercial fisheries could not accept anymore a shared and common use of the sea and the seashore. They did not want to have the risk of conflicts over the occupation of portions of the sea. Hence, they demanded the recognition of private and exclusive rights over the areas used for their activities.

For these reasons, the regime of *res communes omnium* – for the first time in history – was ‘shrunk’. The principles envisaged by Ulpian and Marcian ceased to be applied to the seashore and to the part of the sea in front of coastal properties.

From a first point of view, the effect of the *Novellae* was internal: it changed the management of domains within the jurisdiction of the Emperor and it affected the position of ‘citizens of the Empire’ with regard to their use of *res communes omnium*.

However, it also had an implicit external effect: it facilitated the creation of entities with exclusive powers over entire coastal areas of the Empire’s territory. It was, in other words, a contributing factor in the formation of self-governing actors who eventually started to play an autonomous role in the political scene of the time.

In fact, as it was mentioned at the beginning of the present section, the technological innovations in fishing activities were not the only factor that reshaped the scope of application of *res communes omnium*: a significant and concurrent role was played by the evolving political context of the time.

Undoubtedly, – as Vismara observes – the recognition by the Emperor of property rights over entire portions of the seashore and of the sea entailed an implicit idea of ‘sovereignty’ over such domains in his hands⁴².

However, the fact that the Emperor granted such extensive rights to coastal owners was symptomatic also of the development of new

⁴¹ SCEARCE 2009, 5. See also HOFFMANN 2005, 22, where – with regard to the higher demand of fish in the Middle Ages – he finds a justification also in the diffusion of Christian culture in Europe, which required long periods of abstinence from meat during the year.

⁴² VISMARA 1978, 689 ff.

centres of power (not only in the Byzantine Empire, but in the rest of Europe as well). They revolved around strong and influential subjects such as religious institutions, great lords, landowners and marine cities, who were growing in autonomy from the central power and in control over their territory⁴³.

In the centuries which followed, their status as independent actors became stronger and their authority in the Mediterranean basin more solid. A condition best described by the words of Fenn: «The long continued and uninterrupted practice of enclosing portions of the coastal waters culminated in the claim to jurisdiction over those waters, a claim which was inevitably followed by the assertion of sovereignty. The possession by the great lords of vast domains, many of which must have had an extended frontage on the sea; the possession of private fisheries in the sea; the grant of privileges and immunities by virtue of a royal or imperial grant; the right to levy customs and taxes on foreigners in ports. All of these rights and powers would naturally produce in the mind of the ruler possessing them a sense of proprietorship of the things over which he exercised them»⁴⁴.

The reality described here was very different from the one of the II and III century, when the category of *res communes omnium* came to light. With the Roman Empire firmly ruling the Mediterranean, the idea of 'jurisdiction' or 'sovereignty' over the seas was not a matter of concern. But when the control of Rome declined, the coasts were fragmented into a mosaic of areas governed by different actors, who needed to protect their interests at sea and to defend the zones of waters under their direct control.

The best example of this can be found in the treaty signed between Venice and the Emperor Frederick I in 1177⁴⁵. In that occasion, the latter recognized a limit in the free access to the Adriatic Sea⁴⁶. A

⁴³ In general, on the various public powers present in Europe in the Middle Ages and on their relations see: PADOA-SCHIOPPA 2011, 1 ff. See also FEDELE 2021, 168 ff. On the role of religious entities in the Middle Ages, especially with regard to fisheries, see: MONTELEONE 2013, 57 ff.

⁴⁴ FENN 1926, 466.

⁴⁵ The original text of the Treaty can be found in the work of KANDLER 1850, 301.

⁴⁶ A similar concession was made in favor of Pisa by the Emperor Frederick I in 1162 with his *Diplomata*, n. 356. With that, he gave as '*feodum*' to Pisa the '*litum maris*' from Civitavecchia to Portovenere together with the part of the sea in front of the relative coast. For more on this, see CORTESE 2017, 59.

limit called ‘*Venetorum fines*’⁴⁷, where only Venetian ships could freely sail. With that, Venice was officially acknowledged as having ‘sovereign powers’ on the sea in front of the *laguna*⁴⁸.

From a legal perspective, the prerogatives of Venice (and in similar ways the ones of the other maritime republics, such as Genoa, Pisa and Amalfi) were the expression of a principle which became widely accepted between the XI and the XIV century: the extension of city jurisdiction over the waters adjacent to coasts⁴⁹.

It is self-evident that this was in clear contradiction with the *res communes omnium* principle according to which the sea and the seashore were common to all by natural law. A principle which was still widely accepted in the Middle Ages⁵⁰. In order to find a coherent solution, medieval jurists sought to interpret classic Roman law in the light of contemporary practice, using arguments based on custom, prescription and analogy with territorial jurisdiction.

For instance, in his treatise *Tiberiadis*, the jurist Bartolus de Saxoferrato argued that the maritime city of Pisa rightly extended its jurisdiction to an island in the open sea where pirates were hiding. He based such extension of jurisdiction on the fact that analogous powers were exercised by cities on land: «Just as the governor of the province has to purge the province of wicked men on land, so must he do at sea. From this it appears that he also possesses jurisdiction over the sea, and, much more so, over the islands that lie in the sea»⁵¹.

Another example is provided by the jurist Angelus de Ubaldis, who in order to support the position of the Republic of Genoa with respect to the Ligurian Sea, affirmed that Genoa had acquired ‘ownership’ (*dominium*) of its gulf by time immemorial (*prescriptione longi temporis*)⁵².

⁴⁷ CORTESI 2017 see in particular footnote 297.

⁴⁸ See DE VIVO 2003, 159 ff.

⁴⁹ FEDELE 2021, 249.

⁵⁰ FEDELE 2021, 249.

⁵¹ See *Bartolus de Saxoferrato's Tiberiadis* as reported and translated by FEDELE 2021, 250.

⁵² See *Angelus de Ubaldis' Ad Dig. 41.3-45, f. 34v, n. 1* as reported and translated by FEDELE 2021, 253.

Thus, using various legal instruments, medieval jurists started to provide the legal basis for the new reality which was unfolding in front of their eyes.

New maritime powers were appearing all over Europe. They sailed and fished the seas not anymore as Roman citizens, but as 'autonomous' entities. They could not rely on the administrative powers of a central authority to regulate their controversies over the use of a common sea (as Romans did with the recourse to legal actions in front of the *praetor*), but they had to defend by themselves their right to use and access the waters in front of their territories⁵³. Their fortune and strength depended on the sea. Hence, they had to protect their activities therein, imposing their exclusive use of littoral waters, unhampered by foreign ships or pirate vessels. All this forced them to exercise powers which were *de facto* contrary to the principles considered applicable by natural law. With time, the factual situation that they created became permanent. The old Roman principles were definitely bended to reflect the new conditions on the use of the seashore and of coastal waters.

Reduced and narrowed, the scope of application of the *res communes omnium* regime was irreversibly affected by technological and political developments. Building upon them, later jurists combined the customs and legal arguments of this period into a theory which paved the way for the modern principle of the territoriality of the waters adjacent to a State⁵⁴.

4. *The consolidation of the concept of territorial waters in the Age of Discovery.* – By the end of the Middle Ages, the idea that the seashore and the adjacent sea belonged to coastal powers was not a matter of discussion anymore. The principle was well consolidated and commonly recognized.

However, *res communes omnium* did not stop to be debated among European jurists. They returned at the center of international legal disputes during the 'Age of Discovery'⁵⁵. Two aspects were par-

⁵³ A similar conclusion is reached by VISMARA 1978, 691.

⁵⁴ FENN 1926, 470.

⁵⁵ The expression 'Age of Discovery' refers to a period which spans from the XV to the XVII century.

ticularly controversial: 1) the possibility to claim sovereignty over the oceans; 2) the extent of territorial waters.

As for the first, the legal debate stemmed from a combination of factors.

Europe was in that period divided between different kingdoms. The ones with maritime borders had secured their exclusive rights over the belt of waters surrounding their territory, at least from a legal perspective. However, they were expanding their ambitions over the open oceans, which were still considered a common domain.

They discovered new maritime routes, circumnavigating Africa, reaching south Asia and sailing through the Atlantic Ocean towards the Americas. Through them, Europe was connected to the rest of the globe.

Having access to oceanic routes meant having access to the abundant resources contained in foreign continents, which was translated in economic wealth, military power and a stronger political position in Europe⁵⁶.

Thus, one of the main interest of European kingdoms became the right to sail those routes on an exclusive basis, obtaining a monopoly over the trade of the resources taken from the other parts of the world. However, all this was contrary to the legal status of the oceans: *res communues omnium*.

To overcome that obstacle, the two major colonial powers of the world – Spain and Portugal – tried to use different instruments. In 1493, they obtained from Pope Alexander VI, who – as the Vicar of Christ – was deemed to have *plenitudo potestatis* over the world, the papal bull *Inter caetera*⁵⁷. The latter stated a general prohibition on sailing without the king's permission to any of the overseas territories bestowed to the Spanish and Portuguese crowns⁵⁸. This papal concession was followed in 1494 by the signing of the *Treaty of Tordesillas* between the two Iberian reigns⁵⁹. With it, they defined the zones of the world under their respective control, dividing the

⁵⁶ On the historical and geopolitical developments of the Age of Discovery see: ARNOLD 2002.

⁵⁷ For the original text of the bull see DAVENPORT 1917, 56 ff.

⁵⁸ BENTON - STRAUMANN 2010, 19.

⁵⁹ For the original text of the Treaty see DAVENPORT 1917, 84 ff.

Atlantic Ocean vertically in two. They also envisaged the possibility for Spanish ships to sail through the Portuguese zone, but with restrictions on their course⁶⁰. Finally, in 1529, with the *Treaty of Saragossa*, Spain and Portugal established exclusive zones of navigation and trade in the East⁶¹.

In sum, through these documents the two kingdoms tried to eliminate the conception of the high seas as *res communes omnium*, justifying their authority over the oceans on the basis of discovery, papal donation and acquisition by prescription for long use⁶².

All this represented the most concrete attack to the Roman conception of the common sea.

The reason behind it was clearly economical. As Walter Raleigh, a famous English explorer of the time, put it: «Whosoever commands the sea commands the trade; whosoever commands the trade of the world commands the riches of the world, and consequently the world itself»⁶³.

However, the positions advanced by Spain and Portugal met the opposition of other maritime powers. The most notable objection was made by Queen Elizabeth I in an official letter to the Spanish ambassador Mendoza in 1580⁶⁴. She rejected the legality of the Spanish claims over the Atlantic Ocean adducing different reasons: the disavowal of the Pope's authority, the inapplicability of a bilateral agreement to third parties and the impossibility to acquire by prescription what is by natural law non-appropriable. Therefore, she concluded asserting the freedom of both sea and air: «The use of the sea and air is common to all; neither can any title to the ocean belong to any people or private man, forasmuch as neither nature nor regard of public use permits any possession thereof»⁶⁵.

In addition to the Queen's arguments, the idea of the freedom of the seas received the support of eminent legal scholars. In particular,

⁶⁰ See BENTON - STRAUMANN 2010, 19.

⁶¹ BENTON - STRAUMANN 2010. For the original text of the Treaty see DAVENPORT 1917, 146 ff.

⁶² See the text of the above-mentioned treaties. See also the opinion of FIORENTINI 2001, 323.

⁶³ RALEIGH 1965, 325.

⁶⁴ The original text in Latin can be found in the work of CAMDEN 1616, 325.

⁶⁵ CAMDEN 1616, 325. On the role of Elizabeth I in the development of the Law of the Sea see COLOMBOS 1967, 74.

the Dutch jurist Hugo Grotius wrote some of the most memorable and quoted pages in defense of that idea. In his *Mare Liberum*, published in 1609, the author offered his legal opinion on why his country had the right to access South East Asia through the Indian Ocean and trade with its peoples disregarding the claims of monopoly expressed by Portugal⁶⁶. He used various arguments based on legal, philosophical and historical sources. His dissertation supported the idea that the common sea could not legally be the object of any claims of sovereignty. As he summarized it: «There appears to be nothing truer than what our learned jurists have enunciated, namely, that since the sea is just as insusceptible of physical appropriation as the air, it cannot be attached to the possessions of any Nation»⁶⁷.

However, at the center of *Mare Liberum* was not just the legal defense of the non-appropriability of the oceans. The work of Grotius revolved around the idea of free trade and free access to oceanic routes⁶⁸. It is to that end that the author built all his arguments, including the ones against the occupation of the Indian Ocean. The centrality of such idea emerges constantly in the author's trail of thought: «Every Nation is free to travel to every other Nation and to trade with it ... All that which has been so constituted by nature that although serving some one person it still suffices for the common use of all other persons, is today and ought in perpetuity to remain in the same condition as when it was first created by nature»⁶⁹. And again: «If a man were to enjoin other people from fishing, he would not es-

⁶⁶Countless pages have been written on Grotius' *Mare Liberum*. For a comprehensive analysis of the text highlighting the importance of trade in his dissertation see: BORSCHBERG 2005. The text analyzed and used for citations is the one edited by R. Van Deman Magoffin in 1916 (as published in 2000), hereinafter cited as GROTIUS 1609.

⁶⁷GROTIUS 1609, 31. In order to confute the appropriability of the oceans he also turned his attention to medieval legal theories, observing that: «the opinion held by Johannes Faber, Angeli, Baldus, and Franciscus Balbus» on the possibility to acquire common domains by custom «would be contrary to natural equity ... And far from justifying itself by any lapse of time, it rather becomes worse, and every day more injurious» (p. 42). Moreover, he defined the opinions in support of Genoese and Venetians claims on their acquisition by prescription of sovereign rights over the sea to be «extravagantly foolish» and «delusions» (p. 41).

⁶⁸This appears evident by simply looking at the full title of the book: *Dissertation on the Right which belongs to the Hollanders to Engage in the Indies Trade*.

⁶⁹GROTIUS 1609, 23.

cape the reproach of monstrous greed. But the man who even prevents navigation, a thing which means no loss to himself, what are we to say of him? ... Why then, when it can be done without any prejudice to his own interests, will not one person share with another things which are useful to the recipient, and no loss to the giver?»⁷⁰. Finally, citing the work of the Spanish jurist Fernando Vazquez: «The same primitive right of Nations regarding fishing and navigation which existed in the earliest times, still today exists undiminished and always will, because that right was never separated from the community right of all mankind»⁷¹.

With these words, Grotius defended the Roman principles of *res communes omnium*.

He did not contest the possibility to occupy foreign lands and exploit their resources, but the idea that the possibility to do so – sailing through the oceans – was the exclusive right of a manifold of colonial powers. Free trade and free use of the high seas were too important for the European societies of the time. Thus, he demonstrated that the access to the richness of other continents through maritime routes had to be equal, common and unrestricted.

Eventually, the theory of *Mare Liberum* prevailed⁷²: the positions of those kingdoms who advocated the closure and appropriation of the oceans were abandoned.

However, another question remained open: how far could maritime powers extend their own territorial jurisdiction over the waters adjacent to the coast?

The answer to this question was the object of a long debate which kept jurists discussing for centuries.

Already in medieval times, various theories were put forward to assert the extension of a city's jurisdiction over its littoral waters. Bartolo de Saxoferrato, for instance, proposed the limit of two days of navigation: because on land two days of travel corresponded to ap-

⁷⁰ GROTIUS 1609, 30 ff.

⁷¹ GROTIUS 1609, 42.

⁷² Before becoming widely accepted, the theories of Grotius saw the contention of other influential jurists of his time. Most notably, the English John Selden wrote a treatise called *Mare Clausum*, in strong opposition with the Dutch. For more on the work of Selden and his theories, see: ZISKIND 1973, 537 ff.

proximately 100 miles, he fixed at that distance the limit of jurisdiction over the adjacent sea⁷³.

Such fixed limit became more vague in the following centuries.

Grotius in his *Mare Liberum* acknowledged a criterion connected to the reach of the human eye, stating with regard to the freedom of the seas: «The question at issue does not concern the expanse of sea which is visible from the shore»⁷⁴.

Later, in his *De Iure Belli ac Pacis* he suggested a limit connected to the 'effective control' of the coastal power: «Jurisdiction or Sovereignty over a Part of the Sea is acquired ... when those that sail on the Coasts of a Country may be compelled from the Land, for then it is just the same as if they were actually upon the Land»⁷⁵.

In 1702, Cornelis van Bynkershoek in his *De Dominio Maris Dessertatio* translated Grotius' theory in practical terms, proposing a very empiric solution: the range of a cannon shot⁷⁶.

All these theories had behind them a defensive *rationale*. They were the result of the necessity to protect the coast from external threats *vis-à-vis* a multitude of maritime actors sailing the seas often in conflict with one another.

Yet, they reflected also another necessity: the protection of the economic activities conducted in the zone of waters next to the seashore.

This is apparent from the quarrel between British and Dutch fishermen over the exploitation of the North Sea at the beginning of XVII century. In 1609, King James I proclaimed the sovereign power of England over the North Sea and prohibited foreigners «to fish upon any of our coasts and seas ... until they have orderly demanded and obtained licenses from us»⁷⁷. The underlying consideration of the

⁷³ See Bartolus de Saxoferrato's *Tiberiadis* as reported and translated by FEDELE 2021, 250.

⁷⁴ GROTIUS 1609, 30.

⁷⁵ GROTIUS 1625, 470 (the text analyzed and used for this citation is the one edited by R. Tuck in 2005). The idea of connecting the limit of jurisdiction to the (military) control of the sovereign power reflected the Roman maxim '*Terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis*'.

⁷⁶ VAN BYNKERSHOEK 1702, 104 (the text analyzed and used for this citation is the one edited by Van Deman Magoffin in 1923).

⁷⁷ See FULTON 2002, 165 ff.

Netherlands was therefore to find an argument that would allow their seamen to keep on sailing to such fishing grounds as unrestricted as possible. Against this background, the Dutch delegation in London thus claimed: «For that it is by the law of nations, no Prince can challenge further into the sea than he can command with a cannon except gulfs within their land from one point to another»⁷⁸.

This short account of the long contentious claims between England and the Netherlands over the use of the North Sea provides a perfect example of the importance of protecting exclusive fishing rights for the development of the idea of territorial waters.

In sum, during the Age of Discovery, the complete abandonment of the principles of *res communes omnium* was advocated and supported strongly (e.g. by Spain and Portugal). However, in the end, the theory of free access, free use and non-appropriation of the high seas resisted and was actually exalted as an uncontestable truth. In the words of Fulton: «As maritime commerce extended and the security of the sea became established, it was felt more and more that claims to a hampering sovereignty and jurisdiction were incompatible with the general welfare of nations; and as the states interested in this commerce had the greatest power, the assertion of a wide dominion was gradually abandoned, surviving only in remote regions or in enclosed seas like the Baltic»⁷⁹.

At the same time, defensive and economic reasons pushed maritime powers to extend their jurisdiction as far as they could exercise their control from the coast. The idea of excluding a portion of the sea from the part considered *communes omnium* continued to evolve, finding new legal grounds and assuming in this period a more concrete conceptualization. However, it was only in the XX century that it arrived at its final codification.

5. *The decline of 'res communes omnium' in the XX century.* – For more than three centuries, States and scholars debated the limit of territorial waters. The criteria proposed in the XVII century were eventually translated in a precise length. It was the Italian jurist Fer-

⁷⁸ FULTON 2002, 165 ff.

⁷⁹ FULTON 2002, 557 ff.

dinando Galiani who proposed in 1782 the limit of three nautical miles⁸⁰.

By the XX century, the major maritime powers of the time – led *in primis* by Great Britain – recognized such limit as a rule of international law. However, – as Admiral Schachte explains it – by the outbreak of World War I many believed that the breadth of the territorial sea should have expanded in direct correlation to the increasing range of artillery fire. Contentions over the three nautical mile rule continued and at the Hague Convention of 1930 the rule was subjected to increasing criticism, and its significance became diminished by the rapid development of the concept of the contiguous zone: sixteen of the thirty-five states that voted, claimed a contiguous zone adjacent and seaward of the territorial sea to satisfy the interests of security, neutrality, sanitation, customs, overfishing⁸¹.

The concept of territorial waters flourished in the next years with the most common claim being twelve nautical miles. Behind this larger concept of adjacent sea, there were different motives. The USSR wanted to keep foreign powers distant from its shores. At the same time, the extension to a maximum of twelve miles was favored by smaller coastal States and those which depended a great deal upon fishing. On the other hand, the United States of America was still supporting the old three-mile limit. The reason can be found in America's 'National Security Strategy' (NSS), which had for long emphasized deterrence, forward defense, and allied solidarity. From the perspective of the United States, therefore, it was of critical importance that the sea lines of communication remained open⁸².

Only in the 1980s, during the cold war, the United States changed its stance over the maximum breadth of territorial waters. On December 27, 1988, President Reagan proclaimed that the American territorial sea extended to twelve nautical miles. Of key importance to the United States was that the new limit would force all vessels not engaged in innocent passage, particularly those collecting intelligence, to maintain a distance nine nautical miles further seaward. While the limit of the US territorial sea remained at three nautical

⁸⁰ GALIANI 1782.

⁸¹ See SCHACHTE 1990, 150 ff.

⁸² SCHACHTE 1990, 155 ff.

miles, foreign intelligence vessels could (and did) park 3.1 nautical miles off many of American major naval ports⁸³.

Eventually, the twelve nautical mile rule was codified in article 3 of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 (hereinafter UNCLOS)⁸⁴ becoming a generally accepted rule of international law.

As it can be seen from this historical account of the territorial sea's codification process, the factors that determined the extension of territorial jurisdiction over adjacent waters were a combination of economic interests and security needs.

However, coastal States deemed it necessary to exercise different powers also over the waters beyond the adjacent sea. This necessity found fertile ground during the negotiations of UNCLOS, which resulted in the recognition of extensive powers over large portions of the open sea. The Convention created various areas where coastal states could control the activities conducted therein: the contiguous zone, the continental platform, the exclusive economic zone and the high seas. In the end, only in the latter area the United Nations recognized the applicability of the principles of *res communes omnium*.

This process of reducing the Roman category to a residual concept in the system of the international law of the sea, found a similar development in the regulation of the airspace.

Until humans invented the airplane, the skies belonged to the Roman category of *res communes omnium*. In 1906, the Institute of International Law on the subject of the '*regime juridique des aerostats*' affirmed this idea with three simple words: '*L'air est libre!*'.

However, the following events of the XX century rendered necessary to rethink that stance. When airplanes started to be used intensively for military and commercial purposes the principles of *res communes omnium* could not be used anymore as the pillars determining the utilization of the sky around the world. This happened mainly between 1915 and 1920. Great Britain, for example, possessed only twelve military aircraft in 1914. By the end of the War, it possessed twenty-two thousand⁸⁵.

⁸³ SCHACHTE 1990, 164 ff.

⁸⁴ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, U.N. Doc. A/CONF.62/122, 1982.

⁸⁵ See SAND 1960, 24 ff.

The principles of *res communes omnium* left their place to a new general dogma: sovereignty. Thus, when the first international convention of air law entered into force in 1922, the freedom of the air became residual: it applied only where States did not have complete and exclusive sovereignty. In other words, everywhere but in the airspace over their territory, including territorial waters⁸⁶. Notably, the report of the drafting committee at the 1919 Paris Conference said: «It is only when the column of air rests on a *res nullius* or *communis*, the sea, that freedom becomes the rule of the air»⁸⁷.

The same approach was restated in what is considered today the *Magna Charta* of international aviation: the United Nations Convention on International Civil Aviation of 1944 (hereinafter Chicago Convention)⁸⁸. Its articles 1, 2 and 12 limit the freedom of flight to the international airspace.

However, that freedom is not absolute. The Chicago Convention envisages the attribution to coastal States of air traffic management (ATM) prerogatives over the international airspace. These States perform their duties by extending the relevant regulations applicable to their sovereign airspace to that part of the sky where they have to provide the air traffic service⁸⁹. Accordingly, foreign aircraft have to fly in this assigned portion of the international sky in a manner consistent with the rules adopted for the State's own airspace. This represents a form of extension of one State's control over a portion of a common domain.

Moreover, two practices connected to security purposes can be mentioned: the creation of Air Defense Identification Zones (hereinafter: ADIZ) and the establishment of 'restricted airspaces' over the high seas⁹⁰.

National security considerations may lead a coastal State to ensure that approaching aircraft are identified long before they pene-

⁸⁶ See the Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation, adopted in Paris by the International Commission of Air Navigation on 13 October 1919 and entered into force in 1922, Article 1: «The High contracting Parties recognize that every Power has complete and exclusive sovereignty over the air space above its territory».

⁸⁷ See SOLOVEVA 2022, 112.

⁸⁸ *United Nations Convention on International Civil Aviation*, adopted on 7 December 1944 and entered into force on 4 April 1947, Chicago, Articles 1, 2 and 12.

⁸⁹ See GRIEF 1994, 63.

⁹⁰ The Chicago Convention is silent on both practices.

trate its sovereign airspace⁹¹. Thus, although aircraft above the high seas are subject to the exclusive jurisdiction of their State of registry, some coastal States claim the right to exercise control over foreign aircraft flying in ADIZ beyond the limits of their sovereign airspace⁹². In practice, this means that aircraft on a course to penetrate a coastal State's airspace may be requested to identify themselves and failing voluntary identification may be intercepted⁹³.

As for restricted zones over the international airspace, they are generally established by States that want to use a portion of the sky for the training of military pilots, for firing exercises or for combined air-naval operations⁹⁴. This entails the occasional exclusive use by States of parts of the international airspace. But the temporary nature of such zones can be stretched for long periods, challenging the principles of common use and free access.

In view of the rules and practices described here, it is possible to identify a specific *rationale* inspiring the whole system of international air law: the concept of 'safety'.

This is evident if we look at the Preamble and at article 44 of the Chicago Convention. The former indicates that the Chicago Convention was drafted in order to ensure that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner. The latter establishes as the first objective of the International Civil Aviation Authority the safe and orderly growth of international civil aviation throughout the world. All the other provisions of the Convention are meant to realize that aim.

In conclusion, it can be said that the treaties and practices of contemporary international law have demised the purpose of *res communes omnium*. The principles of free and common use of the sea and the air have been sacrificed on the altar of security, economic interests, environmental protection and safety. Each of these needs have

⁹¹ The United States' ADIZ, for example, stretches for about 400 miles off the US West Coast. See GRIEF 1994, 146.

⁹² More than 20 States have now established ADIZ over the high seas. Among them: USA, China, Russia, Japan, and Turkey. GRIEF 1994, 147.

⁹³ This is based on the so-called 'protective principle'. However, there is no legal basis in international law for prosecuting the operator of a foreign aircraft which operates in a coastal ADIZ without the intention of entering the airspace of the respective State. GRIEF 1994, 151.

⁹⁴ GRIEF 1994, 58.

prevailed over the idea of a common domain, allowing the progressive expansion of sovereign powers, in a long and steady process which from the fall of the Roman Empire has never stopped.

6. *Conclusory remarks.* – The historical analysis conducted in the present paper unveils a legal evolution of the Roman category of *res communes omnium* characterized by a continuous attempt to find exceptions and exclusions to its applicability.

With time, the domains that were originally meant to be used in common under natural law saw the expansion of sovereign entities, which progressively extended their presence beyond their territories with exclusive rights and absolute prerogatives. This slow and steady process was the result of precise factors: 1) the lack of a central authority controlling and settling disputes over the use of *res communes omnium*; 2) the presence of a multitude of independent actors; 3) the need to prevent the use of common domains for the purpose of accessing one's own territory – or interfering with it; 4) the technological advancements in the exploitation of the resources contained in *res communes omnium*; 5) the necessity to protect such economic activities by excluding foreign competitors; 6) the urgency to ensure a secure and sustainable use of common areas adjacent to one's own borders.

For all these reasons, through the centuries, jurists have elaborated legal theories that justified the disapplication of *res communes omnium*'s principles in areas once part of common domains. The sovereign entities that were accessing and using such *res* disfavored the system of commonality envisaged by Romans and preferred to see bestowed upon themselves the control and management of the activities conducted therein.

In other words, the history of *res communes omnium* can be seen – from a legal point of view – as a history of slow decline and regression, indirectly connected to the rise of sovereignty.

The class of *res* imagined by Ulpian and Marcian has been progressively reduced to a residual concept of international law. Few areas on Earth are still regulated by the principles of free access, free use and non-appropriation (*e.g.* international waters) and, yet, they continue today to see new limitations to their scope of application.

Nonetheless, the *communis omnium* regime survives almost intact in one last large domain: beyond the atmosphere, on the Moon, the principles of Roman law continue to live codified in the Outer Space Treaty of 1967. The question is: for how long?

It is already possible to see in the ‘New Moon Race’ some of the factors that marked the historical de-evolution of *res communes omnium*: technological advancements, opposing economic interests, security and safety needs. They will all be inevitable elements of the colonization of the Moon. Thus, it is not absurd to predict that also on our satellite the arrival of lunar-faring Nations will trigger a process that will result in the affirmation of exclusive powers and in the creation of areas under the control of one State.

In conclusion, the present paper calls the attention to the history of a legal category that has returned at the center of the international legal debate with regard to space exploration. The relationship between sovereignty and common domains has always followed a unidirectional trend, where the former expanded while the latter were scaled down. Such trend has not stopped and continues to erode areas of Earth from their common legal nature. In view of the circumstances behind this process – as described in the previous pages – and considering their reappearance in similar terms with regard to Moon missions, it seems only probable to conclude that sovereignty and borders will follow humans also in their exploration and expansion on the Moon and the other celestial bodies. If that is true, then it is the responsibility of the present international community to focus not on the preservation of a common regime, but on the establishment of clear rules that will allow the exercise of sovereign powers by spacefaring Nations in the spirit of transparency, cooperation and collaboration.

BIBLIOGRAFIA

- ARNOLD 2002: D. ARNOLD, *The Age of Discovery 1400-1600*, New York, 2002.
- BALARAM 2019: V. BALARAM, *Rare earth elements: A review of applications, occurrence, exploration, analysis, recycling, and environmental impact*, in *Geoscience Frontier*, X, 2019, 1285 ff.
- BENTON - STRAUMANN 2010: L. BENTON - B STRAUMANN, *Acquiring Empire by Law: From Roman Doctrine to Early Modern European Practice*, in *Law and History Review*, XXVIII.1, 2010.
- BONFANTE 1926: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, Roma, 1926.
- BORSCHBERG 2005: P. BORSCHBERG, *Hugo Grotius' Theory of Trans-Oceanic Trade Regulation: Revisiting Mare Liberum (1609)*, in *Institute for International Law and Justice Working Papers*, XIV, 2005.
- CAMDEN 1616: W. CAMDEN, *Annales Rerum Anglicarum, et Hibernicarum Regnante Elizabetha*, Frankfurt, 1616.
- CAPURSO 2019: A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle: A Roman Interpretation*, in *Proceedings of the International Institute of Space Law 2018*, 2019, 111 ff.
- COLOMBOS 1967: C. COLOMBOS, *International Law of the Sea*, London, 1967.
- CORTESE 2017: M.E. CORTESE, *L'Impero e la Toscana durante il Regno di Federico Barbarossa*, in *Reti Medievali Rivista*, XVIII.2, 2017, 49 ff.
- DANI 2014: A. DANI, *Il concetto giuridico di 'beni comuni' tra passato e presente*, in *Historia et ius rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, VI, 2014, 1 ff.
- DAVENPORT 1917: F.G. DAVENPORT, *European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*, Washington D.C., 1917.
- DE VIVO 2003: F. DE VIVO, *Historical Justifications of Venetian Power in the Adriatic*, in *Journal of the History of Ideas*, LXIV.2, 2003, 159 ff.
- DELL'ORO 1963: A. DELL'ORO, *Le 'res communes omnium' dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati*, XV, 1963, 237 ff.
- DURSI 2017: D. DURSI, *'Res communes omnium'*, Napoli, 2017.
- ERDKAMP - VERBOVEN-ZUIDERHOEK 2015: P. ERDKAMP - K. VERBOVEN - A. ZUIDERHOEK, *Ownership and Exploitation of Land and Natural Resources in the Roman World*, Oxford, 2015.
- FALCON 2016: M. FALCON, *'Res communes omnium'. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 114 ff.
- FEDELE 2021: D. FEDELE, *The Medieval Foundations of International Law*, Leiden, 2021.

- FENN 1926: P.T. FENN, *Origins of the Theory of Territorial Waters*, in *The American Journal of International Law*, XX.3, 1926, 465 ff.
- FIorentINI 2001: M. FIorentINI, *Mare libero e mare chiuso. Su alcuni presupposti romanistici dei rapporti internazionali nei secoli XVI-XVIII*, in *Turis vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, III, 2001, 321 ff.
- FIorentINI 2010: M. FIorentINI, *'Fructus' e 'delectatio' nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nell'età imperiale romana*, in *'Riparia' dans l'Empire romain pour la définition du concept. Proceedings of Quebec Seminar (29-31 October 2009)*, edited by E. Hermon, Oxford, 2010, 263 ff.
- FIorentINI 2019: M. FIorentINI, *'Res communes omnium' e commons. Contro un equivoco*, in *BIDR*, IV, 2019, 153 ff.
- FONDAZIONE CISAM 2011: FONDAZIONE CISAM, *Le relazioni internazionali nell'alto Medioevo, Atti della 58esima settimana di studi sull'Alto Medioevo (Spoleto 8-12 aprile 2010)*, Spoleto, 2011.
- FULTON 2002: T.W. FULTON, *The Sovereignty of the Sea*, Clark, 2002.
- GALIANI 1782: F. GALIANI, *The duties of neutral princes towards belligerent princes*, in *The Political Geography of the Oceans*, edited by J. Prescott, Wiley, 1975, 33 ff.
- GRIEF 1994: N. GRIEF, *Public International Law in the Airspace over the High Seas*, Leiden, 1994.
- GROSSO 2001: G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le Cose*, in *RDR*, I, 2001, 1 ff.
- GROTIUS 1609: H. GROTIUS, *The Freedom of the Seas*, edited and translated by R. Van Deman Magoffin, Kitchener, 2000.
- GROTIUS 1625: H. GROTIUS, *The Rights of War and Peace - Book II*, edited and translated by R. Tuck, Indianapolis, 2005.
- HOFFMANN 2005: R. HOFFMANN, *A brief history of aquatic resource use in medieval Europe*, in *Helgoland Marine Research*, LIX, 2005, 22 ff.
- KANDLER 1850: P. KANDLER, *Codice diplomatico istriano Volume 1: Anni 50-1194*, Trieste, 1850.
- LAMBERTINI 2020: R. LAMBERTINI, *Limiti alla libera fruizione del mare, dei lidi e dei fiumi pubblici?*, in *Confini, circolazione, identità ed ecumenismo nel mondo antico. Atti del VII Incontro di Studi tra storici e giuristi dell'Antichità (Vercelli, 24-25 maggio 2018)*, a cura di P. Garbarino, P. Giunti e G. Vanotti, Firenze, 2020, 65 ff.
- LEVINSON - ROSS TAYLOR 1971: A. LEVINSON - S. ROSS TAYLOR, *Moon Rocks and Minerals*, New York, 1971.
- LI *et al.* 2022: C. LI - HAO HU - MENG-FEI YANG - ZHAO-YU PEI - QIN ZHOU - XIN REN - BIN LIU - DAWEI LIU - XINGGUO ZENG - GUANGLIANG ZHANG - HONGBO ZHANG - JIANJUN LIU - QIONG WANG - XIANGJIN DENG - CAIJIN XIAO - YONGGANG YAO - DINGSHUAI XUE - WEI ZUO - YAN SU - WEIBIN WEN - ZIYUAN OUYANG, *Characteristics of the lunar*

- samples returned by the Chang'E-5 mission*, in *National Science Review*, IX.2, 2022, 14 ff.
- MARZANO 2013: A. MARZANO, *Harvesting the Sea: The Exploitation of Marine Resources in the Roman Mediterranean*, Oxford, 2013.
- MCLEOD 2018: C. MCLEOD, *Sources of Extraterrestrial Rare Earth Elements: To the Moon and Beyond*, in *Criticality of the Rare Earth Elements: Current and Future Sources and Recycling*, edited by S. Jowitt, Basel, 2018, 110 ff.
- MONTELEONE 2013: F. MONTELEONE, *Una risorsa per i monasteri del Mezzogiorno: concessioni di peschiere nella Puglia bizantina e normanna*, in *Itinerari di ricerca storica*, XXVII.1, 2013, 57 ff.
- NAYAR 2021: J. NAYAR, *Not So 'Green' Technology: The Complicated Legacy of Rare Earth Mining*, in *Harvard International Review*, 2021.
- ORTU 2017: R. ORTU, *Plaut. 'Rud.' 975 «Mare quidem commune certost omnibus»*, in *JusOnline*, III.2, 2017, 160 ff.
- PADOA-SCHIOPPA 2011: A. PADOA-SCHIOPPA, *Profili del diritto internazionale nell'alto medioevo*, in *Le relazioni internazionali nell'alto Medioevo, Atti della 58esima settimana di studi sull'Alto Medioevo (Spoleto 8-12 aprile 2010)*, Spoleto, 2011, 1 ff.
- PAPIKE - TAYLOR - SIMON 1991: J. PAPIKE - L. TAYLOR - S. SIMON, *Lunar Minerals*, in *Lunar Sourcebook: A User's Guide to the Moon*, edited by G. Heiken, D.T. Vaniman and B.M. French, Cambridge, 1991, 121 ff.
- PLANCK 1965: J.W. PLANCK, *The Survival of Roman Law*, in *American Bar Association Journal*, LI.3, 1965, 259 ff.
- PRINGLE 2016: H. PRINGLE, *How Ancient Rome's 1% Hijacked the Beach*, in *Hakai Magazine Coastal Science and Societies*, 2016, in <https://hakaimagazine.com/features/how-ancient-romes-1-hijacked-beach/>.
- PURPURA 2007: G. PURPURA, *'Servitus thynnos non piscandi' (D. 8,4,13 pr.)*, in *Philia. Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. D'Ippolito, III, Napoli, 2007, 2161 ff.
- PURPURA 2008: G. PURPURA, *'Liberum mare', acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico*, in *Actes du colloque international 'Ressources et activités maritimes des peuples de l'Antiquité' (Boulogne-sur-Mer, 12-14 mai 2005)*, édités par Joelle Napoli, Boulogne-sur-Mer, 2008, 527 ff.
- RAIMONDI 2021: P. RAIMONDI, *The Scramble for Africa's Rare Earths: China is not Alone*, in *ispionline.it*, 2021.
- RALEIGH 1965: W. RALEIGH, *The Works of Sir Walter Raleigh, Kt.*, VIII, London, 1965.
- SAND 1960: P. SAND, *An Historical Survey of International Air Law Before the Second World War*, in *McGill Law Journal*, VII.1, 1960, 24 ff.
- SCEARCE 2009: C. SCEARCE, *European Fisheries History: Pre-industrial Origins of Overfishing*, in *Proquest Discovery Guides*, 2009, 1 ff.

- SCHACHTE 1990: W.L. SCHACHTE, *The History of the Territorial Sea from a National Security Perspective*, in *Territorial Sea Journal*, I.1, 1990, 143 ff.
- SCHIAVON 2019: A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle 'res in usu publico'*, Trento, 2019.
- SCIALOJA 1928: V. SCIALOJA, *Teoria delle proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928.
- SINI 2008: F. SINI, *Persone e cose: 'res communes omnium'*, in *Diritto @ Storia*, VII, 2008.
- SOLOVEVA 2022: A. SOLOVEVA, *Illegal Charters and Aviation Law*, New York, 2022.
- VAN BYNKERSHOEK 1702: C. VAN BYNKERSHOEK, *De Dominio Maris Dissertatio*, edited by R. Van Deman Magoffin, New York, 1923.
- VISMARA 1978: G. VISMARA, *Il diritto del mare*, in *La navigazione mediterranea nell'alto medioevo. Atti (Spoleto, 14-20 aprile 1977)*, a cura di Fondazione Cisam, Spoleto, 1978, 689 ff.
- ZISKIND 1973: J. ZISKIND, *International Law and Ancient Sources: Grotius and Selden*, in *The Review of Politics*, XXXV.4, 1973, 537 ff.

YAIZA ARAQUE MORENO

EL CADÁVER COMO RES

1. *Introducción.* – ¿Es posible que un acreedor retenga el cadáver de su deudor hasta que la deuda que tenía contraída quede satisfecha? ¿Puede una persona exonerarse de responsabilidad si entrega el cuerpo inerte del delincuente sobre el que ostenta su potestad a la víctima que ha sufrido el daño causado por éste?

No son pocos los testimonios que han llegado a mis manos en los que se describen ambas situaciones: casos en los que se da en *noxā* el cadáver de una persona o en los que se impide su sepultura reteniendo sus restos a la espera de que los herederos abonen sus deudas.

Estos hechos, cuanto menos asombrosos, me han llevado a querer reflexionar sobre la naturaleza jurídica que tiene el cadáver y no sólo bajo el prisma del Derecho Romano ya que en pleno siglo XXI se siguen produciendo eventos similares, por sorprendente que pueda parecer. Ello, unido al debate existente en la actualidad sobre la disposición que tiene una persona sobre su propio cuerpo (incluso una vez fallecida) hace que entienda razonable el estudio de esta cuestión.

2. *Consideración del cadáver en Derecho Romano.* – Gayo comienza el comentario segundo de sus Instituciones con una exposición detallada de las cosas *quae uel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habentur* (Gai 2.1).

Según el jurista, la primera diferencia a tener en cuenta versa sobre las cosas que provienen del derecho divino y las que derivan del

derecho humano (*nam aliae sunt diuini iuris, aliae humani*). Las *res sacrae* – consagradas a los dioses superiores – y las *res religiosas* – confiadas a los dioses Manes – pertenecen precisamente al primer grupo y, en este sentido, se ha considerado tradicionalmente como *res religiosa* el cadáver de una persona, pero ¿podemos afirmarlo con total seguridad?

2.1. *El cadáver no debe ser considerado como ‘res religiosa’*. – La noción del cadáver como *res religiosa* tiene su origen en el fragmento que nos transmite Gayo¹:

Gai 2.6: *Religiosum uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.*

Según este fragmento el sepulcro se convierte en *res religiosa* una vez ha acogido el cuerpo del difunto en su interior. Y en D. 11.7.44.1 se establece que cuando se trasladan los restos de un lugar a otro el terreno en el que estaba enterrada la persona deja de ser religioso (*ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse*).

Asimismo, Cicerón en *leg. 2.22.57* señala al describir el ritual que se debía realizar para la sepultura de una persona que *nam prius quam in os iniecta gleba est, locus ille ubi crematum est corpus, nihil habet religionis*, esto es, el lugar en el que introducimos el cuerpo nada tiene de religioso, antes de meter el cuerpo.

Se podría considerar, por tanto, que el cadáver sería una *res religiosa* que transmite su carácter al sepulcro una vez ha sido inhumado. Así lo ha entendido parte de la doctrina como D’Ors² o Giménez-Candela³ y es una teoría aceptable, pero veremos que las fuentes no son tan claras y por ello no existe una posición unánime al respecto. En sentido contrario y siendo muy críticos se encuentran, por ejemplo, De Visscher⁴ o Rodríguez Martín⁵.

¹ De manera similar lo describe Ulpiano en su lib. XXV *ad edictum* cuando manifiesta que *Scriptus heres prius quam hereditatem adeat patrem familias mortuum inferendo locum facit religiosum ...* (D. 11.7.4).

² D’ORS 2016, 91 s.; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 296, nt. 631.

³ GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 207.

⁴ DE VISSCHER 1963, 49 ss.

⁵ RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 294 ss.

Conviene por ello acotar los términos de la discusión. No cabe duda alguna de que sepulcro y cuerpo una vez enterrados son *res religiosae*. En el momento en el que se introduce el cuerpo en el interior del sepulcro conforme los ritos adecuados se entiende que ha sido entregado a los dioses Manes, pero ¿qué condición ostenta entonces antes de su sepultura?

Por un lado, sabemos que el cadáver tenía un carácter impuro y sólo tras el funeral se podía decir que tanto el fallecido como su familia quedaban limpios. Éste era un tema de vital importancia para los romanos ya que para ellos la sepultura de un cuerpo se debía realizar de una determinada manera: no bastaba con su inhumación si no que el entierro debía desarrollarse conforme al ritual que establecían las costumbres⁶, de lo contrario, la persona se convertía en un alma errante capaz de causar desdichas y atormentar a los vivos⁷.

Por otro, son bastantes los fragmentos que versan sobre aspectos funerarios y en ninguno de ellos se menciona expresamente qué carácter tenía el cadáver antes de ser enterrado:

– Ulpiano indica en D. 11.7.2 pr. *locum in quo servus sepultus est religiosum esse Aristo ait*, es decir, si la persona que fallece es un esclavo de igual manera será religioso el lugar en el que se le entierre.

– El mismo jurista nos plantea el problema al que se enfrenta el dueño de un fundo que desea desenterrar los restos humanos que tiene en su propiedad y no puede hacerlo si no es con la autorización del *pontifex* o *princeps*. Este pasaje (D. 11.7.8 pr.) no versa tampoco sobre la condición del cadáver, sino que indica la sanción que puede obtenerse en caso de que se profane una *res religiosa* sin permiso (*alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum qui eiecit*).

– En D. 11.7.38 se establece que no se deben detener ni injuriar a los cadáveres *neve prohiberentur quo minus via publica transferrentur aut quominus sepelirentur*. Se alude así a ciertas normas sobre transporte y protección, pero no hay ningún dato que se refiera a él como *res religiosa*. Y tampoco encontramos premisa alguna en el texto de Ulpiano 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.4 que también versa sobre esta cuestión.

⁶ En este sentido, v. Cic. *leg.* 2.22.57.

⁷ Sobre ello, v. CASTAING 1953, 98; GUERRERO 2002, 421.

– Marciano y Paulo abordan ciertas cuestiones relativas al traslado y remoción del cadáver llevado a sepultura legítima en D. 11.7.39 y D. 11.7.40, respectivamente. En ellos se señala que el cuerpo no debe ser removido del lugar en el que se enterró –aunque es posible su traslado a un lugar más conveniente– y que en aquellos casos en los que se le hubiera depositado de forma temporal en un lugar, pero con la intención de trasladarlo posteriormente a otro, el primero *manebit ... profanus*.

Podemos apreciar que ninguno de estos fragmentos indican que el cadáver sea una *res religiosa*. De hecho, no lo dicen y las normas a las que se refieren las podríamos extrapolar perfectamente a la actualidad dado que aluden al respeto que se le debe conceder a un difunto.

¿Podría ser entonces que si las fuentes no lo expresan pueda deberse a que simplemente el cadáver no tiene ese carácter⁸?

La doctrina no ha tratado la cuestión directamente. Por ejemplo, Talamanca considera que «fra le cose connesse col culto dei Mani è, poi, il sepolcro a costituire, da solo, la categoria delle *res religiosae*»⁹. Por su parte, Fernández de Buján entiende que «son cosas religiosas ... las dedicadas a los dioses familiares, como los sepulcros y los objetos destinados al culto de los muertos»¹⁰, pero no entra en la cuestión como tampoco lo hacen Biondi¹¹, Paricio y Fernández Barreiro¹², Del Valle Aramburu¹³ o Hernández Canelo¹⁴. De las Heras niega el carácter religioso del cadáver y considera que es una «cosa en sentido am-

⁸Como en mi opinión aduce correctamente RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 296, nt. 631.

⁹TALAMANCA 1990, 380 s.

¹⁰FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2013, 367.

¹¹Para él, son «religiosi i sepolcri, e gli oggetti destinati alla conservazione ed all'ornamento del cadavere» (BIONDI 1972, 158).

¹²Ellos entienden que las *res religiosae* son las afectadas a una finalidad de enterramiento (PARICIO - FERNÁNDEZ BARREIRO 2021, 183).

¹³Según ella, las *res religiosae* eran «aquellas destinadas al culto de los dioses inferiores (manes), el terreno situado en el *ager romanus privatus*, en el que su propietario enterró a un hombre, sea libre o esclavo, ... y en que se construía su monumento funerario» (DEL VALLE ARAMBURU 2020, 340).

¹⁴Considera que «los romanos llamaron *res religiosae* a los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas, que estaban dedicados a los dioses Manes (*dii Manes*), es decir a los muertos que los antiguos divinizaban» (HERNÁNDEZ CANELO 2014, 374).

plio»¹⁵ y Kaser manifiesta que «*res religiosae* sind die rechtmäßig mit einem Leichnam belegten Grabstätten»¹⁶.

A la vista todo ello, considero con las mismas reservas que el cadáver no parece ser una *res religiosa*. Más aún cuando existen testimonios en los que se detalla la existencia de acreedores que, de manera consciente y voluntaria, obstaculizaban e impedían la sepultura de sus deudores reteniendo sus cadáveres ante el impago de deudas¹⁷. Si tuviera la condición de *res religiosa*, ¿no se estaría actuando directamente en contra de los dioses Manes y del derecho divino al que representan?

El más antiguo de estos pasajes lo encontramos en una fuente literaria de finales del siglo IV d.C. Estamos hablando de la obra *De Tobia* 10.36-37 de San Ambrosio de Milán¹⁸ en la que se pone de manifiesto la actividad ejecutiva de los *funeratores*:

Ambr. *Tob.* 10.36-37: *Quotiens vidi a foeneratoribus teneri defunctos pro pignore et negari tumultum dum foenus repositur? Quibus ego acquievi libenter, ut suum constringerent debitorem, ut electo eo, fideiussor evaderet; haec sunt enim feneratoris leges. Dixi itaque:*

¹⁵ DE LAS HERAS 1987, 86 ss.

¹⁶ KASER 1971, 378.

¹⁷ Interesante debate se inicia a su vez con estos testimonios en torno a la supervivencia de la ejecución personal por deudas. Recordemos que su supresión en Roma – salvo para casos muy determinados – se produjo como consecuencia de la legislación procesal de Augusto (a través de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C.). A partir de este momento, la ejecución ya no recaía sobre la persona del deudor, si no sobre sus bienes. Sin embargo y a pesar de esta concepción tan generalizada, han llegado a nuestros días una gran cantidad de testimonios – a través de fuentes epigráficas, literarias y sobre todo papirológicas – que atestiguan el mantenimiento de la práctica de la ejecución personal por deudas durante el Alto y Bajo Imperio, tanto en Occidente como en Oriente. En ellos podemos ver que la persona del deudor todavía puede ser susceptible de ejecución, lo que le ofrece al acreedor una vía adicional y, en cierto sentido más eficaz, para la satisfacción de su crédito.

¹⁸ San Ambrosio de Milán, considerado como uno de los Padres de la Iglesia, ocupó el cargo de gobernador de las provincias de Emilia y Liguria y ejerció la abogacía antes de ser nombrado obispo de Milán en el 374 d.C. Para la doctrina no está claro si los hechos de este testimonio se produjeron durante su periodo como gobernador o ya como obispo. A pesar de ello cabe destacar – tal y como apunta Guerrero – que San Ambrosio no era una persona ajena al mundo del Derecho por lo que «debía gozar de la instrucción jurídico-administrativa conforme al nivel cultural de su tiempo» (GUERRERO 2002, 428, nt. 58). Sobre la vida de San Ambrosio y el cargo que posiblemente ocupaba en el momento que relata este episodio, v. ESMEIN 1885, 233 ss.; PALANQUE 1933; ARU 1935, 293 ss.; VISMARA 1987, 53 ss.; MAURICE 1992, 367 ss.; PURPURA 2009, 54.

Tenete reum vestrum; et ne vobis possit elabi, domum ducite, claudite in cubiculo vestro, carnificibus duriores; quoniam quem vos tenetis, carcer non suscipit, exactor absolvit; peccatorum reos post mortem carcer emittit, vos clauditis; legum severitate defunctus absolvitur, vobis tenetur. Certe hic sortem suam iam memoratur implere; non invideo tamen, pignus vestrum reservate. Nihil interest inter funus et foenus, nihil inter mortem distat et sortem: personat, personat funebrem ululatum foeneris usura. Nunc vere capite minutus est quem convenitis; vehementioribus tamen nexibus alligate, ne vincula vestra non sentiat: durus et rigidus est debitor, et qui non iam noverit erubescere. Unum est quod non timere possitis, quia poscere non novit alimenta. 37. Iussi igitur levare corpus, et ad foeneratoris domum exsequiarum ordinem duci: sed etiam inde clausorum mugitus ad alta personabant. Ibi quoque funus esse crederes, ibi mortuos plangi putares: nec fallebat sententia, nisi quod plures constabat illic esse morituros. Victus religionis consuetudine foenerator (nam alibi suscipi pignora etiam ista dicuntur) rogat ut ad tumuli locum reliquiae deferantur; tunc tantum vidi humanos foeneratores gravari me; tamen ego eorum humanitatem memorabam prospicere, ne postea se querebantur fraudatos esse, donec feretro colla subiecti, ipsi defunctum ad sepulcra deducerent, graviori moerore deflentes pecuniae suae funus.

En efecto, el texto comienza aludiendo a la práctica habitual por la que los acreedores podían retener el cadáver de sus deudores hasta que se les pagara la correspondiente deuda (*foeneratoribus teneri defunctos pro pignore*).

Es un fragmento que sorprende por la crueldad de los hechos que nos transmite, pero son los términos '*Quotiens vidi*' los que atrapan de forma inminente mi curiosidad ya que gracias a ellos no sólo se denota la frecuencia con la que parece que se llevaba a cabo esta conducta en la práctica sino también que San Ambrosio fue testigo de ello en no pocas ocasiones¹⁹. Tal es así que el Padre de la Iglesia explica que él mismo lo permitía para que, una vez retenido el cuerpo inerte del deudor, al menos el fiador quedara exento de responsabili-

¹⁹ La doctrina no alberga duda de la veracidad del testimonio y de que el Padre de la Iglesia fue un testigo ocular: ESMEIN 1885, 232; ARU 1935, 294; MITTEIS 1891, 454 s.; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 302; PURPURA 2009, 55; NAVARRA 2016, 99.

dad (*Quibus ego acquievi libenter, ut suum constringerent debitorem, ut electo eo, fideiussor evaderet*).

Esta retención se ejercía entonces por el acreedor como modo de presión, pero a su vez se concebía como medio extraprocesal de garantía hasta que la deuda quedara saldada. Si no se abonaba la cantidad debida por los herederos o fiadores no se devolvía el cuerpo del deudor y, por consiguiente, no podía ser enterrado.

Por suerte, el pasaje tiene un final feliz. Según el texto, el acreedor vencido por sus costumbres religiosas rogó que el cadáver fuera trasladado a su lugar de entierro (*victus religionis consuetudine ... rogat ut ad tumuli locum reliquiae deferantur*). Se aprecia así que el acreedor solicita al Padre de la Iglesia la sepultura de su deudor como acto de respeto hacia sus restos, pero sólo debido a sus creencias cristianas, no porque entendiese que su cuerpo era una *res religiosa*, ni mucho menos una cosa que quedara fuera del comercio de los hombres, como él y otros acreedores demostraban al usarlo como prenda.

Y este testimonio no es el único sobre esta práctica que ha llegado a nuestros días. Durante los dos siglos siguientes parece que se mantuvo e incluso fue *in crescendo*. Así nos lo transmite por ejemplo Sidonio Apolinar, que ostentó el cargo de obispo de Clermont a finales del siglo V d.C., al narrar cómo un deudor fue atormentado por sus deudas por agentes públicos en su lecho de muerte²⁰ o el capítulo 75 del Edicto de Teodorico de entorno al 512 d.C., que también se refiere a esta práctica²¹.

Asimismo, cabe decir que ninguna disposición legal del siglo IV d.C. prohíbe la retención del cadáver de un deudor por su acreedor²²

²⁰ Sidon. *epist.* 24.2: *sed cum pater tuus morti propinquae morbo incumbente succumberet atque ob hoc ipsum publica auctoritas male valentem patremfamilias violentius ad reformandum debitum artaret ...* Sobre este fragmento, ESMEIN 1885, 227, nt. 2; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 302.

²¹ Este edicto, por su parte, ha suscitado un gran debate entre la doctrina debido a la ambigüedad de la frase '*quasi debitorem suum adserens*'. Sin entrar en detalle debido a que ello excedería del ámbito del presente trabajo, cabe apreciar que la discusión doctrinal se debe a que dependiendo de la interpretación de la mencionada oración se puede afirmar que Teodorico prohibió o reconoció esta práctica en el occidente bárbaro. Sobre ello, GAUDENZI 1884, 18; ARU 1935, 298 ss.; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 304 s.; PURPURA 2009, 56.

²² En la *lex Iulia de vi privata* se aborda la cuestión de aquellos que impedían el funeral de una persona, pero no parece que las penas que esta ley imponía estuvieran

y es que debemos esperar hasta la primera mitad del siglo VI d.C. para encontrar normas encaminadas a perseguir y penalizar estas actuaciones.

La primera de ellas es una constitución del emperador Justino del año 526 d.C. (C. 9.19.6). Lo primero que hace el emperador es reconocer que el hecho de que un acreedor se oponga a la sepultura de su deudor exigiendo para ello el pago de su deuda constituye una conducta injusta y muy lejana a su tiempo (*Cum sit iniustum et nostris alienum temporibus*). Por ello, establece varias medidas como la restitución de las cosas al estado en el que se encontraban antes de que el fallecido fuera conducido a la tumba y una condena pecuniaria de cincuenta libras de oro o, en caso de que el acreedor no pudiera pagarla, una pena corporal (*qui in huiusmodi deprehensus fuerit flagitio, quinquaginta libras auri dependere vel, si minus idoneus sit ad persolvendum, suo corpore sub competenti iudice poenas luere*).

Lamentablemente y a pesar de las sanciones establecidas, todo apunta a que no se obtuvo el éxito que se esperaba. El emperador Justiniano tuvo que promulgar una segunda constitución en el 537 d.C. (Nov. 60.1.1), teniendo que repetir la prohibición de esta práctica tan sólo cinco años después, en el 542 d.C. (Nov. 115.5.1). De ambos textos se desprende con claridad que esta conducta no se había erradicado, todo lo contrario, los acreedores continuaban reteniendo el cuerpo inerte de sus deudores impidiendo su sepultura y para ello llegaban a comportarse de manera agresiva y violenta.

Así lo pone de manifiesto el testimonio que nos transmite Justiniano en el comienzo de Nov. 60.1.1: un acreedor que aprovechó que su deudor estaba en su lecho de muerte para invadir su casa junto con hombres armados, esclavos y otras personas (*dum hominem in morte cognovisset esse constitutum, milites congregans et servos alios plurimos ingressus est super morientem*). Según el texto, el acreedor no temía ultrajar el cadáver del deudor y se opuso al principio a que le dieran se-

dirigidas a los acreedores que secuestraban el cadáver del deudor hasta ver satisfecho su crédito. El *decretum Divi Marci* tampoco es de mucha ayuda ya que en él hay un completo silencio sobre esta cuestión a pesar de versar sobre los actos ilícitamente cometidos por un acreedor contra un deudor. Y tampoco lo son los textos de Ulpiano que encontramos en D. 11.7.38 y D. 27.12.3.4 sobre la conducción del cadáver desde un lugar de sepultura a otro. En este sentido, ESMEIN 1885, 229 s.; ARU 1935, 295 s.; PURPURA 2009, 57.

pultura, siendo capaz incluso de detener el convoy fúnebre y apoderarse del cuerpo declarando que no lo dejaría ir a menos que se le pagara lo que le correspondía.

Al igual que en los testimonios anteriores, ninguno de estos pasajes alude al cadáver como *res religiosa*. Los emperadores Justino y Justiniano persiguieron esta práctica ferozmente porque entendían que era poco civilizada para su tiempo, priorizando el respeto con el que se le debía honrar a una persona fallecida sobre la deuda que pudiera tener a favor de su acreedor. Coincidió así con la conclusión a la que llega Rodríguez Martín tras el análisis que realiza sobre esta cuestión: «en la época de los testimonios estudiados, el sentimiento que nos transmiten los textos no es tanto el de la religión antigua ni en del miedo supersticioso, como el de un respeto por los restos del difunto que deben ser enterrados»²³.

2.2. *El cadáver como 'res extra commercium'*. – Aún si el cadáver no es *res religiosa*, otro aspecto importante a considerar es si de todos modos tiene carácter de *res extra commercium*, pues en ese caso, no podría ser objeto de negocios jurídicos.

Así se desprende de una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 386 d.C. en la que nos transmiten que estaba expresamente prohibido comerciar con cadáveres. Nos referimos al fragmento CTh. 9.17.7, que dice:

CTh. 9.17.7: *Nemo martyrem distrahat, nemo mercetur.*

Esta disposición también se recoge en el Código de Justiniano (C. 1.2.3²⁴) y, como podemos apreciar, indica que no está permitido el comercio de reliquias de santos. Según Burdese, este tráfico se daría en el siglo IV d.C. debido al auge del cristianismo y considera este texto como el primero en manifestar expresamente el carácter extra-comercial del cadáver²⁵.

Además de esta disposición, podemos extraer que el cadáver tiene la condición de *res extra commercium* si nos remitimos tanto al frag-

²³ RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 307.

²⁴ Y con el mismo tenor literal, *Impp. Gratianus, Valentinianus, Theodosius AAA. Cynegio pp. C. 1.2.3: Nemo martyres distrahat, nemo mercetur* (a. 386).

²⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 311, nt. 660 siguiendo a BURDESE 1959, 763.

mento que nos ofrece Gayo en Gai 3.97 como al texto de Modestino en D. 45.1.103.

Por un lado, en Gai 3.97 se dispone lo siguiente:

Gai 3.97: *Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, uelut si quis hominem liberum, quem seruuum esse credebat, aut mortuum, quem uiuum esse credebat, aut locum sacrum uel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.*

Tal y como podemos leer, si lo que estipulamos que nos sea dado es de tal naturaleza que no puede serlo, dicha estipulación es nula. Gayo nos proporciona varios ejemplos siendo el que nos interesa el de aquel esclavo muerto que se cree que aún vive ('*aut mortuum, quem uiuum esse credebat*'). Se aprecia así que el cuerpo inerte – en este caso de un esclavo, aunque se puede extender también al de un hombre libre – no puede ser objeto de *stipulatio*. Para Gómez-Carbajo ello prueba la no comerciabilidad del cadáver y según Rodríguez Martín de este texto se infiere que este carácter extracomercial se daría a todos los efectos²⁶.

Por otro lado, es interesante el texto que nos ofrece Modestino en:

Mod. 5 *pand.* D. 45.1.103: *Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium.*

Lo primero que nos transmite es que un hombre libre no puede ser objeto de estipulación, pero acudamos al final del fragmento, que dice: '*non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium*'. Modestino compara la entrega de un cadáver con la entrega de un fundo enemigo; les está dando el mismo valor. Para él, es tan claro que no se puede comerciar con un *mortuum hominem* tanto como con un *fundum hostium*²⁷.

²⁶ GÓMEZ-CARBAJO 1984, 39; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 309, nt. 657.

²⁷ Rodríguez Martín entiende que lo que invalida la promesa es el propio hecho de estipular respecto de un cadáver y que su extracomerciabilidad se plantea en este texto como una imposibilidad casi física de enajenar (RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 310).

Hasta este punto parece que la situación es clara: todo parece indicar que un cadáver es una *res extra commercium*. Entonces, ¿cómo podemos explicar la existencia de testimonios en los que se entrega en *noxā* un cadáver?

Para ello debemos remitirnos a Gayo, que nos proporciona una visión muy completa y detallada del régimen de las acciones noxales a partir de Gai 4.75. Nos explica la teoría básica sobre esta institución, su origen legislativo u honorario, la regla *noxā caput sequitur*... Sin embargo, nos encontramos con una laguna bastante extensa²⁸ entre Gai 4.80-81; justo cuando va a finalizar su exposición.

De hecho, el fragmento concluye así:

Gai 4.81: *Quid ergo est? et ... diximus ... non permissum fuerit ei mortuos homines dedere, tamen etsi quis eum dederit qui fato suo uita excesserit, aeque liberatur.*

Según el texto, parece que no está permitida la entrega en *noxā* de cadáveres, pero esta afirmación decaería cuando la muerte del delincuente haya sido *fato suo*. Se podría entender entonces que una persona no puede entregar un cadáver en *noxā* a menos que la muerte se haya producido de forma natural, «según su destino». En ese caso, la entrega podría llevarse a cabo y la persona que la realiza quedaría libre de toda responsabilidad. Pero, teniendo en cuenta el texto perdido, ¿realmente esta interpretación es la correcta?

La respuesta la hallamos en los Gai Fragmenta Augustodunensia²⁹, un palimpsesto que recoge los comentarios que un anónimo maestro³⁰

²⁸ Rodríguez Martín explica que según Dareste esta laguna abarcaría unas 23 líneas, aunque otros autores como Krüger y Studemund consideran que faltarían «13 hasta [XII] tabul[arum], más 7 a continuación» (RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 267).

²⁹ El descubrimiento de esta fuente en 1898 fue una gran noticia para el mundo de la romanística ya que inicialmente se pensó que se trataba de una copia de las Instituciones de Gayo. Sin embargo, cuando Chatelain editó las primeras líneas se pudo comprobar que era un comentario postclásico a las Instituciones. Este hecho adormeció el interés de los investigadores y como apunta Rodríguez Martín «la obra fue encasillada como una más de las pruebas del bajo nivel jurídico y cultural en el Occidente postclásico» (RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 8). A pesar de ello, considero que es una obra de vital importancia que arroja luz sobre ciertas lagunas de las Instituciones, tal y como veremos en este epígrafe.

³⁰ Tradicionalmente, se ha considerado que los Fragm. Gai August. tiene fines didácticos; de ahí que su autor fuera posiblemente un profesor (entre otros CHATELAIN 1899, 176 o GUARINO 1968, 488). Sin embargo, hay autores como Bianchi o McGinn

de Autún (probablemente en torno al siglo IV d.C.³¹) realiza a las Instituciones de Gayo.

Los textos que encontramos entre *Fragm. Gai August.* 79-114 contienen las explicaciones relativas al comentario cuarto de las Instituciones y, en concreto, son los pasajes *Fragm. Gai August.* 81-87 los que exponen el desarrollo del sistema de las acciones noxales.

Para el autor del texto no cabía duda alguna de que el cadáver de un hijo o siervo se podía entregar en *noxam*:

Fragm. Gai August. 82: *Sed interest utrum serui filiiue nomine noxalis actio propo[natur, an] animalium. Nam si serui filiiue nomine condemnatus fuerit do[minus uel] pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum: condemn[at]us dominus] noxali actione potest seruum etiam mortuum in noxam dare*³².

La afirmación es tan concluyente que el maestro decide repetir los términos *etiam mortuum* y, como vemos, no hace alusión a que la muerte tuviera que producirse *fato suo*, que era el requisito que se establecía en *Gai* 4.81. Y no sólo eso, para el autor no hacía falta que se entregara la totalidad del cuerpo para que el padre o dueño del delincuente quedara exonerado de responsabilidad. Era suficiente con que se entregara alguna parte del mismo³³:

Fragm. Gai August. 83: *[Et non solum si] totum corpus det liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. Denique tr[actatur de] capillis et unguibus, an partes corporis sint. Quidam enim dicunt <ea additamenta corporis esse; sunt enim> foris posita. Animal m[ortuum uero] dedi non potest.*

El hallazgo de los *Fragm. Gai August.* es esclarecedor, pero no deja de ser una fuente de la que surgen numerosas dudas, entre ellas:

que consideran que la obra, debido a la cantidad de aspectos procesales que aborda, se orientaría hacia la práctica (BIANCHI 2015 o MCGINN 2017, 220, nt. 3).

³¹ CHATELAIN 1899, 169 s.; LOWE 1953, 8.

³² Según la edición de KRÜGER 1923, 53 ss., revisada por RODRÍGUEZ MARTÍN 1998.

³³ El texto se plantea incluso la cuestión de si '*capillis et unguibus, an partes corporis sint*' y ello ha provocado que la doctrina se pronuncie sobre si el cabello o las uñas (i) deben ser considerados como partes del cuerpo y, por consiguiente, (ii) pueden ser entregados en *noxam*. Sobre ello, v. RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 270, nt. 589.

¿realmente existió la *noxae deditio* del cadáver? ¿La descripción que se realiza sobre ella era una mera exposición narrativa por parte del maestro de Autún de lo que ocurría en tiempos clásicos o su explicación se debe a que en su época – probablemente el siglo IV d.C. – todavía se llevaba a cabo?

La doctrina se ha pronunciado al respecto y una gran parte de ella reconoce que la *noxae deditio* del cadáver existió³⁴. Siendo así, debemos reiterar la pregunta que en origen nos planteábamos: si el cadáver es una *res extra commercium*, ¿cómo es posible que se pueda entregar en *noxae*?

Rodríguez Martín considera que no se deben confundir dos esferas que, aunque normalmente viene unidas, se refieren a ámbitos diferentes. Una cosa considerada *extra commercium* debe sustraerse del tráfico jurídico, pero ello no impide que pueda ser enajenada si es por algún motivo diferente al económico³⁵.

Veamos un ejemplo: los sepulcros son *res religiosa*, pero pueden ser transmitidos *mortis causa* de padres a hijos para que permanezcan en la familia. El bien se transfiere de una esfera de poder a otra y no se vulnera su carácter extracomercial. Con la *noxae deditio* del cadáver ocurriría lo mismo: el cadáver mantiene su condición de *res extra commercium*, pero pasa de la esfera de poder de un *pater familias* o *dominus* a otro porque con esta entrega se libera de la responsabilidad a la que debe enfrentarse por el daño causado por su hijo o esclavo.

Vemos así que la transmisión no se debería a un interés patrimonial, sino a motivos muy distintos. Sobre ello, Biondi aduce que la

³⁴ Rodríguez Martín ha estudiado esta fuente en profundidad en aras de determinar si las afirmaciones que el maestro vierte sobre este tema pueden considerarse ciertas. Sin embargo y a pesar de las valiosas conclusiones a las que llega, finaliza diciendo que ningún texto de los que ha consultado permiten contrastar con certeza la versión que nos proporcionan los *Fragm. Gai August.* ni aclarar las contradicciones con la laguna de Gayo en *Gai 4.80-81*. Aun así y con base en argumentos fundamentados en la lógica y sentido común, acepta la *noxae deditio* del cadáver y no duda de la veracidad de los comentarios del maestro de Autún (RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 272 ss.). En contra de la opinión mayoritaria se encuentran, por ejemplo, Giménez-Candela o D'Ors. Ambos se postulan como defensores del carácter religioso del cadáver y entienden que la entrega del éste es una idea errónea planteada por el 'Gayo de Autún' pues siguen la línea crítica de Mommsen en cuanto al valor de los testimonios transmitidos en los *Fragm. Gai August.* (GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 203 ss.; D'ORS 2016, 211 s.).

³⁵ RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 314.

ceremonia de la *noxae deditio* – conservada por fuerza de la tradición – no tendría ningún contenido real³⁶.

Por consiguiente, podemos concluir que a pesar de que el cadáver tenga la consideración de *res extra commercium* puede ser objeto de transmisión en aquellos casos en los que el motivo subyacente no sea comercial o económico, como es el de su entrega en *noxae*.

3. *La naturaleza jurídica del cadáver en la actualidad.* – «Uno de los hechos más importantes y que más repercusiones tiene en diversas esferas del Derecho es, ha sido y será la muerte de la persona, sobre el que giran toda una serie de relaciones jurídicas, calificadas de *mortis causa*»³⁷. Así se expresa De las Heras al inicio de su exposición sobre la consideración del cadáver en la Roma Antigua.

La discusión sobre su naturaleza jurídica ha sobrevivido durante siglos y hoy día todavía es un tema de gran interés debido a los avances producidos en el ámbito de la medicina, como los trasplantes de órganos, la donación de restos humanos para fines científicos o las técnicas de criogenización.

Es cierto que la muerte pone fin a nuestra existencia. Es un suceso que no sólo provoca un sentimiento de pérdida en nuestros seres queridos, sino que tiene profundas implicaciones a nivel de la percepción religiosa, filosófica y antropológica del ser humano, y a nivel jurídico comporta el nacimiento de una variedad de efectos legales. Por un lado, nos transforma de persona en cadáver y, por otro, es la causa de la extinción de nuestra personalidad³⁸. Si bien en algunos ordenamientos jurídicos no se regula de manera expresa³⁹ en otros sí y de manera similar. Por ejemplo:

– los artt. 29 y 30 cód. civ. español disponen que «el nacimiento determina la personalidad ...», ésta «se adquiere en el momento del nacimiento con vida...» y «se extingue por la muerte de las personas» (art. 32 cód. civ.).

³⁶ BIONDI 1925, 250; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998, 313, nt. 664.

³⁷ DE LAS HERAS 1987, 9.

³⁸ LETE DEL RÍO 1996, 53; VERDERA 2019, 20.

³⁹ Este es el caso, por ejemplo, del BGB austríaco. El BGB alemán, por su parte, sólo hace alusión al nacimiento de la capacidad jurídica en su art. 1.

– el art. 31 cód. civ. suizo indica que «la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant; elle finit par la mort».

– los artt. 2 y 6 cód. civ. brasileño establecen que «a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida» y «a existência da pessoa natural termina com a morte».

– el art. 61 cód. civ. peruano dice que «la muerte pone fin a la persona».

Pero, ¿qué consideración tiene en sí el cadáver de una persona? La doctrina no es unánime. Para algunos, «una vez que la persona fallece, se convierte de sujeto en objeto de derecho»⁴⁰ mientras que para otros la personalidad subsiste y se extiende más allá de la muerte.

3.1. *Teorías en torno a la consideración jurídica del cadáver.*

3.1.1. *Teoría de la semipersonalidad y teoría de la personalidad residual.* – Los autores que se postulan a favor de estas teorías defienden que el cadáver no es una cosa. Entienden que es algo distinto y más cercano a la categoría de sujeto de derecho⁴¹.

A. *Teoría de la semipersonalidad.* Demogue es su principal defensor. Para este jurista francés de primeros del siglo XX, las personas fallecidas podían ser consideradas semipersonas. Entendía que la personalidad no se extinguía tras el deceso y basaba su opinión en la existencia de normas que tendían a (i) proteger la *memoria defuncti* y (ii) castigar la profanación de sus restos⁴².

A día de hoy esta postura carece de defensores. Mendoza se postula en contra por entender que el fundamento de Demogue no es lo suficientemente convincente y coincide con ella Malicki, que considera que el autor se contradice a sí mismo porque no es posible admitir «una categoría que importe la existencia de personas a medias, “se es o no persona”»⁴³. Desde mi punto de vista, no puedo estar más que de acuerdo con ambas.

B. *Teoría de la personalidad residual.* Para Gierke el cadáver de una persona «es un resto o residuo de la personalidad, sujeto a la decisión

⁴⁰ CÁRDENAS 2020, 175.

⁴¹ MENDOZA 2013, 53.

⁴² DEMOGUE 1909, 631; MALICKI 1987, 111 s.

⁴³ MENDOZA 2013, 53; MALICKI 1987, 112.

de los deudos»⁴⁴ y en términos afines se pronuncia Kipp al sostener que la personalidad residual permite a los deudos decidir sobre el destino del cuerpo⁴⁵. Ante este planteamiento, Cifuentes y Mendoza entienden que se conformaría una suerte de «derecho de familia» cuya finalidad sería la de gestionar los trámites correspondientes al entierro, determinar el epitafio y excluir las intromisiones que puedan producirse⁴⁶.

Asimismo, Guzmán comenta que Antunes Varella y Pires de Lima respaldan la idea de que existe una personalidad jurídica parcial post-mortal y ello porque «el difunto permanece con un residuo de su personalidad, sugiriendo que su capacidad repercute más allá de la vida en algunos aspectos»⁴⁷. Y Migliore matiza esta postura al considerar que «no es la personalidad jurídica la que subsiste a la muerte, pero sí la personalidad bioafectiva. Es eso lo que sobrevive a la muerte para siempre, porque nadie será igual al otro y todos serán unidades diversas de una misma especie. Esa parte de nosotros no perece. Entonces, de hecho, sí existe una personalidad parcial post-mortal»⁴⁸.

A pesar de estos autores, esta teoría ha obtenido muchas críticas y no goza del respaldo suficiente entre la doctrina. Si bien parece ser que hay una postura intermedia (defendida por Nuta y criticada igualmente por Bertoldi⁴⁹), la idea predominante es que «la personalidad no es susceptible de gradaciones: “Se es o no persona”»⁵⁰.

Malicki nos transmite que «la muerte pone fin a la existencia de las personas físicas, siendo impropio hablar de un resto o residuo de la personalidad, idea abstracta y jurídicamente irrelevante. Por lo demás, cuando se protege la memoria y honor de los muertos se lo hace en miras de los parientes vivos y de la sociedad toda, no en el

⁴⁴ ENNECCERCUS - KIPP - WOLF 1955, 533, nt. 8; MALICKI 1987, 112; GÚZMAN 2018, 225.

⁴⁵ MALICKI 1987, 112.

⁴⁶ CIFUENTES 1995, 406; MENDOZA 2013, 53.

⁴⁷ GUZMÁN 2018, 225.

⁴⁸ MIGLIORE 2006, 228.

⁴⁹ Según nos explica Mendoza, Nuta piensa que el cuerpo humano - tanto vivo como muerto - tiene la misma naturaleza jurídica. Entiende que el cadáver no es una cosa y propone que sea considerado como «objeto corporal». Sin embargo, Bertoldi no está de acuerdo ya que para él no es posible que cuerpo vivo y cadáver tengan la misma consideración (MENDOZA 2013, 53).

⁵⁰ LLAMBÍAS 1975, 220; GUZMÁN 2018, 226.

respeto de una personalidad residual, en última instancia habrá un respeto póstumo a quien fue persona. En otro sentido estas ideas contrariarían la noción misma de persona y de los derechos personalísimos»⁵¹.

De forma similar se pronuncia Cifuentes, que considera que «extinguiéndose la persona, es impropio hablar de un resto de la personalidad, como algunos autores afirmaron para oponerse a la teoría de la *res*» ya que ésta contradiría – como adelantaba Malicki – el concepto de derechos personalísimos⁵². Y para Tobías el cadáver no puede ser titular de derecho alguno porque la personalidad se extingue con la muerte⁵³.

3.1.2. *Teoría de la 'res'*. – Esta teoría profundiza en la idea del cadáver como cosa y abre un debate en torno a su comerciabilidad. En contraposición con las anteriores, en ésta el cadáver es considerado objeto de derecho. Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, Messineo⁵⁴ o Ramos. Ésta última, citando a Puig Brutau y Puig Ferrol, señala que tras la muerte se produce una transformación en el entorno del fallecido: «por un lado queda extinguida su personalidad y por otro se transforma en cosa, el cadáver, donde pasa a ser objeto, es decir, tendrá la condición de objeto de las relaciones jurídicas»⁵⁵.

A. *El cadáver como 'res'*. Esta teoría es la más aceptada por la doctrina. Lacruz, Castiella y Verdera consideran que tras la muerte de la persona su patrimonio se convierte en herencia y su cuerpo «en una cosa (mueble): el cadáver»⁵⁶. De manera similar Lledó e Infantes señalan que la personalidad se extingue como consecuencia del fallecimiento y que el cuerpo deja de ser persona para convertirse en cosa. Gordillo, por su parte, declara que la persona cuando fallece «de elemento personal, pasa a ser jurídicamente cosa»⁵⁷.

⁵¹ MALICKI 1987, 113; MENDOZA 2013, 53.

⁵² CIFUENTES 1995, 406; CIFUENTES 2008, 420.

⁵³ TOBIÁS 2009, 642.

⁵⁴ Messineo considera que con la muerte dejamos de ser persona y nos transformamos en objeto (BERTOLDI - BERGOGLIO 1983, 177; MENDOZA 2013, 54).

⁵⁵ RAMOS 2012, 68, nt. 239.

⁵⁶ LACRUZ 2004, 20; CASTIELLA 2003, 89; VERDERA 2019, 221.

⁵⁷ GORDILLO 1987, 24 ss.

Sin embargo, debemos tener en cuenta varias matizaciones. La primera es que hay autores – como Albadalejo, Cifuentes y Orgaz – que alegan que no es posible considerar al cadáver como cosa porque los restos de una persona no son susceptibles de valoración económica. El término cosa debe ser susceptible de estimación patrimonial y el cadáver no tiene tal carácter⁵⁸. Este planteamiento se ha reflejado además en algún ordenamiento jurídico, como el argentino: su art. 2311 cód. civ. establece que una cosa es un objeto material susceptible de tener un valor. No se especifica que éste tenga que ser económico y por eso Malicki y Bertoldi realizan una interpretación más amplia al sostener que el valor puede referirse a una función social o humanitaria⁵⁹.

La segunda es que parte de la doctrina da un paso más allá⁶⁰. Aceptan que el cadáver es una cosa, pero le dotan de un significado especial: no estaríamos ante una cosa cualquiera si no ante una cosa *sui generis*. Según Ramos el cadáver estaría sujeto a un régimen jurídico peculiar debido al respeto a su dignidad⁶¹. De Castro, por ejemplo, considera que «en el momento de la muerte, el ser terrestre de la persona se convierte en especial cosa mueble» y «merece un trato más digno que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales»⁶². Corral manifiesta que el cadáver es una cosa a la que no puede dársele cualquier uso, ya que «el hecho de haber sido el cuerpo de una persona le transmite algo de la propia dignidad de ésta, y lo transforma en una cosa especialísima, que está fuera del comercio y que es inapropiable»⁶³. Y coincidiendo con ellos se encuentran Leonfanti⁶⁴, Sal-

⁵⁸ ALBALADEJO 1985, 86 ss.; MENDOZA 2013, 54, nt. 20. A pesar de esta idea, Orgaz considera que el cadáver sí que sería considerado una cosa si es entregado para fines de estudio o enseñanza (ORGAZ 1961, 135 s.; también citado por CÁRDENAS 2019, 186).

⁵⁹ Por ejemplo, si mediante testamento se manifiesta que el cuerpo se destine a trabajos de investigación o trasplantes (una clara función humanitaria) sí que podría ser considerado como una cosa susceptible de valor (MENDOZA 2013, 54).

⁶⁰ Guzmán denomina esta posición como «teoría resolutoria», por su tenor de resolución y acto de resolver (GUZMÁN 2018, 230).

⁶¹ RAMOS 2012, 72.

⁶² DE CASTRO 1952, 146; RAMOS 2012, 70, nt. 247.

⁶³ CORRAL 2018.

⁶⁴ Considera el cadáver como cosa *sui generis* a la que se le debe respeto y la correspondiente sepultura (MENDOZA 2013, 54; GUZMÁN 2018, 231).

vat y López Olaciregui⁶⁵, Solá⁶⁶, Fadda y Bensa⁶⁷, Guzmán⁶⁸, Espinoza⁶⁹ y Cárdenas⁷⁰.

Asimismo, esta consideración es la que le otorgan varios ordenamientos jurídicos. Según Cavada, la doctrina chilena parece haber alcanzado un consenso y entiende que el cadáver es una «cosa mueble, de naturaleza jurídica especialísima que está fuera del comercio humano, es inapropiable y por tanto no tiene dueño ni pueden ejercerse sobre él facultades de dominio»⁷¹. En España, la SAP Pontevedra 445/2003, de 11 de diciembre (JUR/2006/18440) declara que desde el momento de la muerte la persona pasa de ser sujeto del derecho a «simple objeto jurídico, aunque de naturaleza especial»⁷² y de forma análoga se pronuncia la SAP Alicante 348/2003, de 2 de julio (JUR/2008/159293) que, citando a Gordillo, dispone que «el cadáver es cosa, pero cosa *extra commercium*, o lo que es muy parecido: cosa, pero no objeto de derechos patrimoniales; cosa *sui generis*, por su condición de huella y residuo de la personalidad, pero cosa al mismo tiempo, objeto más de respeto y de culto que de poder o dominio».

B. *Sobre la extracomerciable del cadáver*. Una vez admitido el cadáver como cosa, el debate principal es saber si es posible su comerciabilidad.

La opinión mayoritaria es que el cadáver no es comerciable. En este sentido, Castán Tobeñas señala que «el cadáver no es una cosa susceptible de apropiación y comercio, sino *res extra commercium* su-

⁶⁵ Atribuyen al cadáver el carácter de cosa especial (GUZMÁN 2018, 231).

⁶⁶ Para Solá «la muerte extingue la personalidad, y el cadáver en sí adquiere la categoría legal de una cosa, se trata de una cosa *sui generis*, que debe considerarse fuera del comercio y de toda especie de contratación» (SOLÁ 1967, 188; GUZMÁN 2018, 231).

⁶⁷ RAMOS 2012, 72, nt. 264; GUZMÁN 2018, 231.

⁶⁸ Guzmán considera que el cadáver no es resto de persona ni cosa a secas. Es algo novedoso, único y no comparable con ningún elemento existente. El cuerpo inerte contiene la dignidad de una vida vivida y a su vez es también resto inerte, «eso lo convierte en cosa, pero no en cualquier cosa, sino en una cosa sin parangón en el universo» (GUZMÁN 2018, 232 s.).

⁶⁹ ESPINOZA 2012, 975.

⁷⁰ CÁRDENAS 2019, 175.

⁷¹ CAVADA 2020, 1.

⁷² En términos similares, la SAP Pontevedra 665/1998, de 9 de diciembre (AC/1998/2483).

jeta a normas de interés público y social»⁷³. De igual manera lo entienden De Cupis⁷⁴, Enneccerus⁷⁵, Gangi⁷⁶, Sordo⁷⁷ y Borrell⁷⁸ y así se contempla también en la legislación y jurisprudencia de distintas jurisdicciones. Por un lado, la SAP Barcelona de 23 de marzo de 2004 (JUR/2004/122616), la SAP Cádiz de 14 de abril de 2000 y la SAP Alicante de 7 de junio de 1995 (AC/1995/1280)⁷⁹ se pronuncian sobre el carácter no comercial del cadáver. Por otro, el art. 346 L. General de Salud mexicana establece que «los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración» y el art. 116 L. General de Salud peruana señala la prohibición de comerciar con cadáveres y restos humanos.

En la misma línea de pensamiento, De las Heras afirma que el hecho de considerar al cadáver como *res in commercio* «menoscabaría la dignidad humana y entraría en contradicción con la esencial del cadáver, como residuo e impronta del hombre vivo»⁸⁰. Y precisamente

⁷³ Castán Tobeñas citado por RAMOS 2012, 71.

⁷⁴ Para él, «il corpo umano, colla morte, diviene una cosa ... la quale, non potendo essere oggetto di diritti privati patrimoniali, è da classificarsi tra quelle *extra commercium*. Non essendo il vivente oggetto di diritti patrimoniali, non può esserlo nemmeno il cadavere» (DE CUPIS 1950, 77; RAMOS 2012, 71, nt. 257).

⁷⁵ Para él, el cuerpo inerte de una persona se convierte en cosa, pero ésta no pertenece al heredero ni es susceptible de apropiación.

⁷⁶ GANGI 1948, 170.

⁷⁷ SORDO 2017, 81.

⁷⁸ Borrell consideraba que había que hacer una distinción entre los cuerpos que iban a destinarse a la investigación y los que iban a ser enterrados y llegó a la conclusión de que los primeros no tendrían la consideración de *res extra commercium* mientras que los últimos sí. Ramos se opone al entender que ambos son portadores de un residuo de dignidad y por eso deben sustraerse del comercio de los hombres (BORRELL 1954, 127 ss.; RAMOS 2012, 71, nt. 254).

⁷⁹ En esta sentencia se determina además que el cadáver es un mero residuo de la personalidad y que nadie puede ostentar un derecho de propiedad sobre él. De igual manera se aborda en la decisión de la Tercera Sala Suprema de la Corte de Justicia de la nación mexicana 2435/70, de 29 de octubre de 1970. En ella se establece que el «cadáver es extracomercial y no puede ser objeto de derecho de propiedad ... debido a que los más elementales principios de orden público, de sanidad pública, de moral social, están en directa oposición con el concepto de una propiedad sobre el cadáver, pues el destino normal del cadáver humano es ... el de ser dejado a la paz del sepulcro» (citado a su vez por SORDO 2017, 37, nt. 31).

⁸⁰ DE LAS HERAS 1987, 22; RAMOS 2012, 71, nt. 258. Sobre esta cuestión, Martínez de Aguirre y Díez-Picazo-Gullón sostienen que la dignidad de una persona persiste tras su muerte y queda impregnada en sus restos mortales (MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2000, 341; RAMOS 2012, 72, nt. 260).

la supervivencia de esta dignidad tras la muerte (que debe ser respetada⁸¹) es la que, según Ramos, fundamenta al cadáver como *res extra commercium*⁸².

De hecho, esta consideración es evidente a la vista de los sucesos que se han estado produciendo en Latinoamérica en los últimos años y que tienen un sorprendente parecido con las prácticas de la Antigüedad Tardía romana arriba descritas. Los casos son múltiples, pero en esencia todos se resumen a los mismos hechos: un centro hospitalario que retiene el cadáver de su paciente debido a una deuda contraída y no satisfecha.

Varias son las noticias que encontramos sobre esta práctica, pero remitiéndonos a las más recientes podemos afirmar que hasta mediados de 2021 el Viceministerio de Defensa de los Derechos del Usuario y Consumidor de Bolivia sancionó a seis clínicas privadas por llevar a cabo esta actuación⁸³. Su viceministro, Jorge Silva, indicó que retener a los fallecidos como objeto de garantía está totalmente prohibido y constituye un delito penal.

En Ecuador nos encontramos con el caso de Marianita de Jesús Flores. Sus restos fueron retenidos por la clínica privada del norte de Guayaquil en abril de 2020, la cual se negaba a devolver el cadáver hasta que quedara cancelada su factura.

Supuesto parecido ocurrió también en junio de 2021 en Perú, en donde el cuerpo de un joven fallecido fue retenido por una clínica local debido a la suma que tenía adeudada. La Superintendencia Nacional de Salud tuvo que intervenir y fundamentó su decisión en el art. 70 del Reg. de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo aprobado por el Decreto Supremo n° 013-2006-SA que establece que «queda *terminantemente prohibido que el establecimiento de salud retenga o pretenda retener a cualquier usuario o cadáver para ga-*

⁸¹ Este respeto se desprende también del art. 16.1.1 cód. civ. francés.

⁸² RAMOS 2012, 72, nt. 262. En este sentido igualmente FAXOS 2016, 57 s.

⁸³ Uno de estos casos es el de Margarita Dorado, cuyos restos fueron retenidos en marzo de 2021 por el Hospital Metodista de la Paz porque debía un importe aproximado de Bs 170.000. Y se han producido eventos similares en 2020 (la Defensoría Pueblo tuvo que mediar para que el Hospital Agramont entregase el cuerpo de un fallecido a sus familiares, retenido por la deuda médica acumulada) y en 2019 (los familiares de C.M.S. tuvieron que firmar un acta de compromiso para recuperar su cadáver, retenido por el Hospital Universitario Nuestra Señora de La Paz).

rantizar el pago de la atención médica prestada, o cualquier otra obligación». Y esta prohibición se ha dado de forma recurrente en las últimas décadas. El Tribunal Constitucional de Perú se pronunció en 2002 sobre esta cuestión con motivo del denominado «Caso Francia» (Exp. n° 0256-2003-HC/TC-LIMA)⁸⁴ y la Defensoría del Pueblo ha tenido que emitir varios comunicados confirmando la ilegalidad de esta práctica desde 2018⁸⁵.

Hay jurisdicciones que son mudas respecto a la regulación de esta situación, ni el cód. pen. ni la ley de salud abordan esta cuestión (v. República Dominicana⁸⁶). Sin embargo, hay otras en las que esta práctica está expresamente contemplada. En México, por ejemplo, esta conducta está tipificada como delito. Los artt. 85 y 244 reg. de la l. general de salud en materia de prestación de servicios de atención médica tratan sobre ello remitiéndose a la legislación penal. En este sentido, el art. 230 (iii) del cód. pen. federal dispone que a juicio del juzgador se podrá imponer a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud una «pena de prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multas y suspensión de tres meses a un año» cuando retrasen o retengan la entrega de un cadáver⁸⁷.

Por su parte, los artt. 198 y 200 del cód. de salud de Honduras establecen que el director de un centro hospitalario debe entregar el cadáver a sus familiares si transcurridas 24 horas desde el deceso no se ha practicado la autopsia y el art. 330 de la l. general de salud de Costa Rica señala que, salvo que la autoridad de salud lo autorice, ningún cadáver puede permanecer insepulto por más de 36 horas desde su fallecimiento.

⁸⁴ Este caso versa sobre la retención de los restos de Francisco Javier Francia en el Hospital Dos de Mayo hasta que fuera cancelada la suma de dos mil soles que los familiares adeudaban por los servicios que le proporcionaron.

⁸⁵ La prohibición de retener, tanto pacientes vivos como fallecidos, por la falta de pago de servicios hospitalarios se ha declarado constantemente por la Defensoría del Pueblo. En este sentido, v. las notas de Prensa n° 001/DP/2021, n° 824/OCII/DP/2020 y n° 358/OCII/DP/2018.

⁸⁶ Si bien se han dado casos de retención de cadáveres por deudas no satisfechas, no hay normativa específica más allá del art. 360 cód. pen., que versa sobre la profanación de cadáveres. Para Trujillo «el hecho de retener un cadáver impidiendo su debida sepultura o de ejecutar acciones sobre él, aún cuando no estuviere inhumado, obviamente que constituye una profanación» ya que se trata «sin el debido respeto una cosa o alguien que se considera sagrada o digna de ser respetado» (TRUJILLO 2020, 1).

⁸⁷ De manera similar, el art. 327 (iii) del cód. pen. para la ciudad de México.

La retención de un cadáver debido a las deudas que en vida pudo contraer con el centro hospitalario es, por tanto, una conducta penalizada. Estamos ante una «cosa especial» que está fuera del comercio de los hombres. Por ello se establece un límite máximo para su entrega a los familiares o se sanciona fuertemente a aquellas personas que retengan los restos, sin la correspondiente autorización.

3.2. *Actos de libre disposición sobre el cadáver.* – Tal y como hemos podido observar la doctrina acepta que el cadáver es una cosa no comerciable. Entonces, ¿qué ocurre cuando una persona decide que su cuerpo se destine a labores sociales o científicas?

La inenajenabilidad del cadáver se da, entiende Guzmán, cuando su destino es la inhumación o cremación, pero puede ostentar una inenajenabilidad relativa cuando se destina a determinadas metas sociales como la investigación, enseñanza, trasplantes o cuando reviste valor histórico-social⁸⁸. Para Gatti, según Mendoza, «un cadáver puede ser objeto de derechos reales por el uso de sus partes para la curación de enfermedades»⁸⁹ y Díez-Díaz alega que «la venta del propio cadáver no tendría por qué considerarse inmoral cuando el fin que se propone alcanzar el comprador ... es altamente humanitario»⁹⁰.

Esta facultad de disposición del cuerpo *post mortem* se recoge además en la legislación de varios países de forma expresa:

– los artt. 146-148 cód. sanitario chileno señalan que una persona puede disponer de su cadáver, o de partes de él, con el objeto de que sea utilizado en fines de investigación científica, docencia, elaboración de productos terapéuticos o realización de injertos. Asimismo, se podrán destinar a estas labores aquellos restos que no sean reclamados y se faculta al cónyuge o parientes para autorizar la utilización de tejidos de cadáveres en injertos con fines terapéuticos;

– los artt. 320-322 de la l. general de salud mexicana establecen

⁸⁸ Guzmán considera que la comerciabilidad del cadáver se da cuando los «desposos se han ‘desindividualizado’ del sujeto», tal y como ocurre con los esqueletos, cráneos o momias (GUZMÁN 2018, 234). Varsi está conforme y Cifuentes entiende que en estos casos la naturaleza jurídica del cadáver da un vuelco debido a que hay no es posible identificar a la persona y, por tanto, no hay memoria que guardar (VARSI 2019, 17).

⁸⁹ MENDOZA 2013, 54.

⁹⁰ Díez-Díaz 1983, 340.

que toda persona podrá donar su cuerpo, total o parcialmente, para que se utilicen para trasplantes;

– el art. 8 cód. civ. peruano declara la validez de los actos de una persona que dispone «altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana»;

– el art. 14 cód. civ. brasileño dispone que «é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte»;

– el capítulo IV cód. civ. de Québec, bajo la rúbrica «respect of the body after death», determina que «a person of full age may determine the nature of his funeral and the disposal of his body».

Como vemos, la propia persona es la que decide qué va a pasar con su cuerpo tras su deceso. Ello es aceptado por la doctrina⁹¹, que discute sobre si estamos o no ante un derecho de la personalidad. A diferencia de Lacruz⁹² y Cifuentes consideran que existiría un derecho personalísimo sobre una cosa futura (el cadáver) limitado por los intereses públicos; Albadalejo coincide con ellos y Lasarte puntualiza que los trasplantes *post mortem* se integrarían también dentro de los derechos de la personalidad en relación con la integridad física⁹³.

Por otro lado, esta disposición sólo se admite a título gratuito. La mencionada Tercera Sala Suprema de la Corte de Justicia de la nación mexicana⁹⁴ así lo dictaminó al considerar (i) admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos; y (ii) nulos los contratos onerosos con semejante contenido. Ello se corrobora también en Perú, cuyo cód. pen. (art. 318-A) tipifica el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos. La disposición de éstos debe ser a título gratuito de conformidad con el art. 7 L. de trasplante de órganos y art. 17 de su Reg.

Podemos apreciar entonces que a pesar del carácter extracomercial del cadáver se puede disponer de él, aunque de manera limitada: única y exclusivamente cuando el objetivo que se pretenda conseguir sea de índole científico, pedagógico o humanitario.

⁹¹ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN 2012, 335.

⁹² LACRUZ 2002, 62 s.

⁹³ CIFUENTES 1995, 414; ALBADALEJO 2013, 346 s.; LASARTE 2015.

⁹⁴ V. nt. 79.

Para ello, la persona debe dar su consentimiento inequívocamente por escrito y puede revocarlo en cualquier momento (art. 9 cód. civ. peruano). Este derecho puede ser ejercido igualmente por los familiares del fallecido a falta de voluntad en vida, pero llama la atención el art. 10 cód. civ. peruano, que introduce un derecho de occisión social: el Estado puede disponer de un cadáver no identificado o abandonado y utilizarlo en fines de interés social. Varsi estudia en mayor profundidad esta cuestión y concluye que el Estado puede utilizar parcialmente un cadáver identificado para fines terapéuticos y totalmente aquellos no identificados para fines científicos o pedagógicos⁹⁵. Esta situación, contemplada también en el art. 44 cód. civ. de Québec, se basaría en la tesis de la socialización del cadáver «mediante el cual el Estado puede disponer libremente del cadáver de sus ciudadanos para salvar vidas».

4. *Conclusiones.* – Teniendo en cuenta todo lo expuesto, lo primero a resaltar es que la calificación jurídica del cadáver permanece apenas sin alteraciones desde los primeros siglos de nuestra era: tanto en Derecho Romano como en la actualidad nos encontramos ante una *res extra commercium*.

Este carácter extracomercial no impedía, por ejemplo en Derecho Romano, que el cadáver se transmitiera de una esfera de poder a otra cuando el fin perseguido no era económico. A la vista de los testimonios analizados, se darían dos supuestos y la diferencia entre ellos radica en que en el primero (*noxae deditio*) no hay duda de la legalidad de la práctica; mientras que en el segundo, sí.

En aquellos casos en los que un acreedor retiene los restos de su deudor hasta la satisfacción de su crédito se da un enfrentamiento entre práctica y legalidad. Este choque ocurría tanto en la Antigüedad Tardía en la que, como hemos visto, los cristianos romanos intentaron limitar y perseguir esta conducta, como sorprendentemente en la actualidad. En ambas épocas se sanciona fuertemente esta actuación, pero cabe enfatizar que es ilegal no porque el cadáver sea considerado *res religiosa* si no porque vulnera el debido respeto con el que se le debe honrar a una persona tras su fallecimiento. Estas retenciones po-

⁹⁵ VARSÍ 2019, 15 ss.

drían interpretarse como una intimidación ya que, para poder recuperar el cadáver y darle sepultura, los acreedores obligan a los familiares a hacer algo en contra de su voluntad; ello además bajo la existencia de normas que expresamente prohíben esta actuación.

Asimismo, en la actualidad esta *res extra commercium* ha evolucionado ya que se considera *res sui generis*. En los restos mortales persiste la dignidad de la persona que fue, de ahí que se le otorgue una condición especial, y ésta es la que se ofendería si aceptáramos su comerciabilidad.

Finalmente, tampoco podemos aceptar que exista un derecho de propiedad sobre el cadáver. Una persona puede disponer en vida de lo que ocurrirá con su cuerpo en el futuro, pero no porque sea su propietaria si no porque – como bien apunta Gordillo – es un acto de voluntad que la persona realiza como acto de disposición sobre su propio cuerpo⁹⁶; disposición a su vez limitada únicamente para fines científicos, docentes o sociales.

⁹⁶ GORDILLO 1987, 35 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO 1985: M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Barcelona, 1985.
- ALBALADEJO 2013: M. ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Madrid, 2013.
- ARU 1935: L. ARU, *Sul sequestro del cadavere del debitore in diritto romano*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, 291 ss.
- BERTOLDI - BERGOGLIO 1983: M.V. BERTOLDI - M.T. BERGOGLIO, *Transplante de órganos: entre personas, con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, 1983.
- BIANCHI 2015: P. BIANCHI, *Sui 'Fragmenta Augustodunensia' e il processo*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, I. *Studi sulle fonti*, a cura di G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi e P. Biavaschi, Santarcangelo di Romagna, 2015, 1 ss.
- BIONDI 1925: B. BIONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, in *AUPA*, X, 1925.
- BIONDI 1972: B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972.
- BORRELL 1954: A. BORRELL, *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona, 1954.
- CÁRDENAS 2019: R. CÁRDENAS, *Acerca de la naturaleza jurídica del cadáver*, in *Ius et Praxis*, XLVIII-XLIX, 2019, 171 ss.
- CÁRDENAS 2020: R. CÁRDENAS, *¿Tienen derechos los muertos?*, in *Giuristi. Revista de Derecho Corporativo*, I.1, 2020, 171 ss.
- CASTAING 1953: M. CASTAING, *Saint Ambroise et les débiteurs privés de sépulture*, in *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, I, 1953, 90 ss.
- CASTIELLA 2003: J.J. CASTIELLA, *La persona, el estado civil y el registro civil. La persona en general*, en *Instituciones de Derecho Privado*, I.2, Pamplona, 2003, 17 ss.
- CAVADA 2020: J.P. CAVADA, *Cadáver: concepto, naturaleza jurídica, capacidad de disposición, donación y extracción ilegal de órganos*, in *Asesoría Técnica Parlamentaria*, Noviembre 2020.
- CHATELAIN 1899: E. CHATELAIN, *Fragments de droit antéjustinien tirés d'un palimpseste d'Autun*, in *Revue de Philologie*, XXIII, 1899, 169 ss.
- CIFUENTES 1995: S. CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, 1995.
- CIFUENTES 2008: S. CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, 2008.
- CORRAL 2018: H. CORRAL, *Ladrón de corazones*, in *Derecho y Academia. El blog de Hernán Corral*, 2018 (<http://bcn.cl/2auxa>).
- DE CASTRO 1952: F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II.1, Madrid, 1952.
- DE CUPIS 1950: A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1950.

- DE LAS HERAS 1987: G.R. DE LAS HERAS, *La consideración del cadáver en derecho romano: su posible repercusión en la actualidad*, Albacete, 1987.
- DE VISSCHER 1963: F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romaines*, Milano, 1963.
- DEL VALLE ARAMBURU 2020: R. DEL VALLE ARAMBURU, *Historia e instituciones del derecho romano*, La Plata, 2020.
- DÍEZ-DÍAZ 1983: J. DÍEZ-DÍAZ, *Los derechos físicos de la personalidad*, Madrid, 1983.
- DÍEZ-PICAZO - GULLÓN 2012: L. DÍEZ-PICAZO - A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada, persona jurídica*, I, Madrid, 2012.
- D'ORS 2016: A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2016.
- ENNECCERCUS - KIPP - WOLF 1955: L. ENNECCERCUS - T. KIPP - M. WOLF, *Tratado de derecho civil*, I, Barcelona, 1955.
- ESMEIN 1885: A. ESMEIN, *Débiteurs privés de sépulture*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, V, 1885, 223 ss.
- ESPIÑOZA 2012: J. ESPINOZA, *Derecho de las personas*, I. *Concebido y personas naturales*, Lima, 2012.
- FAYOS 2016: A. FAYOS, *Curso de introducción al derecho sanitario*, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2013: A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, Madrid, 2013.
- GANGI 1948: C. GANGI, *Personae fisiche e personae giuridiche*, Milano, 1948.
- GAUDENZI 1884: A. GAUDENZI, *Gli Editti di Teodorico e di Atalarico e il diritto romano nel regno degli Ostrogoti*, Torino, 1884.
- GIMÉNEZ-CANDELA 1981: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981.
- GORDILLO 1987: A. GORDILLO, *Trasplantes de órganos: 'pietas' familiar y solidaridad humana*, Madrid, 1987.
- GUARINO 1968: A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Milano, 1968.
- GUERRERO 2002: M. GUERRERO, *Una muestra de la 'crudelitas creditoris': La privación de sepultura del deudor*, A Coruña, 2002.
- GÚZMAN 2018: J.A. GÚZMAN, *La naturaleza jurídica del cadáver. Revisión y tendencia*, in *Prudentia iuris*, LXXXVI, 2018, 223 ss.
- HERNÁNDEZ CANELO 2014: R. HERNÁNDEZ CANELO, *Derecho romano: historia e instituciones*, Lima, 2014.
- KASER 1971: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I². *Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht*, München, 1971.
- LACRUZ 2002: J.L. LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, I. *Parte general. Personas*, Madrid, 2002.

- LASARTE 2015: C. LASARTE, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, Madrid, 2015.
- LETE DEL RÍO 1996: J.M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1996.
- LLAMBÍAS 1975: J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, I, Buenos Aires, 1975.
- LOWE 1953: E.A. LOWE, *Codices Latini Antiquiores VI (France: Abbeville, Valenciennes)*, Oxford, 1953.
- MALICKI 1987: A. MALICKI, *El cadáver. Actos dispositivos*, in *Derecho civil parte general*, Buenos Aires, 1987.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2000: C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios al Código Civil*, II.1, Barcelona, 2000.
- MAURICE 1992: T. MAURICE, *Saint Ambroise de Milan*, in *Bulletin de l'Association Guillaume Budé: Lettres d'humanité*, LI, 1992, 367 ss.
- MCGINN 2017: T.A.J. MCGINN, *Noxal Surrender and the Paternal Power of Life and Death in the Autun Fragments*, in *Index*, XLII, 2017, 220 ss.
- MENDOZA 2013: M. MENDOZA, *Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas*, in *Foro Jurídico*, XII, 51 ss.
- MITTEIS 1891: L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, 444 ss.
- NAVARRA 2016: M. NAVARRA, *La 'poena' del carcere per debiti in Ambrogio di Milano*, in *Diritto e processo, Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia*, 2016, 81 ss.
- PALANQUE 1993: J.R. PALANQUE, *Saint Ambroise et l'Empire romain, Contribution à l'histoire des rapports de l'Église et de l'État à la fin du quatrième siècle*, Paris, 1933.
- PARICIO - FERNÁNDEZ BARREIRO 2021: J. PARICIO - A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid, 2021.
- PURPURA 2009: G. PURPURA, *La 'sorte' del debitore oltre la morte. 'Nihil inter mortem distat et sortem' (Ambrogio, 'De Tobia' X, 36-37)*, in *IAH*, I, 2009, 41 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍN 1998: J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *'Fragmenta Augustodunensia'*, Madrid, 1998.
- SOLÁ 1968: R. SOLÁ, *¿Es crimen el trasplante de corazones?*, in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, XXXVII, 1968, 167 ss.
- SORDO 2017: J.E. SORDO, *¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver?*, Valencia, 2017.
- TALAMANCA 1990: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TOBIÁS 2009: J.W. TOBIÁS, *Derechos de las personas. Instituciones de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, 2009.
- TRUJILLO 2020: R. TRUJILLO, *Prohibición de retención de pacientes o cadáver en centros de salud por deudas en la república dominicana*, Barahona, 2020.

- VARSÍ 2019: E. VARSÍ, *Los actos de libre disposición del cuerpo humano*, in *Acta Bioethica*, XXV.2, 2019, 9 ss.
- VERDERA 2019: R. VERDERA, *Lecciones de derecho civil. Derecho civil, I²*, Valencia, 2019.
- VISMARA 1987: G. VISMARA, *Ancora sulla 'episcopalis audientia'. Ambrogio arbitro o giudice?*, in *SDHI*, LIII, 1987, 53 ss.

HENRIK-RIKO HELD

RES SACRAE
IN ROMANO-CANONICAL LEGAL TRADITION.
VICISSITUDES OF A ROMAN LEGAL CONCEPT
IN CANON LAW AND CONTEMPORARY LEGAL SYSTEMS

1. *Introduction.* – The term *res sacrae* in Roman law in its developed form denotes a category of objects to which particular rules apply due to their association with sacredness. The category of *res sacrae* thus forms part of the well-known classification of *res extra commercium*, or objects exempted from regular commerce¹. In basic terms, the issue is in the manner in which an object becomes a *res sacra* and in the particular rules regarding its administration and regulation of its special position in the legal system, *i.e.* the restriction or outright prohibition of it being subject to a legal transaction or regular means of acquiring ownership. These matters have been recently extensively dealt with in literature².

However, both terminologically and conceptually the importance of *res sacrae* stretches beyond the confines of the Roman law proper. The concept is relevant historically and contemporarily in canon law³. Roman and canonical concept of *res sacrae* had such an influence throughout history that protection and special regulation thereof became a well-known and widely accepted principle in contemporary legal systems⁴. Thus a concept stemming from Romano-

¹ KASER 1971, 377 f.; KASER 1975, 243.

² RAMON 2017; RAMON 2016.

³ KRAMIS 1963; more in the following analysis.

⁴ More in further text.

canonical legal tradition has permeated contemporary legal systems and exists both in legislation and in legal discourse.

Essentially, the main issue in this context is the establishment, control, administration and termination of an object being sacred throughout history. This problem has been analysed in the context of Roman law⁵, regarding the clash and eventual amalgamation of corresponding pagan and Christian concepts in the first centuries of Christianity⁶, regarding differences between the pagan and Christian concept of *res sacrae*⁷ and finally in the context of the shift in the Roman imperial legislation from addressing pagan to addressing Christian worship in the context of *res sacrae*, along with certain changes of the pertinent regulation⁸.

The aim of this paper is to analyse Roman legal concept of *res sacrae* particularly from the perspective of canon law throughout different phases of its history. In that way the analysis may help to determine in which measure did the original Roman concept of *res sacrae* influence the corresponding canonical concept, and the other way around, or in which measure did the Christian and canonical concept of a sacred object influence the Roman template, albeit while being subsumed under it terminologically and retaining a similar regulatory framework. Finally, the analysis addresses the general influence of such an amalgamated concept of *res sacrae* from the Romano-canonical legal tradition in contemporary context. In that way the analysis deals with the vicissitudes of *res sacrae* which have shifted both from the ancient Roman pagan religion to Christianity and Catholicism, and from Roman law to contemporary legal systems.

2. '*Res sacrae*' in Roman law. *An outline.* – The notion that an object might be sacred (*sacer*), with the accompanying consequences in the religious and legal sphere, stems from the more ancient periods of Roman law. According to the extant sources, the earliest known reference to it is found in an inscription on the so-called *Lapis niger*

⁵ LATTE 1960, 38 f., 199 ff.; KASER 1971, 377 ff.; RIVES 2012.

⁶ RÜPKE 2014; ANDO 2008; ANDO - RÜPKE 2006; ANDO 2003.

⁷ GAUDEMET 1971.

⁸ RAMON 2017, 94 ff.

found under the *Forum* in Rome. The inscription stems approximately from the 6th century BC, and it mentions an adjective *sakros*⁹. The context and the exact meaning are not entirely clear, but it seems that the inscription stated how a violator of that sacred place would be made *sakros* (which in later Latin became *sacer*)¹⁰. That means that this transgressor would be dedicated or forfeited to the gods, in a sense that he will no longer be considered a member of the community, under the protection of human society and legal order, and that therefore anyone could kill him without punishment¹¹. It could be said that this inscription establishes a dual meaning of the term *sakros*. One denotes a general connection of an object with the divine, and the other a person's forfeiture to gods and disconnection from fellow citizens and the protection contained therein because of a transgression against the said object¹². In any event, the same meaning of the term *sacer* can be found in the famous *leges regiae* and in the *lex duodecim tabularum*¹³.

Apparently, the term *sacer* originally had a meaning of general sacredness, or a connection with divine matters, without reference to a type of sacredness or different means of acquiring that status¹⁴. It seems that around the time of the Roman Republic, most likely in its late period, the term *sacer* obtained the specific meaning of an object to which the quality of sacredness was attributed by the proper authority¹⁵. It has been convincingly argued that the categories of *sacer* and *sanctus*, both having the same root **sak-*, after first having a general association with the divine, were in time appropriated by the elite and put under their control as a means of controlling the category of the sacred. The term *religiosus* thus became a sort of residual category for objects which were generally considered as sacred in a sense, but without the sanction of a proper authority (for example a grave or a place struck by lightning - *fulguritum*). This is said to be a

⁹ BEEK 2012, 17 ff.; RIVES 2012, 177 ff. and nt. 39; MALENICA 2014, 8.

¹⁰ The complete text of the inscription, with the accompanying interpretation, may be found in BEEK 2012, 19 ff.

¹¹ WESSNER 1920, 1627 f.; RAMON 2017, 44 ff.; KASER 1948, 48 f.

¹² LATTE 1960, 38 f.; MALENICA 2014, 8.

¹³ BEEK 2012, 26 ff.

¹⁴ RIVES 2012, 179; MALENICA 2014, 8.

¹⁵ RIVES 2012, 169, 176.

basis for the tripartition of the *res extra commercium divini iuris* on *res sacrae, religiosae* and *sanctae*¹⁶.

In any case, this division was taken over to the imperial period. It is most famously defined by Gaius in his *Institutiones*, Gai 2.3-8¹⁷. According to this definition, *res sacrae* are objects consecrated to the *dii superi*, or celestial gods, and the consecration had to be done under the authority of the Roman people (such as a *lex* or a *senatus consultum* passed to that effect)¹⁸. Specifically, a consecration would involve both a Roman magistrate and a priest; the latter would recite the required formulas and the former would then pronounce the consecration, both would subsequently touch the object of consecration¹⁹. In the imperial period the authority to consecrate a public place (*locus publicus*) or to permit a consecration thereof passed to the emperor²⁰. Examples of *res sacrae* include temples, land with sacral purposes, columns, altars, utensils used for worship in temples etc.²¹. Such objects were *extra commercium*, or exempted from commerce, which means that they could not be subject to a transaction or acquired in ownership. They were, to use Gaius' term, *nullius in bonis*, or in nobody's property²². Specific praetorian interdict was provided as a protection against a violation of a *locus sacer*²³. When a building has been made a *res sacra*, even if it were destroyed, the place on which it was built would still remain sacred²⁴. If a place was taken over by the enemy it would cease to be a *res sacra*, similarly as a free man would become a slave by capture. However, if such a place were freed from the enemy, its prior sacred status would be restored²⁵.

¹⁶ RIVES 2012, 177 ff.

¹⁷ Cf. Marc. 3 *inst.* D. 1.8.6.2-5; cf. Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.4.

¹⁸ *Res religiosae* are objects which have been made such by an act of a private person, such as a burial of a human corpse on your own land, while *res sanctae* belong to *res divini iuris* 'in a manner' (*quodam modo*), and only examples are named – walls and gates of a city (KASER 1971, 377 ff.; GUARINO 2001, 325 f.; JÖRS - KUNKEL - WENGER 1987, 84).

¹⁹ LATTE 1960, 200 f.; RIVES 2012, 170; WATSON 1992, 55 f.

²⁰ Ulp. 48 *ad ed.* D. 1.8.9.1.

²¹ KASER 1971, 378; JÖRS - KUNKEL - WENGER 1987, 84; RAMON 2017, 18 ff.; RAMON 2016.

²² Gai 2.9.

²³ D. 43.6; Gai 4.159; cf. RIVES 2012, 174.

²⁴ Marc. 3 *inst.* D. 1.8.6.3 (RAMON 2016, 251).

²⁵ Pomp. 26 *ad Q. Muc.* D. 11.7.36; cf. RIVES 2012, 167 f.; WATSON 1992, 57; RAMON 2017, 72 ff.

In Justinian's law the tripartition of *res divini iuris* was retained, along with the category of *res sacrae*²⁶. However, already in late post-classical period preceding the Justinian's codification it was established that the authority to consecrate does not belong to Roman people or the secular government any more, but exclusively to the Church²⁷. *Res sacrae* were still in principle exempted from regular legal commerce, since they could not be alienated or pledged, except if the proceeds of the transaction were to be used for the redemption of captives²⁸. It could be said that the main changes in this field were caused by the influence of Christianity, while in other respects, generally speaking, rules for *res sacrae* in the legal system maintained the same arrangement as previously explained²⁹. This was in short the system of *res sacrae* in Roman law, which was a basis for further development of their conceptual and legal formulation in Roman legal tradition.

3. *Sacred objects and 'res sacrae' in canon law.* – The aim of this part is to offer an analysis of the legal development of the concept of sacred objects, which in time became *res sacrae* and thus attained a terminological and conceptual link with Roman law, exclusively from the perspective of canon law. In this sense the focus of the analysis is not on the previously mentioned influence of Christianity on the Roman system of *res sacrae*, which may be explained as an application of definitions originally created for pagan objects on ecclesiastical property³⁰. Rather, objective is to try to trace the original canonical legal concept of sacred objects, notwithstanding that it may have been in different periods under a certain degree of influence of Roman law or civilian doctrine and legislation. Of course, in a methodological sense, a strict separation between civilian and canonical historical legal development may not be possible, as they overlapped and mutually influenced one another in numerous areas³¹. However, the outlined approach may still help in clarifying different degrees of influences on the creation of

²⁶ I. 2.1.

²⁷ I. 2.1 (*pontifices*); Leo A. Viviano pp. C. 1.3.26 (a. 459) (*episcopi*).

²⁸ *Iust. A. Demostheni* pp. C. 1.2.21.2 (a. 529).

²⁹ KASER 1975, 243 f.; RAMON 2017, 94 ff.

³⁰ Cf. FARAG 2021, 11.

³¹ Cf. MUSSELLI 2007, 10.

the concept of *res sacrae* in Romano-canonical legal tradition, which in turn influenced contemporary legal systems.

In the history of canon law there are different ways of periodisation of its development³². The division assumed in this part roughly tries to establish three periods according to the subject matter. Therefore, the first part deals with the period before the *Decretum Gratiani*, in which a fragmentary and casuistic approach to legal matters existed. *Decretum Gratiani* and other canonical collections in which rules for *res sacrae* were relatively systematised and fixed, are treated separately. Finally, *res sacrae* in canonical codifications are analysed last.

3.1. *Early canon law (prior to 'Decretum Gratiani')*. – Strictly speaking, there was no particular legal system of the Church, and thus no canon law, previously to the 2nd century, since the small but burgeoning Christian community in that period relied almost exclusively on the Holy Scripture³³. In the following period there is a rise in doctrinal, liturgical and disciplinary regulations³⁴. Afterwards, a very important source are council decisions, where gatherings of Church officials on a universal, regional or local level delivered legislation on particular important issues³⁵. Although there were other sources of canon law in this period³⁶, council decisions, as it will be seen, form the backbone of the regulation regarding sacred objects.

Before the analysis of the sources, several contextual remarks are in order. In legal matters as well as in other areas, the context from which the Church emerged and in which she operated in this period was manifold, the most important elements of which may be Judaism and Latin culture (Hellenistic in the East)³⁷. Therefore, an overall sense of sacredness in Christianity obviously had to have a significant link with Judaism, in which the temple was considered a sacred ob-

³² MUSSELLI 2007, 8 ff., 17 ff.; ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 1 ff.; GAUDEMET 1991, 9 ff.

³³ Cf. GAUDEMET 1991, 9 f.

³⁴ ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 4 f.; GAUDEMET 1991, 10; MUSSELLI 2007, 21 f.

³⁵ ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 5; GAUDEMET 1991, 10; MUSSELLI 2007, 25 f.; MACMULLEN 2006, 7; FARAG 2021, 13.

³⁶ ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 6; GAUDEMET 1991, 10; MUSSELLI 2007, 26 ff.

³⁷ Cf. ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 4; GAUDEMET 1991, 9.

ject of sorts, as well as any object that housed the Torah, the Word of God, alongside sacred vessels used in liturgy³⁸. In further development Christian religious idiosyncrasies influenced the canonical concept of sacred objects. Most important in that sense may be Eucharistic theology according to which the Word of God became flesh and is present in the accidents of bread and wine during the Eucharist, as well as in the sacred vessels and tabernacles in churches³⁹.

The Latin influence obviously included Roman law, however, originally there was an emphatic aversion towards Roman law alongside other manifestations of the pagan Roman Empire⁴⁰. This began to change with Christianity becoming first *religio licita* in 313 and then the official religion of the Empire in 380 AD, and it could be said that from then onwards the influence of Roman law on the Church and her law generally rose⁴¹. However, as it will be seen, influence of Roman law in the relevant area in this whole period was still meagre.

Finally, canon law (especially council decisions) was in this period in a significant part dependent on internal dogmatical strifes in the Church and suppression of heresies on the one hand, and the external struggle with secular powers on the other. In that sense individual rules were often an answer to particular problems⁴². Therefore, it is perhaps not possible to reconstruct a complete and dogmatically defined concept of sacred objects in this period (nor is it definite that such a concept existed).

The sources which may help in delineating the concept of sacred objects in early canon law deal with various matters. As early as ca. 340 AD was contempt of churches punishable by anathema, and around 363 AD it was expressly forbidden to hold so-called *agape*

³⁸ More about the concept of sacredness and holiness in Judaism in SHAPIRO 1965. Sacred objects in Jewish law of property are called *hekdesh* (more about Jewish law of property in WEBBER 1928).

³⁹ More on Eucharistic theology generally in FEINGOLD 2018, and particularly regarding the Eucharist in early Christianity CARDÓ 2019; MAZZA 1999.

⁴⁰ This Christian sentiment is very aptly expressed in the words of Saint Jerome (ca. 347-420 AD): *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi: aliud Papinianus aliud Paulus noster praecipit* (One thing are Cesar's laws, another Christ's: one thing commands Papinian, another our Paul) (Hier. *epist.* 77.3; JACOBS 2006).

⁴¹ ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 5; GAUDEMET 1991, 11; MUSSELLI 2007, 25.

⁴² Cf. ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 7 f.; FARAG 2021, 15, 42.

feasts in churches, or eat and put couches there⁴³. This indicates a particular protection of the churches, reinforcing their apartness and sacredness. Further on, as early as 353 AD there is indication that the practice of consecrating churches was already well spread. Athanasius, the bishop of Alexandria, celebrated the Eucharist on Easter that year in a church that was not yet completed and consecrated. This caused a great controversy, reaching even the emperor, Constantius II, with whom the authority to consecrate churches formally rested⁴⁴. In 441 AD a rule was established according to which the right to consecrate a church belongs to the bishop of a diocese, and not to any other bishop, even if he was the founder of the church⁴⁵. According to a canon from 451 AD, once consecrated monasteries could not have been reverted back to secular use⁴⁶. In the 9th century, more precisely 858 AD, the rule was expressly established according to which no Mass could be celebrated for any reason whatsoever in buildings not consecrated by the bishop⁴⁷.

Although there are indications that altars were consecrated already near the end of the 4th century AD, clear rule to that effect can be traced to 506 AD⁴⁸. The altars had to be consecrated (the exact term used is *sacrari*) with the anointing of chrism and with the blessing of a priest⁴⁹. Objects used in liturgy, especially those closely associated with the Eucharist such as sacred vessels and vestments, were also particularly protected and held in high regard as sacred objects. For example, a canon from the 4th century prohibited a subdeacon to

⁴³ Council of Laodicea, Canon 28 (HEFELE 1896, 315); Council of Gangra, Anathema V (JOANNOU 1962, 91).

⁴⁴ Athanasius defended himself by claiming that his celebration of Eucharist did not amount to consecration, but was only a sort of purification of the place as a preparation for the future consecration which should be done under the authority of the emperor in his function of *pontifex maximus* (Athanasius, *Apologia ad Constantium*, 18 [SCHAFF - WACE 1892]). Emperor's authority regarding the consecration of churches (temples) is a feature of Roman law mentioned earlier (it replaced the authority of magistrates), which perhaps may be considered a pagan atavism which entered Christianity when the ruling elite embraced the religion (FARAG 2021, 11, ntt. 1, 2; KRAMIS 1963, 6).

⁴⁵ Council of Orange (Arausicum), Canon 10 (HEFELE 1883, 161).

⁴⁶ Council of Chalcedon, Canon 24 (HEFELE 1883, 408).

⁴⁷ *Capitula Herardi, archiepiscopi Turonensis*, Canon 34; MIGNE 1832, 766.

⁴⁸ KRAMIS 1963, 7 f.

⁴⁹ Council of Agde (Agatha), Canon 14 (MANSI 1762, 327).

touch *vasa sacra*, and he was not allowed to wear a stole⁵⁰. In the so-called *Canones Apostolorum* it is stated that gold and silver vessels and linen dedicated for sacred use (Latin translation from the Greek original reads *sanctis usibus dicatum*) should not be used for private ends under the threat of a penalty⁵¹. According to a canon from 527 AD, *vasa sacra* had to be kept in church and were supposed to be preserved by the archpriest⁵².

Certain miscellaneous objects associated with Christian liturgy and worship also had a sacred status of sorts. For example, in 400 AD a canon declared that only a bishop could consecrate (the exact Latin verb used was *confacio*) holy chrism, and that only deacons and subdeacons could carry it⁵³. In 393 AD it was decreed that the catechumens should not receive anything consecrated (*sacramentum*) besides the customary salt⁵⁴.

Cemeteries were also considered sacred and, interestingly, there was no distinction analogous to the Roman differentiation between *res sacrae* and *res religiosae* to which graves belonged. In early Christian catacombs inscriptions were found which indicate that burial grounds therein were considered a *locus sacer* or *sanctus et religiosus locus*⁵⁵. From the 6th century stems a clear indication that cemeteries had to be consecrated by a priest (*sacerdotali benedictione sacratus*)⁵⁶.

Finally, certain objects seem to have possessed the characteristic of sacredness by themselves, without a particular consecration or dedication having been undertaken. To this category belong sacred images (depictions of Christ, Virgin Mary etc.), which were, amongst

⁵⁰ Council of Laodicea, Canons 21 and 22 (MANSI 1759a, 568).

⁵¹ *Canones Apostolorum*, Canon 73 (Greek and Latin text were consulted from a publication from 1856, which is without an indication of an editor or the place of publication – *The Canons of the Holy Apostles*). *Canones Apostolorum* are usually traced back to the 5th and 6th century, but this particular rule seems to be even older, going back perhaps even to the second half of the third century (HEFELE 1872, 487).

⁵² Council of Dvin, Armenia, Canon 15 (HEFELE 1908, 1079).

⁵³ Council of Toledo, Canon 20 (MANSI 1759b, 1002). Cf. HEFELE 1896, 421; KRAMIS 1963, 16.

⁵⁴ Council of Hippo, Canon 3 (MANSI 1759b, 919). Cf. HEFELE 1896, 397; KRAMIS 1963, 15.

⁵⁵ KRAMIS 1963, 8.

⁵⁶ Gregory of Tours, *Liber in Gloria Confessorum*, c. 104 (WAITZ 1885, 815); cf. KRAMIS 1963, 9.

lively iconoclastic debates and conflicts of the time, in the 8th century explicitly defined by pope Gregory II as something *sanctum*⁵⁷. Relics of the saints, also, must have had a certain sacred status, since from the 8th century at least it was necessary to include a relic in a consecration of a church⁵⁸.

All things considered, in this period the concept of a sacred object definitely did exist in canon law. It was perhaps unspecific in nature, and designated an overall association with the transcendental elements of Christianity. Consequently, churches and altars were sacred as they were places where the Eucharist took place, and sacred vessels and vestments had the same quality since they were used in liturgy. Other sacred objects (holy chrism, salt, sacred images, relics, cemeteries) also had a certain connection with the liturgy and divine matters. Certain objects acquired the sacredness through means of a particular procedure – a consecration (most importantly churches and the altars), and others were considered sacred by themselves. Sacred objects enjoyed particular protection, and this status entailed restrictions regarding their administration and alienation. There are indications that the status of sacredness, once acquired, was in principle perpetual.

The concept of a sacred object in early canon law was by all accounts derived from the theological context of Christianity and sociological and political circumstances in which Church operated. The only apparent association with Roman law may be the issue of the competent authority for the consecration of churches. The Latin language was used generally and therefore also to denote sacred objects, but not in a technical legal sense. Different terms for sacredness (*sacer, sanctus, religiosus*) were used indiscriminately, while Roman legal term *res sacrae* is not to be found in the canon law of this period.

3.2. From 'Decretum Gratiani' to the first codification (12th-20th century). – Creation of *Decretum Gratiani* or *Concordantia discordantium canonum* in ca. 1140 AD may be considered the beginning of

⁵⁷ Council of Nicaea, *Epistola Gregorii sanctissimi* (MANSI 1767, 94 ff., especially 98: *Omne namque opus quod in nomine Domini sit, pretiosum et sanctum est*). More about the iconoclastic struggles in KRAMIS 1963, 9 ff.

⁵⁸ Council of Nicaea, Canon 7 (MANSI 1767, 751); cf. KRAMIS 1963, 16.

the classical period or the golden age of canon law⁵⁹. It was a work which systematised the existing large body of disarrayed sources of canon law and became its cornerstone for centuries to come. Decretists and decretalists formed the canon law in the following period⁶⁰, before the rise of canonical collections. These include *Liber Extra* of Gregory IX (1234), *Liber Sextus* of Boniface VIII (1298) and *Constitutiones Clementiae* of Clement V (1317). These official papal collections, alongside two private collections (*Extravagantes Johannis XXII* from 1325 and *Extravagantes communes* from 1500) formed the *Corpus iuris canonici*, which was the official source of canon law up until its first codification in the 20th century⁶¹. After the Council of Trent in the 16th century legislative activity of the Church was concentrated in the passing of individual papal *bullae* and *breves* (apostolic constitutions, encyclicals, *motus proprii* etc.)⁶². In addition, all of those sources were extensively commented in doctrine by numerous canonists throughout the centuries⁶³. Generally, from the beginning of this period canon law is increasingly influenced by Roman law as commented and taught at the universities and applied on secular courts⁶⁴.

Within this framework, various references to sacred objects and *res sacrae* can be found. To begin with, the whole third part of the *Decretum Gratiani* deals with the consecration (*Decreti pars tertia de consecratione*, hereinafter: *de cons.*)⁶⁵. Altars, sacred vessels, vestments and all the various utensils used in worship had to be consecrated by a bishop⁶⁶. The consecration of a church could be done only with the permission of the pope⁶⁷. Also, permission from the local bishop be-

⁵⁹ See WINROTH 2004; cf. HARTMANN - PENNINGTON 2008; BRUNDAGE 1995, 44 ff.

⁶⁰ ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 9; MUSSELLI 2007, 43 ff.

⁶¹ More in PENNINGTON 2012, 757 ff.

⁶² GAUDEMET 1991, 16; MUSSELLI 2007, 69 ff.

⁶³ MUSSELLI 2007, 55 ff., 59, 75 ff.

⁶⁴ For an analysis of the influence of Roman law on *Decretum Gratiani* see WINROTH 2004, 146 ff. and in further periods DĘBIŃSKI 2010, 65 ff. Generally about the sometimes varying in degree but generally present influence of Roman law on canon law, aptly expressed by the famous adage *Ecclesia vivit lege romana*, in ROBLEDA 1971; FÜRST 1975.

⁶⁵ This part is said to have been added later on by someone other than Gratian, and was apparently not part of the original *Decretum* (WINROTH 2004, 7, 12).

⁶⁶ *De cons.*, D. I, c. 2.

⁶⁷ *De cons.*, D. I, c. 3-5.

fore the building of a church was needed⁶⁸. Mass could be celebrated only in consecrated places (*in locis sacratis*)⁶⁹. Church once consecrated retained that status, but certain acts done therein (such as the spilling of blood) caused the need for a reconsecration⁷⁰. This was also needed if there was doubt as to whether a consecration did or did not take place⁷¹. Monasteries once consecrated could not be reverted back to secular use⁷². Altars were consecrated with the holy chrism and a blessing of a priest⁷³. Timber as part of construction of a consecrated church, once removed from that church could not be reverted back to secular use, but had to be used for another church or monastery or else burned in fire⁷⁴. Sacred vessels and vestments rendered unusable due to old age had to be burned and their ashes disposed properly⁷⁵. They were also not to be touched by anyone except ordained men (*sacratis hominibus*)⁷⁶. Holy chrism could be consecrated only by a bishop⁷⁷. Relics were initially considered *res sacrae*, but were in the 12th century redefined as *res spirituales* in the context of the problems associated with simony⁷⁸. Finally, in Gratian's Decretum there is the first explicit mention of *res sacrae* – it is stated that they could be sold only for the help of the poor and for the redemption of captives⁷⁹.

This arrangement was retained in further canon law, with the adding of emphasis on certain elements and an elaboration of various specific cases that arose in practice. *Liber Extra* of pope Gregory IX decreed that the Eucharist, holy chrism and various church furnishings (*suppelectilia*), among them many sacred objects, had to be kept under lock⁸⁰. Damaged altars had to be reconsecrated, and churches

⁶⁸ *De cons.*, D. I, c. 9.

⁶⁹ *De cons.*, D. I, c. 12, 14.

⁷⁰ *De cons.*, D. I, c. 20-24.

⁷¹ *De cons.*, D. I, c. 18.

⁷² C. 4, C. XIX, q. 3.

⁷³ *De cons.*, D. I, c. 32.

⁷⁴ *De cons.*, D. I, c. 38.

⁷⁵ *De cons.*, D. I, c. 39.

⁷⁶ *De cons.*, D. I, c. 41-42.

⁷⁷ *De cons.*, D. I, c. 124.

⁷⁸ PAZOS 2020, 24; KRAMIS 1963, 25, 29 f., 40 f.; BOIRON 2005.

⁷⁹ C. 70, C. XII, q. 2.

⁸⁰ *Liber Extra*, lib. III, tit. XLIV, cap. I-II.

or cemeteries in which an excommunicated person was buried had to be aspersed with the solemnly blessed water by a priest⁸¹. Vestments of a schismatic priest had to be blessed again, and altars where he held the Eucharist had to be reconsecrated⁸². *Regula iuris* 7 included in *Liber Extra* stated that any damage done to a sacred object (*in sacratis Deo rebus*) is a sacrilege⁸³. *Regula iuris* 51 from the *Liber Sextus* of pope Boniface VIII explicitly instituted the rule that anything once dedicated to God cannot be transferred back to human (secular) ends⁸⁴. Finally, *Liber Extra* also decreed that objects that could not be possessed by the laity (*spiritualia*) could also not be acquired by laity by means of prescription⁸⁵.

The doctrine of canon law accepted the established rules and elaborated on them both casuistically and systematically, bringing about more details as well as further systematisation in the regulation⁸⁶. Sacred objects in time increasingly assumed the technical designation of *res sacrae*. For example, the term can be found in the work of Augustinus Barbosa (1589-1649), *Iuris ecclesiastici universi libri tres*, lib. III, cap. II (*De vasis sacris, et vestibus, ac aliis rebus sacris in communi*)⁸⁷. The same author defines consecration as nothing other than dedication to God, thus equating terminologically consecration with dedication⁸⁸. Famous canonist Reiffenstuel (1642-1703) defined sacred objects as those dedicated to God by means of a consecration or a blessing⁸⁹. He numbers among them various movables such as sacred vessels and images, altars, vestments etc., alongside anything directly or indirectly used for divine cult, as well as *loca sacra* as places where sacred objects are kept (churches, chapels, oratories etc.)⁹⁰. Canonical legal doctrine seems to have accepted a definition of *res*

⁸¹ *Liber Extra*, lib. III, tit. XL, cap. I, VII.

⁸² *Liber Extra*, lib. I, tit. XVI, cap. I.

⁸³ *Liber Extra*, lib. V, tit. XLI, cap. VII.

⁸⁴ *Liber Sextus*, lib. V, tit. XIII, cap. LI.

⁸⁵ *Liber Extra*, lib. II, tit. XXVI, cap. VII.

⁸⁶ MUSSELLI 2007, 69 ff.

⁸⁷ BARBOSA 1660, 109.

⁸⁸ BARBOSA 1660, 114.

⁸⁹ *Jus canonicum universum, tomus sextus*, cap. II, reg. LI, 2 (REIFFENSTUEL 1742, 78).

⁹⁰ *Jus canonicum universum, tomus sextus*, cap. I, reg. VII, 3-4 (REIFFENSTUEL 1742, 10).

sacrae as objects having a general association with divine matters. Schmalzgrueber (1663-1735) was one of the few authors who took up the Roman tripartition on *res sacrae, religiosas* and *sanctae*⁹¹.

According to Reiffenstuel, a consecration could have influence on the issues of property. For example, if a bishop would unknowingly consecrate a chalice belonging to a lay person, he was forbidden to restore it, but had to keep it and reimburse the (previous) owner. The exception was provided if the lay person owned a private consecrated chapel where a Mass could be celebrated, because then the chalice could be put to use by the priests there⁹². On the other hand, if by chance Church lost ownership and a layman became the owner of a *res sacra*, it would retain its sacred status⁹³.

According to Barbosa, sacred objects not only could not be alienated by sale, it was also forbidden to make them an object of *pignus*, except in a case of utmost just necessity (*nisi iustissima necessitate urgente*)⁹⁴. Reiffenstuel maintained that chalices and other *vasa sacra* could be sold only in great necessity and for the redemption of captives⁹⁵.

Regarding prescription, Schmalzgrueber held that a layman could acquire a *res sacra* by those means only if it lost its sacred status⁹⁶. According to Reiffenstuel, clerics and other ecclesiastical persons, contrary to laymen, could acquire *res sacrae* by means of prescription⁹⁷. Contrary opinion was held by Santi (1830-1885), who held that sacred objects are excluded from prescription altogether⁹⁸. This was supported in earlier doctrine already by Maschat (1692-1747)⁹⁹.

⁹¹ *Jus ecclesiasticum universum, tomus secundus, pars II*, tit. XVI, n. 25-26 (SCHMALZGRUEBER 1844, 333 f.).

⁹² *Jus canonicum universum, tomus sextus*, cap. II, reg. LI, 7 (REIFFENSTUEL 1742, 79); cf. KRAMIS 1963, 41 f.

⁹³ KRAMIS 1963, 35 f.

⁹⁴ BARBOSA 1660, 113.

⁹⁵ *Jus canonicum universum, tomus sextus*, cap. II, reg. LI, 7-8 (REIFFENSTUEL 1742, 79).

⁹⁶ *Jus ecclesiasticum universum, tomus secundus, pars II*, tit. XVI, n. 25 (SCHMALZGRUEBER 1844, 333).

⁹⁷ *Jus canonicum universum, tomus secundus*, lib. II, tit. XXVI, n. 34 (REIFFENSTUEL 1832, 439).

⁹⁸ *Praelectiones juris canonici*, lib. II, tit. XXVI, n. 6 (SANTI 1898, 213).

⁹⁹ *Institutiones canonicae, pars I*, lib. II, tit. XXVI, n. 12 (MASCHAT 1757, 781); cf. KRAMIS 1963, 44, nt. 32.

3.3. *Codifications of Canon Law (1917, 1983 and 1990)*. – Due to various circumstances throughout the centuries, especially in the 19th century, a codification of canon law was deemed necessary and thus a *Codex Iuris Canonici* was passed in 1917 (CIC 1917)¹⁰⁰. Changes brought about by the Second Vatican Council necessitated a recodification, so a new *Codex* was delivered in 1983 (CIC)¹⁰¹. Additionally, in the recodification it was reasoned that the canons of the Eastern Catholic Churches should be codified separately, so a particular *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (CCEO) was created in 1990¹⁰². In those *codices* numerous aspects of the regulation on *res sacrae* as developed in previous centuries were finally systematised.

The first *Codex* had a whole section dedicated to *locis sacris*, or sacred places, which included consecration and blessing of churches¹⁰³. According to one provision, a church could not lose its consecration or blessing unless it was completely destroyed, or most part of its walls were destroyed, or it was reduced to secular use by the decision of the ordinary¹⁰⁴. However, such a decision by the ordinary was only possible if a church could not practically be used for divine cult any more, and is without any possibility of repair, while the new secular use could not be disreputable (*usus profanus non sordidus*)¹⁰⁵. Certain acts done in the church (such as murder) could violate its sacredness, thus necessitating a reconciliation before further use¹⁰⁶. Veneration of sacred images and relics was also regulated¹⁰⁷. Altars had to be consecrated before use, but they would lose this consecration if any significant damage or change of construction was done to it¹⁰⁸. Church bells also had to be consecrated or blessed¹⁰⁹. Sacred vessels (*sacra suppellex*) were defined as blessed or consecrated vessels designated for

¹⁰⁰ More in MUSSELLI 2007, 85 ff.; cf. GAUDEMET 1991, 16 ff.; ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 9 ff.

¹⁰¹ More in ARROBA CONDE - RIONDINO 2019, 11 ff. and MUSSELLI 2007, 101 ff.

¹⁰² More in MUSSELLI 2007, 115 ff.

¹⁰³ CIC 1917, cann. 1154 ff., 1165.

¹⁰⁴ CIC 1917, can. 1170.

¹⁰⁵ CIC 1917, can. 1187.

¹⁰⁶ CIC 1917, cann. 1172 ff.

¹⁰⁷ CIC 1917, cann. 1276 ff.

¹⁰⁸ However, a violation of an altar's sacredness (*exsecratio*) did not influence the sacred status of the church and vice versa (CIC 1917, cann. 1199 and 1200).

¹⁰⁹ CIC 1917, can. 1169/2.

cultic purposes according to liturgical laws and were regulated in detail as well¹¹⁰. They would lose the blessing or consecration if they were damaged or substantially disfigured, used indecorously or exposed for public sale¹¹¹. Cemeteries had to be blessed in order to be properly used¹¹². Generally, consecrated or blessed objects were to be treated with reverence and were not to be put to profane use, even if they were in private property¹¹³.

The term *res sacrae* is explicitly mentioned in several canons. Regarding prescription, it is stated that *res sacrae* in private property can be acquired by those means but still cannot be used for secular (profane) ends. Only when they lose consecration or blessing can they be put to a profane use, but never for disreputable ends¹¹⁴. *Res sacrae* which are Church property can only be acquired by another legal person of the Church by means of prescription¹¹⁵. It is not allowed to lend *res sacrae* for purposes which are contrary to their nature¹¹⁶. The term is also mentioned in a canon which prohibits taking into account the consecration or blessing of an object when assessing its price¹¹⁷. Finally, CIC 1917 contained very extensive regulation regarding sacrilege and general violation of sacred objects¹¹⁸.

The *Codex* from 1983 essentially retained this canonical regulation on *res sacrae* and sacred objects, adding certain changes or simplifying the rules¹¹⁹. It still contains traces of a differentiation between *loca sacra* and *res sacrae*¹²⁰. In the new *Codex* it is much easier to lose the sacred status than before. *Loca sacra* attain sacredness by means of dedication or blessing, and lose this status if they are in major part destroyed, or if they are permanently reduced to profane use

¹¹⁰ CIC 1917, cann. 1296 and ff.

¹¹¹ CIC 1917, can. 1305.

¹¹² CIC 1917, can. 1205.

¹¹³ CIC 1917, can. 1150.

¹¹⁴ CIC 1917, can. 1510/1.

¹¹⁵ CIC 1917, can. 1510/2.

¹¹⁶ CIC 1917, can. 1537.

¹¹⁷ CIC 1917, can. 1539.

¹¹⁸ CIC 1917, cann. 2325, 2326, 2328, 2329, 2345, 2346, 2347.

¹¹⁹ Generally on *res sacrae* in the *Codex* from 1983 in DE PAOLIS 2019, 56, as well as in the following references alongside pertinent canons.

¹²⁰ CIC, can. 397, 1205 ff. (CHIAPPETA 2011a, 396; CHIAPPETA 2011b, 481 ff.; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 533, 1425 ff.).

by decision of a local ordinary or in fact¹²¹. Altars can lose their sacred status the same way; however, if a church or a sacred place is reduced to profane use, this fact by itself does not lead to a loss of dedication or blessing of an altar¹²².

In a canon mandating reverent use of *res sacrae* and prohibiting profane or inappropriate use even when they are in private property, there is an implied definition of *res sacrae*. They are defined as objects designated for divine cult by means of dedication or blessing¹²³. Contrary to the previous *Codex*, there is no explicit rule regarding the loss of a consecration or a blessing of a sacred vessel¹²⁴. Veneration of sacred images and relics is again particularly addressed¹²⁵. Sacred objects (*bona sacra*) should be preserved and kept securely¹²⁶. There are detailed rules regarding restrictions of the alienation of Church property, which would sometimes affect certain *res sacrae*¹²⁷. Rules restricting prescription on *res sacrae*, again mentioned explicitly in this instance, can also be found¹²⁸. Finally, sacrilege and general violation of *res sacrae* are in the new codification regulated in a single canon¹²⁹.

CCEO has much fewer references to *res sacrae*. It also contains a reference to *res sacrae* and *loca sacra*¹³⁰. *Res sacrae* are again implicitly defined as objects dedicated or blessed for the divine cult in a canon restricting prescription of ownership on them¹³¹. Profanation of *res sacrae* (mentioned explicitly) is also a punishable offense¹³².

¹²¹ CIC, can. 1212 (CHIAPPETA 2011b, 486; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1428).

¹²² CIC, can. 1238 (CHIAPPETA 2011b, 512; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1439 f.).

¹²³ CIC, can. 1171 (CHIAPPETA 2011b, 451 f.; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1404 f.).

¹²⁴ Cf. KLAPPERT 2016, 862.

¹²⁵ CIC, cann. 1186 ff. (CHIAPPETA 2011b, 467 ff.; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1413 ff.).

¹²⁶ CIC, can. 1220/2 (CHIAPPETA 2011b, 493; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1431).

¹²⁷ CIC, cann. 1291 ff. (CHIAPPETA 2011b, 590 ff.; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1493 ff.).

¹²⁸ CIC, can. 1269 (CHIAPPETA 2011b, 546 f.; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1471).

¹²⁹ CIC, can. 1376 (CHIAPPETA 2011b, 710; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1585).

¹³⁰ CCEO, can. 205/2.

¹³¹ CCEO, can. 1018.

¹³² CCEO, can. 1441.

4. *'Res sacrae' from Romano-canonical legal tradition in contemporary context.* – The concept of *res sacrae* from Romano-canonical legal tradition made a decisive impact in various ways in numerous contemporary legal systems. Comprehensive analysis would require much more space and would need to be separately addressed. The aim of this part is to provide only an overview, or an insight into several ways in which this influence is most strongly manifested. First, in several contemporary legal systems the term *res sacrae* is explicitly employed to denote sacred objects, the legal status of which is essentially determined by the canonical regulation. Second, historically many canonical *res sacrae* attained the status of cultural goods, by which they acquired another level of protection, both on a national and international level. Finally, in a case study of Croatian law, an example is given in which canonical status of *res sacrae* entails legal consequences beyond those already present traditionally.

4.1. *'Res sacrae' in contemporary national legal systems.* – The term *res sacrae* may be employed in contemporary legal context in a general sense, denoting objects defined as sacred or intended for religious purposes by any given religious organisation, and thus attaining particular legal status (which may or may not be recognised by the state)¹³³. However, the term is most often used to denote sacred objects from Christian religious communities generally, or Catholic Church specifically, in the secular legal systems. In the latter case, the issue of canonical regulation thereof naturally becomes important. For example, in art. 831, second comma, cod. civ. (Italian Civil code), it is stated that buildings designated for public exercise of catholic worship cannot lose this function not even if they are alienated, unless this was done according to respective applicable legal norms. In other words, only if a church loses its consecration or blessing according to canon law can the building be relegated to a different use¹³⁴. Accordingly, in one case from 2018, the problem was the removal of iron and glass structure installed in a church building of San Paolo Converso in Milan. The church was not used for public worship since 1808, and was used as an architectural studio. It was decided that the

¹³³ For example, in TSIVOLAS 2014, 105 ff.

¹³⁴ More in ROVERSI MONACO 2019, 353 ff.

structure had to be removed, since there was no canonical decision which reduced the church to profane use¹³⁵.

Similarly, German constitutional law imparts public legal status on certain religious organisations, among them Catholic Church¹³⁶. Consequently, the state in principle cannot change the status of a *res sacra*. This is possible only when *res sacrae* need to be repurposed in public interest (for example, when an old church or a graveyard has to be demolished or removed to protect public health and safety, build a road etc.). However, this cannot be done by a simple decision of a court as in other cases, but an administrative act (*Verwaltungsakt*) is required beforehand¹³⁷. The matters in which *res sacrae* are particularly protected in this way range from seemingly trivial to potentially economically significant. For example, if church bells are used for liturgical uses and neighbours deem them to be too loud, an injunction cannot be issued simply by a court as in other cases of noise emissions¹³⁸. In one case, the problem was a chapel built alongside a house, used as a sacristy for a neighbouring church of St. Peter. All of the three buildings were damaged in WW2, and the house with the chapel was acquired and repaired by a private owner afterwards. However, the chapel was continued to be used as a sacristy by the church. Although the church offered to reimburse the cost of repair, the owner of the house brought the issue before the court, requesting the chapel to be transferred to him. The court denied the request, arguing that the chapel did not lose its status of *res sacra* according to canon law (this fact was known to the owner), and thus he had to tolerate the continued sacred use of a chapel as a limitation of his ownership¹³⁹. This limitation or a burden on ownership is considered to be a sort of public legal servitude (*servitus, Dienstbarkeit*)¹⁴⁰.

In both mentioned jurisdictions there is a reference to *res sacrae* as defined by canon law. However, in at least one example of contemporary legal relevance *res sacrae* of Roman law are directly referenced.

¹³⁵ ROVERSI MONACO 2019, 359, with further references.

¹³⁶ The basis for this is a provision of the Weimar Constitution (art. 137, par. 5), still applicable today (more in PULTE 2016, 144 ff.).

¹³⁷ KLAPPERT 2016, 863.

¹³⁸ SCHLINK 1987, 639 f.

¹³⁹ SCHLINK 1987, 638.

¹⁴⁰ KLAPPERT 2016, 863.

In Scotland a problem arose regarding the legal status of graves and graveyards. Previously to Reformation in Scotland, graveyards were blessed as per canon law, thus attaining the status of a sacred object, violation of which constituted a crime. After the Reformation, of course, canon law of the Catholic Church was no longer applied. Therefore, the graveyards were accordingly not blessed, and seemingly lost the sacred status. However, the doctrine took the view that graves were still *res religiosas* as per Roman law, due to the sheer fact that they were burial places¹⁴¹. This is one example of an application of the Roman trichotomy of *res sacrae*, *religiosae* and *sanctae* in contemporary context, in which canonically broadly defined and all-encompassing concept of *res sacrae* seems to be bypassed. Of course, this is a consequence of the fact that Roman law is a contemporary source of law in Scotland¹⁴².

4.2. *'Res sacrae' and cultural goods.* – *Res sacrae* of the Catholic Church, particularly when they are older and culturally or aesthetically significant, can sometimes attain the status of cultural goods, thus acquiring another level of protection, be it on a national or international level¹⁴³. This is particularly important in countries which were historically marked by a strong presence of the Catholic Church¹⁴⁴. In this sense a particular object (for example, a church, an altar, a sacred vessel or a painting) may be protected by canon law within the Church, by the secular law of a state which recognises relevance of the canon law in this context, and by the secular law – national or international – which protects this object as a cultural good.

¹⁴¹ BROWN 2018, 356 ff.

¹⁴² GORDON 1995.

¹⁴³ On an international level, there are numerous conventions of importance, such as the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (<https://en.unesco.org/protecting-heritage/convention-and-protocols/1954-convention>), the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (<https://en.unesco.org/fightrafficking/1970>), the 1972 UNESCO Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>), the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (<https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/>) etc. Legal problems regarding religious cultural heritage in Europe are extensively treated in TSIVOLAS 2014.

¹⁴⁴ For example in Italy (more about this in ROVERSI MONACO 2019).

However, protection of cultural goods within the Church has been recognised by the canon law itself. They are explicitly mentioned in can. 1283/2, whereby administrators of ecclesial property are obliged to make an inventory of cultural goods, among other objects, before they begin their function¹⁴⁵. Further canons detail rules for the administration and protection of cultural goods in the Church¹⁴⁶.

Besides that, one canon prescribes permission of the Holy See before artistically or historically precious objects (some of which may be classified as cultural goods) are alienated¹⁴⁷, and this category will oftentimes include *res sacrae*. Actually, there are various canons throughout the CIC dealing with Church property that will have influence when said property is numbered among *res sacrae* as cultural goods¹⁴⁸. In order to coordinate these regulations and vast amount of cultural goods, a commission was founded in 1988 by pope Saint John Paul II, *Pontificia commissione per la conservazione del patrimonio storico e artistico della Chiesa*. This commission was integrated with the *Pontificio consiglio della cultura* by pope Benedict XVI in 2012¹⁴⁹.

Finally, pope Francis reformed the system in 2022 by establishing *Dicastero per la Cultura e l'Educazione* as an administrative unit of the *Roman Curia*, in which a section exists dedicated exclusively to the matters of culture and cultural goods (*Sezione per la Cultura*)¹⁵⁰.

4.3. *Canonical 'res sacrae' in Contemporary Civil Law. Case study of Croatia.* – There may be one additional way in which *res sacrae* from Romano-canonical tradition may be relevant in contemporary legal context. That is by means of concordatary law, or law governing international treaty law between the Holy See and sovereign states. To take a minor but an illustrative example of Croatian law, this may be realised by the *Treaty between the Holy See and the Republic of Croatia*

¹⁴⁵ CHIAPPETA 2011b, 576 ff.; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1484 ff.

¹⁴⁶ DIMODUGNO 2018, 9 ff.

¹⁴⁷ CIC, can. 1292/2 (CHIAPPETA 2011b, 593; BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000, 1499).

¹⁴⁸ An extensive list may be found in DIMODUGNO 2018, 11.

¹⁴⁹ DIMODUGNO 2018, 15 ff., 17 ff.

¹⁵⁰ This reform was introduced with the apostolic constitution *Praedicate Evangelium*. Tasks of the *Sezione per la Cultura* associated with cultural goods are defined in the article 155 (https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_constitutions/documents/20220319-constituzione-ap-praedicate-evangelium.html).

regarding legal matters from 1997 (hereinafter: Treaty)¹⁵¹. In art. 10 of the Treaty, it is stated that legal persons of the Church (*persone giuridiche ecclesiastiche*) can acquire or alienate objects in accordance with both canon law and Croatian law. With this, previously mentioned canonical regulation regarding the acquisition or alienation of Church property, including *res sacrae*, will be generally applied.

Most intriguing in this context may be rules regarding the prescription of *res sacrae*. In the already mentioned can. 1269 of CIC it is stated that private persons can acquire *res sacrae* by means of prescription only from another private person (profane use is prohibited regardless). However, if a *res sacra* belongs to a public legal person of the Church (such as a parish or a diocese), it can be acquired only by another such person. This will probably not be an issue when such an object is acquired by a legal person of the Church, since it is expected that in such circumstances canon law is respected.

Problems may arise if this canon is deemed to be applicable in situations when any other person outside the Church attempts to acquire ownership of a *res sacra* owned by a public legal person of the Church. This would be the case if the term *alienare* from art. 10 of the Treaty is interpreted to involve losing of ownership of the legal person of the Church to any other person¹⁵². In that way, this article would prescribe application of canon law, more precisely can. 1269 of CIC, when somebody tried to acquire a *res sacra* owned by a public legal person of the Church by means of prescription.

This argumentation rests on including prescription or *usucapio* as a type of *alienatio* or *alienazione*. In Roman law, for example, the term *alienatio* sometime did include *usucapio* or prescription by another person¹⁵³. Such an interpretation would mean that *res sacrae* owned by public legal persons of the Church could not at all be acquired by

¹⁵¹ This treaty is one of four which comprehensively cover all the relevant matters regarding the status of the Catholic Church in Croatia. Text of the treaties in both official languages (Italian and Croatian) may be found in BOZANIĆ - ETEROVIĆ 2001. The matters associated with concordatarian and canon law in Croatian legal system are comprehensively analysed in PETRAK - STANIČIĆ 2020 (language of the book is Croatian; book in English by the same authors dealing with the matter [*Religion and Law in Croatia*], to be published by Wolters Kluwer, is forthcoming).

¹⁵² More detailed argumentation may be found in HELD 2020.

¹⁵³ Paul. 21 *ad ed.* D. 50.16.2; Gai 2.65; Ven. 6 *interd.* D. 41.1.66. More about this issue in BRASIELLO 1964, BRASIELLO 1949, PUGLIATTI 1958.

means of prescription by any other person outside of the Church. This would definitely be a completely novel element of the canonical regulation on *res sacrae* entering a contemporary legal system.

5. *Conclusion.* – The concept of *res sacrae* in Romano-canonical legal tradition may be said to be a product of an amalgamation of Roman terminology and peculiarities of canonical regulation throughout history. When canon law is analysed separately, in fact, it becomes clear that its concept of sacredness is heavily dependent on religious idiosyncrasies of Christianity, specifically Catholicism. This sacredness revolves around basic religious tenets of Christianity, such as the belief in the presence of God in the Eucharist, and the fact that authority associated with sacred objects rests with clerical hierarchy.

Roman legal influence – and only regarding terminological occurrence of the term *res sacrae* – comes comparatively late, not before *Decretum Gratiani* in the 12th century. Before that there is a whole millennium in which canon law, mostly council decisions, struggled to delineate basic rules about sacred objects in the Church. But even in further development of canon law influence of Roman law seems to go not much farther. Contrary to Roman classical tripartition on *res sacrae*, *religiosae* and *sanctae*, canonical *res sacrae* are prevailingly broadly defined, and are an all-encompassing concept including all the sacred objects in a general sense (similar, perhaps, to the original Roman concept of *sakros*).

Essentially, of course, there are obvious parallels between the Roman and canonical concept, most importantly in the context of consecration and the resulting exclusion from regular legal commerce. However, even here technical details reveal certain crucial differences, as in canon law authority to consecrate does not rest with secular powers, it is possible to alienate *res sacrae* if the proceeds are used for charitable ends, and de-consecration is a viable option.

To a degree, Roman concept of *res sacrae* did influence the corresponding canonical concept historically. However, in the end canonical element seems to have been more poignant. Therefore, in various ways in which *res sacrae* exist in legal systems contemporarily, one can speak about an exemplary presence of a fused Romano-canonical legal concept.

BIBLIOGRAPHY

- ANDO 2003: C. ANDO, *Roman Religion*, Edinburgh, 2003.
- ANDO 2008: C. ANDO, *The Matter of the Gods*, Berkeley - Los Angeles, 2008.
- ANDO - RÜPKE 2006: C. ANDO - J. RÜPKE (edited by), *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, Stuttgart, 2006.
- ARROBA CONDE - RIONDINO 2019: M.J. ARROBA CONDE - M. RIONDINO, *Introduzione al diritto canonico*, Milano, 2019.
- BARBOSA 1660: A. BARBOSA, *Iuris ecclesiastici universi libri tres, altera pars*, Lugduni, 1660.
- BEAL - CORRIDEN - GREEN 2000: J.P. BEAL - J.A. CORRIDEN - T.J. GREEN (edited by), *The New Commentary on the Code of Canon Law*, New York, 2000.
- BEEK 2012: L. TER BEEK, *Divine Law and the Penalty of 'sacer esto' in Early Rome*, in *Law and Religion in the Roman Republic*, edited by O. Tellegen-Couperus, Leiden, 2012, 11 ff.
- BOIRON 2005: S. BOIRON, *Définition et statut juridique des reliques dans le droit canonique classique*, in *Pecia*, VIII, 11, 2005, 19 ff.
- BOZANIĆ - ETEROVIĆ 2001: J. BOZANIĆ - N. ETEROVIĆ, *Ugovori između Svete Stolice i Republike Hrvatske*, Zagreb, 2001.
- BRASIELLO 1949: U. BRASIELLO, 'Alienatio', in *SDHI*, XV, 1949, 114 ff.
- BRASIELLO 1964: U. BRASIELLO, voce 'Alienatio', in *Noviss. dig. it.*, I.1, Torino, 1964, 480 f.
- BROWN 2018: J. BROWN, 'Res Religiosae' and the Roman Roots of the Crime of Violation of Sepulchres, in *Edinburgh Law Review*, XXII, 3, 2018, 347 ff.
- BRUNDAGE 1995: J.A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, London, 1995.
- CARDÓ 2019: D. CARDÓ, *The Cross and the Eucharist in Early Christianity*, Cambridge, 2019.
- CHIAPPETA 2011a: L. CHIAPPETA, *Il Codice di diritto canonico*, I, Bologna, 2011.
- CHIAPPETA 2011b: L. CHIAPPETA, *Il Codice di diritto canonico*, II, Bologna, 2011.
- DE PAOLIS 2019: V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 2019.
- DĘBIŃSKI 2010: A. DĘBIŃSKI, *Church and Roman Law*, Lublin, 2010.
- DIMODUGNO 2018: D. DIMODUGNO, *I beni culturali ecclesiali dal Codice del 1917 al Pontificio Consiglio della Cultura*, in *Arte, diritto e storia: la valorizzazione del patrimonio culturale*, a cura di O. Niglio e M. De Donà, Roma, 2018, 223 ff. (the version used in this work is an author's postprint available on <https://iris.unito.it/handle/2318/1684900>, beginning with page 1).

- FARAG 2021: M. FARAG, *What Makes a Church Sacred?*, Oakland, 2021.
- FEINGOLD 2018: L. FEINGOLD, *The Eucharist*, Steubenville, 2018.
- FÜRST 1975: C.G. FÜRST, 'Ecclesia vivit lege romana?', in *ZSS Kan.*, LXI, 1, 1975, 17 ff.
- GAUDEMET 1971: J. GAUDEMET, 'Res sacrae', in *L'année canonique*, XV, 1971, 299 ff.
- GAUDEMET 1991: J. GAUDEMET, *Il diritto canonico*, Torino, 1991.
- GORDON 1995: W.M. GORDON, *Roman Law in Scotland*, in *The Civil Law Tradition in Scotland*, Edinburgh, 1995, 13 ss.
- GUARINO 2001: A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001.
- HARTMANN - PENNINGTON 2008: W. HARTMANN - K. PENNINGTON, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234*, Washington, 2008.
- HEFELE 1872: C.J. HEFELE, *A History of the Councils of the Church*, I. *To the Close of the Council of Nicea, A.D. 325*, Edinburgh, 1872.
- HEFELE 1883: C.J. HEFELE, *A History of the Councils of the Church*, III. *A.D. 431 to A.D. 451*, Edinburgh, 1883.
- HEFELE 1896: C.J. HEFELE, *A History of the Councils of the Church*, II. *A.D. 326 to A.D. 429*, Edinburgh, 1896.
- HEFELE - LECLERC 1908: C.J. HEFELE - H. LECLERC, *Histoire des conciles*, II.2, Paris, 1908.
- HELD 2020: H.-R. HELD, 'Bona fides' (poštenje posjeda) kod zastare ('praescriptio acquisitiva') i dosjlosti ('usucapio') - prilog raspravi o suodnosu kanonskog i hrvatskog prava, in *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, LXX.6, 2020, 755 ff.
- JACOBS 2006: A.S. JACOBS, 'Papinian Commands One Thing, Our Paul Another': Roman Christians and Jewish Law in the 'Collatio legum Mosaicarum et Romanarum', in *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, edited by C. Ando and J. Rüpke, Stuttgart, 2006, 85 ff.
- JOANNOU 1962: P.-P. JOANNOU, *Discipline générale antique (IV^e-IX^e s.)*, I.2, Roma, 1962.
- JÖRS - KUNKEL - WENGER 1987: P. JÖRS - W. KUNKEL - L. WENGER, *Römisches Recht*, Berlin, 1987.
- KASER 1948: M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, Göttingen, 1948.
- KASER 1971: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I². *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971.
- KASER 1975: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II². *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975.
- KLAPPERT 2016: S. KLAPPERT, *Von den heiligen Sachen im säkularen Staat: Über Herleitung, Umfang und Bedeutung der 'res sacrae'*, in *Die öffentliche Verwaltung*, LXIX.20, 2016, 857 ff.

- KRAMIS 1963: J.A. KRAMIS, *The Notion of 'res sacrae' in the Code of Canon Law*, Washington D.C., 1963 (doctoral thesis).
- LATTE 1960: K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960.
- MACMULLEN 2006: R. MACMULLEN, *Voting About God in Early Church Councils*, London, 2006.
- MALENICA 2014: A. MALENICA, 'Res sanctae' nel periodo pre-cristiano di Roma antica, in *Diritto @ Storia*, XII, 2014.
- MANSI 1759a: J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova, et amplissima collectio*, II, Florentiae, 1759.
- MANSI 1759b: J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova, et amplissima collectio*, III, Florentiae, 1759.
- MANSI 1762: J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova, et amplissima collectio*, VIII, Florentiae, 1762.
- MANSI 1767: J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova, et amplissima collectio*, XIII, Florentiae, 1767.
- MASCHAT 1757: R. MASCHAT, *Institutiones canonicae*, I, Romae, 1757.
- MAZZA 1999: E. MAZZA, *The Celebration of the Eucharist*, Collegeville, 1999.
- MIGNE 1832: J.-P. MIGNE, *Patrologiae cursus completus*, CXXI, Paris, 1832.
- MUSSELLI 2007: L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico*, Torino, 2007.
- PAZOS 2020: A.M. PAZOS (edited by), *Relics, Shrines and Pilgrimages*, London, 2020.
- PENNINGTON 2012: K. PENNINGTON, 'Corpus iuris canonici', in *Diccionario general de derecho canónico*, II, editores y coordinadores J. Otaduy, A. Viana y J. Sedano, Navarra, 2012, 757 ff.
- PETRAK - STANIČIĆ 2020: M. PETRAK - F. STANIČIĆ, *Katolička Crkva, vjerske zajednice i hrvatski pravni sustav*, Zagreb, 2020.
- PUGLIATTI 1958: S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 1 ff.
- PULTE 2016: M. PULTE, *Grundfragen des Staatskirchen- und Religionsrecht*, Würzburg, 2016.
- RAMON 2016: A. RAMON, *L'appartenenza e la gestione delle 'res sacrae' in età classica*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 249 ff.
- RAMON 2017: A. RAMON, *I beni degli Dei*, Milano, 2017 (tesi di dottorato).
- REIFFENSTUEL 1742: A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, tomus sextus*, Maceratae, 1742.
- REIFFENSTUEL 1832: A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, tomus secundus*, Romae, 1832.
- RIVES 2012: J. RIVES, *Control of the Sacred in Roman Law*, in *Law and Religion in the Roman Republic*, edited by O. Tellegen-Couperus, Leiden, 2012, 165 ff.

- ROBLEDA 1971: O. ROBLEDA, *El derecho romano en la Iglesia*, in *Ius populi Dei. Miscellanea in honorem R. Bidagor*, I, a cura di U. Navarette, Roma, 1971, 1 ff.
- ROVERSI MONACO 2019: M. ROVERSI MONACO, *Da 'res sacrae' a beni culturali: prospettive per l'ordinamento statuale*, in *Diritto amministrativo*, VII.2, 2019, 349 ff.
- RÜPKE 2014: J. RÜPKE, *From Jupiter to Christ*, Oxford, 2014.
- SANTI 1898: F. SANTI, *Praelectiones juris canonici*, II, Ratisbonae, 1898.
- SCHAFF - WACE 1892: P. SCHAFF - H. WACE, *Nicene and Post-Nicene Fathers, Second Series*, IV, Buffalo, 1892.
- SCHLINK 1987: B. SCHLINK, *Neuere Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der 'res sacrae'*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, VI, 1987, 633 ff.
- SCHMALZGRUEBER 1844: F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, II.2, Romae, 1844.
- SHAPIRO 1965: D.S. SHAPIRO, *The Meaning of Holiness in Judaism*, in *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought*, VII.1, 1965, 46 ff.
- TSIVOLAS 2014: T. TSIVOLAS, *Law and Religious Cultural Heritage in Europe*, Cham, 2014.
- UNKNOWN AUTHOR: *The Canons of the Holy Apostles; the Greek text as originally printed in 1540, with the various readings of later editions: the Latin version of Dionysius Exiguus, made A.D. 500: and a new English translation*, 1846.
- WAITZ 1885: G. WAITZ (edited by), *Scriptores rerum Merovingicarum*, I. *Gregorii Turonensis opera*, Hannoverae, 1885.
- WATSON 1992: A. WATSON, *The State, Law, and Religion: Pagan Rome*, London, 1992.
- WESSNER 1920: P. WESSNER, voce 'Sacer', in *RE*, IA.2, Stuttgart, 1920, 1626 ff.
- WINROTH 2004: A. WINROTH, *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge, 2004.

GIOVANBATTISTA GRECO

RES DERELICTAE: UNA CATEGORIA REGRESSIVA?

Ulpiano, nel dodicesimo libro di commento all'editto, riferisce, in termini concisi ma inequivoci, che se una cosa è fatta oggetto di derelizione cessa immediatamente di appartenerci e diventa subito di chi la occupa¹.

La possibilità di disfarsi di un bene, perdendo su di esso qualunque forma di signoria, trova quindi esplicito riconoscimento già nel diritto di Roma antica.

L'apparente paradosso secondo il quale privarsi di una cosa può risultare, in alcuni casi, più conveniente che mantenerla nel proprio patrimonio² è ben lontano dal costituire un retaggio della modernità. Anzi, a voler dare credito ad un convincimento risalente, l'impianto dogmatico e la disciplina di dettaglio che il diritto civile italiano ha riservato al fenomeno dell'abbandono di cose e al loro acquisto da

¹ Ulp. 12 *ad ed.* D. 41.7.1: *Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.* In polemica con tale opinione, di ascendenza sabiniana, la scuola proculiana avrebbe proposto, con minor fortuna, di posticipare l'effetto ablativo della proprietà in capo al derelinquente al momento in cui un terzo avesse occupato la *res* (Paul. 54 *ad ed.* D. 41.7.2.1: *Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.*)

² Nelle trattazioni di diritto vigente, il tema della derelizione non è esaminato autonomamente ma nell'ambito dei presupposti necessari a consentire che la proprietà di un bene mobile possa acquistarsi a titolo originario attraverso l'occupazione, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 923 cod. civ. Cfr., ad esempio, VESCIA 1886; BRUGI 1918; DELANA 1958; GIRINO 1965; ALBANO 1968; TABET - OTTOLENGHI 1968; DE MARTINO 1976; TRABUCCHI 1980; TABET - OTTOLENGHI - SCALITI 1981; SALARIS 1982; COMPORTI 1988; LA TORRE 1993; QUARTA 2016.

parte di terzi costituirebbero la fedele riproposizione di modelli romani³.

Ipotizzare una continuità tanto marcata tra soluzioni normative presenti e passate è operazione non priva di fascino e dalle implicazioni significative, dovendosi presupporre che la regolamentazione di una fattispecie abbia raggiunto livelli di efficienza, efficacia e stabilità tanto elevati da acquisire valore paradigmatico per i secoli successivi. In verità, la disciplina della derelizione nello *ius privatum* non sembra aver conosciuto simili conquiste ed è stato condivisibilmente messo in luce già da qualche decennio come le opinioni continuiste formulate in tema trascurino la difficoltà dei *prudentes* di pervenire ad un inquadramento unitario e definitivo del fenomeno⁴.

Difatti, la materia non sembra tollerare approcci semplicistici, che finiscono per distorcere la realtà resa oggetto di osservazione nel momento stesso in cui si propongono di agevolare la lettura dei materiali antichi per ricavarne definizioni e principi astratti.

I richiami all'occupazione, all'invenzione, all'usucapione e alla *traditio in incertam personam* presenti nelle testimonianze riguardanti le *res pro derelicto habitae* costituiscono una complicazione non trascurabile quando voglia ricostruirsi la storia di tali oggetti e documentano lo stratificarsi nei secoli di plurime sensibilità, tutte bisognose di specifica contestualizzazione e considerazione⁵.

Ridimensionare l'impressione che il *ius* sia stato in grado di trasferire in eredità al tempo presente un impianto di norme lineare e coerente non deve però indurre a rinnegare qualunque forma di continuità tra esperienze giuridiche. Alcune delle acquisizioni su cui riposano saldamente l'odierna legislazione e giurisprudenza sono senz'altro frutto di un lungo processo di gestazione, a cui hanno contribuito, talora in modo decisivo, anche i giureconsulti romani.

Si pensi, ad esempio, alla circostanza per cui la derelizione può riguardare, indistintamente, cose di genere mobile ed immobile, ben-

³ DEIANA 1958; DE MARTINO 1976.

⁴ VACCA 1984, VII s.

⁵ In opposizione alla prospettiva indicata si collocano alcune proposte interpretative che tendono a ricostruire l'istituto in termini monodimensionali. Così BONFANTE 1968, 257 ss., il quale esamina la derelizione prediligendo l'ottica della *traditio in incertam personam* con risultati i cui limiti si trovano accuratamente discussi in VACCA 1984, 51 ss.

ché, per consuetudine, tali tipologie di oggetti si trovino normalmente ad avere valore differente e siano destinatarie di una diversa considerazione sociale.

La derelizione delle *res mobiles* è presa in considerazione, nel nostro codice civile, all'art. 923⁶; quella delle *res immobiles* non trova una regolamentazione espressa ma la sua configurabilità è fatta discendere dalla lettura degli artt. 882, comma secondo⁷, 1104, comma primo⁸, 1118, comma secondo⁹, 1350, comma primo, n. 5)¹⁰ e 2643, comma primo, n. 5)¹¹.

Le opere giurisprudenziali romane di età classica menzionano ipotesi di derelizione riguardanti, invariabilmente, entrambe le categorie di beni, nonostante i mutamenti del quadro economico e del modo di concepire lo sfruttamento delle risorse lascino ipotizzare che,

⁶ Art. 923 cod. civ.: «Le cose mobili che non sono proprietà di alcuno si acquistano con l'occupazione. Tali sono le cose abbandonate e gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca».

⁷ Art. 882, comma secondo, cod. civ.: «Il comproprietario di un muro comune può esimersi dall'obbligo di contribuire nelle spese di riparazione e ricostruzione, rinunciando al diritto di comunione, purché il muro comune non sostenga un edificio di sua spettanza».

⁸ Art. 1104, comma primo, cod. civ.: «Ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza a norma delle disposizioni seguenti, salva la facoltà di liberarsene con la rinuncia al suo diritto».

⁹ Art. 1118, comma secondo, cod. civ.: «Il condomino non può rinunciare al suo diritto sulle parti comuni».

¹⁰ Art. 1350, comma primo, cod. civ.: «Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 2) i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta; 3) i contratti che costituiscono la comunione di diritti indicati dai numeri precedenti; 4) i contratti che costituiscono o modificano le servitù prediali, il diritto di uso su beni immobili e il diritto di abitazione; 5) gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti».

¹¹ Art. 2643 cod. civ.: «Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 2) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta; 2-bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale; 3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti; 4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione; 5) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti».

in altri frangenti storici, abbiano potuto trovare accoglimento soluzioni diverse¹².

In D. 3.5.9.1¹³, discorrendo di *negotiorum gestio*, Ulpiano richiama l'ipotesi di un'*insula* derelitta dal proprietario di cui un estraneo si prenda cura; in D. 41.7.5.1¹⁴ Pomponio parla, invece, del lancio di monete e della liberazione di volatili.

La stessa idea che la derelizione si perfezioni quando vi sia la contestuale presenza di un elemento materiale e di uno di ordine psicologico risulta espressa in forma matura già nei contenuti raccolti ed elaborati dai commissari giustiniani.

Rispetto al profilo materiale, il cd. *corpus*, non vi è dubbio che questo possa essere integrato indifferentemente da condotte commis-

¹² DONATUTI 1949, 510; DEIANA 1958, 9; BRANCA 1958, 3; COMPORZI 1988, 2 ss.; ROMANO 2002, 120 s. Vi è la ragionevole probabilità che a Roma il risultato di ritenere abbandonabile qualunque tipo di *res* materiale sia stato raggiunto in tempi non particolarmente remoti. Per l'età arcaica è stata prospettata l'esistenza di una proprietà collettiva, facente capo alle *gentes*, che avrebbe impedito alla derelizione di operare, almeno in relazione agli immobili, dal momento che gli effetti ablativi del *derelinquere* appaiono modellati sull'idea che i beni siano in proprietà piena e, soprattutto, individuale (cfr. PEROZZI 1928, 376 ss.). Il fenomeno dell'abbandono degli immobili, specie dei terreni, assumerà dimensioni degne di nota in età post-classica, quale reazione all'incremento della pressione fiscale sulla proprietà. Su tali vicende, v. SOLIDORO MARUOTTI 1989. Forme di proprietà comune e collettiva sarebbero ritornate di attualità nel primo medioevo, con una rinnovata contrazione degli ambiti in cui poteva trovare esplicazione la derelizione (cfr., da ultimo, MARCHESE 2020, 11, nt. 6).

¹³ Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.9.1: *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.*

¹⁴ Pomp. 32 *ad Sab.* D. 41.7.5.1: *Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri.*

sive o omissive, purché il risultato perseguito sia quello di provocare il distacco del bene da chi lo ha in dominio.

In I. 2.1.47¹⁵, definendo le caratteristiche che una *res* deve presentare per reputarsi ‘*derelicta*’, viene espressamente impiegato il verbo ‘*abiceré*’, la cui presenza non sembra casuale, perché se nel significato principale designa l’azione positiva di buttare via, proiettare lontano da sé un oggetto, in subordine identifica l’atto di trascurarlo, lasciarlo da parte, quale sinonimo di ‘*negligere*’¹⁶.

Analoga ampiezza di senso sembra potersi associare al richiamo alle ‘cose abbandonate’ svolto, per i beni mobili, all’art. 923 cod. civ., dal momento che le modalità, attive od omissive, con cui ne è eseguito l’abbandono non assumono rilievo discriminante ai fini dell’applicazione della norma.

Quanto agli immobili, il parallelo lessicale è spezzato dal sistema di pubblicità attualmente in vigore, che impone di vincolare l’effetto ablativo della proprietà alla formulazione di una dichiarazione di rinuncia corredata da speciali formalità¹⁷.

L’elemento psicologico, il cd. *animus derelinquendi*, è integrato invece dalla volontà consapevole del *dominus* che la cosa fuoriesca formalmente e definitivamente dal suo patrimonio.

A riguardo, nel Digesto è espressamente affrontato il problema del getto di merci in mare e della possibilità per colui che le ritrovi di

¹⁵ I. 2.1.47: *Qua ratione verius esse videtur et si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominium effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abiecerit ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.*

¹⁶ Cfr. FORCELLINI 1940. *Contra*, BERGER 1922 sostiene invece che la parola ‘*abiecerit*’ riportata nelle istituzioni giustiniane si confaccia solo ai beni mobili. Lo studioso giustifica la sua posizione assumendo che il consolidarsi di un sistema di imposizione tributaria incentrato sulla proprietà degli immobili abbia comportato, in età postclassica, una grave limitazione della facoltà di abbandonarli, ottenuta per mezzo di interventi legislativi diretti a contrastare il fenomeno dell’elusione fiscale.

¹⁷ In ragione di ciò, LA TORRE 1993, 22, muovendo dall’art. 923 cod. civ., si mostra contraria all’idea che la rinuncia alla proprietà di un immobile possa correttamente descriversi alla stregua di un ‘abbandono’. L’autrice sostiene che soltanto le «cose mobili» sono suscettibili di occupazione (art. 923, comma primo, cod. civ.) e solo esse, dunque, possono essere o diventare «*vacue domini*». Allo stesso tempo, qualifica l’abbandono come una mera situazione di fatto, corrispondente con l’interruzione del possesso, mentre per i beni immobili l’atto ablativo presenterebbe una struttura chiaramente negoziale, sicché rispetto ad essi sarebbe preferibile esprimersi nei termini di ‘rinuncia’ (pp. 80 ss.).

farle legittimamente proprie¹⁸. In simili casi è previsto che il carico non possa aversi per derelitto qualora chi lo lanci in acqua non lo faccia per libera scelta ma spinto dalla necessità di alleggerire il peso dello scafo, magari nel corso di una tempesta, e comunque coltivando la speranza di poterlo recuperare successivamente¹⁹.

Integra il reato di furto, per la giurisprudenza severiana, l'azione di colui che raccolga e faccia propri gli oggetti restituiti dal mare quando sia realizzata con la consapevolezza che il legittimo titolare non desiderasse privarsene in modo risolutivo²⁰.

In D. 47.2.42.4-5²¹ Ulpiano osserva che colui che porti via una cosa che giace abbandonata è punibile come *fur* sia che sappia a chi appartenga sia che lo ignori, non incidendo sulla punibilità del suo comportamento l'esatta conoscenza dell'identità del titolare dell'oggetto prelevato. Se, invece, la cosa sia stata derelitta, non ricorre alcun illecito neppure se chi se ne impossessa lo faccia con l'intenzione di delinquere.

La necessità di accertare con precisione le circostanze obiettive e l'atteggiamento psicologico che hanno accompagnato l'abbandono

¹⁸ Su cui v. ARNÒ 1941.

¹⁹ Iul. 2 *ex Min.* D. 14.2.8: *Qui levandae navis gratia res aliquas proiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant, quippe si invenerint eas, abluros et, si suspicati fuerint, in quem locum eiectae sunt, requisituros: ut perinde sint, ac si quis onere pressus in viam rem abiecerit mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret.* Iav. 11 *ex Cass.* D. 41.1.58: *Quaecumque res ex mari extracta est, non ante eius incipit esse qui extraxit, quam dominus eam pro derelicto habere coepit.* Iav. 7 *ex Cass.* D. 41.2.21.1-2: *Quod ex naufragio expulsus est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. 2. Idem iuris esse existimo in his rebus, quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est.* Iul. 2 *ex Min.* D. 41.7.7: *Si quis merces ex nave iactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur. sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse.*

²⁰ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.43.11: *Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? Quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. Et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat perituum, qui invenit suum fecit nec furti tenetur. Si vero non hoc animo, sed hoc, ut, si salvum fuerit, haberet: ei qui invenit auferendum est, et si scit hoc qui invenit et animo furandi tenet, furti tenetur. enimvero si hoc animo, ut salvum faceret domino, furti non tenetur. quod si putans simpliciter iactatum, furti similiter non tenetur.*

²¹ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.43.4-5: *Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret. 5. Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.*

della *res*, in ragione delle vicende successive che questa può trovarsi ad affrontare, resta centrale anche per gli attuali operatori del diritto.

Riscontri pervengono in modo significativo da alcune recenti pronunce giurisprudenziali.

Secondo la posizione espressa dalla IV Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 3910 del 17 dicembre 2020, in tema di reati contro il patrimonio, l'abbandono di una cosa da parte del proprietario è prospettabile solamente quando, per le condizioni o per il luogo in cui essa si trovi, risulti chiaramente la volontà dell'aveute diritto di disfarsene definitivamente.

Al contempo, per costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, il delitto di furto è integrato anche dalla condotta di colui che sottragga una cosa già rubata. Essa, nonostante sia stata abbandonata dal ladro, non costituisce infatti *res derelicta*, suscettibile di appropriazione da parte di chiunque, dal momento che non vi è abbandono senza una conforme volontà dell'aveute diritto, tale non potendo essere considerato chi l'ha illecitamente portata via al proprietario²².

Se quelli passati in rassegna costituiscono alcuni dei punti di contatto più significativi tra l'esperienza giuridica presente e quella romana, l'evolversi delle relazioni economiche, l'affermarsi della categoria dell'abuso del diritto, stringenti esigenze di finanza pubblica e una nuova sensibilità verso i valori ambientali sembrano tuttavia aver drasticamente ridotto le occasioni in cui un soggetto ha piena facoltà di disfarsi della cosa propria.

Preclusioni sono progressivamente venute in rilievo al cospetto di decisioni individuali in grado di produrre esternalità negative tanto nella sfera giuridica di soggetti terzi preventivamente individuabili quanto dell'intera collettività, secondo un giudizio di disvalore che non sembra trovare corrispondenza nell'approccio al problema adottato dagli antichi.

In D. 39.2.6²³ e D. 39.2.7.2²⁴, ad esempio, tanto Gaio quanto

²² Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 2299; Cass., Sez. V, 15 maggio 2012, n. 30321.

²³ Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 39.2.6: *Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat.*

²⁴ Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.7.2: *Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum*

Ulpiano, affrontano il caso della rovina di un edificio pericolante che avvenga prima che sia prestata la *cautio damni infecti* e le cui macerie finiscano sulla costruzione del proprietario confinante, danneggiandola. L'opinione unanime è quella per cui al danneggiato non spetti alcuna azione contro il *dominus* delle *aedes ruinosae* quando questi, avvenuto il crollo, decida di non recuperare alcuna delle macerie, operandone la *derelictio*.

Analogamente, quando un albero piantato su un fondo privato contiguo alla via pubblica sia caduto sulla stessa in modo da ostruire il passaggio, in D. 43.8.2.40²⁵ si dice che il ricorso all'*interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat* contro il proprietario del fusto è circoscritto al caso in cui il medesimo non lo abbia derelitto, salvo che l'attore si sia fatto carico di rimuovere a sue spese l'ingombro.

Nell'odierno assetto ordinamentale, al libero abbandono di cose mobili frappono ostacoli, per finalità senza dubbio meritorie, l'ampia nozione di 'rifiuto' delineata dall'art. 183, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice dell'Ambiente, i cui termini rilevano anche ai fini dell'applicazione dell'apparato sanzionatorio penale: «si intende per: ... rifiuto: qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'Allegato A alla parte quarta del presente decreto e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi». L'art. 192 dello stesso testo legislativo stabilisce che «L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati», «è altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee»²⁶.

actio. Et Iulianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruiissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelleretur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

²⁵ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.40: *Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri Labeo scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda. Sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto.*

²⁶ GAMBARO 2017, 378 ss. evidenzia che, rispetto al paradigma codicistico, «la prima esclusione che si riscontra esaminando la disciplina positiva relativa allo smaltimento e trattamento dei rifiuti, è quella relativa alla operatività dell'antica figura della derelizione in base alla quale ... il proprietario di beni mobili poteva distaccarsi dalla

Perseguendo una chiara finalità antielusiva del precetto normativo, la Suprema Corte di Cassazione ha tenuto a chiarire che dalla nozione di ‘rifiuto’ non devono escludersi sostanze e oggetti suscettibili di riutilizzazione economica, non rilevando, in tal senso, l’interesse che altri possa avere allo sfruttamento del bene inservibile e non più utile al suo detentore, poiché tale interesse non trasforma il rifiuto in qualcosa di diverso²⁷.

Per valutare se un residuo debba essere designato come ‘rifiuto’ occorre dunque porsi nell’ottica esclusiva del detentore o produttore del medesimo, non in quella di chi ha interesse a reimpiegarlo.

Quanto alla proprietà immobiliare, si è fatta strada l’opinione che debba ritenersi radicalmente inefficace, perché viziata da nullità, la rinuncia abdicativa a diritti dominicali quando abbia per unico effetto il trasferimento nella sfera giuridica di terzi, siano essi soggetti pubblici o privati, dell’obbligo di affrontare spese e costi altrimenti non di loro spettanza.

In particolare, il Parere di Massima dell’Avvocatura dello Stato n. 37243/2017 ha preso in considerazione il caso dell’abbandono di terreni franosi o immobili pericolanti da parte dei proprietari, in conseguenza del quale, per effetto dell’art. 827 cod. civ., questi sono immessi, in via immediata e automatica, a titolo originario, nel patri-

propria posizione di appartenenza semplicemente abbandonandoli con l’intenzione (*animus*) di disfarsene. A tale esclusione ne fa seguito un’altra, la quale costituisce il nucleo essenziale dei profili civilistici della disciplina concernente i rifiuti, e cioè la esclusione dell’efficacia traslativa dei contratti mediante i quali i rifiuti vengono alienati a soggetti diversi da coloro che sono legittimati ad acquistarli essendo inseriti negli elenchi di coloro che assicurano il loro corretto trattamento finale». FEDERICI 2005, 1079, è dell’opinione che i rifiuti non sono beni, perché «se fossero beni sarebbero oggetto di diritti, mentre nei confronti dei rifiuti la situazione giuridica del titolare è quella (opposta) di voler rinnegare (o meglio) di volersi privare di ogni diritto e così anche di ogni responsabilità in relazione ad una certa cosa che non è più bene». Nel fare questo il soggetto si assume tutti gli obblighi relativi alla corretta dismissione della cosa, «acquisendo il vantaggio di liberarsi non tanto dei diritti (che probabilmente erano diventati irrilevanti), ma soprattutto degli obblighi relativi alla corretta conservazione della cosa». Contro una simile posizione sembra però militare la possibilità, contemplata dal legislatore e già riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, che del rifiuto, in quanto tale, possa farsi commercio (art. 256, comma 1, d.lgs. n. 152/2006), per cui lo stesso può figurare quale oggetto di un contratto traslativo. A mente di ciò, RESTA 2018, 278 non ha difficoltà a considerare i rifiuti come beni, sia pure «di secondo grado».

²⁷ Cass., Sez. III, 15 ottobre 2014, n. 50309.

monio dello Stato, con assunzione in capo all'Erario della responsabilità per gli interventi necessari a metterli in sicurezza e per i danni eventualmente occorsi a terzi in caso di loro rovina²⁸.

Per l'Avvocatura, dal punto di vista negoziale, una rinuncia a queste tipologie di beni sarebbe da reputarsi invalida «in ragione della non meritevolezza e/o illiceità della causa in concreto ex artt. 1322 e 1343 cod. civ. perché in palese contrasto con le istanze immanenti nella funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost., e (comunque) con gli obblighi di solidarietà economica e sociale desumibili dall'art. 2 Cost., nonché con il limite del rispetto della sicurezza dei consociati ex artt. 41, comma 2, Cost., l'una e gli altri costituenti limite inderogabile delle prerogative dominicali ex art. 832 cod. civ.». L'atto ablativo, benché a struttura unilaterale, potrebbe dirsi ulteriormente nullo in quanto sorretto unicamente da motivi illeciti quando questi siano evincibili dal suo contenuto o dalle circostanze che ne hanno preceduto e/o accompagnato la formulazione.

Alle conclusioni rassegnate dall'Avvocatura dello Stato si è affidato il Tribunale di Lecce, nella sentenza n. 3482 pubblicata in data 11 novembre 2019, per motivare contro l'ipotesi che il multiproprietario possa formulare una valida dismissione del diritto di godimento turnario di cui è titolare. L'abbandono avrebbe l'effetto di incrementare, in capo agli altri multiproprietari, la quota dei costi di gestione da sostenere per garantire la manutenzione e il funzionamento del complesso turistico in cui si situa l'unità interessata, atteso che uno dei contributori verrebbe meno. I maggiori oneri prodotti in capo ai superstiti non sarebbero però controbilanciati da alcun beneficio, non potendo questi ultimi subentrare nella fruizione dell'alloggio per il periodo di spettanza del rinunziante.

L'impressione è che stia acquistando rilevanza una nozione di 'proprietà responsabile' suscettibile di assegnare, nel futuro della disciplina dei beni, un ruolo marginale alla *res derelicta*, quale testimonianza tangibile di un *dominium* le cui facoltà erano tanto estese da poter arrivare alla sua stessa negazione.

²⁸ La crescente vitalità del fenomeno ha indotto a numerosi approfondimenti nell'ultimo quinquennio, tra cui si segnalano: BONA 2017; BRIZZOLARI 2017; QUADRI 2018; LA PORTA 2018; DE MAURO 2019; GIORGIANNI 2019; PASQUINO 2019; MEGLIO 2019; COLONNA 2020; ORLANDO 2021.

Quella delle *res derelictae* è dunque una categoria regressiva? All'interrogativo dovrebbe darsi risposta affermativa quando si prendano in considerazione i consueti ambiti di rilevanza della derelizione.

In una prospettiva *de iure condendo*, però, il patrimonio della tradizione romanistica potrebbe conoscere nuove occasioni di valorizzazione nel campo della regolamentazione di fattispecie di recente emersione.

È il caso del settore informatico nel quale, da qualche anno, si registra il fenomeno per cui alcuni prodotti coperti da diritto di autore, quindi riproducibili solo su licenza, cessano di essere disponibili in commercio, anche in presenza di una discreta domanda di mercato.

In gergo si parla di '*orphan works*' quando si voglia fare riferimento a quei programmi i cui diritti di sfruttamento appartengono ad entità inattive che, per effetto di complesse vicende societarie e commerciali o non sono più identificabili o, pur essendo astrattamente note, sono divenute irreperibili.

'*Abandonware*' sono invece quei *software* apparsi in circolazione da almeno quattro o cinque anni che non sono più in vendita o rispetto ai quali non vengono più rilasciati aggiornamenti, in ragione di scelte commerciali adottate dalle case produttrici. Le società di settore possono infatti ritenere che la distribuzione di un prodotto sia divenuta antieconomica o vada interrotta perché suscettibile di interferire con la capacità del mercato di assorbire altri loro programmi²⁹.

In entrambi i casi, il pubblico dei potenziali acquirenti, la cui domanda resta insoddisfatta, sconta il disallineamento tra la durata della protezione garantita alla proprietà intellettuale e la vita media delle creazioni informatiche, con la prima pari ad alcuni decenni³⁰, la seconda di regola non superiore ad un lustro o due.

²⁹ Per un'introduzione al fenomeno, v. KHONG 2007 ed ivi ampia bibliografia.

³⁰ Nel sistema italiano i *software* che presentino carattere di originalità rispetto a quelli preesistenti sono protetti dal diritto di autore ai sensi della legge n. 633/1941 fino al settantesimo anno solare successivo alla morte del creatore (art. 25). Quando il programma informatico fornisca una soluzione tecnica ad un problema tecnico, è possibile ricorrere al brevetto, che ne garantisce l'utilizzazione esclusiva fino a venti anni dalla data di deposito (art. 60 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30). Anche il *copyright* previsto dall'ordinamento statunitense ha una durata estesa a settant'anni dalla morte dell'autore, se persona fisica (17 *U.S. Code* § 302). In forza del *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* le imprese usufruiscono di tutela per un tempo pari a novantacinque anni dalla pubblicazione o centoventi dalla creazione dell'opera, in base al termine di maggior favore.

Peraltro, alcuni programmi informatici irreperibili sul mercato, in ragione della fortuna conosciuta all'epoca in cui sono stati lanciati, sono entrati a far parte a pieno titolo della memoria comune degli utenti, talora perfino dell'immaginario collettivo, divenendo parte integrante del patrimonio culturale delle comunità. Prendere atto di ciò significa emanciparsi dall'idea che la loro circolazione e disponibilità possano dipendere esclusivamente da valutazioni di convenienza degli operatori economici.

Nella direzione di preservare il bagaglio di cultura immateriale costituito dai prodotti informatici si pone senza dubbio l'iniziativa 'Software Heritage', promossa dall'UNESCO per raccogliere e conservare codici sorgente³¹.

Nel 2012 l'Unione Europea è pervenuta ad adottare la *Orphan Works Directive*³² nella quale è previsto, in deroga alla normativa che tutela il diritto di autore, che le istituzioni impegnate a tutelare il patrimonio culturale possano riprodurre e rendere disponibili al pubblico diversi tipi di *orphan works* presenti nelle loro collezioni, come libri e altri scritti, prodotti cinematografici ed audiovisivi nonché fonogrammi.

Il contributo fornito da tale disciplina alla soluzione delle problematiche proprie del settore dei *software* è però apparso sinceramente scarso³³. L'apparato di definizioni che apre il provvedimento e si occupa di tracciarne l'ambito di applicazione non opera alcuna menzione diretta ai programmi informatici. Ad essi la Direttiva sembrerebbe applicabile solo all'esito di un faticoso e delicato processo di interpretazione estensiva. La facoltà di riprodurre contenuti orfani è comunque riconosciuta dal Legislatore europeo ad un ristrettissimo novero di enti, ai quali resterebbe in ogni caso preclusa la possibilità di intervenire su dati a cui il produttore ha associato meccanismi informatici di protezione dalla copia.

³¹ Sull'implementazione del progetto, v. DI COSMO 2017, 69 ss. Il portale di accesso alla base di dati è disponibile all'indirizzo internet <https://www.softwareheritage.org/>.

³² Direttiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, attuata in Italia con il d.lgs. 10 novembre 2014, n. 163.

³³ In termini assai critici si esprime a riguardo MAIER 2015.

Negli Stati Uniti d'America, con una proposta legislativa del 2006 conosciuta come *Public Domain Enhancement Act*, si è tentato di introdurre l'obbligo per il titolare di *copyright* di versare una tassa periodica, di importo simbolico, durante il tempo di vigenza della protezione dell'opera, quale dimostrazione del permanere di un interesse al suo sfruttamento economico³⁴. L'espedito avrebbe condotto a considerare di pubblico dominio tutte le creazioni per le quali non fosse intervenuto alcun pagamento.

L'iniziativa non si è tradotta in provvedimenti concreti.

Nel frattempo, la circostanza che alcune creazioni più datate continuino a riscuotere interesse presso il pubblico ha comportato che prendesse spontaneamente vita sul *web* una catena di distribuzione di *orphan works* e *abandonware* parallela a quella delle *software house*, alimentata anche da portali e siti specializzati. L'esistenza del fenomeno si deve alla tolleranza di chi potrebbe inibirne la prosecuzione e non vi provvede perché stima controproducente sopportare i costi necessari a tutelare i propri diritti rispetto a programmi informatici da cui non ritiene di poter trarre adeguata remunerazione.

Un ripensamento della disciplina di settore pare ostacolato dalla preoccupazione di avallare deroghe che possano compromettere l'architettura degli strumenti di protezione esistenti, interferendo in modo indesiderato con il diritto del creatore di un'opera di godere dei vantaggi economici derivabili dalla sua commercializzazione e dal suo sfruttamento.

Quando tuttavia le possibilità di profitto oggettivamente manchino o siano stimate come insufficienti, l'obiettivo di impedire che di alcuni *software* si perda irrimediabilmente la disponibilità e la memoria potrebbe forse essere perseguito adottando una prospettiva differente da quella tradizionale, incentrata sulla dialettica tra norma ed eccezione.

³⁴ «§ 306. Maintenance fee for published United States works. (a) Fee. – The Register of Copyrights shall charge a fee of \$1 for maintaining in force the copyright in any published United States work. The fee shall be due 50 years after the date of first publication or on December 31, 2006, whichever occurs later, and every 10 years thereafter until the end of the copyright term. Unless payment of the applicable maintenance fee is received in the Copyright Office on or before the date the fee is due or within a grace period of 6 months thereafter, the copyright shall expire as of the end of that grace period ...».

Un approccio alternativo al problema potrebbe prendere spunto proprio dallo statuto delle *res derelictae* tracciato dal diritto romano.

A confortare lungo questa direzione soccorre il processo di reificazione che, sul piano giuridico, sta interessando i dati informatici.

Superando riserve che si ritenevano consolidate, la Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 11959/2020, ha qualificato i *file* come cosa mobile ai fini dell'applicazione della legge penale, ritenendone possibile l'appropriazione indebita. A tale conclusione i giudici di legittimità sono pervenuti sottolineando come tali entità, pur non essendo passibili di percezione sensoriale, posseggano una dimensione fisica costituita dalla grandezza dei dati che li compongono, che è misurabile e incide sulla diversa capienza dei supporti in cui vengono immagazzinati ed elaborati. Inoltre, sebbene non possa procedersi alla loro apprensione fisica, i dati informatici sono trasferibili da un supporto all'altro senza perdere le proprie caratteristiche strutturali e hanno caratteristiche che consentono loro di viaggiare sulla rete internet o essere custoditi in ambienti virtuali.

Il pregio del risultato ermeneutico consegnato dalla Cassazione è inconfutabile, pur se, nel coordinamento con la norma incriminatrice costituita dall'art. 646 cod. pen., si è posto un problema di conformità al principio di tassatività della fattispecie³⁵.

Sul versante giusprivatistico, coevo alle indicazioni giurisprudenziali di cui si è detto è il tentativo di inquadrare i contratti di servizi *i-cloud*, sottoscritti per alloggiare file in spazi di memoria virtuali, nella categoria del deposito, nonostante il bene che vi venga riposto abbia consistenza immateriale³⁶.

Pur senza trascurare il delicato temperamento di interessi richiesto dalla regolazione del fenomeno degli *orphan works* e degli *abandonware*, la riflessione giuridica sembra avviarsi verso un livello di sviluppo tale da rendere lecita una riflessione sulla possibilità che i file, oltre che divenire oggetto di appropriazione indebita o di deposito, possano anche essere derelitti.

Si potrebbe quindi stabilire in quali termini la mancanza di sviluppo e commercializzazione di un programma per console o elaboratore possano interpretarsi come rinuncia del titolare a mantenerlo

³⁵ CARANI 2020; GRILLO 2020; CAPPITELLI 2021; SCARCELLA 2021.

³⁶ SICCHIERO 2018.

nella propria disponibilità giuridica, allo stesso modo in cui i giuriconsulti romani si sono posti il problema del significato da dare a condotte omissive del *dominus* quali la mancata difesa del *servus* in un giudizio capitale³⁷ o la negazione degli alimenti³⁸.

Per questa via, con un approccio casistico, si potrebbe giungere alla definizione, a livello legislativo, di una serie di elementi sintomatici che, valendo quali presunzioni di un *animus derelinquendi* della casa produttrice del *software*, possano, quantomeno in via di eccezione, scriminare la condotta di chi ne faccia copia, lo utilizzi o lo migliori a propria cura e spese, fatto salvo il diritto morale di autore.

In tal modo si potrebbe privare di tutela determinati oggetti che non ne necessitano ulteriormente senza dover incidere sulla disciplina generale del diritto di autore, scongiurando in radice il rischio di interventi che potrebbero indebolirne l'impianto e sminuire la protezione di beni inestimabili per ogni comunità quali sono la creatività e l'ingegno.

In un cortocircuito tra presente, passato e futuro, l'acume e il senso pratico che traspaiono dalla conoscenza giuridica antica potrebbero impiegarsi per affrontare le sempre più complesse sfide poste dal progresso tecnologico.

³⁷ Marc. 1 *de iud. publ.* D. 48.1.9: *Sciendum est, si in capitali causa suum servum reum crimine factum quis non defenderit, non eum pro derelicto haberi, et ideo, si absolutus fuerit, non liberum fieri, sed manere domini.*

³⁸ Paul. 18 *resp.* 41.7.8: *Sempronius Thetidi status quaestionem facere temptabat, quasi de serva sua nata sit. Qui iam testato conventus a Procula nutrice Thetidis in solvendis alimentis respondit non se habere, unde alimenta eiusdem exsolvat, sed debere eam patri suo restituere Lucio Titio: idque ex illa in testationem redegisset, ut postea nullam quaestionem pateretur ab eodem Sempronio, Lucius Titius Seiae Proculae solutis alimentis puellam vindicta manumisit: quaero, an possit rescindi libertas Thetidis. Paulus respondit, quoniam dominus ancillae, ex qua Thetis nata est, Thetidem pro derelicto habuisse videtur, potuisse eam a Lucio Titio ad libertatem perducere.*

BIBLIOGRAFIA

- ALBANO 1968: R. ALBANO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di R. Albano, F. Greco e G. Pescatore, Torino, 1968.
- ARNÒ 1941: C. ARNÒ, 'Derelictio' e 'iactus mercium levandae causa', in *Atti Accad. Scien.*, Torino, 1941, 261 ss.
- BERGER 1922: A. BERGER, *In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, in *BIDR*, XXXII, 1922, 131 ss.
- BONA 2017: C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017.
- BONFANTE 1968: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.2². *La proprietà*, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1968.
- BRANCA 1958: G. BRANCA, voce *Abbandono ('derelictio')* (*diritto romano e intermedio*), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1 ss.
- BRIZZOLARI 2017: V. BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 187 ss.
- BRUGI 1918: B. BRUGI, *Della proprietà*, II, Napoli - Torino, 1918.
- CAPPITELLI 2021: R. CAPPITELLI, *I confini della nozione di bene mobile nei delitti contro il patrimonio*, in *Cass. pen.*, 2021, 924B ss.
- CARANI 2020: M. CARANI, *L'appropriazione indebita dei dati informatici: perché i 'files' si possono considerare cose mobili*, in *Cass. pen.*, XI, 2020, 4159 ss.
- COLONNA 2020: G.V. COLONNA, *A proposito della causa della rinuncia abdicatoria alla proprietà*, in *Notariato*, 2020, 377 ss.
- COMPORZI 1988: M. COMPORZI, voce *Abbandono*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1 ss.;
- DE MARTINO 1976: F. DE MARTINO, *Proprietà*, in F. DE MARTINO - R. RESTA - P. JARICCI - G. PUGLIESE, *Libro terzo. Proprietà. Art. 810-956⁴*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1976, 534 ss.
- DE MAURO 2019: A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018.
- DEIANA 1958: G. DEIANA, voce *Abbandono ('derelictio')* (*diritto civile*), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 5 ss.
- DI COSMO 2017: R. DI COSMO, 'Software Heritage': *pourquoi et comment construire la grande bibliothèque du code source*, in *Enterprises et histoire*, II, 2017, 69 ss.
- DONATUTI 1949: G. DONATUTI, voce *Derelizione*, in *Enc. It. Scienze Lettere ed Arti*, I, Roma, 1949, 510.
- FEDERICI 2005: R. FEDERICI, *I rifiuti e le cose in senso giuridico*, in *Studi in onore di G. Berti*, II, Napoli, 2005, 1077 ss.
- FORCELLINI 1940: AE. FORCELLINI, voce *Abjicio*, in *Lexicon Totius Latinitatis*, Padova, 1940, 11.

- GAMBARO 2017: A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2017.
- GIORGIANI 2019: M.F. GIORGIANNI, *Sull'ammissibilità della rinuncia alla proprietà*, in *Riv. not.*, 2019, 586 ss.
- GIRINO 1965: F. GIRINO, voce *Occupazione*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 733 ss.
- GRILLO 2020: P. GRILLO, *I file informatici sono suscettibili di appropriazione: la Suprema Corte ci spiega perché*, in *Diritto e Giustizia*, LXXIV, 2020, 4 ss.
- KHONG 2007: D.W.K. KHONG, *Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods*, in *International Journal of Law and Information Technology*, XV.1, 2007, 54 ss.
- LA PORTA 2018: U. LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss.
- LA TORRE 1993: M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993.
- MAIER 2015: H. MAIER, *Games as Cultural Heritage: Copyright Challenges for Preserving (Orphan) Video Games in the EU*, in *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, VI.1, 2015, 120 ss.
- MARCHESE 2020: A.C. MARCHESE, *La rinuncia alle situazioni giuridiche soggettive*, Canterano, 2020.
- MEGLIO 2019: F. MEGLIO, *Note in tema di rinuncia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche*, in *www.juscivile.it*, 2019, 630 ss.
- ORLANDO 2021: G. ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Il diritto dell'economia*, CIV.1, 2021, 233 ss.
- PASQUINO 2019: T. PASQUINO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare, con particolare riferimento alla quota in multiproprietà*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 25 ss.
- PEROZZI 1928: S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928.
- QUADRI 2018: R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessioni sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018.
- RESTA 2018: G. RESTA, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 207 ss.
- ROMANO 2002: S. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano. Con una 'nota di lettura' di Lelio Lantella*, in *RDR*, II, 2002, 99 ss.
- SALARIS 1982: F. SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII.1, Torino, 1982, 625 ss.
- SCARCELLA 2021: A. SCARCELLA, *Dato informatico, nozione penale di cosa mobile ed appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 2021, 556B ss.
- SICCHIERO 2018: G. SICCHIERO, *Il contratto di deposito di beni immateriali: 'i-cloud' e 'files upload'*, in *Contratto e impresa*, 2018, 681 ss.

- SOLIDORO MARUOTTI 1989: L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989.
- TABET - OTTOLENGHI 1968: A. TABET - E. OTTOLENGHI, *La proprietà*, Torino, 1968.
- TABET - OTTOLENGHI - SCALITI 1981: A. TABET - E. OTTOLENGHI - G. SCALITI, *La proprietà*, Torino, 1981.
- TRABUCCHI 1980: A. TRABUCCHI, voce *Occupazione*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1980, 617 ss.
- VACCA 1984: L. VACCA, *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'. Lettura delle fonti e tradizione romanistica*, Milano, 1984.
- VESCIA 1886: A. VESCIA, *Se l'occupazione sia modo per acquistare la proprietà delle cose immobili abbandonate*, in *AG*, XXXVII, 1886, 205 ss.

LUCA CUNIAL

TRA RINUNZIA ABDICATIVA
E *DERELICTIO* DELLE *RES IMMOBILES*

1. *Rinunzia abdicativa al diritto reale immobiliare*. – Il tema che con questo sia pur breve contributo si vuole affrontare è quello relativo alla ammissibilità o meno, nel nostro ordinamento, di una rinunzia ai diritti reali immobiliari e, nello specifico, al diritto di proprietà su di un bene immobile¹.

Si tratta di una tematica che, fino a poco tempo fa, si era soliti ritenere rivestisse un interesse puramente teorico e dottrinale, ma che, con l'avvento di quello che è stato definito anche come diritto civile della crisi economica², sembra acquistare una sempre maggiore rilevanza anche da un punto di vista pratico³.

Sono infatti numerose le ragioni che possono spingere un soggetto a rinunciare al proprio diritto di proprietà su un bene immobile. Si pensi, a titolo esemplificativo, a chi si ritrovi nell'impossibilità di continuare a sostenere gli oneri tributari collegati alla proprietà immobiliare; a chi non riesca a far fronte a ingenti spese di manutenzione

¹ Si tratta di un tema oggetto di vivace dibattito all'interno della dottrina civilistica italiana. Se ne sono occupati, tra gli altri, PERLINGIERI 1968a, 345 ss.; MACIOCE 1989, 923 ss.; QUADRI 2018, 1 ss.

² Si tratta di una espressione coniata da D'AMICO 2015, 1030.

³ Il rilievo più che mai pratico della tematica che forma oggetto delle presenti riflessioni è testimoniato anche dal fatto che ad essa è stato dedicato un apposito studio del Consiglio Nazionale del Notariato (BELLINIA 2014, 1 ss.), in ragione dei molteplici quesiti indirizzati all'Ufficio studi del notariato circa la possibilità, da parte del notaio, di ricevere atti di rinunzia ai diritti reali, nonché sulla disciplina e gli effetti dei medesimi.

straordinaria ormai non più rinviabili a causa dello stato di degrado e pericolo in cui versa un immobile; allo scarso interesse che immobili poco appetibili sul mercato possono presentare per il loro proprietario; ovvero, ancora, alla frequente litigiosità tra comproprietari che rende difficoltosa e problematica l'amministrazione di un certo bene.

Ad ogni modo, deve essere sin d'ora rimarcato come quelle appena elencate rappresentano solo talune possibili ipotesi esemplificative, giacché – per quanto difficilmente probabile in un contesto in cui gli operatori economici agiscono secondo un principio di razionalità nelle scelte economiche –, non si può escludere che, almeno in linea teorica, l'atto di rinuncia alla proprietà inerisca ad un bene immobile che esprime un valore economico positivo per il suo titolare.

Prima di procedere, pare opportuno brevemente premettere quale sarà l'oggetto precipuo della presente indagine.

La questione su cui qui ci si intende soffermare è soltanto quella relativa alla eventuale ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una rinuncia unilaterale – quella che in dottrina viene anche comunemente definita come rinuncia 'abdicativa' – da parte dell'unico titolare al diritto di proprietà che questi vanta su un certo bene immobile.

Non costituiranno dunque oggetto delle presenti riflessioni quelle ipotesi in cui la rinuncia si inserisca all'interno di un più ampio schema contrattuale – ovvero le ipotesi di rinuncia cd. traslativa. D'altronde, in dette ipotesi è pure dubbio che di rinuncia vera e propria si possa parlare⁴.

Parimenti non verrà analizzato il caso tutt'affatto particolare in cui la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare consegua alla occupazione illegittima da parte della P.A. del fondo di un privato che venga irreversibilmente trasformato a seguito della realizzazione su di esso di un'opera pubblica⁵.

⁴Così PERLINGIERI 1968a, 356, a detta del quale «non si ha rinuncia là dove la perdita del diritto si giustifica nell'ambito di un altro effetto, o perché parte di un effetto (negoziale) più ampio, o perché inscindibilmente e funzionalmente legato ad altro effetto (negoziale)».

⁵Tale ipotesi involge la questione relativa alla configurabilità, nel nostro ordinamento giuridico, di una rinuncia abdicativa quale atto implicito ed implicato nella proposizione, da parte di un privato illegittimamente espropriato, della domanda di risarcimento del danno per equivalente. Tale tesi, per la prima volta ammessa dalla giuri-

Com'è noto, non esiste all'interno del nostro codice civile una disciplina compiuta dell'atto di rinuncia al diritto reale⁶. Esistono invece soltanto principi e regole che però, in quanto non riconducibili ad un sistematico disegno normativo, non consentono di individuare la figura generale dell'atto di rinuncia al diritto reale⁷.

Ciò nonostante, cercando di fornire dei contorni per quanto possibile più nitidi alla nostra figura, l'atto di rinuncia al diritto reale può essere definito come l'atto unilaterale⁸ per mezzo del quale il titolare di una tale situazione giuridica soggettiva dismette il suo diritto⁹, con ciò determinandone la fuoriuscita dal suo patrimonio¹⁰.

È invece dibattuto se un tale atto di rinuncia presenti o meno carattere recettizio. La dottrina prevalente e la giurisprudenza tendono ad escluderlo¹¹, argomentando dalla natura degli effetti tipici del ne-

sprudenza amministrativa con la sentenza Cons. giust. amm. Sicilia 25 maggio 2009, n. 486, a cui ha fatto eco la giurisprudenza della Corte di cassazione – con la sentenza a Sezioni Unite del 19 gennaio 2015, n. 735 – per i casi devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario nei giudizi instaurati prima della entrata in vigore della l. 21 luglio 2000, n. 205, è stata recentemente criticata dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 2 e 4 del 2020. In occasione di tali arresti si è infatti affermato che, per le fattispecie regolate dall'art. 42-*bis* del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, l'applicazione del principio di legalità – in tale materia peraltro ribadito dall'art. 42 Cost. – richiede una base legale certa perché si determini l'effetto dell'acquisto della proprietà in capo all'espropriante. Sul tema, cfr. MARSEGLIA 2021, 890.

⁶ Così MACIOCE 1989, 923. La rinuncia al credito viene invece sovente identificata con la remissione del debito. Così BIANCA 1998, 461. Si v. però, in senso contrario, PERLINGIERI 1968b, 20 ss.

⁷ Si esprime in questi termini QUADRI 2018, 2.

⁸ Secondo BENEDETTI 1962, 1316, l'atto di rinuncia avrebbe una struttura senz'altro unilaterale. Va comunque rilevato che una parte della dottrina più risalente escludeva che la rinuncia avesse carattere necessariamente unilaterale. In questo senso, cfr. PIRAS 1940, 2.

⁹ Secondo CARIOTA FERRARA 1966, 124, la rinuncia avrebbe carattere negoziale poiché con essa si esercita un potere di tipo dispositivo. In dottrina vi è però anche chi, come PIRAS 1940, 15, ne contesta la natura negoziale.

¹⁰ Così PIRAS 1940, 73. Sul punto, si v. anche le considerazioni di PERLINGIERI 1968a, 348, secondo il quale «l'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunziante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale». Nello stesso senso, più di recente, MACIOCE 1989, 926. Si pone in una diversa prospettiva SANTORO PASSARELLI 1966, 218, a detta del quale «la rinuncia, come negozio essenzialmente abdicativo, non ha in nessun caso altra conseguenza che l'estinzione del rapporto, per uscita del medesimo dal soggetto attivo».

¹¹ Ciò che, secondo MACIOCE 1992, 181, precluderebbe in radice la possibilità di configurare una eventuale revoca della rinuncia. In realtà, come rilevato anche da MES-

gozio di rinuncia, che, esauendosi nella sfera giuridica del dichiarante, non richiederebbero, per la loro compiuta realizzazione, la necessaria comunicazione a terzi¹². In dottrina non sono mancate tuttavia talune voci contrarie¹³.

Se ci si interroghi poi sulla questione relativa alla forma che tale atto deve rivestire, è agevole constatare come questa problematica risulti strettamente collegata all'oggetto della rinuncia medesima. Da ciò consegue che quando la rinuncia abbia ad oggetto un diritto reale immobiliare, essa deve necessariamente rivestire, secondo quanto previsto dall'art. 1350, n. 5, cod. civ., la forma scritta a pena di nullità. Inoltre – sempre per quel che qui interessa –, attenendo a diritti reali immobiliari, la rinuncia è altresì soggetta a trascrizione ai sensi dell'art. 2643, n. 5, cod. civ.

Quanto invece agli effetti della rinuncia ad un diritto reale immobiliare, come si è già anticipato, essa ha quale unico effetto diretto e immediato quello di provocare la fuoriuscita della situazione giuridica soggettiva attiva che ne costituisce oggetto dalla sfera giuridica del rinunziante¹⁴.

Eventuali ulteriori effetti che ne dovessero conseguire non discenderebbero direttamente da essa, ma ne costituirebbero invece delle conseguenze soltanto mediate o riflesse, inderogabilmente previste dalla legge. Così, in caso di rinuncia al diritto di proprietà su un bene immobile da parte dell'unico proprietario di esso, tale bene – almeno

SINEO 1957, 172, l'inammissibilità della revoca di un negozio di rinuncia abdicativa ad un diritto reale immobiliare deriva non tanto dal carattere non recettizio del negozio stesso, bensì dalla circostanza che la modifica della situazione venutasi a creare per effetto della rinuncia non sarebbe più limitata alla sola sfera giuridica del rinunziante, di talché risulterebbe altresì necessaria la sussistenza dei presupposti di volta in volta richiesti per l'acquisto del diritto rinunciato. Una revoca della rinuncia risulterà invece ammissibile allorché la stessa presenti carattere recettizio, sempreché la revoca giunga a conoscenza del destinatario prima della rinuncia. In tal senso LA TORRE 1993, 156.

¹² Così CARIOTA FERRARA 1966, 145. Tale conclusione non risulta pertanto estendibile alle ipotesi di rinuncia 'liberatoria' – su cui v. oltre –, nelle quali l'atto, incidendo anche sulla sfera giuridica di soggetti diversi dal rinunziante, deve essere portato a conoscenza di questi per poter produrre i suoi effetti. In tal senso GIAMPICCOLO 1959, 66, per il quale «quell'effetto diretto verso terzi» (corsivi dell'autore) giustificerebbe il carattere recettizio della dichiarazione del rinunziante.

¹³ Conclude nel senso di ritenere che il carattere recettizio o meno della rinuncia debba essere accertato caso per caso SICCHIERO 1998, 655.

¹⁴ V. sopra, nt. 10.

secondo l'opinione fino ad ora prevalente in dottrina e in giurisprudenza –, divenuto nel frattempo 'vacante', verrebbe acquistato – a titolo originario – dallo Stato ai sensi dell'art. 827 cod. civ.¹⁵. In caso di rinuncia proveniente dal comproprietario ed avente ad oggetto la sua quota di comproprietà, si assisterà invece all'accrescimento della quota degli altri comunisti¹⁶. Ancora, in caso di rinuncia ad un diritto reale limitato su cosa altrui, il diritto di proprietà del nudo proprietario tornerà ad espandersi in virtù del principio cd. dell'elasticità del dominio.

2. *La 'derelictio' delle 'res immobiles' nel diritto romano.* – Pare però opportuno preliminarmente chiedersi, prima di analizzare la tematica della rinuncia al diritto reale immobiliare alla luce delle coordinate dell'ordinamento giuridico attuale, quale fosse sul punto l'atteggiamento assunto da parte dei giureconsulti romani.

Nel fare ciò, non bisogna certo cadere nel pregiudizio, come pure si è detto, di proiettare categorie per noi ormai familiari – quale quella di una proprietà piena e individuale, che funge quasi da presupposto logico prima che giuridico rispetto ad ogni analisi sul nostro tema – su realtà istituzionali profondamente diverse dalla nostra¹⁷.

Così, si può forse persino dubitare della stessa configurabilità di una rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare così come oggi la conosciamo rispetto ad epoche, quale quella del diritto ro-

¹⁵ Dal carattere non recettizio del negozio di rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare deriverebbe peraltro l'impossibilità di ravvisare in capo al privato rinunziante un obbligo giuridico di notificare lo Stato dell'avvenuta dismissione del suo diritto. Ciò non toglie che, come sottolineato anche nella nota ai Consigli Notarili del Direttore Generale dell'Ufficio Centrale degli Archivi Notarili del Ministero della Giustizia del 15 marzo 2018, una tale notizia non si riveli comunque opportuna in un'ottica di reciproca correttezza.

¹⁶ Negli stessi termini Cass., Sez. II, 9 novembre 2009, n. 23691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 579, secondo cui, in tal caso, l'accrescimento della quota degli altri comproprietari opererebbe *ipso iure* in forza del principio dell'elasticità del dominio. In dottrina si v. invece BENEDETTI 1962, 1295, che, in ragione della automatica operatività delle regole sull'accrescimento, di quelle sull'acquisto, da parte dello Stato, della proprietà del bene immobile oggetto di rinuncia abdicativa, nonché del principio di elasticità del dominio, sottolinea come in questi casi «il rifiuto non è neppure prospettabile».

¹⁷ Lo rileva BONA 2017, 16.

mano arcaico, in cui la proprietà delle *res immobiles* avrebbe presentato, a detta di chi si è occupato del tema, carattere collettivo o familiare¹⁸.

Solo in prosieguo di tempo, e, in particolare, in età classica, i romani giunsero a configurare una situazione dominicale tendenzialmente piena e individuale, il *mancipium*¹⁹.

Ed è proprio in quest'epoca, stando ad alcuni frammenti contenuti nel Digesto che trattano appositamente della *derelictio*²⁰, che deve essersi posto all'attenzione dei giuristi romani il problema relativo alla dismissione delle *res immobiles*.

Secondo autorevole dottrina, nel diritto romano classico si sarebbero potute derelinquere sia le *res Mancipi* che le *nec Mancipi*, mobili o immobili che fossero²¹.

Per derelinquere una *res* sarebbe stato necessario sia il cd. *animus derelinquendi*, ossia la volontà del proprietario della cosa di spogliarsene, che – a differenza dell'idea moderna di abbandono negoziale – l'abbandono materiale di essa²².

Quanto agli effetti dell'abbandono, è da rilevare come in età classica si sarebbe assistito ad una disputa tra sabiniani e proculeiani. A detta dei primi, a seguito della *derelictio* la cosa sarebbe senz'altro divenuta una *res nullius*, in virtù di un effetto che – mutuando un concetto moderno – potremmo definire come diretto della derelizione; per i secondi, invece, la *res derelicta* sarebbe rimasta di proprietà del rinunziante sino a che un terzo non ne avesse acquistato il relativo possesso²³. Con il tempo, tuttavia, come peraltro testimoniato anche

¹⁸ Ci si riferisce qui alle tesi elaborate da PEROZZI 1928, 376, secondo il quale sulle *res Mancipi* avrebbe insistito un dominio della *gens* avente natura collettiva, e BONFANTE 1926, 303, che si esprime invece nel senso di una proprietà comune della *gens*, quasi una sorta di proprietà familiare.

¹⁹ BONFANTE 1926, 241.

²⁰ Deve essere qui segnalato che la ricostruzione della disciplina dell'istituto in esame presenta non poche difficoltà in ragione del fatto che le fonti non ne trattano in maniera sistematica. Nello specifico, nel Digesto vi è un titolo (41.7) dedicato all'*usucapio pro derelicto* all'interno del quale sono presenti alcuni passi che trattano della *derelictio* in generale, mentre gli altri testi sul tema si rinvencono in altri titoli o in altre fonti. Sul punto, cfr. ROMANO 1964, 545.

²¹ BRANCA 1958, 1.

²² BRANCA 1958, 2.

²³ Sul punto, cfr. BONFANTE 1926, 284; BRANCA 1958, 2.

dalle fonti, la soluzione propugnata dai sabiniani avrebbe finito con il prevalere²⁴.

Con riguardo all'acquisto del bene derelitto da parte dei terzi, si sostiene che soltanto le *res nec Mancipi* si sarebbero potute acquistare per occupazione, mentre con riguardo alle *res Mancipi* si sarebbe richiesto il perfezionamento della fattispecie dell'usucapione.

L'assetto del nostro istituto avrebbe però subito un'evoluzione nel periodo giustiniano. In effetti, come si evince non solo dal passo delle *Institutiones* (I. 2.1.47) che configura l'acquisto delle *res derelictae* ricorrendo allo schema dello *iactus missilium* (ossia il getto di cose alla folla affinché qualcuno se ne appropri), ma anche dalla stessa collocazione nel Digesto del titolo *pro derelicto* tra quelli *pro donato* e *pro legato*, sarebbe stata ravvisabile, da un punto di vista strutturale, la tendenza ad accostare la derelizione ad una sorta di rinunzia traslativa²⁵.

Quanto agli effetti²⁶, invece, la derelizione avrebbe continuato ad avere, quale effetto diretto e immediato, la perdita del diritto da parte del rinunziante, mentre, sparita ormai la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, i terzi avrebbero sempre potuto acquistare la proprietà delle cose derelitte per occupazione²⁷.

3. *La rinunzia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare: la tesi tradizionale.* – Occorre però ora chiedersi se, nel nostro ordinamento giuridico, sia o meno ammissibile una rinunzia ai diritti reali immobiliari e, nello specifico, una rinunzia abdicativa al diritto di proprietà su di un bene immobile.

²⁴ Si cfr. i frammenti Ulp. 12 *ad ed.* D. 41.7.1: *si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur*; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.7.2 pr.: *pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere.*

²⁵ BRANCA 1958, 3.

²⁶ BRANCA 1958, 3.

²⁷ Per il vero in dottrina vi è anche chi, come ROMANO 1964, 545 ss., propone una ricostruzione parzialmente differente dell'istituto in esame. L'autore, trattando degli effetti della *derelictio*, afferma che essi sarebbero sempre consistiti nella immediata estinzione del diritto di proprietà sulla *res derelicta*. Secondo tale opinione, la disputa tra proculeriani e sabiniani non avrebbe infatti avuto portata generale, ma avrebbe riguardato unicamente il caso, tutt'affatto particolare, dell'eventuale riacquisto della cosa derelitta da parte del soggetto rinunziante.

Si può per ora constatare come la dottrina tradizionale ha generalmente ritenuto che una tale rinuncia fosse ammissibile. Per il vero, numerosi sono gli argomenti che avrebbero deposto a favore di una simile impostazione.

In primo luogo, si è sostenuto che l'ammissibilità di una rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare sarebbe stata una semplice conseguenza del carattere disponibile di una tale situazione giuridica soggettiva. In questo senso, la rinuncia non sarebbe che uno dei possibili modi – estremo, come si è pure detto²⁸ – attraverso il quale il soggetto dispone del suo diritto²⁹, così dismettendolo una volta per tutte.

In secondo luogo, si dice che all'interno del cod. civ. vi sono alcune norme che espressamente riconoscono l'atto di rinuncia ai diritti reali immobiliari. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1350, n. 5, cod. civ., il quale prevede che debbano farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, «gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti», ovvero dai nn. 1, 2, 3 e 4. Se appena si considera che l'art. 1350, n. 1, cod. civ. fa proprio riferimento alla 'proprietà di beni immobili', ne deriverebbe allora un espresso riconoscimento a livello normativo dell'atto di rinuncia abdicativa ai diritti reali immobiliari.

Tale disposizione trova peraltro un corrispondente nell'art. 2643, n. 5, cod. civ., in base al quale si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione «gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti», tra cui, per l'appunto, il diritto di proprietà su beni immobili. E tanto al fine – ciò che ha suscitato non poche perplessità in dottrina – della loro opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2644 cod. civ.³⁰.

²⁸ SICCHIERO 1998, 664.

²⁹ Secondo BIONDI 1961, 402, «che il titolare di un diritto reale, come di ogni diritto, possa rinunciarvi a titolo sia oneroso che gratuito, è sicuro: la rinuncia, in qualunque modo voglia concepirsi è atto di disposizione del diritto, e per conseguenza è sempre consentita ... nessuno è costretto a conservare il proprio diritto; come può non esercitarlo, con la conseguente estinzione per prescrizione, così può rinunciarvi con effetto immediato, naturalmente sempreché si tratti di diritto disponibile». In senso contrario DE MAURO 2018, 86.

³⁰ In dottrina è stata sottolineata l'incongruenza del richiamo, quanto agli effetti della formalità pubblicitaria, all'art. 2644 cod. civ., in quanto l'acquisto in capo al terzo – in ragione della natura abdicativa della rinuncia – non avviene a titolo derivativo, bensì a titolo originario. Sul punto, cfr. GAZZONI 1991, 230.

Va detto poi che il legislatore si preoccupa di disciplinare talune fattispecie tipiche di rinunzia al diritto di proprietà. Ci si riferisce qui, in particolare, agli artt. 882 e 1104 cod. civ. La prima norma attribuisce al comproprietario di un muro la facoltà di sottrarsi dall'obbligo di contribuire nelle spese di riparazione e ricostruzione rinunciando al diritto di comunione; la seconda, invece, riconosce al comproprietario la facoltà di liberarsi dalle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune, nonché da quelle deliberate dalla maggioranza ai sensi degli artt. 1105 e seguenti, con la rinunzia al suo diritto.

Nelle due ipotesi da ultimo menzionate, alla rinunzia da parte del comproprietario alla sua quota di comproprietà conseguirebbe in via immediata e diretta non soltanto la fuoriuscita della situazione giuridica soggettiva dalla sua sfera giuridica, bensì anche la liberazione del comunista dagli obblighi connessi con la titolarità della cosa. In via mediata e riflessa, invece, si verificherebbe l'accrescimento, proporzionalmente alla quota di ciascuno, delle quote degli altri comproprietari.

Pare di potersi dire fin d'ora come in tali ipotesi il risultato avuto di mira dal rinunziante non è tanto quello di accrescere le quote degli altri comproprietari, bensì quello di ottenere la propria liberazione dall'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune. Il che, come è stato rilevato, sembra allontanare l'atto di rinunzia in questione dall'area degli atti gratuiti³¹, facendo invece apparire più opportuno discorrere di una 'funzione liberatoria' della rinunzia in esame³².

Ed è proprio per questa ragione che si spiegherebbe la necessità di una previsione espressa da parte del legislatore. In altre parole, le previsioni di cui agli artt. 882 e 1104 cod. civ. non servirebbero tanto a legittimare, in generale, la rinunzia al diritto reale immobiliare, quanto piuttosto a consentire la liberazione del comproprietario dagli obblighi connessi alla titolarità della cosa³³.

³¹ Sul punto, cfr. le considerazioni svolte da DAMIANI 2018, 123, con riferimento alla – per certi versi analoga – ipotesi disciplinata dall'art. 1070 cod. civ. Secondo l'a., infatti, «l'effetto traslativo che si verifica a favore del proprietario del fondo dominante, per effetto della dismissione del proprietario del fondo servente, è certamente sorretto da un interesse economico e non liberale: quello di liberarsi delle obbligazioni *propter rem* che gravano sul fondo servente».

³² Così QUADRI 2018, 15.

³³ In questo senso DE MAURO 2018, 114 e LA PORTA 2018, 500.

Allo stesso modo, non rappresenterebbe un ostacolo al riconoscimento della generale rinunziabilità dei diritti reali immobiliari quanto viene ora espressamente previsto dall'art. 1118, comma secondo, cod. civ., così come risultante dalla recente riforma del condominio³⁴.

Prima di tale ultima modifica normativa si prevedeva che se anche il condomino avesse rinunciato alla sua quota di proprietà sulle parti comuni dell'edificio, egli con ciò non avrebbe comunque ottenuto la liberazione dall'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la loro conservazione³⁵. Con la attuale formulazione della norma, viene invece radicalmente precluso al condomino di rinunciare al suo diritto sulle parti comuni³⁶.

La *ratio* di tale disposizione non può che spiegarsi alla luce della peculiare natura delle parti comuni dei condomini, e deve essere in particolare ravvisata nell'esigenza che tutti i condomini – che pur a seguito di una eventuale rinuncia al loro diritto sulle parti comuni continuerebbero di fatto a fruirne – partecipino alle spese necessarie per la loro conservazione e per il loro godimento.

Alla luce di quanto precede si ritiene dunque che la norma in esame non abbia una portata generale, valendo anzi a confortare – a contrario – la tesi della (altrimenti) generale rinunziabilità dei diritti reali immobiliari.

Passando a trattare degli effetti della rinuncia abdicativa al diritto reale immobiliare, si è già avuto modo di anticipare come ad essa conseguirebbe unicamente, quale effetto diretto e immediato, la fuoriuscita del diritto dalla sfera giuridica del rinunziante³⁷.

³⁴ Per una analisi della nuova disposizione, cfr. TRIOLA 2013, 206 ss.

³⁵ Per una interpretazione della precedente previsione cfr. BRANCA 1982, 397.

³⁶ Ove intenda sottrarsi all'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione delle parti comuni dell'edificio, il condomino dovrà quindi rinunciare alla sua proprietà esclusiva, con conseguente acquisto di quest'ultima e del diritto di proprietà sulle parti comuni in capo allo Stato ai sensi dell'art. 827 cod. civ.

³⁷ La rinuncia abdicativa ad un diritto, con la conseguente sua fuoriuscita dalla sfera giuridica del rinunziante, deve essere coordinata con l'esigenza di tutelare le ragioni di eventuali creditori del rinunziante, che potrebbero così vedere compromessa la possibilità di soddisfarsi sul patrimonio del loro debitore. In proposito si è detto che l'atto di rinuncia, integrando un atto di disposizione del patrimonio, potrebbe essere soggetto all'azione revocatoria di cui all'art. 2901 cod. civ. Sul punto, cfr. D'ERCOLE 1985, 152 s.; MACIOCE 1989, 425.

Quanto invece agli eventuali ulteriori effetti della nostra fattispecie – ovvero a quelli che conseguono alla rinunzia in via soltanto riflessa –, nel caso in cui tale rinunzia abbia ad oggetto il diritto di proprietà su un bene immobile e provenga dall'unico soggetto proprietario di esso, tale bene verrebbe a trovarsi in uno stato di vacanza. Tale stato di vacanza fungerebbe da presupposto per l'operatività del meccanismo delineato dall'art. 827 cod. civ., cui conseguirebbe – per lo meno secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza³⁸ – l'acquisto del bene immobile, a titolo originario, in capo allo Stato.

Diversamente nelle ipotesi in cui la rinunzia abdicativa abbia ad oggetto vuoi un diritto reale limitato su cosa altrui³⁹, vuoi una quota di comproprietà. Nel primo caso, infatti, a seguito della estinzione del diritto reale limitato, il diritto del nudo proprietario, in virtù del principio dell'elasticità del dominio, tornerà automaticamente a riexpandersi. Nel secondo caso, invece, opererà il principio dell'accrescimento, con la conseguenza che il diritto degli altri comproprietari si accrescerà, in misura proporzionale alle rispettive quote.

4. (*Segue*) *Alcuni attuali orientamenti restrittivi.* – Sennonché, di recente, la ricostruzione operata dalla dottrina tradizionale è stata messa in discussione. Da un lato si è dubitato che il titolare di un diritto reale immobiliare, e, in specie, della proprietà su di un immobile, possa rinunziarvi. Dall'altro, si è contestata l'idea che ad una simile rinunzia consegua l'acquisto della proprietà del bene immobile in capo allo Stato a titolo originario, secondo quanto previsto dall'art. 827 cod. civ.⁴⁰.

Tale tesi restrittiva si fonda su una rivisitazione degli argomenti

³⁸ Tra gli altri, concordano con tale ricostruzione CARIOTA FERRARA 1966, 138 e GIAMPICCOLO 1959, 86, il quale altresì afferma che «se la proprietà di cui il soggetto abbandona la titolarità passa a terzi (es. lo Stato: art. 827 cod. civ.), ciò avviene a titolo originario ed ex lege».

³⁹ D'altro canto, è opinione diffusa che gli *iura in re aliena* possano costituire oggetto di rinunzia da parte del loro titolare. Sul punto, si v. le considerazioni di LA TORRE 1993, 226, secondo cui la rinunzia ai diritti reali limitati sarebbe «rinunzia pura e semplice o meramente abdicativa che, come tale, è idonea a produrre unicamente l'effetto estintivo», con la conseguenza che il rinunciante non sarebbe liberato dalle obbligazioni già scadute ed esigibili.

⁴⁰ Cfr. T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368, in *Foro it.*, 2018, III, 365.

tradizionalmente adottati a sostegno della generale rinunziabilità dei diritti reali immobiliari.

Si sostiene in primo luogo che l'art. 1350, n. 5, cod. civ. farebbe riferimento alla sola rinunzia ai diritti derivanti da contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà di beni immobili. In altri termini, tale articolo si riferirebbe esclusivamente alle rinunzie cd. traslative, le quali, peraltro, si differenzerebbero dalla rinunzia abdicativa poiché ad esse non conseguirebbe alcuno stato di vacanza del bene⁴¹. Allo stesso modo, anche l'art. 2643, n. 5, cod. civ. farebbe riferimento non ai 'diritti in sé', bensì solamente ai 'diritti nascenti da determinati contratti', e, quindi, alle rinunzie traslative.

Viene poi contestato che a seguito dell'eventuale atto di rinunzia abdicativa alla proprietà immobiliare da parte dell'unico proprietario di esso, *in thesi* ammissibile, tale bene venga acquistato dallo Stato a titolo originario ai sensi dell'art. 827 cod. civ. Nulla impone di ritenere, si dice, che con la norma in questione il legislatore abbia inteso riferirsi anche ai beni abbandonati e non, invece, solamente ai beni da sempre senza proprietario. In questo senso tale disposizione rappresenterebbe una sorta di 'norma di chiusura' del sistema, volta ad evitare l'esistenza di immobili 'acefali', in quanto tali suscettibili di occupazione da parte dei terzi⁴².

Si conclude dunque nel senso che l'istituto della rinunzia abdicativa ai diritti reali immobiliari non avrebbe una portata generale, risultando esso al contrario ammissibile soltanto nelle singole ipotesi tipiche oggetto di espressa previsione da parte del legislatore, ovvero solamente «nei casi in cui essa risulta funzionale alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile»⁴³.

Secondo tale impostazione, tali considerazioni non potrebbero che risultare suffragate dal richiamo contenuto nell'art. 42 Cost. alla

⁴¹ In questi termini T.A.R. Puglia, 17 settembre 2008, n. 2131, resa, per il vero, in un caso di occupazione acquisitiva, su cui v. sopra, nt. 5.

⁴² Si legge in T.A.R. Puglia, 17 settembre 2008, n. 2131 che l'art. 827 cod. civ. è stato chiaramente inserito «quale norma di chiusura, al solo ed evidente scopo di evitare la 'sopravvivenza' – alla entrata in vigore del codice del 1942 – di eventuali beni immobili privi di proprietario», con la conseguenza che esso «non può e non deve essere interpretato nel senso che possono intendersi automaticamente acquisiti al patrimonio dello Stato anche i beni immobili vacanti in conseguenza di rinunzia abdicativa».

⁴³ Così, ancora, T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368.

‘funzione sociale’ della proprietà⁴⁴: essa farebbe sorgere in capo al privato un ‘dovere’ di mantenere in buono stato il bene immobile, poiché se al privato fosse sempre consentito di rinunciare a proprio piacimento al proprio diritto di proprietà, egli sarebbe indotto a disinteressarsi del bene⁴⁵.

5. (*Segue*) *Sua ammissibilità se in concreto persegue interessi meritevoli di tutela.* – Le recenti impostazioni restrittive di cui qui si è dato brevemente conto muovono dichiaratamente dalla pratica esigenza di evitare che attraverso atti di rinunzia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare vengano dismessi e quindi acquistati dallo Stato una moltitudine di beni in stato di degrado, in quanto tali possibile fonte di responsabilità da custodia.

Pur cercando di rispondere a istanze collettive di indubbia rilevanza, non sembra qui che tale legittima preoccupazione debba necessariamente tradursi in una indistinta compromissione delle facoltà riconosciute al proprietario di un immobile. In altre parole, tali tesi, così come gli argomenti sui quali esse si fondano, non sembrano cogliere nel segno.

Non sembra infatti in primo luogo condivisibile l’argomento secondo il quale gli artt. 1350, n. 5, e 2643, n. 5, cod. civ. si riferirebbero unicamente ai ‘diritti [immobiliari] nascenti da determinati contratti’, e non, dunque, anche alle rinunzie abdicative. D’altro canto, se la facoltà di rinunciare ad un diritto dovesse necessariamente trovare la propria fonte in un precedente rapporto contrattuale, tale conclusione dovrebbe valere pure per le ipotesi di rinunzia ai diritti reali immobiliari limitati, ciò che invece pare di potersi agevolmente escludere⁴⁶.

Quanto invece all’ambito di applicazione dell’art. 827 cod. civ., non si intende qui certo mettere in dubbio che la finalità della disposizione in esame sia anche quella di fungere da ‘norma di chiusura’ del sistema. Non si vede però per quale ragione essa non possa operare anche in caso di rinunzia abdicativa alla proprietà immobiliare. E ciò soprattutto se si consideri che, diversamente opinando, oltre a

⁴⁴ Per una lettura del concetto di ‘funzione sociale’ della proprietà, si rinvia qui a PERLINGIERI 1970, 25 ss.

⁴⁵ T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368.

⁴⁶ Nello stesso senso anche QUADRI 2018, 41.

porsi in contrasto rispetto alla sua genesi storica⁴⁷, la portata della norma finirebbe forse con il risultare eccessivamente svilita⁴⁸.

A parere di chi scrive, non è dunque questo il piano sul quale deve essere ricercata una soluzione al problema dianzi esposto. Con la conseguenza che al titolare del diritto di proprietà su un bene immobile, al pari di ogni altro titolare di un diritto disponibile, deve essere riconosciuta, in generale – e salvo divieti particolari posti dall'ordinamento –, la facoltà di rinunciare al suo diritto.

Pare invece più opportuno chiedersi se attraverso una tale rinuncia esso persegua sempre interessi meritevoli di tutela. In altre parole, secondo l'impostazione che qui si intende suggerire – e anticipando fin d'ora il risultato a cui si crede di poter pervenire – è sì da ritenersi ammissibile una generale facoltà del proprietario di un bene immobile di rinunciare unilateralmente al suo diritto, con ciò provocandone l'acquisto, a titolo originario, in capo allo Stato⁴⁹. Tutto ciò, a condizione che gli interessi complessivamente perseguiti dal rinunziante risultino, nella singola vicenda, meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ovvero, in altre parole, purché la causa – in concreto – dell'atto di rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare risulti lecita.

La prospettiva da cui occorre muovere è dunque quella funzionale, che si incentra sul concetto di causa. Com'è noto, tale concetto ha formato oggetto di un vivace dibattito in seno alla dottrina civilistica italiana, all'esito del quale si è giunti ad affermare che la causa non andrebbe concepita come 'funzione economico sociale' del nego-

⁴⁷ Cfr. BONA 2017, 84.

⁴⁸ Così pure QUADRI 2018, 43. Sul punto, si v. anche BONA 2017, 85, secondo il quale «si può ritenere che il legislatore abbia voluto (anche) riconoscere, seppur indirettamente, la configurabilità di un abbandono degli immobili».

⁴⁹ Pare inoltre opportuno chiedersi quale sia la sorte dei diritti dei terzi eventualmente insistenti sul bene a seguito del suo acquisto a titolo originario in capo allo Stato ai sensi dell'art. 827 cod. civ. Secondo l'insegnamento della dottrina tradizionale, su cui cfr., per tutti, DE MAURO 2014, 377, il problema andrebbe risolto nel senso di riconoscere a chi acquista a titolo originario un diritto di proprietà libero dai diritti reali minori che eventualmente gravavano sul precedente diritto dominicale. Senonché, si è obiettato che una simile conclusione non troverebbe sufficienti riscontri positivi. Vi è anzi chi, come CHIANALE 2010, 421, trattando delle ipoteche, esclude che le stesse si estinguano per effetto dell'usucapione che un terzo abbia a maturare con riferimento al bene ipotecato. In tal senso militerebbe tra l'altro l'assenza, per gli immobili, di una norma analoga all'art. 1153, comma secondo, cod. civ., che, per l'acquisto *sine titulo* di beni mobili, prevede che la proprietà si acquisti libera da diritti altrui sulla cosa.

zio⁵⁰, bensì come ‘funzione economico individuale’ di esso, alla luce degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti⁵¹.

La questione è viepiù complicata se solo si considera che la stessa applicabilità del concetto di causa agli atti unilaterali, e, dunque, anche all’atto di rinunzia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, è tutt’ora discussa.

Vi è chi, ad esempio, radicalmente nega l’applicabilità di tale concetto alla rinunzia, la quale si risolverebbe niente meno che in un ‘nudo patto’⁵², giacché il legislatore non ha imposto alcun controllo in ordine a questo atto di autonomia⁵³.

Secondo altri, invece, la rinunzia presenterebbe una causa unica e costante, che consisterebbe nella «mera dismissione di un diritto da parte del titolare al solo scopo di separare dal proprio patrimonio un’entità giuridica attiva»⁵⁴.

Tale seconda opzione interpretativa sembra peraltro porsi maggiormente in linea con il dettato normativo, atteso che l’art. 1324 cod. civ. estende anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale – tra cui, pare di potersi ritenere, figura anche l’atto di rinunzia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare – le norme che regolano i contratti, in quanto compatibili⁵⁵.

Tuttavia, anche l’impostazione appena esposta risulterebbe eccessivamente riduttiva.

Infatti, come è stato efficacemente dimostrato – con argomentazioni che parrebbero estensibili ad ogni ipotesi di atto unilaterale e, dunque, anche all’atto di rinunzia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare⁵⁶ –, soltanto accedendo alla tesi della causa in concreto anche in relazione agli atti unilaterali risulterebbe possibile cogliere appieno il significato del singolo atto di autonomia privata posto in

⁵⁰ Che altrimenti non si riuscirebbe a spiegare come possa essere illecita la causa di un negozio tipico.

⁵¹ Così SCOGNAMIGLIO 2006, 198.

⁵² In questi termini SACCO - DE NOVA 2004, 805.

⁵³ SICCHIERO 1998, 664.

⁵⁴ Così BOZZI 1968, 1149.

⁵⁵ Sul punto, cfr. DI MAJO 1988, 1, a detta del quale sarebbe «opinione largamente condivisa che la nozione di causa rilevi anche con riguardo ai negozi giuridici non aventi natura di contratto» sulla base delle «disposizioni che estendono la normativa contrattuale anche ad atti diversi dal contratto (purché aventi contenuto patrimoniale; art. 1324 cod. civ.)».

⁵⁶ In tal senso QUADRI 2018, 129.

essere dal soggetto rinunziante, anche e soprattutto al fine della individuazione della disciplina di volta in volta applicabile. In altre parole, l'atto di rinuncia al diritto reale immobiliare presenterebbe una possibile 'polivalenza funzionale'⁵⁷.

Più sopra, trattando delle fattispecie tipiche di rinuncia al diritto di proprietà disciplinate dagli artt. 882 e 1104 cod. civ., si è detto che in relazione ad esse è diffuso l'orientamento incline ad attirarle nell'area degli atti gratuiti. Tali atti configurerebbero in particolare una liberalità non donativa e, in quanto tali, sarebbero potenzialmente soggetti all'azione di riduzione secondo il meccanismo previsto dall'art. 809 cod. civ.

In effetti, può essere proprio così. Si pensi al caso in cui il genitore titolare di un diritto di usufrutto su un bene immobile di proprietà del figlio rinunci al suo diritto, con ciò provocando la riespansione del diritto di proprietà del nudo proprietario. In una simile ipotesi, difficilmente si può revocare in dubbio che il genitore abbia inteso arricchire il figlio e, soprattutto, che la realizzazione di tale intento liberale consegua non già direttamente alla rinuncia abdicativa, bensì alla vicenda effettuale complessivamente considerata, alla luce, dunque, anche degli effetti solo mediatamente riconducibili alla rinuncia.

Non si può però escludere, nelle ipotesi di cui agli artt. 882 e 1104 cod. civ., che, attraverso la rinuncia al suo diritto, il risultato avuto di mira dal rinunziante sia non tanto quello di accrescere le quote degli altri comproprietari – ciò che giustificherebbe l'attrazione degli atti in questione nell'ambito delle liberalità non donative –, bensì quello di ottenere la propria liberazione dall'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune.

E tanto basta per far sorgere il dubbio che l'atto in questione risulti effettivamente un atto gratuito⁵⁸, sembrando invece più opportuno discorrere, come detto, di una 'funzione liberatoria' della rinuncia in oggetto⁵⁹, con conseguente sua sottrazione dall'ambito di applicazione dell'art. 809 cod. civ.⁶⁰.

⁵⁷ QUADRI 2018, 58.

⁵⁸ V. sopra, nt. 31.

⁵⁹ Così GIAMPICCOLO 1959, 66, secondo il quale «l'abbandono liberatorio non costituisce una rinuncia pura e semplice, ma una rinuncia qualificata ... da un particolare connotato causale (funzione satisfattiva-liberatoria)».

⁶⁰ QUADRI 2018, 56.

Si immagini, ancora, il caso di un immobile che costituisce l'unico cespite di una successione cui sono chiamati – in eguale misura – due fratelli, uno dei quali abbia già ricevuto in vita, a titolo di donazione, un altro immobile di pari valore. In una simile ipotesi, l'apporcionamiento delle quote può sì essere raggiunto mediante un contratto di divisione. Tuttavia, ad analogo risultato può anche pervenirsi attraverso un atto di rinuncia alla propria quota di comproprietà sul bene relitto da parte del figlio già beneficiario in vita. Anche in tal caso, l'atto di rinuncia pare stridere con una sua eventuale qualificazione in termini di liberalità, sembrando invece più conveniente parlare di una 'funzione divisoria' dell'atto rinunziativo.

Di conseguenza, anche tale rinuncia non sarà soggetta alla eventuale azione di riduzione proposta da parte dei legittimari. Di contro, risulterà ad essa applicabile l'art. 764 cod. civ.⁶¹.

Come risulta evidente da tale ultimo esempio, il concreto assetto di interessi non può che essere colto alla luce di una complessiva valutazione dei rapporti sottostanti; valutazione che non può e non deve ridursi all'esame isolato del singolo atto di rinuncia, ma deve al contrario necessariamente estendersi all'analisi del complesso della vicenda effettuale. In altri termini, occorrerà tenere in considerazione non solo gli interessi direttamente regolati dal negozio di volta in volta considerato, bensì tutti gli interessi coinvolti – compresi dunque anche quelli 'esterni'⁶² – nell'ambito dell'operazione economica posta in essere dal soggetto.

Ecco che, accedendo ad una tale impostazione, risulterà altresì possibile farsi carico delle preoccupazioni manifestate da quei recenti orientamenti che finiscono per escludere *tout court* la rinunziabilità della proprietà immobiliare.

⁶¹ D'altro canto, come messo in luce da attenta dottrina, è solo accedendo alla prospettiva funzionale che si riesce a spiegare il riferimento contenuto all'interno di detto articolo ad 'ogni altro atto' che abbia per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari. In termini MIRABELLI 1952, 41, a detta del quale affinché un atto possa essere equiparato alla divisione è necessario il requisito dell'apporcionamiento. Per MOSCATI 1989, 5, è necessario, a tal fine, che, per volontà delle parti, esista una correlazione tra ciò che si riceve e ciò che si sarebbe dovuto ricevere in base alla quota. In giurisprudenza v. Cass., Sez. III, 3 agosto 2012, n. 13942, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1016, ove si fa riferimento alla proporzionalità tra le attribuzioni patrimoniali e le quote di ciascuno dei partecipanti alla comunione ereditaria.

⁶² È la formula usata da QUADRI 2018, 128.

Se è dunque vero che chi rinunzia alla proprietà su di un bene immobile può avere quale unica finalità quella di dismettere il suo diritto, non si può però *a priori* escludere che il rinunziante, in concreto – e alla luce degli effetti che anche solo mediatamente conseguono alla rinunzia –, abbia avuto di mira lo scopo di far gravare sullo Stato, e, dunque, sulla collettività tutta, delle spese che invece si sarebbe dovuto sobbarcare.

In un simile caso – e cioè allorché un privato voglia dismettere il suo diritto di proprietà immobiliare al fine di far ricadere sulla collettività gli oneri legati alla titolarità di un bene che, a causa della sua inerzia protratta nel tempo, sia divenuto potenzialmente dannoso e pericolante – si potrà legittimamente dubitare che l'interesse concretamente perseguito risulti meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Nello specifico, la causa di una tale rinunzia abdicativa potrebbe risultare illecita⁶³, provocando con ciò la nullità dell'atto stesso, per contrarietà vuoi ai doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., vuoi all'ordine pubblico⁶⁴.

⁶³ È questo, peraltro, il risultato a cui è pervenuto il Parere di massima reso dall'Avvocatura generale dello Stato del 14 marzo 2018.

⁶⁴ GAZZONI 2019, 806: «La funzione attuale dell'ordine pubblico, infatti, non è più esclusivamente di carattere latamente politico ma è quella di impedire che i privati possano darsi un assetto di interessi non conforme a quelle direttive e a quei principi, i quali caratterizzano la stessa struttura etico-sociale della Comunità nazionale, tenuto conto del contesto europeo, internazionale e convenzionale».

BIBLIOGRAFIA

- BELLINIA 2014: M. BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, Consiglio Nazionale del Notariato, studio 216-2014/C, 2014.
- BENEDETTI 1962: G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1309 ss.
- BIANCA 1998: C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV. L'obbligazione*, Milano, 1998.
- BIONDI 1961: B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XII, Torino, 1961.
- BONA 2017: C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Trento, 2017.
- BONFANTE 1926: P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana ('Res Mancipi' e 'res nec Mancipi')*, in ID., *Scritti giuridici varii, II. Proprietà e servitù*, Torino, 1926, 1 ss.
- BOZZI 1968: A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1149 ss.
- BRANCA 1958: G. BRANCA, voce *Abbandono ('derelictio') (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1 ss.
- BRANCA 1982: G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1982, 358 ss.
- CARIOTA FERRARA 1966: L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966.
- CHIANALE 2010: A. CHIANALE, *I diritti reali, VI. Lipoteca*, Torino, 2010.
- D'AMICO 2015: G. D'AMICO, *Il 'rent to buy': profili tipologici*, in *I Contratti*, 2015, 1030 ss.
- DAMIANI 2018: E. DAMIANI, *Il principio di tipicità dei negozi unilaterali*, Napoli, 2018.
- DE MAURO 2014: A. DE MAURO, *I modi di acquisto della proprietà*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, II, a cura di G. Amadio e F. Macario, Bologna, 2014, 377 ss.
- DE MAURO 2018: A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018.
- D'ERCOLE 1985: S. D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 1985, 141 ss.
- DI MAJO 1988: A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 1 ss.
- GAZZONI 1991: F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, I, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991.
- GAZZONI 2019: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁹, Napoli, 2019.
- GIAMPICCOLO 1959: G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

- LA PORTA 2018: U. LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss.
- LA TORRE 1993: M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993.
- MACIOCE 1989: F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 923 ss.
- MACIOCE 1992: F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992.
- MARSEGLIA 2021: E. MARSEGLIA, *La rinuncia abdicativa al vaglio del Consiglio di Stato (A.P. n. 2 e 4, 2020): legalità e tipicità dell'azione amministrativa nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 890 ss.
- MESSINEO 1957: F. MESSINEO, *Manuale del diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.
- MIRABELLI 1952: G. MIRABELLI jr., *Transazione e divisione*, in *Foro it.*, 1952, I, 39 ss.
- MOSCATI 1989: E. MOSCATI, voce *Divisione. Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, 1 ss.
- PERLINGIERI 1968a: P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, 345 ss.
- PERLINGIERI 1968b: P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.
- PERLINGIERI 1970: P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli, 1970.
- PEROZZI 1928: S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928.
- PIRAS 1940: S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940.
- QUADRI 2018: R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, Napoli, 2018.
- ROMANO 1964: S. ROMANO, voce *'Derelictio'*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1964, 545 ss.
- SACCO - DE NOVA 2004: R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*³, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004.
- SANTORO PASSARELLI 1966: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.
- SCOGNAMIGLIO 2006: C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato sul contratto*, diretto da V. Roppo, II. *Il regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 86 ss.
- SICCHIERO 1998: G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 652 ss.
- TRIOLA 2013: R. TRIOLA, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, III. *La comunione e il condominio*, Padova, 2013, 206 ss.

MARIA KACZOROWSKA

A MULTI-LAYERED APPROACH
TO OWNERSHIP OF IMMOVABLE PROPERTY
AGAINST THE BACKGROUND
OF THE ROMAN LAW PARADIGM

1. *Introduction.* – The European countries' legislation in the field of proprietary relations traditionally follows the Roman law concept of land ownership, which is based on the assumption that the owner's rights are unlimited in spatial terms. Conceived in this way, ownership extends to airspace above and underground space below a specific piece of the land's surface. Such an approach found its expression in the Roman times in the fundamental rule of *superficies solo cedit*, and subsequently was even more explicitly emphasised in the medieval maxim *cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*, formulated by the glossators.

In the course of historical development, a number of exceptions to those general principles have been successively introduced in particular European legal systems, including primarily building leases and apartment ownership as well as separate ownership of buildings. Moreover, widely accepted limitations as to the vertical scope of ownership stem from objective factors related to airspace and subsurface, respectively, such as economic, social and technological ones, on the basis of which horizontal borderlines of land are identified.

Currently, in view of dynamic urbanisation processes and the ever-increasing need for land use optimisation, a tendency can be observed to develop legal solutions allowing for the division of the space into distinct layers defined by horizontal and vertical planes, and the

creation of so-called three-dimensional immovable properties, with separate titles thereto. Such 3D objects can serve different investment purposes, *e.g.* connected with the management of space over railway infrastructure. The category of ‘three-dimensional (3D) property’ is already regulated in several jurisdictions in Europe and around the world. In the recent years, works have been undertaken in Poland with the aim of preparing draft legislation to introduce the notion of 3D property to domestic law. This has instigated a doctrinal discussion on the possible ways of adapting the new legal construct to the existing Polish property law framework, which follows the Roman juridical tradition.

The focus of the contribution is on the directions of 3D property formation in different legal systems in the context of the long-established model of land ownership derived from Roman law. In this respect, particular consideration will be given to the recommendations regarding relevant legislative changes to be implemented in Polish law. Against this background, new legal possibilities and challenges posed by the concept of multi-layered ownership will be identified, among which the ones pertaining to land registration, being traditionally based on 2D approach. The above issues are going to be discussed in the light of the most recent technological advancements which increasingly influence property law relations nowadays. In this regard, particularly worthy of note are the development of digital 3D cadastral systems as well as extensive implementation of emerging technologies such as blockchain for the purpose of registering titles to land.

2. *The spatial extent of land ownership in Roman law and in modern legal systems: general rules.* – The Roman law notion of immovable thing (*res immobiles*) was laid down already in the Twelve Tables Law, and was consistently understood as land and everything permanently attached to it, in particular buildings¹. Admittedly, the distinction between movable and immovable things was not of considerable relevance, given the primacy of the classification between *res mancipi* and *res nec mancipi*. Nevertheless, the concept of immovable property

¹MOUSOURAKIS 2012, 123; STRZELCZYK 2019, 1; ŚWIRGOŃ-SKOK 2007.

constituted the basis for the *superficies solo cedit* principle, recognised as one of the most famous rules of Roman private law, which had a significant impact on the development of modern legal systems. In line with this maxim, also known as the rule of accession, everything that has been erected or planted on a piece of land becomes an integral part thereof. Thereby, whoever owns the land also owns what is placed on the land².

What lies at the core of the aforementioned understanding of land ownership, is the two-dimensional delineation of the land's surface. In Roman law, land parcels and their boundaries were conceptualised vertically, and therefore the spatial scope of ownership was unlimited in the sense that it extended to space above and beneath a specific part of land. A clear confirmation of the spatially unlimited character of land ownership can be found in the later formulated brocard *cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos* or *usque ad sidera, usque ad inferos*, attributed to the 13th-century glossator Accursius³. According to this figurative description, whoever owns the soil owns it all the way up to the heavens and down to the centre of the earth⁴. It may therefore be concluded that the *cuius est solum* rule defines the vertical extent of an owner's right in land, whereas the *superficies solo cedit* rule is an expression of indivisible ownership of the vertical column of space above and below a land parcel⁵.

The above indicated principles have been historically adopted in the majority of jurisdictions in Europe, and still apply today⁶. This is illustrated, *e.g.*, by the regulation regarding land ownership in force in Poland. As follows from art. 48 of the Polish Civil Code⁷, subject to exceptions provided for by statute, buildings and other installations attached permanently to land, as well as trees and other plants from the moment when they were planted or sown, shall in particu-

² KOLAŃCZYK 2021, 293; STRZELCZYK 2019, 1; KURYŁOWICZ 1997, 79 ff.

³ Franciscus Accursius (c. 1180-c. 1260), Italian legal scholar, leading jurist of the 13th century, professor at the University of Bologna, author of the *Glossa ordinaria* on *Corpus Iuris Civilis* (c. 1220-1250).

⁴ See *e.g.* GIARO 2018, 409 f.

⁵ KITSAKIS 2019, 31.

⁶ See further *e.g.* GIARO 2018, 426 f.; STRZELCZYK 2019, 2 ff.; SCHMID - HERTEL - WICKE 2005, 14.

⁷ *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny* (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, as amended).

lar be regarded as component parts of land. Moreover, pursuant to art. 143 of the Polish Civil Code, within the limits specified by the social and economic purpose of land, the ownership of land (*własność gruntu*) shall extend to the space above and below its surface. This provision shall not prejudice the provisions that govern rights to waters⁸. Similar legal solutions can be found in other continental law countries, such as Italy (art. 840 of the Italian Civil Code⁹), France (art. 552 of the French Civil Code¹⁰), Austria (section 297 of the Austrian Civil Code¹¹), Switzerland (art. 667 of the Swiss Civil Code¹²), Germany (section 905 of the German Civil Code¹³), Sweden (chap. 2, section 1 of the Swedish Land Code¹⁴) and the Netherlands (art. 5:20 paragraph 1 of the Dutch Civil Code¹⁵). Specific to legal orders representing the common law tradition is the reception of the doctrine of vertical expansion of ownership, based on the *cuius est solum maxim*. It has been recognised in England from very early times¹⁶. First noted in 1586 in the case of *Bury v Pope*¹⁷, it became influential after it was cited by prominent English jurists: Edward Coke¹⁸ in the 17th century and William Blackstone in the 18th century¹⁹. The common law concept of land ownership was later adopted in the United States, Canada and Australia²⁰.

⁸ See e.g. GNIEWEK - MIKOSZ 2020, 76 ff.; SOKOŁOWSKI 2021, 171 ff.; CIOCH - WITCZAK 1999, 13 ff.

⁹ *Codice civile* (r.d. 16 marzo 1942, n. 262, G.U. n. 79 del 4 aprile 1942, as amended).

¹⁰ *Code Civil* of 21 March 1804.

¹¹ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* of 1811 (JGS No. 946/1811, as amended).

¹² *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* of 10 December 1907 (SR 210).

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002* (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, as last amended BGBl. I S. 5252, 2021).

¹⁴ *Jordabalk* (SFS 1970:994, as amended).

¹⁵ *Burgerlijk Wetboek*, 1992.

¹⁶ The incorporation of the *cuius est solum* rule into English common law was possible following the coming of Accursius's son, Franciscus (1225-1293), equally a lawyer, to England in 1274 upon King Edward I's invitation. See BOUVÉ 1930, 232, 246 ff.

¹⁷ Cro. Eliz. 118; 78 Eng. Rep. 375 (1586).

¹⁸ Edward Coke (1552-1634), English jurist and politician, author of *Institutes of the Laws of England*.

¹⁹ William Blackstone (1723-1780), English jurist and politician, author of *Commentaries on the Laws of England*.

²⁰ See further e.g. HARPUM - BRIDGE - DIXON 2012, 53 ff.; SPRANKLING 2008, 979 ff.; ABRAMOVITCH 1962, 253 ff.; DONOHUE 2021, 2 ff.; BABIE 2017, 157 ff.

As can be noted in the examples provided, however, some derogations from the general concept of land ownership are commonly recognised. Furthermore, it was the case already in Roman times, which was manifested by the *ius superficarium*²¹. The now established exceptions to the *superficies solo cedit* rule usually regard specific categories of objects or the introduction of special registers for the purpose of identification of objects not being component parts of land, despite their physical connection therewith. Nevertheless, it is significant that no legal system has completely departed from the *superficies solo cedit* rule²². In most jurisdictions, building leases and apartment ownership (condominium) are regulated. As for the first institution (*diritto di superficie* in Italy, *bail à construction* in France, *Erbbaurecht* in Germany), it establishes a separate right *in rem* to own a building erected on (including above or below) foreign land. The second provides for the separate ownership of an apartment in a multi-apartment building, the land and common parts of the building normally being subject to co-ownership²³. Another category to be mentioned is the separate ownership of buildings existing particularly in the countries of Central and Eastern Europe as relics of the communist regimes. Under previous provisions, buildings had been legally built by somebody else than the owner of the land, the ownership being regarded a mere formality. Currently, within the reprivatisation process following the fall of communism, such separate ownership rights tend to be abolished²⁴. For instance, with respect to Polish law, buildings and other installations erected on the State Treasury's land or on the land which is owned by the entities of local government or their unions by a holder of perpetual usufruct (*użytkowanie wieczyste*) shall constitute his ownership. The same shall apply to the buildings and other installations which the holder of perpetual usufruct acquired pursuant to the relevant pro-

²¹ In ancient Roman law, the acquirer of the *superficies* did not obtain ownership but only a personal right against the landowner. In the following period of the development of Roman law, if the right was conceded by the landowner in perpetuity or for a very long term, the praetor granted the superficiary real actions and interdicts. Thereby, the right of *superficies* acquired the character of a *ius in re aliena*. See e.g. GIARO 2018, 447 ff.; DYJAKOWSKA 2015, 5 ff.; GDESZ 2009, 84; LEHAVI 2020, 3.

²² ZARADKIEWICZ 2021, 35.

²³ SCHMID - HERTEL - WICKE 2005, 14, 19 ff.; GLUSZAK 2008, 28 f.; RYCKO 2021; GDESZ 2009, 84. See further e.g. LEYSER 1958, 31 ff.

²⁴ SCHMID - HERTEL - WICKE 2005, 14.

visions at the conclusion of a contract of letting land as perpetual usufruct. Ownership of the buildings and other installations on the land subject to perpetual usufruct which the holder of perpetual usufruct is entitled to shall be a right bound with perpetual usufruct (art. 235 of the Polish Civil Code). Perpetual usufruct was introduced in Poland in 1961 as a form of transferring public land to temporary use with annual charges. By virtue the Act of 20 July 2018 on Transformation of the Right of Perpetual Usufruct of Land Developed for Residential Purposes into Ownership of Land²⁵, the right of perpetual usufruct of the land developed for housing purposes was converted *ex officio* into ownership²⁶.

As regards the *cuius est solum* rule, it has been applied under common law for centuries until it was criticised in the 19th century and its application was restricted. Similarly, 19th-century civil codes in Continental Europe (among which the French one) adhered thereto by disallowing the horizontal division of land into multiple surface and subsurface estates, but subsequently, in the 20th century, the legislators (including the German one) moved away from applying the strict principle of physical unity. As a consequence, limited forms of fragmentation, involving typically not more than two layers: surface and subsoil, were allowed. It was a more intensified utilisation of space above surface for high-rise constructions and the development of aviation as well as the discovery of significant resources that posed a particular legal challenge for the *cuius est solum* rule. Overall, it has been subject to adjustments in different legislations, concerning both airspace and subsurface, with a view to accommodating economic, social, and technological changes. Accordingly, property rights can be restricted in the vertical dimension by other rights, such as mineral and flying rights, but nevertheless the land owner's control over practically usable spaces has been maintained²⁷. This is also confirmed by the abovementioned examples of selected national regulations.

²⁵ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów (Dz. U. z 2020 r. poz. 2040, as amended).

²⁶ See e.g. TRUSZKIEWICZ 2021, 2 ff.; CIEPLA 2018, 18 ff.; KWARTNIK-PRUC - TREMBECKA 2019, 363 ff.; SIEKAŃSKI - WASZKIEWICZ 2019, 204 ff.

²⁷ LEHAVI 2020, 3 f.; SMITH 2015, 2079 ff.; PAULSSON 2007, 3 ff.; MATUSIK 2021, 19 ff.; ESMAEILI 2016, 111 ff.

In addition, it is important to highlight that the two-dimensional approach is generally followed with respect to the registration of property rights on immovables as well. In most countries around the world, cadastral and land registration systems are based on a 2D parcel as the main entity of property situations²⁸.

3. *The concept of three-dimensional (3D) property.* – Further exceptions to the paradigm of two-dimensional property exist in some countries in the form of ‘three-dimensional property’ – 3D property, also denominated as ‘horizontal property’, ‘airspace property’, ‘strata title’ or ‘ownership of space’²⁹. Characteristically, there is no single definition thereof, neither in legislation nor in the legal doctrine. The notion of 3D property depends on individual national legal systems, each having its own instruments for multi-use of land³⁰.

In this regard, it should be clarified that in fact all property units are three-dimensional, since a property unit, traditionally considered to be two-dimensional, may not consist solely of the land surface, but – as underlined above – extends upwards into the sky and downwards into the depths of the earth, and as such shall be conceived as a 3D column of space. That being so, the three-dimensional aspect of the property does not pertain to the actual extent of the property unit, but rather to the delimitation of it³¹.

The underlying assumption of the concept of 3D property broadly understood is the possibility to create constructions and structures whose ownership is not connected with the ownership of land. In this sense, the category of 3D property covers various legal institutions, including, *e.g.*, the abovementioned apartment ownership and surface rights, such as perpetual usufruct and building leases. Within a more strict understanding, the term ‘3D property’ refers to property units that are legally delimited both vertically and horizontally, and are formed as a result of the division of the space into distinct layers (strata) or segments. Such sections or bounded

²⁸ FELCENLOBEN 2013b, 5 ff.; SANDBERG 2001, 201 ff.

²⁹ See further PAASCH - PAULSSON 2011, 88.

³⁰ PAULSSON 2007, 27; KITSAKIS *et al.* 2016, 2 ff.

³¹ MATUSIK 2021, 19 ff.; EL-MEKAWY - PAASCH - PAULSSON 2014, 19.

amounts of space constitute independent subjects of property rights. Their specific feature is that they may be located on, above or below ground as well as under or above the traditional 2D property or another 3D property. On this basis, 3D property is treated as a separate kind of property as opposed to 2D property, also referred to as regular, conventional or surface property³².

Consequently, the two most common forms of 3D property distinguished in the legal scholarship are the condominium and the independent 3D property. The former refers to the ownership of single apartments, whereas the latter, being the 'pure' type of three-dimensional delimitation of space, denotes larger units, or units not delimited by a specific building. The category of independent 3D property encompasses the airspace parcel and the 3D construction property. The airspace parcel is not bound to a specific building or construction, and may consist of just a space volume (volume of air). The 3D construction, in turn, may only be created within a building or construction of some sort, or with the purpose of creating such a construction³³.

An increased interest in the utilisation of spaces both over and below the ground level has been observed in recent decades, with the vertical dimension becoming a relevant factor for real property objects. Nowadays, there are more and more growing needs for new forms of ownership and land use in densely built urban areas. This refers particularly to objects and structures erected over railway tracks or public roads, bridges as well as tunnels and underground storage facilities, which have no economic connection with the land³⁴. What should be underlined is that the hitherto existing forms used for the establishment of infrastructure rights, *i.e.* obligation rights and limited property rights (such as leaseholds and easements) do not provide the investors with sufficient financial security. For this reason, there is a strong demand for making the investors' rights more secure and transferable, and thus facilitating financial transactions, such as

³² PAULSSON 2007, 31 ff.; PAULSSON 2008, 3 ff.; PAASCH - PAULSSON 2011, 90 ff.; ZARADKIEWICZ 2021, 28 ff.

³³ PAULSSON 2007, 28 ff., 298 ff.; PAULSSON 2008, 3 f.

³⁴ In this context, it is worth mentioning that one of the earliest documented cases of an immovable property 'detached' from the land is the construction of Ponte Vecchio in Florence. See GDESZ 2009, 84.

selling, buying, mortgaging and leasing³⁵. It is therefore the 3D property formation that meets the above needs by offering the possibility to guarantee the property rights of owners, which can effectively stimulate the investments in development above and below ground and allow for more efficient management of real property.

The development of 3D property entails that traditional 2D systems of registration of property rights in relation to land be transformed into 3D ones. In conditions of growing urbanisation, 2D registration cannot accommodate complex, horizontally overlapping constructions, extending on multiple height levels, by various stakeholders. 3D cadastre (also known as multi-dimensional cadastre) allows for delineating 3D parcels that cover specified fragments of the space (using x, y, z coordinates) and for relating ownership rights to those delineated fragments, which encourages optimal utilisation of the urban space. The idea of 3D cadastre has been discussed since 2001 when an international workshop was organized in Delft, the Netherlands, as part of the activity of Commission 7 (Cadastre and Land Management) of the International Federation of Surveyors (FIG)³⁶. There are a number of countries already implementing 3D cadastres³⁷.

4. *3D property in selected jurisdictions.* – As mentioned above, the multi-layered approach to the allocation of property rights is reflected in the legal framework of different jurisdictions, both European and non-European, representing the civil law and the common law traditions, respectively. It is suggested that although the Roman law based general rules pertaining to land ownership are shared by both the European continental and Anglo-Saxon countries, it is the common law jurisdictions that seem to be better adjusted to the concept of multiple stratification of real property. This is because the estate system applied in common law, which vests ownership to the Crown (the

³⁵ PAULSSON 2008, 2 ff.; GDESZ 2009, 83 ff.; ZARADKIEWICZ 2021, 32 ff.; WILK 2021, 4; FELCENLOBEN 2013b, 5 ff.

³⁶ See <http://www.gdmc.nl/3DCadastres/workshop2001/>.

³⁷ See e.g. KITSAKIS *et al.* 2016, 2 ff.; KITSAKIS *et al.* 2018, 2 ff.; STOTER - SALZMANN 2003, 395 ff.; DIMOPOULOU - ELIA 2013, 410 ff.; BYDŁOSZ - BIEDA 2020, 1 ff.; BUDKOWSKI 2020, 17 ff.

State), is closer to the allocation of property rights on multiple space volumes, compared to the principles that apply to civil law. The specificity of provisions regarding 3D property units in civil law and common law legislations is that the former tends to restrict the use thereof to buildings or constructions, while the latter prove more flexible and provide for the possibility to create non-feasible legal spaces as well³⁸. This diversity can be exemplified by 3D property models developed in Sweden, the Netherlands, the United States and Australia.

4.1. *Sweden.* – The institution of 3D property was introduced in Sweden in 2004 by way of amendments to the Swedish Land Code and the Swedish Real Property Formation Act³⁹. In the present state of the law, there are three types of three-dimensional property: three-dimensional property unit (*tredimensionell fastighet*), which is a property unit delimited both horizontally and vertically; three-dimensional property space (*tredimensionellt fastighetsutrymme*), which is a space included in a property unit other than a three-dimensional property unit and delimited both horizontally and vertically, and condominium ownership (*ägarlägenhet*) which is a three-dimensional property unit not intended for other purposes than containing a single dwelling flat (chap. 1, section 1a of the Swedish Land Code)⁴⁰.

The 3D property unit can be considered as a 3D construction property of the independent 3D property type as it must relate to a whole or a part of a built construction or other facility. It is not bound to be located within one two-dimensionally delimited property, but may extend over or under several ground parcels. There are no limitations as to the range of rights, restrictions or responsibilities related to 3D property units. The types of rights to be formed on a 3D property do not differ from those created on 2D property, such as ownership, easement or servitude as well as different types of access and use rights⁴¹.

³⁸ KITSAKIS 2019, 11, 107. See also GDESZ 2009, 84.

³⁹ *Fastighetsbildningslagen* (SFS 1970:988, as amended).

⁴⁰ PAULSSON 2012, 27 ff.

⁴¹ PAULSSON 2007, 77 ff.; PAULSSON 2008, 3 ff.; KITSAKIS *et al.* 2016, 11 f.; FELCENLOBEN 2013a, 8 f.

The 3D property is basically formed and dealt with as a traditional 2D property. In principle, the same regulations as for other property-related rights apply also to the 3D property, with only a few special requirements, designed to reflect its particularities. For instance, a 3D property may only be formed if such a solution is found more suitable than other measures for obtaining the purpose. Furthermore, the 3D property formation must lead to better management of the construction, or facilitate its financing. According to another rule, the 3D property unit may only be formed if the facility is already constructed, unless it is done to guarantee financing or the construction of the facility, but then only for a transition period. The 3D property unit must also be assured of the additional rights that are needed for its appropriate use, such as rights for access to the property and to different facilities. As regards the 3D property space, it is not a separate property unit, but is included in another traditional property unit. It can be used for delimiting space that is more suitable to add to another property unit than where it is located, *e.g.* a parking space under another property, bridges, connecting tunnels or passages (Swedish Real Property Formation Act, Chap. 3, Section 1a)⁴².

The boundaries of all property units and their ownership are registered in the Real Property Register (*Fastighetsregistret*), managed by the Swedish Mapping, Cadastral and Land Registration Agency (*Lantmäteriet*). The register consists of a textual part, *i.e.* land register, and a geographical part, *i.e.* cadastral index map. The textual part contains information on title holder, easements and other rights, restrictions and responsibilities, mortgages, unique areal property identification numbers *etc.*, whereas the digital index map contains spatial extension of property units, and associated rights, responsibilities and restrictions. Information recorded in the land register and the index map relates to both 2D and 3D property units. The physical 2D footprint of a 3D property unit is registered by x and y coordinates in the spatial part of the register, whereas the extension in height can be described by z coordinates, by adding a textual description of the legal boundaries in the register, and the number of the floor level the 3D unit is located on⁴³.

⁴² PAULSSON 2007, 84 ff.; PAULSSON 2012, 28.

⁴³ KITSAKIS *et al.* 2018, 45 ff.; EL-MEKAWY - PAASCH - PAULSSON 2014, 21 ff.; FELCENLOBEN 2013a, 9; KARABIN 2004a, 12 ff.; KARABIN 2004b, 14 ff.

4.2. *The Netherlands.* – Under Dutch law, it is not possible to divide ownership of land as such, *e.g.* by creating ownership of 3D volumes or selling a building without the land. Nevertheless, multi-level property rights in the Netherlands have been in existence since long and can still be created by the land owner via apartment rights (condominium rights) and the establishment of limited property rights (superficies, long lease and easement). The currently adopted approach aims at integrating the capabilities of 3D technology to the existing legal framework by maintaining the widely used 2D registration system, without the need of legal amendments to support 3D registration of stratified real property units⁴⁴.

In 2012, the Netherlands' Cadastre, Land Registry and Mapping Agency (*Kadaster*) started a study to improve the registration process. The aim of the first implementation phase was to provide a solution for the problem that the rights for 3D volumes can be established, but the dimensional aspect cannot be made visible in the cadastre, where the multi-level property situations are projected on the 2D plane. Therefore, a procedure was developed to accept 3D representations of legal volumes in a 3D PDF format as part of the deed. Given that the technological infrastructure has already been enabling the digital registration of deeds in the Dutch land register, the registration of a 3D visualisation of multi-level rights in the form of a 3D PDF was possible, without any legislative change. The above method was introduced in practice in 2016 for the purpose of the Delft Railway Zone Project. The 3D cadastre case covered a small part of the total project, consisting of a multi-layered construction combining the new Railway Station and the new City Hall, which involved property rights of three different parties⁴⁵. This pioneering innovation of an interactive 3D visualisation of 'legal volumes', *i.e.* 3D physical spaces identified each as a distinctive unit in the cadastre and the land register, provides a possibility of legally validating such a new type of physical identification and registration of rights thereto, thus serving not only current stakeholders, but also future transferees and other stakeholders of multi-level property rights. The introduc-

⁴⁴ STOTER *et al.* 2017, 1 ff.; STOTER - PLOEGER - VAN OOSTEROM 2013, 56 ff.; KITSAKIS *et al.* 2018, 42 ff.; KITSAKIS 2019, 220; KARABIN 2008, 3 ff.

⁴⁵ STOTER *et al.* 2016, 493 ff.; STOTER *et al.* 2017, 158 ff.; KITSAKIS *et al.* 2018, 42.

tion of legal volumes not only facilitates a more flexible approach to the division or aggregation of space over time, but may also enable the development of new types of property rights, outside of the existing closed list (*numerus clausus*)⁴⁶.

It is assumed that the further development of the model of registering multi-level property rights in the Netherlands should not result in implementing a full 3D cadastral registration. According to the recommendations advanced in the legal literature, an optimal solution for practice would be to establish an efficient way of registering stratified property units within the civil law and cadastral framework, based on juridical, organisational and technical aspects⁴⁷.

4.3. *The United States.* – Another form of independent 3D property can be found in the United States, where the ‘air rights’ or ‘air-space rights’ model is used to divide ownership three-dimensionally. Followed particularly in the countries where the deed recordation system prevails, this model provides for registration of separate three-dimensional property units independent from the underlying parcel. It enables ownership of air rights to be subdivided. Moreover, it is possible to subdivide airspace or areas under ground into properties. Thereby, units can be created in subsurface space in the same manner as tracts of air, constituting a separate object for property rights and transactions⁴⁸.

By applying the mechanism of transferrable development rights (TDRs), landowners can acquire unused development rights (air rights) from owners of other plots and add such development rights to their own plots. The term ‘development right’ means the right, granted by a public authority through some form of land regulation, to develop land or add density to already existing development. Unlike in traditional zoning, where development rights are fixed and anchored to a specific land plot, TDRs ‘generated’ by a specific plot (sending area) can be transferred and ‘consumed’ on a different plot (receiving area). Originally introduced in the New York City’s zoning

⁴⁶ LEHAVI 2020, 9 f.

⁴⁷ STOTER *et al.* 2017, 14 f. See also KITSAKIS 2019, 220.

⁴⁸ PAULSSON 2007, 33; SANDBERG 2001, 203 f.; VAN OOSTEROM - PLOEGER - STOTER 2005, 2 ff.

code of 1916, the concept of TDR was comprehensively formulated in the 1960s and 1970s. It was at that time when the ‘first-generation’ TDR programs were implemented in the US, and subsequently spread to other countries around the world⁴⁹. TDR programs provide local governments with a tool to control land use as well as compensate land owners for land use restrictions that may reduce the property’s market value. Of particular importance for the evolution of the TDR system was the 1978 US Supreme Court decision in the *Penn Central Transportation Co. v. New York City* case, regarding the regulatory taking doctrine⁵⁰. Penn Central was prevented by the New York City Landmarks Preservation Law from erecting a multi-story office building above Grand Central Railroad Terminal. The plaintiff was not compensated, but was allowed to transfer the Terminal’s unused development rights to other sites. The US Supreme Court held that the plaintiff’s property was not taken unconstitutionally because the combined effect of the restrictions and the allowed transfer of unused development rights permitted the owner a reasonable beneficial use of its property. Without addressing whether TDRs would have been adequate as just compensation, the Court found that they were valuable and mitigated the financial burden of the Landmarks Law on the plaintiff. Thus the Court gave the concept of TDR considerable credibility as a means of mitigating the impacts of regulation⁵¹.

4.4. *Australia.* – The legislation on 3D properties was introduced in Australian states already in the 1960s. Characteristic to the 3D property model adopted in Australia is a combination of the independent 3D property type and the condominium type, as evidenced by the examples of New South Wales and Victoria⁵².

The strata system developed in New South Wales is based on two forms of 3D property: stratum and strata titles. Stratum belongs to

⁴⁹ See e.g. FELCENLOBEN 2013a, 7 f.; KITSAKIS 2019, 121; LEHAVI 2020, 5; ELLICKSON *et al.* 2021, 176 ff.; NELSON *et al.* 2011; FALCO - CHIODELLI 2018, 381 ff.; COSTONIS 1973, 75 ff.; LINKOUS 2016, 162 ff.

⁵⁰ 438 U.S. 104 (1978).

⁵¹ See e.g. BATEY 1979, 728 ff. See also ZARADKIEWICZ 2021, 30 f.; GDESZ 2009, 84.

⁵² PAULSSON 2007, 137 ff.; PAULSSON 2008, 5.

the independent 3D property type and is a horizontally subdivided property which can be located both on the ground and in the air, with no need for connection with a building. It is therefore an air-space parcel. Strata title is a right to possession of one of the separate lots or apartments into which a building can be subdivided. The abovementioned forms can be combined in different ways, *e.g.* the stratum unit can be further subdivided into several strata title units. In the New South Wales legislation, the term ‘cubic space’ is used as a general term to define 3D air space (Strata Schemes Development Act 2015 No 51). Cubic space is three-dimensional air space. It can be defined as the space or volume of land occupied within the three-dimensional boundaries of a title to land, which includes all lots in strata schemes as well as some lots in deposited plans⁵³.

In Victoria, the strata legislation has developed during a long period of time, and has been simplified recently by incorporating 3D property into the regular real property legislation. The Subdivision Act of 1988 makes no distinction between 2D and 3D properties, *i.e.* conventional subdivision and strata. A lot is defined as a specific unit of land, building or airspace that can be separately owned. Subdivision covers any division of land, buildings or airspace into two or more lots, also including re-subdivision. According to the Transfer of Land Act of 1958, ‘stratum’ means a part of land consisting of a space of any shape below, on, or above the surface of the land, or partly below and partly above the surface of the land, all the dimensions of which are limited⁵⁴. With its longstanding experience in developing legislation to meet the demands for recording rights, restrictions and responsibilities (RRRs) related to the ownership of the 3th dimension of space, Victoria has become one of the leading jurisdictions in implementing 3D cadastre. Land registration in Victoria involves issuing a certificate of title that is complemented by a graphical representation of the spatial extent of RRRs associated with the land known as the subdivision plan. The current legislation allows for registration of 3D land RRRs, however the techniques for graphically depicting them in subdivision plans rely on 2D representation. Based

⁵³ PAULSSON 2007, 157 ff.; PAULSSON 2012, 31 f.; KITSAKIS 2019, 121.

⁵⁴ PAULSSON 2007, 240 ff.; PAULSSON 2012, 32; KITSAKIS 2019, 121; ZARADKIEWICZ 2021, 30.

on the investigations of the technical aspects of a 3D digital cadastre, a roadmap has been developed for implementing the Victorian 3D digital cadastre by 2025⁵⁵.

5. *Possible introduction of layered ownership to Polish law.* – The concept of 3D property is unknown to the Polish legal system. Recommendations to legally allow for the possibility of horizontal severance of the space above or below land for the purpose of economic exploitation of space units as separate objects of ownership have been put forward repeatedly in the recent years. One of such proposals was presented by the Polish Ministry of Infrastructure in the objectives of the draft law on separate ownership of building objects of 14 July 2010⁵⁶. The purpose of the draft was to establish a new form of ownership of a building object, which could be located over or below the land surface. In line with those assumptions, it would provide opportunities for real estate market, especially with respect to investments in city centres, so far regarded as completely urbanised, and therefore impossible to be further developed. Most recently, the idea of ‘layered ownership’ (‘strata ownership’ - *własność warstwowa*) was included in the Polish Deal programme (*Polski Ład*), announced by the Polish government in 2021⁵⁷. As underlined in the programme provisions, there are an important number of unused spaces in large cities in Poland. This refers *i.a.* to the areas above railway lines, which prove very attractive to investors. However, investments in such areas face substantial difficulties because the existing legislation excludes the possibility of selling the space over railway tracks. It is therefore expected that the new legal solutions will facilitate the investment processes, *i.a.* through easier financing. The assumed legal constructs of separate building object ownership and layered ownership have not been specified in detail in the abovementioned proposals.

Possible legislative approaches to the concept of three-dimensional property are subject to analysis in the legal scholarship. The adaptation of 3D property to the Polish civil law framework is gen-

⁵⁵ KRYSAKIS *et al.* 2018, 11 ff.; OLFAT *et al.* 2020, 1 ff.

⁵⁶ *Założenia do projektu ustawy o odrębnej własności obiektów budowlanych. Projekt z dnia 14 lipca 2010 r.*, <https://grafik.rp.pl/grafika2/572846>.

⁵⁷ See <https://www.gov.pl/web/polski-lad>.

erally found advisable and feasible, but, as emphasised, it would require significant amendments to the general Civil Code provisions on things as well as provisions of other acts. In the present state of the law, three types of immovable property (*nieruchomość*) are distinguished: land, buildings and apartments. Pursuant to art. 46 paragraph 1 of the Polish Civil Code, parts of the earth's surface constituting a separate object of ownership (land) as well as buildings permanently attached to land or parts of such buildings if on the basis of specific provisions they constitute an object of ownership separate from land, shall be immovable property. In the case of introduction of layered ownership, the above legal definition should be supplemented by another category of immovable property, *i.e.* other constructions or structures (building objects)⁵⁸. Stipulating the admissibility of an airspace parcel as a separate object of ownership would necessarily entail the very notion of thing, laid down in art. 45 of the Polish Civil Code, to be modified. The reason is that, as follows from this provision, only tangible objects shall be considered things. Therefore, not being a tangible object, airspace as such *de lege lata* cannot constitute a separate object of property rights⁵⁹.

In line with a view presented in the literature, the introduction of 3D property would also result in an exception to general rules regarding the scope of exercising the right of ownership, provided for in artt. 140 and 143 of the Polish Civil Code. According to art. 140 of the Polish Civil Code, within the limits specified by statute and the principles of community coexistence, the owner may, to the exclusion of other persons, use the thing in conformity with the social and economic purpose of his right, in particular he may collect profits and other proceeds from the thing; he may dispose of the thing within the same limits. Art. 143 of the Polish Civil Code, as already mentioned in the foregoing, establishes the vertical extent of land ownership, following the general rule derived from Roman law. It is suggested that these provisions should be amended by specifying the way of delimiting spatial boundaries of the right of ownership, *e.g.* based on the local development plan, the type of buildings, or a de-

⁵⁸ZARADKIEWICZ 2021, 37; WILK 2021, 6; GDESZ 2009, 85 f.; FELCENLOBEN 2013a, 14.

⁵⁹ZARADKIEWICZ 2021, 29, 37.

terminated height over the land surface or the roof. Such an approach is similar to the legal solutions adopted in the US⁶⁰. As argued by other authors, an amendment to art. 140 of the Polish Civil Code would not be needed for spatial planning and development regulations are commonly recognised as limitations to the right of ownership. Accordingly, the spatial boundaries of an airspace parcel should not be rigidly defined, but rather be delineated depending on each specific case, within the competence of the architecture and building administration bodies⁶¹.

With regard to the establishment of the right of layered ownership, it is proposed that it could be created by way of a contract between the land owner and the acquiring party, or by way of a unilateral juridical act of the land owner, as in the case of the separate ownership of an apartment. The formal requirement of notarial deed should apply⁶².

Other amendments that would need to be considered when regulating the potential new form of 3D property relate to regulations concerning land and mortgage registers (perpetual books - *księgi wieczyste*) and the cadastre (roll of land and buildings - *ewidencja gruntów i budynków*). This would follow from the necessity to add the third dimension of height into the cadastral registration, now using 2D parcels in order to register rights to land⁶³. In this context, worthy of note are academic proposals of a 3D cadastre model for Poland. The proposed solutions assume, *i.a.*, the introduction of new 3D cadastral objects as well as the subdivision of space into layers, including the space accessible by the owner and the space reserved for the State Treasury, required for security of the aircraft traffic, as well as space where natural resources occur, below the depth accessible by the private owner⁶⁴.

Some positions alternative to the idea to implement a 3D property legal construct are represented in the Polish legal doctrine as well. For instance, in order to avoid unnecessary interference with the

⁶⁰ FELCENLOBEN 2013a, 13.

⁶¹ WILK 2021, 6 f.

⁶² ZARADKIEWICZ 2021, 33 ff.; WILK 2021, 6; GDESZ 2009, 86 f.

⁶³ ZARADKIEWICZ 2021, 42.

⁶⁴ See further *e.g.* KARABIN 2013, 4 ff.; KARABIN 2014, 281 ff.; BYDŁOSZ 2017, 231 ff.; BYDŁOSZ - BIEDA 2020, 1 ff.; FELCENLOBEN 2013a, 14 ff.; ŚLIWIŃSKI 2014.

existing property law framework, it has been suggested that an appropriate modification of the institution of perpetual usufruct or its replacement with building lease would be sufficient to improve the possibilities of utilising spaces over the ground level⁶⁵. Another legal solution being considered is the introduction of a new type of immovable property called *zabudowa*, based on an innovative legislative proposal formulated during the works of the interwar Codification Commission of the Republic of Poland in 1934⁶⁶. *Zabudowa* would be a spatial structure consisting of a physical object, *i.e.* a construction, and the space connected thereto. As such, it could comprise constructions situated both on the foreign land and above it, not only the existing but also the future ones, thus serving different economic purposes⁶⁷.

6. *The impact of digital technologies on the development of 3D property.* – An important factor in further increasing land use efficiency through extensive exploitation of the potential of 3D property is the current technological progress. The widespread application of digital technologies provides for new opportunities of collection, processing and dissemination of information regarding the legal status and the spatial features of land. This is illustrated by the increasing use of three-dimensional digital visualisation, planning, allocation and registration of property rights, as is the case, *e.g.*, in the legal systems in which 3D cadastre systems are being developed, outlined in the precedent section of the contribution⁶⁸.

Of key importance in this respect is the advancement in the process of informatisation in the land registration domain. Commonly observed in Europe and worldwide, such reforms have resulted, *i.a.*, in transforming land registers into electronic databases, making their content available via the Internet as well as creating integrated land information systems, with the aim to ensure updating, synchronisation and automatic exchange of land registry data and cadastral data. An example can be electronic land and mortgage reg-

⁶⁵ MATUSIK 2011, 74.

⁶⁶ See ZOLL 1936, 4.

⁶⁷ ZARADKIEWICZ 2021, 38 ff.

⁶⁸ See further LEHAVI 2020, 9 ff.

isters operating in Poland. Currently, works are ongoing to launch the Integrated Land Information System (*Zintegrowany System Informacji o Nieruchomościach*), which is supposed to encompass both land and mortgage registers and the cadastre, providing interoperability of data and high quality e-services⁶⁹. What is more, some countries (among which Finland, Australia, England and Wales, the Netherlands) have already introduced or are planning to introduce legal and technical framework for electronic conveyancing, whose underlying premise is to allow for a disposal of the ownership of land to be made entirely digitally⁷⁰. At present, new possibilities to implement automation mechanisms for the purpose of registration and transfer of land arise with the emergence of the latest innovative technologies such as blockchain. With its features of distributed ledger of digital records using advanced cryptographic techniques and operating within a peer-to-peer network, blockchain is expected to offer secure storage and distribution of information regarding Internet transactions. This technology enables trading of real-world assets, including immovable ones, represented in the form of digital tokens (tokenisation). Furthermore, the expansion of so-called smart contracts, *i.e.* self-executing computer programs stored on a blockchain-based platform, can be noted. Therefore, blockchain is widely regarded to have potential for implementation in the real estate market by providing new forms of investment. The growing interest in the application of blockchain technology in land registration is manifested by pilot projects implemented in a number of countries around the world (such as Georgia, Sweden, Estonia and the Netherlands). In this context, the activity of the Working Group on Distributed Ledgers and Blockchain, established in 2019 by the Polish Ministry of Digital Affairs, is worthy of mentioning as well⁷¹.

The effective modernisation of national land registers and further development tendencies in the field of real estate transactions, espe-

⁶⁹ See *e.g.* BLAJER 2018, 380 ff.; GRYSZCZYŃSKA 2011, 174 ff.; KACZOROWSKA M. 2020, 149 ff.; KACZOROWSKA M. 2019b, 30 ff.

⁷⁰ See *e.g.* NIEMI 2017, 20 ff.; BRENNAN 2015; ROSIER 2013, 61 ff.

⁷¹ See *e.g.* ARRUÑADA 2020, 35 ff.; GARCIA-TERUEL 2020, 129 ff.; LEMIEUX 2017, 392 ff.; OPITEK 2019, 97 ff.; KACZOROWSKA M. 2019a, 339 ff. Further on smart contracts see *e.g.* KACZOROWSKA B. 2019, 189 ff.; MIK 2021, 478 ff.; WRIGHT - DE FILIPPI 2018, 72 ff.; KASPRZYK 2018, 101 ff.

cially connected with the use of blockchain and smart contracts, provide a basis for gradual transition from a 2D registration of property rights to 3D interactive systems as well as for the intensification of 3D property rights trading. It is presumed that the digitalisation, while encouraging legal innovation and giving rise to new types of property rights, may also push forward existing market practices, broadening financing opportunities and expanding land markets⁷². At the same time, it is emphasised that along with extensive application of digital technologies for the purpose of developing 3D property, regulatory and legal arrangements need to be made in order to address coordination challenges by establishing institutional governance mechanisms for various stakeholders holding multi-layered property rights⁷³.

7. *Conclusion.* – Fundamental principles defining the indivisible and spatially unlimited concept of land ownership, originating from Roman law, are still enshrined in national legislations. As follows from the overview of examples of legal regulations now in force, they remain relevant despite different exceptions providing for vertical division of land that have been introduced in the course of time to accommodate the needs of modern societies in the process of civilisation evolution. The nowadays evidenced trend towards legally allowing for the establishment of multi-layered entitlements in land in the urban areas is a symptom of further exceeding the paradigm of two-dimensional property. Such an approach, additionally encouraged by emerging technologies, can on one hand contribute to fostering a more optimal use of land and enhancing investment in real estate, and on the other hand it may require far-reaching changes in the general property law framework as well as result in regulating new types of property rights. A point of reference in identifying possible directions of legal developments regarding 3D property can be the future preparatory works for the implementation of layered ownership in Poland.

⁷² See further *e.g.* LEHAVI 2020, 16; ALLAM - JONES 2019, 1 ff.; KRIGSHOLM - RIEKKINEN - STÄHLE 2020, 1 ff.

⁷³ LEHAVI 2020, 14 ff.

BIBLIOGRAPHY

- ABRAMOVITCH 1962: Y. ABRAMOVITCH, *The Maxim 'Cujus Est Solum Ejus Usque Ad Coelum' as Applied in Aviation*, in *McGill Law Journal*, VIII.4, 1962, 247 ff.
- ALLAM - JONES 2019: Z. ALLAM - D.S. JONES, *The Potential of Blockchain within Air Rights Development as a Prevention Measure against Urban Sprawl*, in *Urban Science*, III.1, 2019, 1 ff.
- ARRUÑADA 2020: B. ARRUÑADA, *Prospects of Blockchain in Contract and Property*, in *Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate*, edited by A. Lehari and R. Levine-Schnur, Cham, 2020, 35 ff.
- BABIE 2017: P. BABIE, *Completing the Painting: Legislative Innovation and the 'Australianness' of Australian Real Property Law*, in *Property Law Review*, VI.3, 2017, 157 ff.
- BATEY 1979: D.L. BATEY, *Historic Preservation: Transferable Development Rights as Mitigation Rather Than Just Compensation - Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978)*, in *Washington Law Review*, LIV, 1979, 728 ff.
- BLAJER 2018: P. BLAJER, *Rejestr nieruchomości. Studium prawnoporównawcze*, Warszawa, 2018.
- BOUVÉ 1930: C.L. BOUVÉ, *Private Ownership of Airspace*, in *Air Law Review*, I, 1930, 232 ff.
- BRENNAN 2015: G. BRENNAN, *The Impact of eConveyancing on Title Registration: A Risk Assessment*, Cham, 2015.
- BUDKOWSKI 2020: S. BUDKOWSKI, *Multidimensional Cadastre as an Element of Participation in Modern Space Management*, in *Geomatics, Landmanagement and Landscape*, 2020, 17 ff.
- BYDŁOSZ 2017: J. BYDŁOSZ, *Przyszłe obiekty katastru 3D w Polsce*, in *Acta Scientiarum Polonorum. Administratio Locorum*, XVI.4, 2017, 231 ff.
- BYDŁOSZ - BIEDA 2020: J. BYDŁOSZ - A. BIEDA, *Developing a UML Model for the 3D Cadastre in Poland*, in *Land*, IX.11, 2020, 1 ff.
- CIEPLA 2018: H. CIEPLA, *The Transformation of the Right of Perpetual Usufruct into Ownership*, in *Prawo w Działaniu*, XXXVI, 2018, 18 ff.
- CIOCH - WITCZAK 1999: H. CIOCH - H. WITCZAK, *Zasada superficies solo cedit w prawie polskim*, in *Rejent*, XCVII.5, 1999, 13 ff.
- COSTONIS 1973: J.J. COSTONIS, *Development Rights Transfer: An Exploratory Essay*, in *The Yale Law Journal*, LXXXIII.1, 1973, 75 ff.
- DIMOPOULOU - ELIA 2013: E. DIMOPOULOU - E. ELIA, *Towards Common Basis for 3D Cadastres from Legal Perspective*, in *Survey Review*, XLV.333, 2013, 410 ff.

- DONOHUE 2021: L.K. DONOHUE, *Who Owns the Skies? 'Ad Coelum', Property Rights, and State Sovereignty*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2369, 2021, 1 ff.
- DYJAKOWSKA 2015: M. DYJAKOWSKA, *Superficies - rzymskie korzenie prawa zabudowy*, in *Zeszyty Prawnicze*, XV.1, 2015, 5 ff.
- ELICKSON *et al.* 2021: R.C. ELICKSON - V. BEEN - R.M. HILLS - C. SERKIN, *Land Use Control: Cases and Materials*⁵, Frederick, 2021.
- EL-MEKAWY - PAASCH - PAULSSON 2014: M. EL-MEKAWY - J. PAASCH - J. PAULSSON, *Integration of 3D Cadastre, 3D Property Formation and BIM in Sweden*, in *Proceedings of the 4th International Workshop on 3D Cadastres (Dubai, 9-11 November 2014)*, 2014, 17 ff.
- ESMAEILI 2016: H. ESMAEILI, *Boundaries of Land, Fixtures and Ownership of Minerals and Resources: The Search for Certainty*, in *The Boundaries of Australian Property Law*, edited by H. Esmaeili and B. Grigg, Cambridge, 2016, 95 ff.
- FALCO - CHIODELLI 2018: E. FALCO - F. CHIODELLI, *The Transfer of Development Rights in the Midst of the Economic Crisis: Potential, Innovation and Limits in Italy*, in *Land Use Policy*, LXXII, 2018, 381 ff.
- FELCENLOBEN 2013a: D. FELCENLOBEN, *Czasowo-przestrzenne obiekty ewidencyjne w wielowymiarowym katastrze nieruchomości - perspektywa zmian istniejącego modelu*, in *Acta Scientiarum Polonorum. Geodesia et Descriptio Terrarum*, XII.1, 2013, 5 ff.
- FELCENLOBEN 2013b: D. FELCENLOBEN, *Pojęcie działki powietrznej jako obiektu przestrzennego umożliwiającego rejestrację trójwymiarowych praw do nieruchomości - Kataster 3D*, in *Świat Nieruchomości*, LXXXIV.2, 2013, 4 ff.
- GARCIA-TERUEL 2020: R.M. GARCIA-TERUEL, *Legal Challenges and Opportunities of Blockchain Technology in the Real Estate Sector*, in *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, XII.2, 2020, 129 ff.
- GDESZ 2009: M. GDESZ, *O odrębnej własności obiektów budowlanych*, in *Przegląd Sądowy*, 9, 2009, 83 ff.
- GIARO 2018: T. GIARO, *Posiadanie i prawa rzeczowe*, in W. DAJCZAK - T. GIARO - F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa, 2018, 385 ff.
- GLUSZAK 2008: M. GLUSZAK, *Użytkowanie wieczyste w kontekście rozwiązań stosowanych w wybranych krajach europejskich*, in *Świat Nieruchomości*, LXVI.4, 2008, 28 ff.
- GNIWEK - MIKOSZ 2020: E. GNIWEK - R. MIKOSZ, *Treść i wykonywanie prawa własności*, in *System prawa prywatnego, 3: Prawo rzeczowe*, pod redakcją E. Gniewka, Warszawa, 2020, 73 ff.
- GRYSZCZYŃSKA 2011: A. GRYSZCZYŃSKA, *Nowa Księga Wieczysta. Informatyzacja rejestru publicznego*, Warszawa, 2011.

- HARPUM - BRIDGE - DIXON 2012: C. HARPUM - S. BRIDGE - M. DIXON, *The Law of Real Property*, London, 2012.
- KACZOROWSKA B. 2019: B. KACZOROWSKA, *Juridical Status of So-called Smart Contracts against the Background of the Polish Legal Framework*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, XIII.2, 2019, 189 ff.
- KACZOROWSKA M. 2019a: M. KACZOROWSKA, *Blockchain-based Land Registration: Possibilities and Challenges*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, XIII.2, 2019, 339 ff.
- KACZOROWSKA M. 2019b: M. KACZOROWSKA, *Informatisation of Land Registers in Poland and Other Member States of the European Union: A Comparative Overview*, in *Law and Forensic Science*, XVII.1, 2019, 30 ff.
- KACZOROWSKA M. 2020: M. KACZOROWSKA, *Postępy informatyzacji rejestrów nieruchomości w krajach Unii Europejskiej. Analiza prawnoporównawcza*, in *Informatyzacja ksiąg wieczystych i postępowania wieczystoksięgowego*, pod redakcją J. Gołaczyńskiego, Warszawa, 2020, 149 ff.
- KARABIN 2004a: M. KARABIN, *System katastralny w Szwecji*, I, in *Przegląd Geodezyjny*, 6, 2004, 12 ff.
- KARABIN 2004b: M. KARABIN, *System katastralny w Szwecji*, II, in *Przegląd Geodezyjny*, 7, 2004, 14 ff.
- KARABIN 2008: M. KARABIN, *Analiza istniejących rozwiązań w zakresie katastrów trójwymiarowych (tzw. 3D) w wybranych krajach Unii Europejskiej*, part 2, in *Przegląd Geodezyjny*, 1, 2008, 3 ff.
- KARABIN 2013: M. KARABIN, *Koncepcja modelowego ujęcia katastru 3D w Polsce*, in *Prace Naukowe Politechniki Warszawskiej. Geodezja*, LI, 2013, 4 ff.
- KARABIN 2014: M. KARABIN, *A Concept of a Model Approach to the 3D Cadastre in Poland: Technical and Legal Aspects*, in *Proceedings of the 4th International Workshop on 3D Cadastres (Dubai, 9-11 November 2014)*, 2014, 281 ff.
- KASPRZYK 2018: K. KASPRZYK, *The Concept of Smart Contracts from the Legal Perspective*, in *Review of European and Comparative Law*, XXXIV.3, 2018, 101 ff.
- KITSAKIS 2019: D. KITSAKIS, *Legal Requirements for Real Property Stratification*, Athens, 2019 (doctoral thesis).
- KITSAKIS *et al.* 2016: D. KITSAKIS - J.M. PAASCH - J. PAULSSON - G. NAVRATIL - N. VUČIĆ - M. KARABIN - A.F. TENÓRIO CARNEIRO - M. EL-MEKAWY, *3D Real Property Legal Concepts and Cadastre: A Comparative Study of Selected Countries to Propose a Way Forward*, in *Proceedings of the 5th International Workshop on 3D Cadastres (Athens, 18-20 October 2016)*, edited by P. van Oosterom, E. Dimopoulou and E. Fendel, Copenhagen, 2016, 1 ff.
- KITSAKIS *et al.* 2018: D. KITSAKIS - J. PAASCH - J. PAULSSON - G. NAVRATIL - N. VUČIĆ - M. KARABIN - M. EL-MEKAWY - M. KOEVA - K. JANEČKA -

- D. ERBA - R. ALBERDI - M. KALANTARI - Z. YANG - J. POULIOT - F. ROY - M. MONTERO - A. ALVARADO - S. KARKI, *Legal Foundations*, in *Best Practices 3D Cadastres: Extended Version*, edited by P. van Oosterom, Copenhagen, 2018, 1 ff.
- KOLAŃCZYK 2021: K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, Warszawa, 2021.
- KRIGSHOLM - RIEKKINEN - STÄHLE 2020: P. KRIGSHOLM - K. RIEKKINEN - P. STÄHLE, *Pathways for a Future Cadastral System: A Socio-technical Approach*, in *Land Use Policy*, XCIV, 2020, 1 ff.
- KURYŁOWICZ 1997: M. KURYŁOWICZ, *Zasada 'superficies solo cedit' w rozwoju historycznym*, in *Obrót nieruchomościami w praktyce notarialnej*, pod redakcją A. Oleszki, Kraków, 1997, 79 ff.
- KWARTNIK-PRUC - TREMBECKA 2019: A. KWARTNIK-PRUC - A. TREMBECKA, *Analiza realizacji ustaw dotyczących przekształcania prawa użytkowania wieczystego w prawo własności*, in *Acta Scientiarum Polonorum. Administratio Locorum*, XVIII.4, 2019, 363 ff.
- LEHAVI 2020: A. LEHAVI, *The Future of Property Rights: Digital Technology in the Real World*, 2020, available at <https://ssrn.com/abstract=3516096> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3516096>, 1 ff.
- LEMIEUX 2017: V.L. LEMIEUX, *Evaluating the Use of Blockchain in Land Transactions*, in *European Property Law Journal*, VI.3, 2017, 392 ff.
- LEYSER 1958: J. LEYSER, *The Ownership of Flats: A Comparative Study*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, VII.1, 1958, 31 ff.
- LINKOUS 2016: E.R. LINKOUS, *Transfer of Development Rights in Theory and Practice: The Restructuring of TDR to Incentivize Development*, in *Land Use Policy*, LI, 2016, 162 ff.
- MATUSIK 2011: G. MATUSIK, *Instytucje prawne pozwalające na korzystanie z przestrzeni „nad” powierzchnią gruntu*, in *Gospodarowanie przestrzenią „nad” i „pod” gruntem. XX Krajowa Konferencja Rzecznawców Majątkowych (Katowice, 28-30 września 2011)*, pod redakcją E. Giszter, Katowice, 2011, 57 ff.
- MATUSIK 2021: G. MATUSIK, *Art. 143*, in *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod redakcją K. Osajdy, Warszawa, 2021, 19 ff.
- MIK 2021: E. MIK, *Contracts in Code?*, in *Law, Innovation and Technology*, XIII.2, 2021, 478 ff.
- MOUSOURAKIS 2012: G. MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin - Heidelberg, 2012.
- NELSON - PRUETZ - WOODRUFF 2011: A.C. NELSON - R. PRUETZ - D. WOODRUFF, *The TDR Handbook: Designing and Implementing Transfer of Development Rights Programs*, Washington, 2011.
- NIEMI 2017: M.I. NIEMI, *Electronic Conveyancing of Real Property in Europe: Two Models. The English and the Finnish One*, in *Transfer of Immovables in*

- European Private Law*, edited by L.M. Martínez Velencoso, S. Bailey and A. Pradi, Cambridge, 2017, 20 ff.
- OLFAT *et al.* 2020: H. OLFAT - B. ATAZADEH - A. RAJABIFARD - A. MESBAH - F. BADIEE - Y. CHEN - D. SHOJAEI - M. BRIFFA, *Moving Towards a Single Smart Cadastral Platform in Victoria, Australia*, in *International Journal of Geo-Information*, IX, 2020, 1 ff.
- OPITEK 2019: P. OPITEK, *Zastosowanie technologii blockchain na rynku nieruchomości*, in *Nieruchomości@*, I.1, 2019, 97 ff.
- PAASCH - PAULSSON 2011: J.M. PAASCH - J. PAULSSON, *Terminological Aspects Concerning Three-dimensional Real Property*, in *Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research*, VIII.1, 2011, 81 ff.
- PAULSSON 2007: J. PAULSSON, *3D Property Rights: An Analysis of Key Factors Based on International Experience*, Stockholm, 2007 (doctoral thesis).
- PAULSSON 2008: J. PAULSSON, *3D Property - Types of Rights and Management Factors*, in *Integrating Generations. FIG Working Week 2008 (Stockholm, 14-19 June 2008)*, 2008, 1 ff.
- PAULSSON 2012: J. PAULSSON, *Swedish 3D Property in an International Comparison*, in *3rd International FIG Workshop on 3D Cadastres (Shenzhen, 25-26 October 2012)*, edited by P. van Oosterom, R. Guo, L. Li, S. Ying and S. Angsüsser, Copenhagen, 2012, 23 ff.
- ROSIER 2013: P. ROSIER, *Electronic Conveyancing: A New Age*, in *Law Society Journal*, LI.11, 2013, 61 ff.
- RYCKO 2021: N. RYCKO, *Część budynku jako odrębny przedmiot własności*, Warszawa, 2021.
- SANDBERG 2001: H. SANDBERG, *Three-dimensional Division and Registration of Title to Land: Legal Aspects*, in *Proceedings of the Registration of Properties in Strata: International Workshop on 3D Cadastres (Delft, 2001)*, edited by P. van Oosterom, J. Stoter and E. Fendel, Delft, 2001, 201 ff.
- SCHMID - HERTEL - WICKE 2005: C.U. SCHMID - C. HERTEL - H. WICKE, *Real Property Law and Procedure in the European Union: General Report, 31st May 2005* (<https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>).
- SIEKAŃSKI - WASZKIEWICZ 2019: J. SIEKAŃSKI - R. WASZKIEWICZ, *Poland*, in *The Real Estate Law Review*, edited by J. Nevin, London, 2019, 204 ff.
- ŚLIWIŃSKI 2014: Ł. ŚLIWIŃSKI, *Kataster 3D w warunkach polskich*, Kraków, 2014 (doctoral thesis).
- SMITH 2015: H.E. SMITH, *The Persistence of System in Property Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, CLXIII, 2015, 2055 ff.
- SOKOŁOWSKI 2021: T. SOKOŁOWSKI, *Property Law*, in *Foundations of Law: The Polish Perspective*, edited by W. Dajczak, T. Nieborak and P. Wiliński, Warszawa, 2021, 169 ff.

- SPRANKLING 2008: J.G. SPRANKLING, *Owning the Center of the Earth*, in *UCLA Law Review*, LV, 2008, 979 ff.
- STOTER - PLOEGER - VAN OOSTEROM 2013: J. STOTER - H. PLOEGER - P. VAN OOSTEROM, *3D Cadastre in the Netherlands: Developments and International Applicability*, in *Computers, Environment and Urban Systems*, XL, 2013, 56 ff.
- STOTER - SALZMANN 2003: J. STOTER - M. SALZMANN, *Towards a 3D Cadastre: Where Do Cadastral Needs and Technical Possibilities Meet?*, in *Computers, Environment and Urban Systems*, XXVII.4, 2003, 395 ff.
- STOTER et al. 2016: J. STOTER - H. PLOEGER - R. ROES - E. VAN DER RIET - F. BILJECKI - H. LEDOUX, *First 3D Cadastral Registration of Multi-level Ownerships Rights in the Netherlands*, in *Proceedings of the 5th International Workshop on 3D Cadastres (Athens, 18-20 October 2016)*, edited by P. van Oosterom, E. Dimopoulou and E. Fendel, Copenhagen, 2016, 491 ff.
- STOTER et al. 2017: J. STOTER - H. PLOEGER - R. ROES - E. VAN DER RIET - F. BILJECKI - H. LEDOUX - D. KOK - S. KIM, *Registration of Multi-Level Property Rights in 3D in The Netherlands: Two Cases and Next Steps in Further Implementation*, in *International Journal of Geo-Information*, VI, 2017, 1 ff.
- STRZELCZYK 2019: R. STRZELCZYK, *Prawo nieruchomości*, Warszawa, 2019.
- ŚWIRGOŃ-SKOK 2007: R. ŚWIRGOŃ-SKOK, *Nieruchomość i zasady akcesji według prawa rzymskiego*, Rzeszów, 2007.
- TRUSZKIEWICZ 2021: Z. TRUSZKIEWICZ, *Użytkowanie wieczyste*, in *System prawa prywatnego*, 4: *Prawo rzeczowe*, pod redakcją E. Gniewka, Warszawa, 2021, 1 ff.
- VAN OOSTEROM - PLOEGER - STOTER 2005: P. VAN OOSTEROM - H. PLOEGER - J. STOTER, *Analysis of 3D Property Situations in the USA*, in *Proceedings of the FIG Working Week 2005 and GSDI-8: From Pharaohs to Geoinformatics (Cairo, 16-21 April 2005)*, Frederiksberg, 2005, 1 ff.
- WILK 2021: A. WILK, *Konstrukcja tzw. 'własności warstwowej' i możliwości jej wprowadzenia do polskiego prawa cywilnego*, in *Nieruchomości*, 5, 2021, 4 ff.
- WRIGHT - DE FILIPPI 2018: A. WRIGHT - P. DE FILIPPI, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Cambridge, 2018.
- ZARADKIEWICZ 2021: K. ZARADKIEWICZ, *Własność trójwymiarowa (3D) - zarys koncepcji zabudowy w polskim prawie cywilnym*, in *Nieruchomości@*, Special Volume (5), 2021, 27 ff.
- ZOLL 1936: F. ZOLL, *Zagadnienia kodyfikacyjne z zakresu prawa rzeczowego. Istota i rodzaje praw rzeczowych i system norm, do nich się odnoszących*, in *Przegląd Notarialny*, 9, 1936, 3 ff.

SOFIA SANTINELLO

UNIVERSITAS E BENI PRODUTTIVI.
PER UNA VALORIZZAZIONE UNITARIA
DEL PATRIMONIO AZIENDALE

1. *Introduzione.* – La storia del diritto e il diritto contemporaneo sono sovente testimoni dell'avvicinarsi di momenti di particolare interesse per determinati istituti o categorie del diritto civile che, con cadenza pressoché ciclica, divengono oggetto di rinnovata attenzione, in occasione dello sviluppo di nuovi fenomeni sociali ed economici (prima che giuridici) e dell'insorgenza di connesse istanze di tutela.

In tali contesti può accadere che istituti conosciuti sin dall'epoca classica, oggetto nel corso del tempo di un processo di sclerotizzazione¹ – si voglia a causa della assenza di nuove ipotesi da ricondurre ad un determinato modello legale, o, altrimenti, perché il diritto positivo non appare in grado di fornire una risposta adeguata alle problematiche concrete – possano incontrare nuovi sguardi.

Bene rappresenta tale fenomeno la sorte dell'istituto dell'*universitas*, il quale, oggetto di articolate analisi nei decenni centrali del secolo scorso², è stato incidentalmente riconsiderato in alcune riflessioni della dottrina nel 2014, in occasione di una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione civile³, chiamata a risolvere il quesito inerente l'usucapibilità dell'azienda nel suo complesso. Nella

¹ TRIMARCHI 1992, 819.

² BARBERO 1936; PINO 1949; PUGLIATTI 1955. Gli scritti appena citati hanno altresì rappresentato il punto di riferimento per le riflessioni di RASCIO 1978, BUCCISANO 1978 e SCOZZAFAVA 1982.

³ Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 5087.

predetta pronuncia, la Suprema Corte ha ribadito la qualificazione dell'azienda in termini di universalità⁴, sebbene senza approfondire il tema in maniera compiuta.

Quanto alle esperienze estere, merita di essere segnalato che l'istituto della *universalité*, in particolare della *universalité de droit*, ha di recente riscontrato l'interesse di alcuni giovani autori francesi⁵.

Ecco che l'incontro da cui questo scritto trae origine offre una opportunità di rilettura di tale categoria anche a sud delle Alpi, per provare a ricollocare taluni fenomeni di sempre più ampia diffusione⁶ all'interno di una tassonomia dei beni giuridici latamente intesa. L'occasione, invero, giunge propizia per offrire una diversa prospettiva al dibattito intorno a strutture la cui collocazione nella dogmatica domestica contemporanea non appare ancora del tutto convincente.

Il presente contributo, pertanto, dopo brevi cenni al fenomeno delle finzioni come punto di partenza di categorie logico descrittive della cui consistenza ontologica si discute, ripercorrerà la nozione e struttura dell'*universitas* nel diritto romano e nel diritto positivo vigente, per poi soffermarsi sul possibile rinnovato interesse per tale tema in relazione a specifici fenomeni di separazione patrimoniale⁷.

In una prospettiva prodromica, tuttavia, sembra opportuno sgombrare il campo da due possibili profili di perplessità, consistenti in rischiosi fraintendimenti di ordine metodologico che, sin d'ora, si vogliono escludere. In primo luogo, si cercherà di evitare di partire dalle esigenze del piano rimediabile per risalire, da questo, alla dimensione qualificatoria, allargando in modo artificioso le maglie di una nozione contemporanea, al solo fine di tentare di offrire forme di tutela ad istituti nuovi o provenienti dal diritto straniero, che altrimenti resterebbero privi di garanzie. In secondo luogo, da una diversa prospettiva, si tenterà altresì di non cadere in una limitata indagine volta

⁴ Sebbene, come si evidenzierà al par. 5, la natura peculiare dell'azienda e la disciplina apposita dettata dal legislatore agli artt. 2555 ss. cod. civ. abbiano portato taluni a valorizzare le specificità dell'istituto, a discapito della opportunità di riflessioni unitarie e omogenee sul tema oggetto del presente contributo.

⁵ NALLET 2021; BOUATHONG 2020.

⁶ Quale il *trust* di diritto anglosassone.

⁷ Si intende abbandonare sin dal principio qualsiasi pretesa di esaustività in ordine al concetto di separazione patrimoniale atipica.

al raggiungimento di esiti meramente descrittivi, privi di conseguenze, al solo fine di alimentare e tentare di placare le esigenze tassonomiche e di coerenza del sistema.

2. *Finzioni giuridiche e categorie logiche: tra esigenze di sistematicità e limiti ontologici.* – Di frequente si è assistito all'utilizzo, da parte dei giuristi delle diverse epoche⁸, del fenomeno della finzione⁹, tanto in prospettiva operativa, quanto in prospettiva sistematica.

In chiave operativa, sin dall'età romana, si è assistito al ricorso al fenomeno delle finzioni in diverse tecniche di costruzione giuridica: talvolta al fine di alterare, in modo velato, una regola giuridica che apparentemente veniva conservata intatta (è il caso della *fictio legis Corneliae*¹⁰ e del *postliminium*¹¹); talaltra allo scopo di preservare, apparentemente, la coerenza del sistema, nonostante la presenza di figure 'non coerenti' con alcuni postulati fondamentali (il riferimento è alla creazione, da parte del pretore, di *formulae ficticiae*, così da estendere l'ambito di applicazione di una norma processuale supponendo realizzata una delle ipotesi da essa presupposte e descritte)¹².

Analogamente, sebbene in maniera avulsa rispetto all'esperienza romana, il ricorso alla tecnica delle finzioni ha trovato terreno fertile anche nei territori anglosassoni dominati dal diritto di *common law*, ove la necessità di offrire tutela al caso concreto (o, secondo alcuni, l'assenza di scrupoli dei pratici¹³) ha comportato l'adozione di ricostruzioni fittizie non solo diverse, bensì talvolta antitetiche alla realtà dei fatti¹⁴.

⁸ Taluni autori individuano ipotesi tipiche di finzioni finanche nel diritto babilonese, cfr. BOYER 1965, 87.

⁹ ALPA 1999, 335, ha rilevato che tendenzialmente i giuristi hanno dimostrato, nei confronti delle finzioni, due atteggiamenti alternativi: la ripulsa o l'esorcismo.

¹⁰ Si tratta della finzione introdotta dalla legge Cornelia dell'81 a.C., secondo cui il cittadino romano morto in prigionia doveva essere considerato deceduto al momento della cattura, al fine di evitare che la *capitis deminutio maxima* rendesse nullo il testamento già redatto.

¹¹ Istituito in forza del quale il cittadino che si sottraeva alla sua condizione di prigioniero riacquistava lo *status civitatis* come se non lo avesse mai perduto.

¹² GAMBARO 1992, 343.

¹³ In questo senso, MILSOM 1969, 5.

¹⁴ È il caso del *constructive trust*: tale strumento opera mediante la finzione secondo cui colui che si sia appropriato, senza titolo, di beni altrui, abbia agito con la buona in-

Tale frequente e fiorente fenomeno ha iniziato a scontrarsi con un progressivo ed esponenziale declino in concomitanza con il mutamento della posizione relativa dei formanti e dell'abbandono del conservatorismo ideologico che, nelle epoche storiche sopra accennate, tanto in area romana classica quanto in area anglosassone, istillava rispetto per la regola inadeguata da cui i giuristi tendevano ad evadere¹⁵.

Secondo una diversa prospettiva, i giuristi ricorsero all'espedito della finzione anche sul piano sistematico, nei casi in cui la soluzione logicamente obbligata cui condurrebbero i postulati del sistema si poneva aprioristicamente rispetto ad una necessità pratica su cui vi era generale consenso¹⁶. Tale è il caso della giustificazione della presenza delle persone giuridiche mediante il ricorso alla teoria della finzione¹⁷.

È infatti proprio l'esigenza di sistematizzazione e di coerenza interna che, nel corso del tempo, ha giustificato il ricorso ad un processo tecnico consistente nella collocazione logica di un fatto, una cosa o una persona in una categoria giuridica consapevolmente impropria per farla beneficiare, per via consequenziale, delle soluzioni pratiche proprie di quella categoria¹⁸.

Costituiscono una ulteriore testimonianza dell'uso delle finzioni, nel corso dell'evoluzione del pensiero giuridico, quei brocardi poi tradotti in regole positive.

Ma in sistemi essenzialmente conoscitivi ed esplicativi, ove la certezza del diritto viene assicurata dal diritto positivo a base legislativa, la tecnica della finzione sistematica non appare più necessaria: ecco che, a fronte di tale percorso della storia del diritto, l'unico spazio lasciato a tale strumento è quello a disposizione del legislatore, il

tenzione di divenire *trustee* nell'interesse del titolare (quando, all'evidenza, tale intenzione non ha alcun nesso con la realtà fattuale).

¹⁵ GAMBARO 1992, 345.

¹⁶ GAMBARO 1992, 348.

¹⁷ Come sinteticamente richiamato da CATALANO 1965, 1034, «il carattere di *fictio iuris*, di *persona repraesentata sive intellectualis*, di *corpus mysticum* resterà scolpito nella definizione di Baldo secondo cui “universitas est imago quaedam quae magis intellectu quam sensu percipitur”. Bartolo preciserà che l' *universitas* “proprie non est persona tamen hoc est fictum pro vero sicut ponimus nos juristae”»; v. anche GROSSI 1982. Ricorda GALGANO 1995, 393, che «se nell'epoca anteriore la configurazione della collettività organizzata quale una persona era considerata una finzione dottrinale, Savigny introdusse, nella primissima metà dell'Ottocento, l'idea che si trattasse di una *fictio legis*, che si fosse in presenza, cioè, di 'soggetti artificialmente creati dalla legge'».

¹⁸ DEKKERS 1935.

quale solo può attribuirsi l'autorità di fingere fatti ed eventi mai accaduti.

Diversi sono stati gli sforzi della dottrina per porre in essere una attività ermeneutica volta a delimitare i confini della tecnica della finzione rispetto ad ulteriori tecniche normative. Da una parte, la tecnica delle finzioni appare richiamare il procedimento per analogia¹⁹: tuttavia, mediante il ricorso alla *fictio* è possibile soprassedere all'esigenza di individuare la *ratio* della norma che si voglia estendere e chiarire in che senso il caso che si vuole ricomprendere nella sua valutazione normativa sia simile a quello da tale norma previsto; se ne ricava che finzione e analogia sono tecniche alternative²⁰. Dall'altra parte, quanto alla struttura del linguaggio normativo, la tecnica della finzione appare intimamente connessa alla tecnica delle presunzioni assolute: ma il valore normativo della presunzione assoluta sarà il medesimo, tanto che i fatti presunti corrispondano ad un *id quod plerumque accidit*, quanto ad accadimenti rarissimi e quasi impossibili, a prescindere dalla consapevolezza della falsità della medesima²¹.

È in considerazione della già richiamata esigenza di sistematizzazione e categorizzazione che, secondo alcuni, il diritto (mediante il legislatore e mediante l'interprete) ricorre alle cd. finzioni dogmatiche²², categorie concettuali elaborate dai giuristi attraverso processi di astrazione o entificazione, che solitamente partono dalla molteplicità per giungere alla *reductio ad unum*²³. In quest'ultima prospettiva è evidente che i fenomeni giuridici ricondotti alla categoria delle finzioni rappresentano una realtà che non è un mero indice descrittivo, privo di consistenza sul piano ontologico: l'appartenenza dell'*universitas* a questo insieme, secondo taluni autori, impone di indagarne la struttura e la natura.

¹⁹ PUGLIATTI 1943, 663.

²⁰ GAMBARO 1992, 345.

²¹ GAMBARO 1992, 351.

²² Il riferimento è a figure giuridiche risultanti da un processo di astrazione logica in virtù della quale si ricorre «a mezzi artificiali, creando condizioni non esistenti né nell'ordine della materia né in quello della natura, e rendendole razionali col fingerle materiali e naturali», cfr. MACCHIARELLI 1903, 549.

²³ LA TORRE 2000, 315, qualifica come finzioni dogmatiche l'*universitas*, la persona giuridica, la *traditio* simbolica e, altresì, il titolo di credito.

3. *La funzionalità della nozione di 'universitas' dal diritto romano al codice vigente.* – Nelle diverse fasi storiche il concetto di *universitas* è stato chiamato ad indicare fenomeni che possono apparire tra loro profondamente diversi ed eterogenei, caratterizzati da una limitata, talvolta quasi totale mancanza di elementi comuni e unificanti²⁴. Tuttavia, pur attanagliandosi a fenomeni diversi, tale vocabolo esprime sempre l'idea della molteplicità che si raccoglie nell'unità²⁵. Ed è proprio l'esigenza di considerazione unitaria di beni e rapporti giuridici che invita, come sarà meglio esplicitato nei prossimi paragrafi, a ripercorrere i profili evolutivi, gli elementi costitutivi ed i tratti caratterizzanti di tale istituto, al fine di indagarne l'attualità e l'eventuale rinnovata utilità.

La dottrina romanistica non appare concorde circa il significato da attribuire al termine *universitas*. È stato notato che, sebbene la bibliografia in tema di *universitas* sia corposa, gli autori se ne sono prevalentemente occupati concentrando le proprie riflessioni soltanto su alcune delle accezioni che l'universalità assume, prediligendo così una visione del tutto settoriale del problema²⁶.

Sul punto, si sono sviluppati diversi orientamenti: vi è chi attribuisce al lemma una mera portata nominalistica²⁷, chi vi attribuisce valore sistematico²⁸ e chi, infine, limita la categoria al gregge²⁹.

²⁴ TRIMARCHI 1992, 801.

²⁵ BUCCISANO 1978, 372.

²⁶ SIRACUSA 2016, 9.

²⁷ FERRINI 1908, 287 ss.

²⁸ FADDA - BENZA 1926, 1 ss.

²⁹ BONFANTE 1926, 129 secondo il quale «nel genuino linguaggio dei giureconsulti il termine '*universitas*' non fu mai adoperato in senso tecnico in nessun uso, né per significare l'eredità, né per significare la corporazione, né per significare le cose collettive». BIONDI 1968, 34, al contrario, riteneva che «la concezione unitaria non si sostituisce né si sovrappone, annullandola, alla concezione individualistica. Rispetto al medesimo complesso le due concezioni coesistono e giuridicamente sono efficienti ... Tutto ciò non sembra singolare ove si tenga presente che si tratta soltanto di diversa considerazione o prospettiva, sotto l'aspetto giuridico, della medesima entità». Aveva tentato di mediare tra le due posizioni ORESTANO 1968, 165, osservando che «il sostenere che il concetto di *universitas* come categoria dogmatica implicante la separazione fra la situazione unificata e gli elementi che la compongono sia nato improvviso nella mente dei giuristi 'postclassico-giustiniani' (per usare aggettivi cari alla tradizione della critica interpolazionistica) è tanto antistorico quanto il sostenere che la giurisprudenza del Principato avesse già elaborato codesta categoria, applicandola a tutte le situazioni unificate».

Non sembra possibile individuare tracce della enucleazione di una categoria giuridica in grado di produrre conseguenze sul piano del diritto³⁰, quanto, piuttosto, di un uso volto a meglio delineare un regime giuridico preesistente (ne sono un esempio i complessi di *hominēs* e l'eredità³¹), ove, pur assumendo il termine un significato più tecnicistico, non vengono in ogni caso apportati mutamenti nella disciplina già prevista, individuando pertanto sì una sorta di codificazione utile alla comunicazione giuridica, senza tuttavia riconnettervi alcuna precisa conseguenza sistematico-costruttiva³².

È noto il passo di Ulpiano³³ che affianca il termine *universitas* a *grex*, *armentum* ed *equitium*, da cui emerge, se non altro implicita, la suggestione del termine collettivo³⁴.

A Cicerone³⁵ pare invece attribuirsi l'utilizzo, per la prima volta, dell'espressione *universitas rerum*, anche se, sino all'epoca giustiniana, non pare che questa designasse una organica unità³⁶. Da qui, un cammino graduale, che, a seguito di un quasi totale abbandono della figura da parte del diritto consuetudinario³⁷ portò ad una riscoperta della stessa in termini di *universitas personarum*³⁸.

Non sussiste alcuna possibilità di configurare l'universalità in termini di soggettività giuridica: tanto nelle disposizioni normative (di cui *infra*) quanto nella giurisprudenza sul punto, l'universalità è sempre considerata punto di riferimento oggettivo del fatto o dell'oggetto giuridico³⁹. Tale collocazione dogmatica, su cui ogni ulteriore precisazione potrebbe apparire superflua, risulta invece meritevole di attenzione e valorizzazione, in considerazione della tendenza alla soggettivazione di nuclei patrimoniali, isolati (o, utilizzando un lessico pro-

³⁰ BARBERO 1936, 176.

³¹ Sin dal periodo più remoto del diritto romano vi erano complessi omogenei la cui unità appariva nitidamente, tanto sotto il profilo naturalistico, quanto sotto il profilo economico, cfr. BONFANTE 1930, 118.

³² SIRACUSA 2016, 28.

³³ Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.70.3.

³⁴ PUGLIATTI 1955, 958.

³⁵ Cic. *nat.* 1.43.120.

³⁶ BONFANTE 1904, 208.

³⁷ GAMBARO 2012, 196.

³⁸ V. nt. 17. Già i giustiniani, tuttavia, non intendevano l'*universitas personarum* come semplice collettività, bensì come unico soggetto di diritto, cfr. BONFANTE 1930, 54.

³⁹ TRIMARCHI 1992, 803.

prio del diritto privato ‘separati’⁴⁰ o ‘segregati’) rispetto al patrimonio riconducibile alla singola persona fisica (o giuridica) e sovrastato dal principio di universalità della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 cod. civ.*

Per quanto il predetto richiamo possa risultare *prima facie* fuori luogo o ultroneo, le considerazioni esposte nei successivi paragrafi potranno meglio fare comprendere questa scelta di campo.

Affinché vi sia una universalità, è inoltre necessaria l’esistenza di una pluralità di elementi dotati di una precisa individualità⁴¹, presi in considerazione in quanto formanti un unico insieme, collegati tra loro da un comportamento di destinazione avente natura oggettiva ed attuosa⁴². Tale collegamento deve essere frutto di un intervento dell’uomo sui singoli oggetti; l’assenza dell’esplicitazione dell’intervento umano nella definizione legale⁴³ riduce tale atto ad un presupposto logico e pratico⁴⁴.

Il collegamento che risulterà tra gli stessi all’esito dell’atto, volto a imprimere agli elementi dell’universalità una destinazione unitaria, sarà di tipo funzionale e fornirà una *nova utilitas*⁴⁵ sia sul piano economico sia sul piano giuridico, diversa dalla mera somma delle utilità delle cose componenti, utilizzabile per soddisfare peculiari e specifici interessi dell’uomo⁴⁶. È proprio dal riconoscimento della soddisfazione, mediante l’unitaria destinazione⁴⁷ di un complesso di beni, di un interesse diverso ed autonomamente rilevante rispetto ai singoli

⁴⁰ Di «patrimoni separati parla la dottrina, tutte le volte che nel seno del patrimonio generale d’ogni subietto di diritti ha l’impressione dell’esistenza di nuclei minori, distinti, dotati d’una certa autonomia, suscettibili d’interferenze fra loro e con il patrimonio generale suddetto, costituiti da un certo numero di diritti e di beni specificatamente determinati, in relazione a una data finalità e in funzione di certi caratteri atti a determinarne la accennata autonomia» cfr. VOCINO 1939, 231.

⁴¹ Tradizionalmente, si evidenzia che la pluralità deve essere «fisica o corporea» e di «cose» cfr. BUCCISANO 1978, 373; non sussiste tuttavia alcuna ragione di principio per escludere dal complesso della universalità i beni immateriali, cfr. ALLARA 1984, 43.

⁴² TRIMARCHI 1992, 803.

⁴³ Art. 816 cod. civ.

⁴⁴ BUCCISANO 1978, 374.

⁴⁵ TOMMASINI 1986, 60 ss.; BUCCISANO 1978, 375.

⁴⁶ TRIMARCHI 1992, 804.

⁴⁷ Non si dovrebbe parlare di funzione complessiva, bensì di funzione comune, per enfatizzare il fatto che i singoli elementi concorrono alla sua realizzazione in via indipendente, secondo la destinazione loro attribuita ed in ragione della loro utilità potenziale, cfr. TORRENTE 1948, 1175.

interessi ed alla somma degli interessi che sarebbero soddisfatti dagli elementi dati, considerati atomisticamente, che emerge come necessaria⁴⁸ e dunque meritevole la tutela giuridica dell'interesse legato al complesso.

Un ulteriore aspetto che merita di essere richiamato, non solo affinché l'inquadramento dell'istituto nel sistema risulti più completo, ma anche per tentare di offrire maggiore organicità alle considerazioni che seguiranno, è rappresentato dalla tendenza del legislatore di operare un riconoscimento relativo⁴⁹ dell'universalità quale oggetto di diritto. La legge, invero, prende in considerazione l'universalità solo in alcuni settori, tacendo circa una sua ipotetica rilevanza in altri. Tale evenienza⁵⁰, tuttavia, non costituisce una anomalia nella teoria dell'oggetto giuridico, il quale, proprio in ragione del ruolo servente e strumentale che questi riveste rispetto al soggetto, può pacificamente essere preso in considerazione con diverso significato da distinte norme, oppure rilevare contemporaneamente a fini diversi.

Non sembra occorrere, inoltre, che gli elementi componenti l'universalità siano tutti di proprietà della medesima persona⁵¹: l'inclusione di cose altrui, pertanto, non ostacola la creazione (non solo sul piano logico ma anche ontologico) dell'universalità, ma si risolve nella non sottoposizione di queste ultime alla disciplina speciale in materia⁵²: si pensi, ad esempio, alla frequente prassi di dotare le aziende di macchinari e beni mediante il ricorso a contratti di *leasing*.

L'esigenza di mettere in luce il momento unificante e la conseguente complessa classificazione operata all'interno della categoria dell'universalità non deve tuttavia cedere al rischio che una sua eccessiva dilatazione, dovuta ad una esigenza dogmatica classificatoria, la renda incoerente al suo interno ed inutile⁵³. Appare pertanto

⁴⁸ PUGLIATTI 1955, 987.

⁴⁹ BARBERO 1936, 62.

⁵⁰ Non si tratta di una specifica caratteristica dell'universalità: nell'ordinamento, l'oggetto rileva solo in funzione delle utilità di cui è portatore, necessarie per soddisfare interessi dell'uomo, cfr. TRIMARCHI 1992, 804.

⁵¹ Sul piano civilistico è dato riscontrare che, ai sensi dell'art. 2555 cod. civ., condizione necessaria e sufficiente perché un bene possa considerarsi aziendale è la destinazione funzionale ad esso impressa dall'imprenditore, mentre è irrilevante il titolo giuridico (reale o obbligatorio) che legittima lo stesso ad utilizzarlo nel processo produttivo (Cons. Stato 18 giugno 2008, n. 3029).

⁵² GAMBARO 2012, 205.

⁵³ TRIMARCHI 1992, 802.

opportuno ritornare al dettato legislativo e da questo riprendere le fila⁵⁴.

Nel diritto positivo vigente il lemma 'universalità' è talvolta affiancato dalla specificazione⁵⁵ 'di mobili' (art. 816 cod. civ.⁵⁶, art. 1156 cod. civ., art. 1160 cod. civ., art. 1170 cod. civ. e art. 2914 cod. civ.), talaltra 'di beni' (art. 670 cod. proc. civ.)⁵⁷, espressione che sembra avere un rilievo più vasto, sì da ricomprendere universalità non riconducibili alle universalità di mobili esplicitamente richiamate dall'articolo definitorio⁵⁸. Sebbene il quadro normativo risultante dalle disposizioni che espressamente disciplinano l'universalità risulti, in ogni caso, regolare il fenomeno in modo limitato ed incompleto⁵⁹, le disposizioni esistenti sono sufficienti per affermare l'autonoma rilevanza della figura e la sua distinguibilità dagli elementi che la compongono⁶⁰.

⁵⁴ Il legislatore del 1865 non aveva dettato disposizioni generali in tema di universalità, cfr. DE MARTINO 1976, 33. L'elaborazione da parte di BARBERO 1936 della tesi secondo cui l'universalità non avrebbe alcuna realtà ontologica ma rappresenterebbe solo una categoria logica sarebbe da ricondursi a tale assenza di una disciplina organica, cfr. SCOZZAFAVA 1982, 480. Nei decenni successivi, l'impostazione del Barbero è stata oggetto di ampie critiche, cfr. PUGLIATTI 1955, 991; RASCIO 1975, 112.

⁵⁵ GAMBARO 2012, 199 evidenzia che l'utilizzo promiscuo di lessemi non caratterizza solo la figura dell'universalità ma si inquadra, piuttosto, nel più generale problema terminologico che affligge il codice civile vigente e, in particolare, il libro III.

⁵⁶ L'art. 816 cod. civ. offre la definizione di universalità 'di mobili': è considerata tale «la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno destinazione unitaria». Sul significato da attribuire al lemma 'cose', si rinvia alle riflessioni di SANTORO-PASSARELLI 1973, 55 ss.

⁵⁷ L'espressione utilizzata dall'art. 670 c.p.c. impone di richiamare, almeno in nota, il dibattito in ordine al significato da attribuire al concetto di bene giuridico: sia consentito un brevissimo rinvio a MAIORCA 1937, 93, quanto alla dottrina tradizionale, più risalente, che promuoveva una concezione di bene come punto di riferimento fisico materiale di una situazione giuridica assoluta; secondo un altro indirizzo interpretativo, diversamente, il bene giuridico può coincidere con qualunque fonte di utilità, indipendentemente da qualificazioni in ordine alla materialità ed alla corporeità, cfr. TOMMASINI 1986, 27. In altri termini, il bene in senso giuridico è la sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela accordato ad un determinato soggetto, cfr. PUGLIATTI 1943, 289. Per una panoramica più ampia, cfr. SCOZZAFAVA 1982; IANNARELLI 2001; COSTANTINO 2005; SCOZZAFAVA 2007. Sebbene l'art. 771 cod. civ. nomini espressamente le universalità di 'cose', si ritiene che tale locuzione vada interpretata in senso estensivo, potendo pacificamente essere oggetto di donazione anche l'azienda, cfr. CATAUDELLA 2005, 82. RASCIO 1975 ritiene necessario che l'espressione 'universalità di mobili' e 'universalità di cose' siano intese come sinonimi.

⁵⁸ GARDANI 1999, 524.

⁵⁹ TRIMARCHI 1992, 811.

⁶⁰ PUGLIATTI 1955, 999.

La constatazione che al solo art. 816 cod. civ. possa essere attribuita portata definitoria non giustifica tuttavia una restrizione⁶¹ della nozione di universalità: le cose aventi destinazione unitaria non devono, infatti, essere necessariamente beni mobili, in quanto la formulazione letterale adottata dal legislatore del 1942 non sembra rivelare una volontà normativa tendente ad escludere ogni complesso che presenti caratteri diversi da quelli enumerati⁶². Potranno pertanto essere ricompresi in una universalità anche beni immobili⁶³.

È inoltre constatabile che, da una consistente parte delle previsioni, emergono dati non riscontrabili nella norma definitoria o addirittura in parziale contrasto con questa: tali elementi devono tuttavia essere presi in considerazione nella ricostruzione dell'istituto, guardando al ruolo svolto dall'elemento nella prospettiva delle scelte di valore operate dall'ordinamento⁶⁴. Ciò conferma che alcun effetto escludente circa la portata dogmatica della nozione di universalità appare desumibile dal dato letterale del diritto positivo⁶⁵.

Dalle norme sopra richiamate, seppure non pienamente coordinate tra di loro, appare evidente che nella legislazione attuale l'universalità sia presa in considerazione e rilevi quale oggetto di comportamenti, atti e negozi: l'universalità può infatti essere oggetto di alienazione⁶⁶, di donazione⁶⁷, di pegno⁶⁸, di pignoramento⁶⁹, di possesso⁷⁰ e, sul piano processuale, di sequestro giudiziario⁷¹.

⁶¹ L'esigenza economico sociale che ispira la considerazione *sub species universitatis* non concerne esclusivamente quei complessi, cfr. PUGLIATTI 1955, 985; la tendenza estensiva è accolta anche da MESSINEO 1950, 402, in luce dell'esplicito riferimento (questo sì restrittivo) alle universalità di mobili contenute in talune specifiche disposizioni (art. 2784, secondo comma, cod. civ.; art. 2914, n. 3, cod. civ.).

⁶² PUGLIATTI 1955, 985.

⁶³ Si pensi, ad esempio, alle norme relative alla disciplina del possesso, applicabili anche all'azienda.

⁶⁴ TRIMARCHI 1992, 803.

⁶⁵ Si vedano, in relazione a tale tesi, anche le considerazioni più avanti espresse circa la legittimità della categoria di *universitas iuris*.

⁶⁶ L'art. 2914 cod. civ. ne sancisce l'opponibilità al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti, in caso di data certa anteriore al pignoramento.

⁶⁷ Art. 771, secondo comma, cod. civ.

⁶⁸ Art. 2784, secondo comma, cod. civ.

⁶⁹ Art. 2914 cod. civ.

⁷⁰ Artt. 1156, 1160, 1170 cod. civ.

⁷¹ Art. 670 cod. proc. civ.

Può invece porre delle criticità di ordine teorico la rilevanza dell'universalità come oggetto dell'effetto giuridico. Le perplessità in relazione a tale valutazione discendono dalla affermata impossibilità, da più parti, di compresenza di situazioni giuridiche⁷² sul complesso e sulle singole cose che lo compongono⁷³. Ma la valorizzazione dell'universalità come oggetto di una situazione giuridica non implica alcun dualismo di diritti sull'aggregato e sui suoi componenti⁷⁴, bensì la conseguenza logica dell'osservazione del dato prima di tutto normativo, che pone in luce la facoltà per il titolare di porre in essere sull'universalità, considerata quale entità giuridica dotata di autonomia e individualità, atti di esercizio del diritto avuto riguardo l'insieme⁷⁵. E così, a titolo esemplificativo, il trasferimento della proprietà opererà senza alcuna esigenza di identificazione o elencazione tassativa delle singole cose; l'azione di rivendica potrà essere promossa in via unitaria, senza fornire la prova della proprietà dei singoli elementi⁷⁶.

La situazione giuridica caratterizzante l'universalità si ripercuoterà su ogni elemento appartenente al complesso: il singolo bene sarà compravenduto, donato, affittato, in quanto parte di una universalità oggetto di compravendita, donazione, affitto; in alcun caso si verificherà la compresenza di incompatibili situazioni soggettive sulla parte e sul tutto⁷⁷.

4. *Universalità di diritto: una categoria ancora 'inutile' e 'superflua'?*

– Negli anni Trenta del secolo scorso è stata proposta la locuzione di 'universalità patrimoniale'⁷⁸, intesa come categoria unitaria contrapposta alle *universitas personarum* di diritto comune sopra richiamata. Nella predetta nozione sono ricomprese tanto le universalità di fatto,

⁷² Inoltre, quanto all'esistenza di una duplice normativa relativa agli stessi oggetti, si noti che non si è in presenza di alcuna contraddizione, in quanto le due discipline non troveranno applicazione contemporaneamente: sino a che le cose faranno parte del complesso, vigeranno le norme sull'universalità; quando la destinazione unitaria dovesse venire meno, si applicheranno le norme proprie delle singole cose, cfr. TRIMARCHI 1992, 804.

⁷³ SCOZZAFAVA 1982, 491; GAMBARO 2012, 208.

⁷⁴ *Contra*, BUCCISANO 1978, 378.

⁷⁵ TRIMARCHI 1992, 816; DE MARTINO 1976, 34.

⁷⁶ Cass., Sez. I, 4 aprile 1964, n. 738.

⁷⁷ RASCIO 1975, 108.

⁷⁸ BARBERO 1936.

costituite da una pluralità di cose autonome, quanto le universalità di diritto⁷⁹, rappresentate da un complesso di beni e rapporti giuridici attivi e passivi, coordinati e collegati fra loro da un intervento legislativo⁸⁰.

Il *discrimen* tra universalità di fatto ed universalità di diritto non corrisponde propriamente alla dicotomia tra universalità di cose (*universitas rerum*) e universalità di rapporti giuridici (*universitas iurium*⁸¹). Il vero indice differenziale risiede, piuttosto, nella considerazione giuridica del complesso *sub specie universitatis*.

La nozione di universalità di diritto, che non trova una espressa qualificazione da parte del legislatore come categoria generale, è stata a lungo criticata e ne sono state contestate sia la legittimità, sia l'utilità, tanto da risultare nella prospettiva più critica addirittura superflua⁸² e assolutamente priva di interesse sotto il profilo della oggettività giuridica⁸³.

Una delle ragioni a sostegno di tale chiara avversione è individuata altresì nella circostanza rappresentata dal tentativo – fallito – di inquadrare l'*universitas iuris* all'interno del concetto di soggettività giuridica: tale pretesa confusione logica è stata ricondotta allo sforzo di considerazione unitaria di complessi patrimoniali che, sotto il profilo socio-economico, non sarebbero riconducibili ad un unico *genus*⁸⁴.

Tale critica, tuttavia, appare oggi superabile sia nel metodo che nel merito.

Quanto al metodo, la mancanza di qualsiasi locuzione legislativa in tema di universalità di diritto non costituisce, di per sé, elemento

⁷⁹ Riferimenti alle universalità di diritto, contrapposte alle universalità di fatto, vi sono anche nella giurisprudenza di merito di fine XIX secolo: cfr. App. Bologna 8 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, 940 ss.

⁸⁰ Secondo la giurisprudenza «l'*universitas juris*, che a differenza dell'*universitas rerum* o *facti*, non è espressamente contemplata dalla legge come categoria generale, è un complesso di beni e rapporti giuridici ridotti ad unità dalla volontà del legislatore che, a determinati effetti, fa appunto, di una pluralità di elementi ontologicamente diversi ed anche se variamente dislocati, un aggregato ideale, suscettibile di considerazione e trattamento unitari», cfr. Cass., Sez. II, 13 maggio 1969, n. 1629. In dottrina, cfr. SANTORO-PASSARELLI 1973, 85.

⁸¹ PUGLIATTI 1955, 993.

⁸² ALLARA 1984, 45.

⁸³ SCOZZAFAVA 1982, 477.

⁸⁴ SCOZZAFAVA 1982, 477.

valido per negare la rilevanza di una categoria⁸⁵. Ove si consideri l'universalità di diritto un complesso di beni e rapporti giuridici, non paiono riscontrarsi ostacoli di principio all'applicazione alla stessa dell'art. 670 cod. proc. civ., in considerazione della pacifica maggiore estensione dell'oggetto delle 'universalità di beni' rispetto alle 'universalità di mobili' di cui all'art. 816 cod. civ.

Nel merito, appare opportuno valorizzare le ragioni storico dogmatiche originanti i ripetuti tentativi di soggettivazione dei patrimoni. Secondo la dottrina classica del patrimonio, infatti, il soggetto è presupposto e termine necessario dell'effetto giuridico⁸⁶: l'ordinamento mal sopporta un patrimonio privo di titolare, sulla scorta delle lezioni di Aubry e Rau⁸⁷. Tale dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche⁸⁸ è oggi posto in discussione da più parti della dottrina.

In ogni caso, l'impossibilità (che, a parere di chi scrive, consisterebbe prima ancora in una inopportunità) di soggettivazione dell'*universitas iuris* pare senz'altro costituire una fallacia logica: l'universalità (e dunque anche l'universalità di diritto) attiene innanzitutto all'oggetto e, mediante l'adesione alla teoria della relatività dell'*universitas*, il riconoscimento di quest'ultima come categoria ontologica non sembra necessariamente condurre al riconoscimento di patrimoni cd. acefali, senza titolari.

Si può dubitare, inoltre, che le ipotesi tradizionalmente ricondotte alla categoria⁸⁹ presentino quegli elementi e connotati tali da consentire di ravvisarvi una universalità⁹⁰. Ma l'eventuale assenza di

⁸⁵ RASCIO 1978, 98.

⁸⁶ ZOPPINI 2007, 736.

⁸⁷ AUBRY - RAU 1857, 347. È stata avanzata la tesi che tale convinzione sia tuttavia frutto di un'errata interpretazione iniziale, poi divenuta tralozia, cfr. DENIZOT 2014, 547.

⁸⁸ L'espressione è di IACUMIN 2020, 63.

⁸⁹ Con riferimento al dibattito relativo alla qualificabilità dell'eredità come universalità di diritto, si rinvia a CICU 1954, 9, il quale ritiene addirittura «inconsistente» la definizione dell'eredità come *universitas iuris*, che a suo dire ridurrebbe questo concetto «ad un *nudum nomen*, ad un nome vuoto di senso e di contenuto», perché mancherebbe nell'eredità il legame economico oggettivo tra gli elementi del patrimonio, «che non ha una funzionalità, e non è perciò generalmente considerato come un tutto unitario, come *universitas*. Debiti e beni non hanno che un legame puramente soggettivo: quello di far capo ad uno stesso soggetto».

⁹⁰ TRIMARCHI 1992, 809.

ipotesi finora collocate in tale ambito non è sufficiente a decretarne l'inutilità.

Nei paragrafi precedenti è stato infatti richiamato l'inscindibile e necessario legame tra la soddisfazione – mediante l'unitaria destinazione di un complesso di beni – di un interesse diverso ed autonomamente rilevante rispetto ai singoli interessi ed alla somma degli interessi soddisfatti dagli elementi dati, considerati atomisticamente, e le conseguenti istanze di tutela alle quali non è possibile soprassedere.

In presenza di interessi meritevoli, il legislatore e l'interprete sono chiamati a tradurre in termini di tutela giuridica il rapporto che la destinazione ha determinato in campo economico-sociale tra gli elementi del complesso. Nel silenzio del legislatore, il giurista non può esimersi dal considerare se vi siano ulteriori esperienze 'di destinazione'⁹¹ che, per apparenti vuoti normativi, appaiano privi di specifici strumenti di tutela.

Sorge dunque spontaneo volgere lo sguardo ai patrimoni dotati di una specifica destinazione.

Non a caso il *trust* di diritto anglosassone, estraneo e logicamente incompatibile con le categorie generali del diritto italiano a fronte dell'assenza, nel nostro ordinamento, di una proprietà nell'interesse altrui codificata in via generale come situazione giuridica tipica di appartenenza⁹², sebbene trovi ingresso mediante il diritto internazionale privato e, in specie, l'applicazione della Convenzione de L'Aja del 1985⁹³, continua a soffrire di vuoti di tutela a cui non è possibile rispondere mediante un vano e non coerente procedimento di soggettivazione di un mero complesso di beni.

Si considerino, infatti, le seguenti circostanze: a) il *trust* è costituito da un complesso di beni e rapporti giuridici; b) la destinazione unitaria del complesso di beni costituenti il *trust* emerge dallo stesso atto istitutivo; c) la considerazione unitaria del complesso di beni genera una *nova utilitas*, il perseguimento stesso dello scopo, distinta

⁹¹ Vi sono stati, invero, dei risalenti tentativi di prefigurare il patrimonio separato in termini di *universitas iuris*, cfr. DONADIO 1941, 143.

⁹² AMADIO 2020, 389.

⁹³ Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 e ratificata dal Parlamento italiano mediante l. 16 ottobre 1989, n. 364.

dalla somma delle utilità proprie dei singoli elementi; d) gli elementi costituenti il *trust* appartengono tutti al medesimo titolare, il *trustee* (sebbene questi, secondo il diritto anglosassone, ne detenga la proprietà nell'interesse altrui)⁹⁴; e) i beni e i rapporti giuridici *in trust* sono tra loro collegati e coordinati per espressa previsione normativa (*id est* la norma di diritto internazionale privato legittimante la costituzione ed il riconoscimento del *trust* in Italia).

Si osservi: l'iniziale volontà unificante è sì quella propria del soggetto, ma una volta che questi abbia posto in essere tale atto unilaterale di autonomia privata, al complesso di beni e rapporti giuridici costituiti in *trust* viene attribuita una destinazione unitaria, la cui revocabilità sconta numerose limitazioni⁹⁵.

Il riconoscimento della struttura propria della universalità nella struttura del *trust* di diritto anglosassone non ha valore puramente descrittivo, bensì applicativo. Troverebbe applicazione al complesso unitario di beni la disciplina espressamente prevista per le universalità: la norma che appare di più urgente applicazione sembra, per ragioni eminentemente operative, l'art. 670 c.p.c. L'adesione a tale tesi offrirebbe una forma di tutela concreta ed efficace, posto che il ricorso all'indicazione nei registri pubblici della titolarità di un bene in capo al *trustee* nell'esercizio del suo ruolo è utilizzabile solo per i beni immobili e per i beni mobili registrati.

5. *La natura giuridica dell'azienda: una universalità peculiare.* – La meritevolezza della nozione di universalità di diritto emerge anche con riferimento alla figura dell'azienda.

L'azienda non solo costituisce una *universitas*: ne costituisce l'incarnazione tipica e ne rivela il grado fino al momento più elevato e le possibili linee evolutive⁹⁶. Tale carattere appare oggi innegabile⁹⁷ an-

⁹⁴ È pacifico che il *trust* non goda di soggettività (cfr. Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 1826; Cass., Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 3986); il legislatore può infatti disporre della soggettività tributaria prescindendo dalle altre forme di soggettività ed il sostrato minimo sul quale lo stesso costruirà la soggettività tributaria è la separazione o l'autonomia patrimoniale, non già la soggettività civilistica.

⁹⁵ Sui *trusts* irrevocabili e le problematiche dei *trust* revocabili, cfr. ROTA - BIASINI 2017, 103; BARTOLI - MAURITANO 2008, 49; LUPOI 2019, 40.

⁹⁶ PUGLIATTI 1955, 985.

⁹⁷ MESSINEO 1943, 408.

che a fronte del dettato legislativo⁹⁸, che espressamente ricomprende l'azienda tra le universalità di beni.

La peculiarità che emerge subito agli occhi dell'osservatore circa la qualificazione dell'azienda come universalità attiene al processo logico di unificazione della molteplicità di elementi in un unico complesso. Nel caso dell'azienda e dei beni aziendali, infatti, la destinazione, intesa come atto o fatto specifico e individuato di un soggetto determinato, rimane sommersa nel tempo ed anonima, apparendo piuttosto quale il presupposto, quasi naturale, in base al quale si costituisce l'oggetto⁹⁹.

La qualificazione unitaria dell'azienda, tuttavia, è stata oggetto di un consistente dibattito, trascinosi sino agli anni recenti, in ordine alla contrapposizione tra la teoria universalistica¹⁰⁰ e la teoria atomistica¹⁰¹. Se, infatti, la rilevanza dell'unità economica era indiscussa, non altrettanto poteva (e può) dirsi di quella giuridica.

I sostenitori della teoria atomistica ritenevano (e ritengono) che nel complesso aziendale non sia possibile rinvenire una unità ed una autonomia giuridicamente rilevanti¹⁰², sostenendo, innanzitutto, che la sua (sola) considerazione normativa unitaria in sede di trasferimento¹⁰³ è, alternativamente, derogabile dalle parti nella maggior parte delle ipotesi o meramente convenzionale¹⁰⁴. L'azienda sarebbe quindi una semplice pluralità di beni, singolarmente considerati ben-

⁹⁸ Il riferimento è all'art. 670 cod. proc. civ.

⁹⁹ PUGLIATTI 1955, 988.

¹⁰⁰ FERRARA 1948, 81 ss.; PUGLIATTI 1955, 976 ss. Secondo TOMMASINI 1986, 3, «la struttura industriale ha ormai definito nuovi equilibri e spostato decisamente il rapporto uomo-cosa a favore dei beni e delle fonti di energia. In questa prospettiva risulta evidente che è l'azienda, e non il gregge, il prototipo delle universalità patrimoniali sul quale edificare la definizione della categoria». La teoria universalistica ha riscosso successo anche nella giurisprudenza di merito sin dalla metà del secolo scorso, cfr. Cass., Sez. II, 17 aprile 2019, n. 10756; Cass., Sez. II, 31 luglio 2012, n. 13692; Cass., Sez. II, 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., Sez. II, 7 agosto 2002, n. 11896; Cass., Sez. II, 25 gennaio 2002, n. 897; Cass., Sez. II, 23 aprile 1999, n. 4044; Cass., Sez. II, 28 aprile 1998, n. 4319; Cass., Sez. II, 19 giugno 1996, n. 5636; Cass., Sez. II, 27 marzo 1996, n. 2714; Cass., Sez. II, 29 settembre 1993, n. 9760; Cass., Sez. II, 26 aprile 1983, n. 2861; Cass., Sez. II, 21 gennaio 1953, n. 150.

¹⁰¹ GALGANO 2004, 88; ASCARELLI 1954, 203 ss.; AULETTA 1947, 20 ss.; FERRARI 1959, 680; TEDESCHI 1983, 14.

¹⁰² FERRARI 1959, 690.

¹⁰³ *Contra*, GRECO 1955, 133 s.

¹⁰⁴ FERRARI 1959, 691.

ché tra loro funzionalmente collegati e sui quali l'imprenditore può vantare diritti diversi¹⁰⁵.

Una ulteriore critica, che appare però più una critica di fondo, metodologica, che sulla natura giuridica dell'azienda, è riconducibile al mancato accoglimento del principio della relatività dell'*universitas*¹⁰⁶: secondo i sostenitori della teoria atomistica, la definizione di azienda come universalità avente un mero valore descrittivo, si svuoterebbe di ogni interesse per l'interprete, il quale deve guardarsi dal cedere alla seduzione esercitata dalla sua tradizionale funzione unificatrice di cose fisicamente distinte e indipendenti¹⁰⁷.

In prospettiva diametralmente opposta, i sostenitori della teoria universalistica riconoscono all'azienda una certa indipendenza o autonomia: l'unitarietà funzionale all'esercizio dell'attività economica impressa al coacervo di beni dall'imprenditore, mediante un'attività di coordinamento, attribuisce all'azienda rilevanza giuridica e la rende meritevole in diverse sedi, come individualità oggettiva¹⁰⁸. La qualificazione dell'insieme di beni o di posizioni giuridiche componenti l'azienda come *universitas* non può limitarsi ad una portata descrittiva, bensì ad essa deve riconoscersi valore operativo, al fine di poter procedere all'applicazione della specifica disciplina.

Tale contrasto, le cui ricadute sono prettamente applicative, ha portato la Seconda Sezione della Corte di cassazione civile a rimettere al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite della Corte, una questione di massima di particolare importanza¹⁰⁹: se l'azienda sia usucapibile come bene unitario, distinto dai singoli beni che la compongono.

Se la seconda sezione civile, nella redazione dell'ordinanza interlocutoria, si è premurata di dare puntuale conto delle teorie sopra richiamate, altrettanto non può dirsi delle Sezioni Unite¹¹⁰, le quali si sono limitate¹¹¹ a puntualizzare che l'azienda, quale complesso dei

¹⁰⁵ CAMPOBASSO 1997, 140.

¹⁰⁶ V. nt. 49.

¹⁰⁷ FERRARI 1959, 693.

¹⁰⁸ Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1993, n. 9802. In dottrina, cfr. FIMMANÒ 2021.

¹⁰⁹ Cass., Sez. II, 16 maggio 2013, n. 11902.

¹¹⁰ Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 5087.

¹¹¹ La suprema Corte, al riguardo, ha considerato «un inutile esercizio teorico la riconduzione ad uno schema generale della natura dell'azienda», cfr. CAPONE 2014, 1824.

beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ai fini della disciplina del possesso e dell'usucapione deve essere considerata come un bene distinto dai singoli componenti, suscettibile di essere unitariamente posseduto e, nel concorso degli altri elementi indicati dalla legge, usucapito¹¹². Tale sinteticità motivazionale ha tuttavia lasciato numerose questioni aperte¹¹³.

Condivisa, ad ogni modo, la qualificazione dell'azienda in termini di *universitas*, preme evidenziare che non è così pacifica, invece, l'appartenenza dell'azienda al novero delle universalità di fatto¹¹⁴ o a quello delle universalità di diritto¹¹⁵.

Pare tuttavia preferibile condividere l'opinione maggioritaria, secondo cui l'azienda rappresenta una *universitas facti*, in quanto l'accento viene posto sulla volontà (sia pure in funzione di una osservanza legale e dell'esercizio di un diritto) dell'imprenditore. Si ricordi, inoltre, che al titolare dell'azienda è riconosciuto il potere di escludere – in ogni momento – qualsiasi bene dal complesso aziendale: se trattasi di bene di carattere 'accessorio', *nulla quaestio*; se, diversamente l'elemento escluso costituisce un fattore essenziale per la produttività del complesso, l'azienda cesserà di esistere.

Ma, si noti, è possibile che più aziende siano funzionali all'esercizio della stessa impresa o, viceversa, che più imprese siano esercitate mediante una sola struttura aziendale¹¹⁶: ecco che tali esigenze pratiche portano a ritenere opportuna una riconsiderazione dei confini della nozione di universalità di diritto, mediante l'inclusione di strutture riconosciute quali unitarie dal legislatore, non necessariamente

¹¹² Le Sezioni Unite, con il principio espresso in massima, hanno rinunciato tuttavia a una ricostruzione dogmatica dell'azienda che faccia riferimento ai diversi orientamenti sopra riportati.

¹¹³ Tra le molte, è stato segnalato che la Corte avrebbe dovuto considerare la natura dei beni componenti l'azienda per appurare se taluno di essi non soggiacesse ad una disciplina più rigorosa suscettibile di riflettersi sui requisiti minimi per l'usucapione del complesso, cfr. BOGGIO 2014, 1478.

¹¹⁴ PUGLIATTI 1943, 330; GRECO 1955, 210; ROCCO 1928, 269; ROTONDI 1943, 330. In giurisprudenza Cass., Sez. II, 10 marzo 1980, n. 1548; Cass., Sez. II, 22 marzo 1980, n. 1939. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 9 novembre 1995, n. 11531; Cass., Sez. II, 26 settembre 2007, n. 20191; Cass., Sez. I, 9 giugno 1973, n. 1668.

¹¹⁵ MESSINEO 1943; MESSINEO 1957, 417 ss.; LA LUMIA 1940, 236; DUSI 1930; CICU 1940, 4; BARBERO 1936; SANTORO-PASSARELLI 1973, 88. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 19 luglio 2000, n. 9460; Cass., Sez. II, 11 agosto 1990, n. 8219.

¹¹⁶ FANELLI 1950, 70.

dotate di una propria soggettività, al fine di rendere applicabili unitari strumenti di tutela ad un complesso funzionale dotato di una propria e nuova utilità.

6. *Una rinnovata attenzione alla nozione di 'universitas': dall'esperienza francese al caso dei 'data trusts'.* – Tracciate le linee della nozione di *universitas* nel diritto romano e nel diritto vigente e richiamata, altresì, la natura giuridica dell'azienda, sorge ora spontaneo interrogarsi circa la funzionalità, nel panorama contemporaneo, del lemma proposto dalla tradizione classica, indagando un suo possibile rinnovato utilizzo a fronte, anche, delle istanze e delle suggestioni provenienti da oltralpe.

Come si è avuto modo di evidenziare, l'attenzione al tema dell'*universitas* bene si affianca al crescente interesse, dimostrato dalla dottrina, per la fuga dalla spinta di soggettivazione ed entificazione dei patrimoni: tale ultimo fenomeno, infatti, risulta spesso ultroneo, posto che, al di fuori del suo ambito primo, quello della persona fisica, è volto a rispondere ad esigenze di organizzazione della attività¹¹⁷.

Al contrario, in prospettiva antitetica alla soggettivazione¹¹⁸, la legislazione e la dottrina sempre più appaiono orientate all'utilizzo di tecniche di separazione endosoggettiva. L'interprete è chiamato, dunque, a rifuggire dalla necessità di adottare un formalistico procedimento di erezione di un soggetto artificialmente concepito e diverso dal disponente¹¹⁹.

In tale contesto, può apparire utile menzionare l'esperienza giuridica francofona¹²⁰, che ha utilizzato la figura della universalità per dotare di sistematicità ed organicità specifici casi di *patrimoines d'affectation* introdotti dal legislatore, quali la *fiducie*¹²¹ e l'EIRL¹²², la cui soggettività è stata espressamente esclusa.

¹¹⁷ AMADIO 2020, 384.

¹¹⁸ BIGLIAZZI GERI 1982, 284.

¹¹⁹ Per usare le parole di PALERMO 2007, si tratterebbe di «un'esperienza storica ormai al tramonto».

¹²⁰ NALLET 2021; BOUATHONG 2020; FERMANEL DE WINTER 2008; FERMANEL DE WINTER 2009; KUHN 2003.

¹²¹ Loi n. 2007-211 du 19 février 2007 («instituant la fiducie»).

¹²² Loi n. 2010-658 du 15 juin 2010 («relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée»).

Si segnala, altresì, che, secondo taluni, si potrebbe finanche giungere a ripensare la nozione di universalità al fine di creare una categoria unitaria, rispondente ad una unica caratterizzazione dogmatica e ad una unica disciplina¹²³. Secondo la predetta tesi, dalla nozione di universalità di diritto dovrebbero escludersi le posizioni debitorie, con la conseguenza che anche tale modello di universalità, come l'universalità di fatto, altro non sarebbe che un insieme di beni, costituente, a sua volta, un nuovo bene¹²⁴. Tale posizione, che appare piuttosto ardita, non è andata esente da critiche¹²⁵.

Come si è avuto modo di proporre nei paragrafi precedenti, sembra possibile ipotizzare di ricorrere alla figura dell'universalità di diritto per qualificare, secondo la dogmatica civilistica italiana, anche il fenomeno del *trust* di diritto anglosassone.

Tale categorizzazione appare ancora più utile ove si considerino le più recenti proposte circa l'utilizzabilità della figura del *trust*, in relazione a beni dell'epoca contemporanea, quali i dati personali sottoposti ad anonimizzazione.

Ci si riferisce, in particolare, al caso dei *data trusts*¹²⁶, aggregati di dati personali spesso anonimizzati ed utilizzati ai fini della ricerca scientifica (soprattutto medica) o dello sviluppo di modelli operativi di sostenibilità. Mediante la collocazione dei dati personali di determinate categorie di utenti in *trust*, da una parte è possibile provvedere ad una unitaria e complessiva considerazione degli stessi, ai fini della predisposizione di modalità di accesso e trattamento funzionali ad un utilizzo rispettoso dei diritti dei singoli soggetti, dall'altra è possibile ricorrere a strumenti di tutela unitari ed effettivi.

Dal gregge al *data trust*, passando per l'azienda: *ex facto oritur ius, sed per ius facta ordinem inveniunt*.

¹²³ NALLET 2021, 484.

¹²⁴ NALLET 2021, 395.

¹²⁵ BOUATHONG 2020, 230 ss.

¹²⁶ Per delle prime indicazioni sull'istituto, cfr. DELACROIX - LAWRENCE 2019; LAU JIA JUN - PENNER - WONG 2019; RINIK 2020; RUHAAK 2020.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARA 1984: M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984.
- ALPA 1999: G. ALPA, *Le finzioni giuridiche*, in G. ALPA - A. GUARNIERI - P.G. MONATERI - G. PASCUZZI - R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, II, Torino, 1999.
- AMADIO 2020: G. AMADIO, *I fondi comuni di investimento: soggetti o oggetti di diritto?*, in ID., *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2020, 379 ss.
- ASCARELLI 1954: T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale. Introduzione*, Milano, 1954.
- AUBRY - RAU 1857: C. AUBRY - C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, V, Paris, 1857.
- AULETTA 1947: G. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Commentario del codice civile*, diretto da V. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1947.
- BARBERO 1936: D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936.
- BARTOLI - MAURITANO 2008: S. BARTOLI - D. MAURITANO, *Le clausole dei trust interni*, Milano, 2008.
- BIANCA 1999: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano, 1999.
- BIGLIAZZI GERI 1982: L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 279 ss.
- BIONDI 1968: B. BIONDI, *La dottrina giuridica della 'universitas' nelle fonti romane*, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di C. Fadda (Cagliari-Sassari, 23-26 maggio 1955)*, Milano, 1968.
- BOGGIO 2014: L. BOGGIO, *La proprietà dell'azienda come «bene distinto dai singoli componenti»: possesso ed usucapione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1447 ss.
- BONFANTE 1904: P. BONFANTE, *La 'successio in universum jus' e 'universitas'*, Prato, 1904.
- BONFANTE 1926: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Roma, 1926.
- BOUATHONG 2020: P. BOUATHONG, *Les universalités de droit: essai d'une théorie générale*, Paris, 2020 (thèse doctorale).
- BOYER 1965: G. BOYER, *Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental*, in ID., *Mélanges*, II, Paris, 1965.
- BUCCISANO 1978: O. BUCCISANO, *Profili dell'«universitas»*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, Milano, 1978, 307 ss.
- CAMPOBASSO 1997: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, I, Milano, 1997.
- CAPONE 2014: A. CAPONE, *Nota* a Cass. Sez. Un. 5 marzo 2014 n. 5087, in *Foro it.*, 2014, I, 1823.
- CATALANO 1965: P. CATALANO, voce *Persona giuridica (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 1032 ss.

- CATAUDELLA 2005: A. CATAUDELLA, *La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, V, a cura di M. Bessone, Torino, 2005.
- CICU 1940: A. CICU, *Le successioni*, Milano, 1940.
- CICU 1954: A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, Milano, 1954.
- COSTANTINO 2005: M. COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, VII, Torino, 2005.
- DE MARTINO 1976: F. DE MARTINO, *Beni in generale*, in F. DE MARTINO - R. RESTA - P. JARICCI - G. PUGLIESE, *Libro terzo. Proprietà. Art. 810-956*⁴, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1976, 3 ss.
- DEKKERS 1935: R. DEKKERS, *Le fiction juridique. Étude de droit de romain et de droit comparé*, Paris, 1935.
- DELACROIX - LAWRENCE 2019: S. DELACROIX - N.D. LAWRENCE, *Bottom-up Data Trusts: Disturbing the 'One Size Fits All' Approach to Data Governance*, in *International Data Privacy Law*, 2019, 236 ss.
- DENIZOT 2014: A. DENIZOT, *L'étonnant destin de la théorie du patrimoine*, in *RTD Civ.*, 2014, 532 ss.
- DONADIO 1941: G. DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941.
- DUSI 1930: B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Torino, 1930.
- FADDA - BENSA 1926: C. FADDA - P.E. BENSA, *Note a B. WINDSHEID, Diritto delle Pandette*, III. *Il diritto delle cose*, trad. it., V, Torino, 1926.
- FANELLI 1950: G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, 70.
- FERMANEL DE WINTER 2008: A.-S. FERMANEL DE WINTER, *Universalité de fait et universalité de droit (première partie)*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2008, 409 ss.
- FERMANEL DE WINTER 2009: A.-S. FERMANEL DE WINTER, *Universalité de fait et universalité de droit (deuxième partie)*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2009, 5 ss.
- FERRARA 1948: F. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1948.
- FERRARI 1959: G. FERRARI, voce *Azienda*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- FERRINI 1908: C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908.
- FIMMANÒ 2021: F. FIMMANÒ, *Centri commerciali e 'rami d'azienda'*, in *Giur. comm.*, 2021, 1056 ss.
- GALGANO 1995: F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1995, 392 ss.
- GALGANO 2004: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, Padova, 2004.
- GAMBARO 1992: A. GAMBARO, voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 342 ss.

- GAMBARO 2012: A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2012.
- GARDANI 1999: D.L. GARDANI, voce *Universalità patrimoniale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 523 ss.
- GRECO 1955: P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1955.
- GROSSI 1982: P. GROSSI (a cura di), *Itinerari moderni della persona giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1982-1983.
- IACUMIN 2020: L. IACUMIN, *I fondi comuni di investimento. Diritto sostanziale e processo*, Trieste, 2020.
- IANNARELLI 2001: A. IANNARELLI, *Beni, interessi e valori. Profili generali*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2001.
- KUHN 2003: C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire: contribution à l'étude de l'universalité*, Paris, 2003 (thèse doctorale).
- LA LUMIA 1940: I. LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1940.
- LA TORRE 2000: A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 315.
- LAU JIA JUN - PENNER - WONG 2019: J. LAU JIA JUN - J. PENNER - B. WONG, *The Basics of Private and Public Data Trusts*, in *NUS Law Working Papers*, 2019.
- LUPOI 2019: M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, 2019.
- MACCHIARELLI 1903: A.C. MACCHIARELLI, voce *'Fictio iuris'*, in *Enc. giur. it.*, VI.2, Milano 1903, 551 ss.
- MAIORCA 1937: V. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, Torino, 1937.
- MESSINEO 1943: F. MESSINEO, *Istituzioni*, I, Padova, 1943.
- MESSINEO 1950: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950.
- MILSOM 1969: S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, London, 1969.
- NALLET 2021: A. NALLET, *La notion d'universalité. Étude de droit civil*, Paris, 2021.
- ORESTANO 1968: R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» nel diritto romano*, Torino, 1968.
- PALERMO 2007: G. PALERMO, *Il negozio 'atipico' di destinazione*, in *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, a cura di S. Tondo, Torino, 2007, 141 ss.
- PINO 1949: A. PINO, *Universalità di mobili e beni composti*, in *Giur. it.*, I, 1949, 127 ss.
- PUGLIATTI 1943: S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943.
- PUGLIATTI 1955: S. PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di 'universitas'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 955 ss.

- RASCIO 1975: R. RASCIO, voce *Universalità patrimoniali*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 94 ss.
- RASCIO 1978: R. RASCIO, *Linee di uno studio sulle universalità patrimoniali*, in *Studi in onore di L. Coviello*, Napoli, 1978, 660 ss.
- RINIK 2020: C. RINIK, *Data Trusts: More Data than Trust? The Perspective of the Data Subject in the Face of a Growing Problem*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, 342 ss.
- ROCCO 1928: A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928.
- ROTA - BIASINI 2017: F. ROTA - G. BIASINI, *Il 'trust' e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2017.
- ROTONDI 1943: M. ROTONDI, *Trattato di diritto dell'industria*, I, Milano, 1943.
- RUHAAK 2020: A. RUHAAK, *Data Trusts in Germany and Under the GDPR*, Berlin, 2020.
- SANTORO-PASSARELLI 1973: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973.
- SCOZZAFAVA 1982: O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.
- SCOZZAFAVA 2007: O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, Napoli, 2007.
- SIRACUSA 2016: R. SIRACUSA, *La nozione di 'universitas' in diritto romano*, Roma, 2016.
- TEDESCHI 1983: G.U. TEDESCHI, *Dell'azienda in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVIII.4, Torino, 1983.
- TOMMASINI 1986: R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986.
- TORRENTE 1948: A. TORRENTE, *In tema di cose composte e di universalità di cose*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 1173 ss.
- TRIMARCHI 1992: M. TRIMARCHI, voce *Universalità di cose*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 801 ss.
- VOCINO 1939: C. VOCINO, voce *Patrimoni separati*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, Milano, 1939, 226 ss.
- ZANNI 2004: A. ZANNI, *Brevi note in tema di natura giuridica dell'azienda e di disciplina applicabile in sede di collazione*, in *Riv. not.*, 2004, 716 ss.
- ZOPPINI 2007: A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e 'trust': raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721 ss.

FEDERICA DE IULIIS

INVECTA ET ILLATA: UNA CATEGORIA DI BENI
MERITEVOLE DI TEMATIZZAZIONE
FRA PASSATO, PRESENTE E FUTURO

1. *Introduzione.* – Nel segno di una sorprendente continuità storica le fonti giuridiche romane attestano che un insieme di *res*, per lo più designate con la locuzione ‘*invecta (et) illata*’¹, a partire dall’età repubblicana e ancora nell’epoca postgiustiniana erano costituite in *pignus* al fine di garantire il pagamento dei canoni di locazione di un fondo rustico o urbano, secondo il regime che fu progressivamente messo a punto dall’*interpretatio iuris* e dalla *iurisdictio* pretoria².

Seguendo la scansione cronologica indicata per grandi linee nel titolo di questo intervento, si intende tracciare l’identità giuridica di tali beni nell’ottica della tassonomia delle *res* attraverso il percorso esegetico dei più significativi dati testuali del diritto di Roma di cui disponiamo, per poi vagliare in quali termini la disciplina dell’ordinamento civilistico italiano attualmente in vigore ne sia stata infor-

¹ Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.4 pr.; Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.14.1; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.7.11.5; Marc. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.2.2; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.3; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.6; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.33.2; *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 8.14(15).7 (a. 532).

² PERTILE 1855, al termine della sua indagine monografica dedicata al ‘pegno legale sugli *invecta et illata*’, che dal diritto romano giungeva al diritto allora vigente, constatava (p. 59): «Il vincolare questi oggetti [*i.e. invecta et illata*] al locatore, è dunque cosa naturale e spontanea». Cfr. per un inquadramento del tema: ASCOLI 1887, 54 ss., 97 ss.; PALMIERI 1963, 1; FREZZA 1963, 166 ss.; LA ROSA 1987, 283 ss.; KASER 1982b, 137 ss.; PUGLIESE 1991, 500; BURDESE 1993, 378 ss.; MARRONE 2006, 377 s.; inoltre, mi sia consentito rinviare a DE IULIIS 2017, 77 ss.; dall’angolo visuale della gestione immobiliare urbana GRILLONE 2019, 133 ss.

mata e se, alla luce del progresso socio-economico e tecnologico in continuo divenire, sia possibile prospettare una futura proiezione applicativa della stessa.

2. *Passato*. – Partendo dal passato, alcune considerazioni preliminari sono da avanzare.

La prima, generalissima, attiene al vocabolo latino ‘*res*’³. È noto come in senso tecnico questa indichi un’entità che forma o può formare oggetto di rapporti giuridici patrimoniali e come tale accezione sia il portato di una dilatazione affermata nel tempo, che i giuristi romani non mancarono di rilevare⁴. È altresì acquisito che a questo mutamento del significato di ‘cosa’ contribuirono non solo necessità pratiche, connesse al crescente sviluppo dell’economia in consonanza con le istanze della società, ma anche la complessa evoluzione del diritto volto a regolamentare gli assetti di interessi e i conflitti che riguardavano i beni⁵. I Romani, d’altronde, nel solco del loro metodo, che adottarono anche nel considerare i singoli rapporti e le peculiari vicende inerenti alle cose, tennero fissa la visuale sul prisma delle questioni giuridiche implicate. Di riflesso, si comprende la composita e problematica trama giurisprudenziale delle distinzioni e classificazioni che fu intessuta in ordine alle *res*, in un arco di tempo compreso fra

³La vasta gamma delle accezioni è evidente nella voce ‘*res*’, in *VIR*, 100 ss.

⁴In tal senso generica è la breve affermazione di Ulpiano in *Ulp.* 14 *ad ed.* D. 50.16.23: ‘*Res*’ *appellatione et causae et iura continentur*, a cui si aggiungono le (problematiche) enunciazioni in *Ulp.* 3 *ad ed.* D. 50.16.6 pr.; Paul 1 *ad ed.* D. 50.16.4; Paul. 2 *ad ed.* D. 50.16.5 pr.; Herm. 2 *iur. epit.* D. 50.16.222.

⁵Sulla concezione giuridica di ‘cosa’ nel diritto romano, della quale manca nelle fonti una definizione tecnica, si vedano BIONDI 1959, 1007; ASTUTI 1962, 1 ss.; GROSSO 2001, 4 ss. e, ivi, la *Nota di lettura* di F. Gallo; THOMAS 2015, propone una riflessione basata su un approccio proceduralista, più che sostanzialista ai fini della qualificazione giuridica delle *res* nel diritto romano; di recente, un istruttivo quadro di sintesi dedicato alle ‘cose’ presentano SOLIDORO 2017, 242 ss.; CORBINO 2019, 347 ss., il quale rileva (p. 351): «Le *res* (come oggetto di un diritto soggettivo) sono perciò – nella visione e nel linguaggio dei Romani – tutto ciò che può assicurare alle persone un beneficio economico»; LAMBRINI 2021a, 105 ss., che ricorda l’«utilità concreta» di tali entità e il significato giuridico «più ampio di quello naturalistico di cosa»; inoltre, LAMBRINI 2021b, 312 ss., efficacemente nota la tendenza della nozione di ‘bene’ a cambiare nel tempo tanto nell’esperienza giuridica romana quanto negli odierni ordinamenti, in ragione del variare del rilievo assunto dagli oggetti nello sviluppo dell’economia, della società e delle tecnologie.

il I e il III secolo d.C., e che, tuttora, richiama l'interesse dei giuromanisti⁶.

Tuttavia, per quanto riguarda specificamente gli *invecta et illata* occorre constatare che di questi non si trova menzione in nessuna delle fonti che trattano delle *divisiones rerum*, a cominciare dalle Istituzioni di Gaio, opera che presenta un indiscusso valore nella tassonomia delle *res*⁷. In altre parole, non possediamo alcuna enunciazione che alluda a una collocazione sistematica degli *invecta et illata*. Si può notare, invero, che tale 'assenza' nei testi destinati alla didattica non rappresenta un *unicum* dato che classificazioni di cose nient'affatto trascurabili affiorano dagli stessi ma non risultano «enucleate e teorizzate in modo autonomo»⁸.

A questa si aggiunge l'osservazione che neppure risulta trasmessa alcuna testimonianza di una definizione tecnica assegnata agli *invecta et illata* dagli antichi *iuris periti*, stando alle fonti generalmente esplostrate in materia dalla dottrina che ha affrontato, anche approfonditamente, gli studi sulla garanzia pignoratizia nell'esperienza giuridica romana⁹.

⁶ Osserva TALAMANCA 1990a, 379: «Le classificazioni romane variano da giurista a giurista; ed anche le singole categorie che le compongono possono assumere un significato diverso a seconda dell'autore e del contesto in cui sono adoperate». Per una rassegna critica compiuta di elenchi, distinzioni delle *res* in rapporto ai criteri della loro individuazione e alle vicende che le riguardano (nascita, estinzione, mutamenti) attestate nelle fonti romane, giuridiche e non, GROSSO 2001, 7 ss.; di recente ARCÉS 2019, 5 ss.; LAMBERTI - LAMBRINI 2021, 312 ss. Come esempio di inesauribile attenzione a specifiche tassonomie delle *res* si considerino i recenti studi focalizzati sul tema di grande attualità delle *res communes omnium*: DURSI 2017; LAMBRINI 2019, 1 ss.; FALCON 2019; LAMBRINI 2020, 817 ss.; ultimamente ROMEO 2022, 89 ss.; ed anche gli approfondimenti dedicati alle *res incorporales* FALCONE 2012; alle *res in usu publico* SCHIAVON 2019.

⁷ È noto come l'ordinato insegnamento gaiano rappresenti un paradigma (Gai 2.1-16), al quale seguirono ulteriori partizioni delle *res* (ad esempio D. 1.8) dovute alle riflessioni dei giureconsulti classici (in specie Paolo, Ulpiano e Marciano) e, infine, la rivisitazione nelle *Institutiones* imperiali nell'apposito titolo *De rerum divisione* (I. 2.1). Cfr. SOLIDORO 2017, 243 ss. Per i parametri impiegati da Gaio nel sistemare la materia delle 'cose' (fondamentalmente: appartenenza, effettiva o potenziale; modi di acquisto) v. LAMBERTINI 2006, 219 ss.

⁸ Così LAMBERTINI 2006, 224 ss.; si pensi alle distinzioni fondate su caratteristiche strutturali o qualitative delle *res*, comunque valutate dal punto di vista economico-sociale con conseguente differenziazione di disciplina, come per es.: cose mobili e immobili (partizione maggiormente importante nel diritto postclassico-giustiniano), cose fungibili e infungibili, cose consumabili e inconsumabili, cose divisibili e indivisibili, cose semplici, composte e complesse.

⁹ Riguardo al dibattito sulla classificazione degli *invecta et illata*, in particolare:

A sostegno del nostro interesse sollevato dalla situazione testuale si pone un'ulteriore considerazione. Il pegno avente ad oggetto gli *in-vecta et illata* fu stabilito a presidio di una delle più importanti forme di investimento che furono praticate nel mondo romano rappresentata dalle locazioni di terreni ed edifici¹⁰. Queste operazioni negoziali si rivelarono una fonte di rendite finanziarie particolarmente vantaggiosa per i privati che decidevano di mettere a frutto patrimoni immobiliari, anche acquistati grazie a investimenti di risorse monetarie talvolta ingenti, destinandoli in maniera mirata alle locazioni¹¹. La diffusione nei vasti territori dell'Impero e fra soggetti di diversa estrazione sociale della *locatio-conductio* di fondi rustici e urbani¹², desumibile dalla prosa latina e da documenti della prassi¹³, nonché l'ampiezza delle trattazioni che i giuristi vi riservarono nelle loro opere e l'attività rescrittiva delle cancellerie imperiali, anche riguardanti i pegni che vi accedevano¹⁴, convergono a favore dell'idea che le cose *'in-*

FREZZA 1963, 168 ss., ha sostenuto che questi costituissero «una pluralità (*universitas*) di cose» oggetto della *conventio pignoris* intesa come *conventio generalis*; in termini analoghi ASCOLI 1887, 98 ss., *contra* SEGRÈ 1889, 607 s., il quale ravvisava nell'accordo di garanzia relativo all'insieme delle cose lo scopo di «costituire in ipoteca» ciascuna di quelle «portate sul fondo e quando vi saranno portate».

¹⁰ In particolare, PELLECCHI 2016, 512 ss., evidenzia la rilevanza economica delle garanzie reali, anche in confronto alle garanzie personali, sulla base di dati emblematici emergenti dalle fonti.

¹¹ Nota CAPOGROSSI COLOGNESI 2019, XII, che la *locatio-conductio* costituì: «il duttile e poliforme strumento di gestione economica della proprietà immobiliare romana» anzitutto agraria.

¹² V. LO CASCIO 2009, 92 s.

¹³ Alcuni *testimonia* documentano, per l'epoca repubblicana e del Principato, redditi ricavabili da affitti di fondi agricoli – Plin. *ep.* 3.19.5-6, 8, 9.37, 10.8.5 (inizio II secolo d.C.) –, da locazioni di edifici ad uso abitativo – Cic. *Att.* 12.32.2 (45 a.C.); Mart. 4.37 (86-97 d.C.), 12.32 (102 d.C.). Indice di una pratica comune nel mercato del credito dell'Egitto di inizio III secolo, presumibilmente ricorrente altrove nell'Impero, il papiro P. Oxy. 58.3921-22 (219 d.C.) documenta che un quarto circa del reddito annuo (500 dracme) ricavato dalla gestione patrimoniale del tutore Aurelius Hierax fatta per conto di due pupilli a lui affidati, Aurelius Berenicianus e Aurelius Sarpiaades, derivava dalla rendita ottenuta dall'affitto di una casa (120 dracme): ἐνοικίου οἰκίας ὁμοί(ως) μὴ(νῶν) ἰβ (δραχμαὶ) ρκ μισθῶν, cfr. LEROUXEL 2012 (online, 29), PELLECCHI 2016, 514; inoltre, diffuse erano locazioni di immobili ad uso commerciale (ad esempio *tabernae*): Cic. *Att.* 14.9.1 (44 a.C.); (ad esempio *horrea*): CIL, VI, 33747 = FIRA, III², 455 ss., CIL, VI, 33860, su queste fonti epigrafiche riguardanti *leges horreorum*, pubblici l'una e privati l'altra, v. GRILLONE 2019, 30, 156 ss.

¹⁴ Si tengano presenti i due titoli di D. 43.32 (*De migrando*) e 33 (*De Salviano interdicto*), e i seguenti testi: Gai 4.147; Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.4 pr.; Ulp. 28 *ad ed.* D.

vecta et illata furono vincolate altresì su larga scala, nel corso del Principato¹⁵. D'altronde, lo specifico interesse per il pegno sugli *invecta et illata* si sviluppò anche in ragione dell'anomalia genetica che lo caratterizzò, fin dai primordi, consistente nell'assenza di *traditio* immediata al pignoratario di quei beni del patrimonio che non erano sottratti alla materiale disponibilità del debitore per non comprometterne la capacità organizzativa e produttiva e, di conseguenza, per non metterne a rischio le possibilità di adempimento, pregiudicando così l'interesse primario del creditore garantito.

Pertanto, riteniamo che gli *invecta et illata* oltre a richiamare un apprezzabile livello di attenzione in ordine alle soluzioni dei problemi nascenti dai rapporti di garanzia che ad essi inerivano, come provano anche gli speciali rimedi incentrati sugli stessi e predisposti nell'Editto fin dal I secolo a.C. – secondo l'ordine leneliano: *Interdictum de migrando*, *Interdictum Salvianum* e *Actio Serviana (de rebus coloni)* –, furono oggetto di appropriata riflessione giuridica¹⁶. Non solo. Come noto, l'introduzione dell'*actio Serviana* esperibile contro i terzi che avessero acquisito il possesso degli *invecta et illata*, ne consentì la persecuzione *erga omnes* da parte del *dominus fundi*-locatore segnando l'innescò della configurazione, proprio su tali beni, del diritto reale di garanzia.

13.7.11.5; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.13.11; Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.24.1; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.1.21 pr.; Marc. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.2.2; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.3; Marc. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.2.5 pr.-1; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.6; Pomp. 13 *ex var. lect.* D. 20.2.7; Paul. *lib. sing. de off. praef. vig.* D. 20.2.9; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.4.6.2; Afr. 8 *quaest.* D. 20.4.9 pr.; Gai. *lib. sing. de form. hyp.* D. 20.4.11.2; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 20.4.13; Scaev. 27 *dig.* D. 20.4.21.1; Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 20.6.14; Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62.8; *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domitio Aphobio* C. 4.51.4 (a. 294); *Imp. Alexander A. Aurelio Petronio* C. 4.65.5 (a. 223); *Imp. Gordianus A. Aristoni* C. 8.9.1 (a. 238); *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Corinthiae* C. 8.14.5 (a. 294); I. 4.6.7; I. 4.15.3.

¹⁵L'applicazione alle locazioni di edifici circoscritta all'Urbe, a Costantinopoli e ai territori limitrofi fu poi estesa da Giustiniano a tutte le province dell'Impero stando a *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 8.14(15).7 (a. 532).

¹⁶LENEL 1927, 490 ss.: §§ 265, 266 e 267, per una ricostruzione sintetica di tali rimedi v. ultimamente CASCIONE 2021, 1175 s. Ricorda, in ragione di Paul. 63 *ad ed.* D. 43.1.2.1, la correlazione fra la tutela fornita dagli interdetti e le *rerum divisiones* ultimamente SCHIAVON 2019, 17. Per uno sguardo di sintesi sulle problematiche evolutive poste dalle fonti riguardanti, in specie, l'interdetto Salviano e l'azione Serviana si rinvia a FALCONE 2020, 495 ss.; DE IULIIS 2020, 507 ss.

Non si può prescindere dunque dalla domanda: a cosa allude precisamente il sintagma *'invecta et illata'* desumibile dalle fonti e riferito alla garanzia pignorizia? La risposta si articola sulla valutazione di un triplice ordine di fattori che attengono rispettivamente al dato linguistico, a quello fattuale e, infine, al senso giuridico dell'espressione nei contesti che la contengono.

Prendendo le mosse dalle verifiche di carattere lessicale, il binomio *'invecta (et) illata'* si compone dei participi passati sostantivati tratti dai verbi *'inveho'* e *'infero'*¹⁷, i quali rappresentano l'atto del 'portare qualcosa dentro un'altra' e, non diversamente dalle varianti terminologiche *'inducta'*, *'importata'*, derivate dalle forme verbali *'induco'* e *'importo'*¹⁸, identificano, genericamente, le 'cose portate', cioè 'introdotte'.

La più antica menzione di questi beni come *'inlata'* si legge in una clausola della *lex venditionis* dell'*olea pendens* nel *De agri cultura* di Catone (censore nel 184 a.C.), la quale conserva la più risalente testimonianza a noi giunta direttamente della garanzia pignorizia costituita senza spossessamento del pignorante (III-II secolo a.C.)¹⁹ e specifica il luogo ove le *res* erano introdotte:

¹⁷ Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.4 pr.; Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.14.1; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.7.11.5; Marc. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.2.2; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.3; Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.6; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.33.2; *Imp. Iustinianus A. Iohannis pp.* C. 8.14.7 (a. 532). Spiegano ERNOUT - MEILLET 1959, voce *Vebo*, 717: «Transporter par terre ou par mer, au moyen d'un véhicule quelconque, voiture, cheval, navire»; e ERNOUT - MEILLET 1959, voce *Fero*, 227 s.: «Le sens est 'porter' e, nella variante, *infero* «porter dans ... introduire, apporter».

¹⁸ *Inducta* (Scaev. 5 *resp.* D. 20.1.32; Nerat. 1 *membr.* D. 20.2.4 pr.; Pomp. 13 *ex var. lect.* D. 20.2.7.1; Gai. *lib. sing. de form. hyp.* D. 20.4.11.2): cfr. HOFMANN 1943, voce *induco*, 1231 ss.; *importata* (Scaev. 5 *resp.* D. 20.1.32; Lab. 5 *post. a lav. epit.* D. 20.6.14; D. 43.32.1 pr.): v. HEY 1938, voce *importo*, 661 ss.

¹⁹ Cfr. l'edizione dell'opera di CUGUSI - SBLENDORIO CUGUSI 2001, per la datazione 65, 240 ss.; sulla lettura degli aspetti di nostro interesse del cd. 'pegno catoniano', da considerare come una forma atipica di *pignus* si vedano, in particolare, BURDESE 1982, 664; BURDESE 2000, 269 ss.; KASER 1982a, 5 ss., 16 s.; LA ROSA 1988, 81 ss.; TALAMANCA 1990b, 60; MARRONE 2006, 378, nt. 234; per una visione d'insieme delle problematiche implicate e della configurabilità di questa garanzia pignorizia come antesignana del *pignus* sugli *invecta et illata* a garanzia delle locazioni fondiari in specie attestate dall'inizio del Principio si rinvia a DE IULIIS 2017, 64 ss., 77 ss.; per un'idea sul dibattito dottrinale circa la forma negoziale delle *leges venditionis* nel *De agricultura* come vendita di cosa futura o di genere, o anche in rapporto alla causa negoziale come affitto (soprattutto in ordine al pascolo), entro le quali si inserisce il *pignus* si vedano TALAMANCA 1990b, 51 ss.; CARDILLI 2011, 188, nt. 10, 190; CASCIONE 2003,

Cato agr. 146.5: *donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato.*

Desumiamo, pertanto, che erano pignorate le cose mobili portate ‘*in fundo*’, cioè nella tenuta del *dominus*-venditore dei frutti pendenti, ove ne era prevista la permanenza, fino al momento della soddisfazione del suo interesse (tramite *solutio* o *satisfactio*). Invero, nel formulario catoniano l’immobile non era oggetto di una locazione bensì sede dell’uliveto i cui frutti, acquistati per effetto dell’aggiudicazione in una vendita all’asta²⁰, sarebbero stati raccolti grazie alle *res* portate nella tenuta dall’acquirente-pignorante che, proprio a tale scopo, ne avrebbe conservato la materiale disponibilità. Il Censore non registra in che cosa queste consistessero, ma presumibilmente si trattava di strumenti, compresa la manodopera servile, indispensabili per acquisire le olive²¹.

È opportuno, però, evidenziare che nelle successive attestazioni, in specie presenti nei *Digesta* giustinianeî, la più risalente delle quali è tratta da un frammento del giurista augusteo Marco Antistio La-beone²², le ‘cose portate’ risultano vincolate in pegno, senza consegna

249 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI 2012, 152 s.; CARBONE 2017, 65 ss.; da ultimo, LAMBERTI 2021, 373; inoltre, per un’indagine sul significato storico del trattato di Catone nel contesto socio-economico e politico-istituzionale riguardante l’agricoltura degli inizi del II secolo a.C. v. AGNATI 2020, 393 ss.

²⁰ Cato agr. 2.7: *auctionem uti faciat*. Ribadisce il ricorso a un preciso procedimento per la conclusione della vendita a favore del migliore offerente BURDESE 2000, 270 ss.; seguivano all’*auctio* privata il perfezionamento e la tutela negoziale di diritto privato ribadisce CARBONE 2017, 68 s., 68 nnt. 207, 209 con bibliografia.

²¹ La dottrina è generalmente concorde su questa accezione, v. in particolare MARRONE 2006, 377 s., 378, nt. 234. La previsione del *pignus* sugli *illata* nel fondo è da estendersi ai formulari di vendita del *vinum pendens* (Cato agr. 147) e del *vinum in dolis* (Cato agr. 148), che rinviano alla *lex* sull’*olea pendens*, posto che tali *res* servivano, rispettivamente, alla vendemmia dell’uva e alle operazioni di vendita del vino nelle botti; inoltre, il pegno è attestato anche nelle *leges venditionis* del *pabulum hibernum* e dei *fructus ovium* (Cato agr. 149.7 e 150.6-7), cioè rispettivamente del pascolo invernale e dei prodotti del gregge.

²² Lab. 5 post. a lav. epit. D. 20.6.14: *Cum colono tibi convenit ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset*. Nel frammento il *pignus* è chiaramente posto a garanzia dell’obbligazione di versare la mercede, in breve sul punto BURDESE 1993, 379; analogamente, anche a tutela della pigione delle locazioni urbane si vedano Gai 4.147 = I. 4.15.3; Nerat. 1 membr. D. 20.2.4 pr.; Pomp. 13 ex var. lect. D. 20.2.7.1; Marc. lib. sing. ad form. hyp. D. 20.2.2.

immediata al creditore, a tutela univocamente del credito nascente dalla *locatio-conductio* di fondi, sia agricoli che urbani, e menzionate in maniera generalmente indistinta²³. Confermano questo dato emblematicamente, da un canto, la sommaria locuzione ‘*de rebus coloni*’ impiegata per descrivere rispettivamente l’*interdictum Salvianum* nelle *Institutiones* di Gaio e l’*actio Serviana* originaria in ben due brani degli *Elementa* di Giustiniano, quali rimedi diretti a tutelare il locatore-creditore pignoratorio del fondo rustico affittato²⁴; e, dall’altro, la menzione d’insieme ‘*introducta importata*’ citata nella formula editale dell’*interdictum de migrando*, quale strumento di tutela a favore dell’inquilino teso al rilascio dei pegni reclusi nell’abitazione dalla *perclusio* del locatore²⁵.

D’altronde, quando il giurista Nerazio Prisco, sul finire del I secolo d.C., espone il diverso atteggiarsi della *conventio pignoris* (D. 20.2.4 pr.) – tacita su ‘*inducta illata*’ nelle locazioni urbane e, in contrapposizione, espressa in quelle agrarie – fonda la regola sul criterio

²³ PERTILE 1855, 28, osservava al riguardo: «Le leggi si servono sempre dell’espressione generale *illata invecta*, senza accennare a’ singoli oggetti, e quando parlano di questi, ciò è solo per negare che essi siano obbligati dopo l’alienazione», l’autore si riferisce ai due casi in Paul. *lib. sing. de off. praef. vig.* D. 20.2.9 e Scaev. 27 *dig.* D. 20.1.34.

²⁴ Gai 4.147 = I. 4.15.3: *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas si pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.* I. 4.6.7: ... *Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur;* I. 4.6.31: *Praeterea quasdam actiones arbitrarías ... Serviana de rebus coloni.* La conferma che la locuzione ‘*de rebus coloni*’ riguarda gli *illata* in pegno per le mercedi si trae dalla spiegazione in Theoph. *Par.* 4.6.31: ... κατά τῶν πρᾶ γμάτων τοῦ coloni, ... τὰ ... εἰσενεχθέντα ... πράγματα. (= REITZ 1751, II.821 s.: ... *in res coloni moveo ... illatas*).

²⁵ Testimonianza fondamentale di tale interdetto proibitorio e della relativa formula si legge in Ulp. 73 *ad ed.* D. 43.32.1 pr.: *Praetor ait: ‘Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factae essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent ...;* sull’atto di *perclusio*, termine non presente nei *Digesta* ove invece è attestato il verbo ‘*percludere*’, come autoimpossessamento con conseguente ritenzione degli *illata* da parte del locatore v. Paul. *lib. sing. de off. praef. vig.* D. 20.2.9 su cui *infra*; inoltre LA ROSA 1987, 286 s.; PUGLIESE 1991, 501; GIACHI 2008, 1 ss.; per considerazioni più ampie anche in confronto con l’interdetto Salviano, DE IULIIS 2017, 126, 154 ss.; da Paul. *lib. sing. de off. praef. vig.* D. 19.2.56 si ricava che, al fine di compiere la *perclusio* su iniziativa di *domini* di *horrea* e *insulae* locati alla presenza di funzionari pubblici a ciò deputati, gli *invecta et illata* venivano inventariati in vista della vendita satisfattiva del credito, salva la reazione dell’inquilino tramite interdetto *de migrando*, sulle ipotesi di manipolazione ma a favore della genuinità di fondo del passo si pronuncia SCIORTINO 2006, 8 s. e nt. 26.

dell'ubicazione dei fondi, cioè sulla distinzione fra *praedia rustica* e *praedia urbana*, senza alludere a diversificazioni insite all'interno delle cose *invecta et illata*²⁶.

Le fonti, dunque, in genere, non solo lasciano in ombra la concreta identità delle *res* introdotte nei *praedia* presi in conduzione²⁷, ma neppure prospettano alcun *distinguo* in seno al sintagma '*invecta et illata*'²⁸.

Pertanto, queste constatazioni convalidano, d'acchito, l'idea che, al di là dell'aggregazione all'alveo della garanzia reale, sia mancata una

²⁶ Nerat. 1 *membr.* D. 20.2.4 pr.: *Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.* Sul passo, reputato genuino nel contenuto in specie da GROSSO 2001, 74, si vedano FREZZA 1963, 125 ss.; GIACHI 2008, 37, nt. 50., 38 s.; CASTAGNETTI 2021, 85 e nt. 3, 86, 125 ss. In effetti, alla diversa natura degli immobili locati – *fundi* o *aedes* – corrispondeva una differente disciplina annessa al contratto di *locatio-conductio rei* sotto vari aspetti, fra questi quello del *pignus* sugli *invecta et illata* che vi accedeva, diversificato oltre che nell'accordo di pegno anche nei mezzi di tutela del locatore, e finanche quello dell'*expulsio* del conduttore inadempiente che, nella disciplina classica, poteva essere realizzata immediatamente dal locatore di un fondo rustico, mentre era imposto al locatore di *aedes* di attendere un biennio di ritardo nel pagamento delle pigioni da parte dell'inquilino prima di potere esercitare il suo diritto di espellerlo, senza conseguenze sul piano della responsabilità: cfr. SCIORTINO 2006, 4 ss., 26. Si tenga presente che la *locatio* dei fondi urbani è riferita a varie tipologie di immobili, aventi varietà di denominazioni e di usi quali *aedes*, *insulae*, *coenacula*, *domus*, *horrea* e che, in particolare, il pegno di *invecta et illata* è attestato in ordine a *horrea* e *deversoria* (Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.3), cioè magazzini e alberghi, a cui si aggiungono gli *stabula* posta l'ampia accezione del lemma '*praedia urbana*' in Ulp. 2 *de omn. trib.* D. 50.16.198: cfr. GRILLONE 2019, 142 s., 142, nt. 3. Il lemma ulpiano è ripercorso in dettaglio da ARCARIA 2022, 65 ss., che ne evidenzia la connessione al divieto di alienare *praedia rustica vel suburbana* dei *pupilli* e degli *adulescentes* stabilito nell'*oratio Severi* (195 d.C.) e sottolinea come per il giurista (p. 335): «*urbana praedia*», dovevano intendersi tutti gli edifici e, quindi, non solo quelli che si trovano nelle città, ma anche quelli che sono ubicati nelle campagne, nei villaggi o le lussuose case di campagna», si tenga presente comunque la valenza generalizzante assunta dalla trattazione di età severiana in ragione della collocazione giustiniana del frammento nel titolo '*De verborum significatione*' (D. 50.16).

²⁷ In qualche brano si trova menzione di schiavi, ad esempio nell'*incipit* della promessa editale dell'interdetto *de migrando* in Ulp. 73 *ad ed.* D. 43.32.1 pr.; inoltre nei seguenti passi D. 20.1.32; D. 20.2.9, sui quali v. oltre.

²⁸ Si ricordi la tendenza dei giuristi ad enumerare le *res* nel classificarle, per esempio nell'ambito delle più antiche *res soli* e *ceterae res* (Gai 2.42; 2.204) e delle *res mancipi* e *res nec mancipi* (Gai 2.14a-16); e ancora in ordine alle *res corporales* e *res incorporeales* (Gai 2.12-14): cfr. SOLIDORO 2017, 243 ss.; inoltre, si pensi al controverso, eterogeneo catalogo marciano delle *res communes omnium* (Marc. 3 *inst.* D. 1.8.2 pr.-1) «già tra loro largamente differenziate» come rileva FALCON 2019, 49 s.; v. altresì LAMBERTINI 2020, 65 ss.

concettualizzazione in termini astratti degli *invecta et illata* come autonoma categoria giuridica di *res*.

Occorre però chiedersi se questa, che appare una lacuna tematica alla luce dell'approccio della *scientia iuris* a costruire ordini di cose in un graduale progredire – mai scisso dalle congiunture socio-economiche e dalla disciplina negoziale e rimediale delle relazioni instaurate su di esse²⁹ – sia veramente tale.

Dallo scandaglio dei testi giuridici che sconfinano nella temperie bizantina, in effetti, abbiamo visto riaffiorare alcuni indizi che, ad un'attenta lettura, aprono una breccia nel tentativo di ridare corpo e di cogliere una *nuance* di significato nell'endiadi *invecta et illata*, anche con sguardo retrospettivo alla storia giuridica romana.

La prima testimonianza di nostro interesse è tratta dalla Parafraresi di Teofilo alle Istituzioni di Giustiniano e si inserisce nella spiegazione dell'*actio Serviana* '*de rebus coloni*' in cui l'*antecessor* si sofferma sulle condizioni di esperibilità dell'*actio in rem* precisando, in particolare:

Theoph. Par. 4.6.7 ... ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρὸν, καὶ γέγονάς μοι κολῶνος ... εἰσὴ γὰρ γεσ δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματα τινα, οἶον ἵππους, βόας, οἰκέτας, ἐσθῆτα, ἄργυρον, πακτεύσας ὥστε μοι ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος (= REITZ 1751, II.794 ss.: ... *agrum a me conduxisti, et factus mihi fuisti colonus ... induxisti autem in eum agrum res aliquas, velut equos, boves, servos, vestem, argentum, pactus ut haec mihi mercedis nomine supposita sint*).

L'aspetto rilevante della fonte di matrice pregiustiniana intessuta su materiali gaiani³⁰, che apre uno spiraglio nella nostra ricerca orientata a restituire senso compiuto agli *invecta et illata*, si concentra sull'elenco di *πράγματα*, cioè di cose, che il colono avrebbe immesso nel potere con il patto di garanzia per la mercede. Si tratta di beni di va-

²⁹ Cfr. ultimamente LAMBERTI - LAMBRINI 2021, 312 ss., 321.

³⁰ Cfr. FALCONE 1998, 226, nt. 4, 278 e nt. 132; sulla fonte attribuita al 'Parafraresi' v. da ultimo MOLINARI 2021, 65 ss., il quale ne riconosce alla base (p. 214): «Istituzioni imperiali e *corpus* gaiano, verosimilmente consultato direttamente o citato *par coeur*», riconducendola (p. 215): «all'attività della scuola di Costantinopoli dei tempi della compilazione giustiniana»; per una recentissima rilettura complessiva dell'opera teofilina, che prende le mosse dalla monografia di Molinari, si rinvia a LAMBERTINI 2022, 332 ss.

ria natura che sono passati in rassegna dal Parafraste a titolo esemplificativo, come segue: cavalli (ἵππους), buoi (βόας), servi (οἰκέτας), vesti (ἔσθητα) e denaro (ἄργυρον)³¹.

A questa si aggiunge un'attestazione unica nel panorama delle enunciazioni riguardante gli *invecta et illata* costituita da uno scolio dei Basilici, pervenutoci in una duplice versione nella tradizione manoscritta³² e rimasto inesplorato nella dottrina anche più risalente. L'annotazione, posta a corredo di un frammento compendiato del giurista Giulio Paolo³³, si colloca nel solco tracciato dal brano teofilino, che abbiamo visto, completandolo in maniera significativa, come emerge dai tre testi che proponiamo in sequenza³⁴:

Bas. 11.1.4 = D. 2.14.4 pr. (SCHELTEMA - VAN DER WAL 1956, 625): *Paul.* Ἐπὶ τῶν πολιτικῶν οἰκήσεων σιωπηρῶς ὑπόκειται τῷ μισθωτῇ τὰ εἰσαχθέντα καὶ τὰ εἰσκομισθέντα, κἄν ἄλλος ἢ ὁ μισθωσάμενος. (= HEIMBACH 1833, 555: *Paul. In urbanis habitationibus tacite locatori obligata sunt invecta et illata, licet conductor mutus sit*).

Bas. 11.1.4 pr. sch. 1 = D. 2.14.4 pr. (SCHELTEMA 1953, 340): Ὁ Φιλόξενος παρέθετο ἐν ταῖς νεαραῖς ἐξήγησιν Θεοφίλου λέγουσαν· ἰνβέκτα μὲν ἐστι τὰ βασταζόμενα, οἶον ἐσθῆς, χρυσός, ἄργυρος, βιβλία καὶ εἴ τι τοιοῦτον· ἰνλάτα τὰ ἔμψυχα, οἶον βοῦς, ἵππος, οἰκέτης καὶ τὰ τοιαῦτα. (= HEIMBACH 1833, 556: *Philoxenus in Novellis interpretationem Theophili hanc apposuit: Invecta quidem sunt, quae vehuntur, veluti vestis, aurum, argentum, libri et si quid, eius modi est: illata autem animata, veluti bos, equus, mancipium et alia eiusmodi*).

³¹ Il medesimo metodo espositivo con esemplificazione delle *'res quae pondere numero mensura constant'*, in ordine alla moderna categoria delle cose fungibili, si riscontra ad esempio in Theoph. *Par.* 3.14 pr., v. VARVARO 2008, 30, nt. 75, 298.

³² *Codex Parisinus gr.* 1352 = Bas. 11.1.4 pr. sch. 1.; *Codex Coislianus gr.* 152 = Bas. 11.1.4 sch. 11: cfr. SCHELTEMA 1953, 182, 340; HEIMBACH 1833, 556, ulteriori ragguagli in DE IULIIS 2017, 122 e nt. 35.

³³ *Paul.* 3 ad ed. D. 2.14.4 pr.: *Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit*.

³⁴ Ricordiamo che i Basilici furono pubblicati nell'anno 800 e che la redazione di una prima serie dei relativi *scholia* è databile fra VI-VII secolo e una seconda serie fra X-XII secolo: cfr. LAMBERTINI 2015, 165 s.

Bas. 11.1.4 *sch.* 11 = D. 2.14.4 *pr.* (SCHELTEMA 1953, 182):
 Ἰστέον δέ, ὅτι ὁ Φιλόξενος παρέθετο ἐν τῇ νεαρᾷ ἐξήγησιν
 ἔχουσαν οὕτως· ὅτι ἰνβέντα εἰσὶ τὰ βασταζόμενα, οἶον
 βιβλία καὶ τὰ ὁμοῖα, ἰνλάτα δὲ τὰ ἔμψυχα, οἶον ἵπποι καὶ τὰ
 ... (= HEIMBACH 1833, 556: *Scito autem, Philoxenum in Novella
 huiusmodi interpretationem apposuisse: Invecta sunt, quae vehuntur,
 ut libri et quae similia sunt, illata autem animata, veluti equus et
 cetera ...*).

A proposito della convenzione tacita che costituiva in pegno *ipso iure* 'τὰ εἰσαχθέντα καὶ τὰ εἰσκομισθέντα'³⁵ (cioè gli *invecta et illata*) nelle locazioni urbane, ribadita nella raccolta bizantina (Bas. 11.1.4), viene riportato lo scolio di Filosseno³⁶ che, nel commentare le Novelle di Giustiniano, attribuiva a Teofilo la puntualizzazione del significato da anettere rispettivamente agli 'ινβέκτα' e 'ινλάτα' riconducendola a un diverso nucleo semantico dei due termini, corrispondente a due diversi verbi della lingua greca, con una precisa demarcazione di significato (Bas. 11.1.4 *pr sch.* 1). Infatti, viene prospettata una differenza di fondo in ragione della diversa modalità attraverso la quale le *res*, che sarebbero diventate pegni, facevano ingresso nel fondo locato: mentre gli 'ινβέκτα' sono qualificati 'βασταζόμενα', cioè 'trasportati' verosimilmente con l'impiego di un veicolo, come la veste (ἐσθής), l'oro (χρυσός), l'argento (ἄργυρος) e i libri (βιβλία), gli 'ινλάτα' sono esplicitati come 'ἔμψυχα', cioè 'esseri animati', il che fa pensare a qualcosa che viene condotto in un luogo attraverso una propria autonoma capacità di movimento³⁷. Il riferimento è senza ombra di dubbio alle *res semoventi*³⁸, come con-

³⁵ LIDDELL - SCOTT - JONES 2011, 492, voce εἰσάγω: «bring in», «introduce», LIDDELL - SCOTT - JONES 2011, 495, voce εἰσκομίζω: «bring in for oneself» nella coniugazione nel mediopassivo. Per la corrispondenza tra le forme verbali greco-latine LEOPOLD 1852, 247, voce εἰσάγω: «introduco»; LIDDELL - SCOTT - JONES 2011, 248, voce εἰσκομίζω: «importo, invehō».

³⁶ Philoxenus, probabilmente un *antecessor* successivo a Giustiniano secondo SCHELTEMA 1970, 4 e nt. 18, fu autore di *summae* delle Novelle giustinianee tratte dalle epitomi novellari di Atanasio Emesino e Teodoro Ermopolita cfr. TROIANOS 2015, 94.

³⁷ LIDDELL - SCOTT - JONES 2011, 310, voce βαστάζω: «bear», «carry»; LIDDELL - SCOTT - JONES 2011, 551, voce ἔμψυχος: «having life in one, animate»; inoltre, per la simmetria fra le lingue greca e latina LEOPOLD 1852, 166, voce βαστάζω: «porto, baiulo», LEOPOLD 1852, voce ἔμψυχος: «animatus, spirans».

³⁸ Su questi beni unitariamente considerati in ragione della caratteristica motoria

ferma l'enumerazione che identifica gli 'ινλάτα' con il bue (βοῦς), il cavallo (ἵππος), lo schiavo (οἰκέτης) e altri beni (καὶ τὰ τοιαῦτα) a questi equiparabili.

La contrapposizione dialettica riferita dall'interprete, che fonda sul piano ontologico la distinzione degli *invecta* rispetto agli *illata*, è conservata in un più recente scolio al medesimo passo dei Basilici (Bas. 11.1.4 *sch.* 11). Sebbene in forma abbreviata rispetto alla precedente annotazione (Bas. 11.1.4 *pr. sch.* 1), vi si trova la divisione sostanzialmente invariata presentata da Filosseno fra 'ινβέντα' (cioè *invecta*, vocabolo imperfettamente trasposto in greco) altresì definiti con il participio passato sostantivato 'τὰ βασταζόμενα', e 'ινλάτα' con il sostantivo 'ἔμψυχα', di cui si ricordano, però, soltanto, rispettivamente, 'libri e cose simili' (βιβλία καὶ τὰ ὁμοῖα) quali *res* 'inanimate' e cavalli (ἵπποι) come esempio di *moventia*, a cui presumibilmente seguiva qualche altra menzione (καὶ τὰ ...).

Pertanto, le tre fonti postgiustiniane nel loro insieme restituiscono un'accezione materiale degli '*invecta et illata*' dai contorni definiti tramite un'elencazione esemplificativa corredata perfino del *distinguo* fra gli stessi, con tutta probabilità ancora rilevante nell'insegnamento giuridico dei primi decenni del VI secolo e forse non trascurabile nel far fronte a problematiche della pratica, visto che l'*antecessor* Teofilo non mancò di rimarcarla in maniera accurata non solo nel parafrasare come didatta le Istituzioni imperiali, ma anche nell'interpretare il Digesto giustiniano nella chiosa successivamente ripresa da Filosseno e dagli scolasti bizantini³⁹.

che li accomuna cfr. Cels. 19 *dig.* D. 50.16.93: '*moventium*', *item* '*mobilium*' *appellatione idem significamus: si tamen apparet defunctum animalia dumtaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse. quod verum est*; Ulp. 1 *ad ed.* D. 21.1.1 *pr.*: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*; il rilievo di tali *res* '*se moventes*' permane in età tardoantica come attestano costituzioni imperiali che le distinguono dalle *res mobiles* e *immobiles* – *Imp. Zeno A. Aeneae com. rer. priv. C.* 7.37.2 (s.d.); *Imp. Iustinianus Demostheni pp. C.* 5.12.30 *pr.* (a. 529) – nella probabile scia del neoplatonismo sostiene PUGLIESE 1991, 841; peraltro, sempre in ragione dell'autonomia nel movimento, diverso regime si rileva per i *moventia* ad esempio in materia di possesso (Coll. 12.7.10) e anticamente nella *vindicatio* (Gai 4.16).

³⁹ La paternità di Teofilo riguardo all'illustrazione dei vocaboli *invecta et illata* nel frammento paolino fu sostenuta da REITZ 1751, II.944; su Teofilo interprete dei *Digesta* non oltre la *pars de rebus* v. TROIANOS 2015, 78 s.; inoltre MOLINARI 2021, 65.

Tale elaborazione, a nostro avviso, sottende un procedimento di astrazione logica impostato sugli strumenti della dialettica, come mostra anche la ricerca dei significati enucleabili dalle parole, che i giuristi romani impiegarono, fin dalla tarda Repubblica, nello studio dei casi e in funzione della soluzione pratica giuridicamente appropriata da applicare agli stessi⁴⁰.

In particolare, la concezione degli *invecta et illata* si sarebbe delineata in relazione all'allestimento dei rimedi approntati a tutela del *pignus* delle locazioni, sia rustiche che urbane, come suggeriscono i nessi con la materia processuale della parafrasi teofilina, innestata sulla trattazione istituzionale dell'iniziale *actio Serviana* (Theoph. Par. 4.6.7), e le asserzioni dello scolio dei Basilici (Bas. 11.1.4 pr. *sch.* 1 e Bas. 11.1.4 pr. *sch.* 11) al brano del giurista Paolo, che trattava del pegno tacito sugli *illata* nelle locazioni urbane nel commentare la sezione dell'Editto dedicata a '*De pactis et conventionibus*' (D. 2.14.4 pr.)⁴¹.

Peraltro, la consistenza degli *invecta et illata*, sistemata su tale base testuale, può essere circostanziata tramite cenni nelle fonti e ricostruzioni di prassi consolidate nei rapporti contrattuali, considerate le esigenze organizzative legate alla gestione del bene locato. Pertanto, come l'affittuario introduceva schiavi, animali da lavoro ed eventualmente greggi, ma anche animali da cortile e strumenti mobili per la lavorazione della terra (come carri, aratri, vomeri, zappe), così l'inquilino portava nelle *aedes* servi, suppellettili e masserizie per l'abitazione⁴².

Che tale lavoro interpretativo si riconnetta alla vigenza, fin dall'età preclassica, del processo formulare è del tutto plausibile vista l'esigenza di disporre *conceptiones verborum* il più possibile aderenti ai concreti assetti di interessi di quell'originario e peculiare *pignus* senza

⁴⁰ Cic. *ad Brut.* 41.152-153 (43 a.C.); Gell. 13.10.1 (II d.C.); CANNATA 1997, 210 ss., 270 ss., 311 ss.; VACCA 2012, 52 ss.; sull'*interpretatio iuris* e il metodo casistico-giurisprudenziale si vedano i fondamentali studi ora raccolti in VACCA 2017, in specie 232 ss., 235 ss., 232, nt. 8, a proposito di Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr. passo in cui, al di là di qualche intervento dei giuristi bizantini, si definisce «il ruolo del giurista come mediatore esclusivo fra l'ordinamento giuridico e la sua applicazione 'giusta'».

⁴¹ Cfr. LENEL 1889, c. 971, *Paulus* n. 122; LENEL 1927, 64 s., Tit. IV § 10.

⁴² Cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.2; Paul. *lib. sing. de off. praef. vig.* D. 20.2.9; Quint. *inst.* 7.8.4; Mart. 12.32; CAPOGROSSI COLOGNESI 2014, 88 s.; GRILLONE 2019, 151 s., 152, nt. 189, al quale si rinvia per la questione discussa in dottrina sulla possibilità di ricomprendere fra i pegni la '*supellex*'.

spossestamento del locatario, tenuto conto anche della realtà dei beni ‘inanimati’ (*invecta*) e ‘semoventi’ (*illata*) attorno ai quali ruotava la tutela giurisdizionale affinché questa potesse andare a effetto⁴³. Per esempio, come non considerare, ai fini dell’individuazione della formula da impiegare, la natura dei ‘beni introdotti nel fondo’ rispetto alla loro ubicazione e alla situazione in cui versavano al momento dell’iniziativa processuale? Aspetti di rilievo, questi, qualora si fosse reso necessario l’impossessamento a favore del locatore-creditore pignoratizio, in vista della soddisfazione del suo interesse, anche quando gli *invecta et illata* si trovassero presso terzi estranei alla costituzione della garanzia. Si pensi, in proposito, alla formulazione dell’ordine pretorio dell’interdetto Salviano concesso *adipiscendae possessionis causa*, che reputiamo potesse essere proibitoria (*vim fieri veto*) o restitutoria (*restituas*) contro il destinatario a seconda che gli *invecta et illata* si prestassero a una presa autonoma da parte del *locator fundi* ovvero, per le loro caratteristiche o collocazione, avessero invece richiesto che fosse l’avversario a provvedere affinché il *dominus fundi* pignoratario ne conseguisse il possesso⁴⁴.

E, ancora, questione non secondaria, come individuare con sicurezza i beni annoverabili negli *invecta et illata*, oltre che sul piano pratico, su quello propriamente giuridico?

Alcune fonti documentano ulteriori aspetti della disciplina del *pignus* enucleati dalla riflessione incentrata sulle ‘cose portate nel fondo’, che furono messi a fuoco contribuendo a configurarle come insieme di beni mobili provvisto di una tipica connotazione tecnica.

In particolare, l’atto della ‘*illatio*’ risulta il necessario complemento della *conventio pignoris* – espressa o tacita che fosse in rapporto alla *locatio-conductio* rustica o urbana cui accedeva – e segna il momento a partire dal quale alle cose del conduttore immesse nel fondo sarebbe stato impresso il vincolo finalizzato ad assicurare la soddisfazione dell’interesse del locatore in ordine alle mercedi. Lo rivela il seguente frammento:

⁴³ Si tenga presente la natura *in rem* attestata per l’*actio Serviana* (I. 4.6.7, 31) e desumibile – a nostro avviso – dalle fonti in ordine all’*interdictum Salvianum* (Gai 4.147 = I. 4.15.3; Iul. 49 *dig.* D. 43.33.1; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.33.2; Theoph. *Par.* 4.15.3): cfr. per la disamina e relativa bibliografia DE IULIUS 2017, 196 ss.

⁴⁴ DE IULIUS 2017, 238 ss. in specie 253 s.; in senso adesivo FALCONE 2020, 505 ss.

Gai. *lib. sing. de form. hyp.* D. 20.4.11.2: *Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventionem priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est.*

Gaio, nell'esaminare la questione del concorso di pegni successivi e l'applicabilità alla fattispecie del principio '*prior tempore potior iure*', chiarisce in maniera inequivocabile che una specifica cosa avrebbe assunto l'identità giuridica di '*res inducta*' dall'effettiva immissione da parte del colono nel fondo (*ex eo quod inducta res est*), e non soltanto in ragione del patto pignoratorio (*quia non ex conventionem priori obligatur*)⁴⁵. Si aggiunga che, nella versione del frammento gaiano nei Basilici la medesima soluzione è riferita a 'τὰ εἰσαγόμενα εἰς τὸν μισθωθέντα οἶκον', cioè agli *illata in aedes conductas* per la pigione⁴⁶, ne desumiamo pertanto l'estensione alle locazioni abitative.

Non meno rilevante quindi sul versante della garanzia della *locatio-conductio* urbana è la precisazione, nel commento ulpiano al testo dell'interdetto *de migrando*, che ne limita l'ambito di applicazione: '*sed si pignoris nomine inducta sit*' (Ulp. 73 *ad ed.* D. 43.32.1.5). In questo tratto, ed anche nel prosieguo dell'esposizione, il giurista pare voler rimarcare il fatto dell'«introduzione» nell'immobile associato alla causa di garanzia, tacitamente istituita, ai fini dell'indicazione dei beni mobili del conduttore «sequestrati» dal locatore per i quali l'inquilino avrebbe potuto chiedere il rilascio⁴⁷.

Tuttavia, inequivocabili precisazioni dei giuristi circoscrivono il pegno nelle locazioni agrarie ponendo l'accento sulla particolare si-

⁴⁵ Cfr. *Imp. Alexander A. Aurelio Petronio* C. 4.65.5 (a. 223); ASCOLI 1887, 98 s.; FREZZA 1963, 166 s.; BISCARDI 1991, 79 s.; CANNATA 1997; CANNATA 2001, 334 s.; DE IULIIS 2017, 131 ss. PERTILE 1855, 21, nota a sostegno della necessaria introduzione (citando Vangerow) che la denominazione del pegno «è *de illatis et invecis* e non *de inferendis et invehendis*».

⁴⁶ Bas. 25.5.9 (= HEIMBACH 1843, 80); ricorda lo scolio MAROI 1927, 29, nt. 3.

⁴⁷ Le difficoltà ricostruttive del brano, sospettato di manipolazione, sono prese in considerazione da LA ROSA 1987, 292 ss.; propende per l'abbreviazione della parte iniziale del § 5 di D. 43.32.1 GIACHI 2008, 18 ss., la quale, nell'esaminare la fonte, chiarisce (20, nt. 23): «Il pretore non ha preteso, per concedere l'interdetto, che la cosa ... si trovi in pegno (cioè materialmente vincolata), ma solo che sia stata introdotta a titolo di pegno».

tuazione delle *res* portate nell'immobile, segno che non tutte sarebbero state in garanzia e che il relativo regime era stato assestato su un ulteriore requisito. Infatti, perché potesse esplicitarsi la funzione pignorizia a cui erano stati assegnati di comune accordo da affittante e affittuario, era indispensabile che gli *illata* fossero immessi con il deliberato proposito della loro permanenza nell'immobile per la durata della locazione. Incisive sono in proposito le asserzioni di Sesto Pomponio e di Q. Cervidio Scevola nei passi seguenti:

Pomp. 13 *ex var. lect.* D. 20.2.7.1: *Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint: quod magis est*⁴⁸.

Scaev. 5 *resp.* D. 20.1.32: *... quaeritur, an et Stichus vilicus et ceteri servi ad culturam missi et Stichi vicarii obligati essent. Respondit eum dumtaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accomodarentur, obligatos*⁴⁹.

La relazione instaurata tra i pegni e il *praedium* – resa esplicita in questi termini: *'ut ibi sint'* (D. 20.2.7.1) e *'ut ibi perpetuo essent'* (D. 20.1.32) – trova corrispondenza in un peculiare costruito sintattico, carico di significato giuridico. L'espressione *'in fundo'*, che abbiamo visto citata nel 'pegno catoniano' degli *'inlata'* (Cato *agr.* 146.5), descrive lo stato in luogo e, insolitamente associata nella lingua latina a forme verbali indicative di moto a luogo⁵⁰, quali sono i participi pas-

⁴⁸ Che il giurista si stesse occupando degli affitti dei fondi rustici si ricava dal *principium* di Pomp. 13 *ex var. lect.* D. 20.2.7 pr. FRIER 2021, 319, nota, *a contrario*, «temporarily introduced property was not included». Il passo è accostato a D. 20.1.32 per evidenziare il dato locativo da CHIRONI 1894, 276 s.; FREZZA 1963, 197 s.; LA ROSA 1987, 295.

⁴⁹ V. FREZZA 1963, 168; KASER 1982b, 140, nt. 49; LA ROSA 1987, 295; KRÄMER 2007, 64, nt. 28, 65; secondo una recente rilettura del frammento di CAPOGROSSI COLOGNESI 2016, 415 ss., nella fattispecie complessa riferita a un sistema fondiario la questione posta al giurista concerne gli *invecta et illata* da identificare con gli *instrumenta* del *dominus* del fondo dati in pegno a un suo creditore; tuttavia, si tenga presente che, come avverte l'autore, il brano è stato tagliato e che una parte della tenuta era in affitto con *coloni*, situazione negoziale diffusa che a Scevola doveva essere ben nota. A noi interessa, comunque, il fatto che l'*obligatio* sugli *'inducta invecta importata'* viene delimitata «senz'altro a quelle forze di lavoro, che sono state introdotte nei *praedia* come forze di lavoro permanenti, e non già occasionali» come sottolinea BISCARDI 1991, 84.

⁵⁰ Si vedano per esempio FORCELLINI - DE VIT 1828, voce *In*; TRAINA - BERTOTTI 1993, 139.

sati sostantivati *'invecta'* e *'illata'*, compendia la situazione di stasi di questi beni, sottolineando la connessione del vincolo istituito su di essi *causa pignoris* alla loro stabile presenza sul fondo, dal momento dell'ingresso nel medesimo. Il divieto di asportazione previsto a seguire nel formulario (*ne quid eorum de fundo deportato...*) conferma e, nel contempo, rafforza tale legame delle *res* all'immobile.

Parimenti abbiamo trovato riprodotta, altrettanto eccezionalmente rispetto alla sintassi della lingua greca, nelle tarde trasposizioni normative della disciplina dell'interdetto Salviano e dell'azione Serviana *'de rebus coloni'* nella parafrasi di Teofilo (Theoph. *Par.* 4.15.3 e 4.6.7), il complemento di stato in luogo della locuzione *'ἐν τῷ ἀγρῶ'* connesso a *'τὰ εἰσαγόμενα'*⁵¹ come oggetto dell'accordo con il quale i *πράγματα* del colono portati nel podere sarebbero stati assoggettati a un vincolo pignoratorio per la mercede.

Peraltro, rimanendo nella cronologia delle attestazioni postgiustiniane, i due frammenti giurisprudenziali citati (D. 20.2.7.1 e D. 20.1.32) trovano spazio nei Basilici nelle corrispondenti epitomi, che rendono in maniera perfettamente coincidente l'accezione spazio-temporale delle locuzioni qui in esame⁵².

Con tutta probabilità questo studiato assetto linguistico, perdurante nel tempo, riassumeva in sé la correlazione del vincolo giuridico a base convenzionale con la situazione di fatto di permanenza degli *invecta et illata* e fungeva da ineludibile parametro per individuare su quali *res* avrebbe inciso la garanzia reale con annessa tutela.

Non solo. Il responso di Q. Cervidio Scevola esprime chiaramente la correlazione dell'intendimento volitivo (*animus*) della permanenza sul fondo del *vilicus* di nome Stico, dei *vicarii* di Stico e de-

⁵¹ L'accezione indicativa dello stato in luogo dell'espressione *ἐν* con dativo e verbo di movimento è rilevata, in particolare, da ALONI 1993, 133. È opportuno rilevare che dissentiamo con la traduzione in lingua latina dei due brani in Theoph. *Par.* 4.15.3 e 4.6.7 proposta da REITZ 1751, II.754, 896, il quale rende l'affermazione *'ἐν τῷ ἀγρῶ'* con l'espressione *'in fundum'* in sé indicativa di un complemento di moto a luogo, senza notare la peculiarità lessicale che abbiamo sottolineato.

⁵² Bas. 25.3.7(1) = D. 20.2.7.1 e Bas. 25.2.32 = D. 20.1.32. Si noti che l'avverbio *'δὴνεκὼς'*, che significa *'continuamente'* ed è presente in entrambi i sunti qui considerati, compendia le locuzioni *'ut ibi sint'* e *'perpetuo'*, impiegate l'una da Sesto Pomponio e l'altra da Q. Cervidio Scevola nei rispettivi passi del Digesto, posto che, inoltre, la locuzione *'μὴ προσωκαίρως'* equivalente a *'non temporaneamente'*, traduce altresì fedelmente la precisazione *'non temporis causa'* avanzata da quest'ultimo giurista.

gli altri *servi* con la finalità obiettiva dell'introduzione nello spazio locato attraverso la precisazione: '*ad culturam missi*'. Se ne ricava che la perseguita adibizione delle *res* alla coltivazione, e dunque allo sfruttamento del fondo voluto dal conduttore, pervade il vincolo di garanzia e giustifica non solo dal punto di vista socio-economico la permanenza delle stesse nel *praedium*, ma anche la configurazione giuridica tipica del pegno costituito senza spossessamento dell'affittuario.

Pertanto, una volta identificate come pegni, le *res* immesse nella tenuta affittata sarebbero rimaste lì ubicate senza essere distolte dalla 'sfera di controllo' del *dominus fundi*, il quale, all'occorrenza – al verificarsi cioè dell'allontanamento delle stesse e/o dell'inadempimento del canone⁵³ –, se ne sarebbe impossessato per soddisfare il proprio interesse, avvalendosi, ove necessario, dell'*interdictum Salvianum*, salvo '*descendere ad Servianum iudicium*' (Ulp. 70 [rectius: 73] *ad ed. D. 43.33.2*)⁵⁴ in caso di contesa da comporre con il relativo processo di cognizione *in rem*.

Altra regolamentazione si sarebbe profilata in merito all'identificazione giuridica come pegni delle *res* mobili portate dal conduttore nei *praedia urbana* locati.

L'accordo tacito di garanzia fu accolto come principio per una sorta di consuetudine seguita fra giuristi, come si evince da testi reputati in sostanza genuini⁵⁵ e, in particolare, da Nerazio Prisco che ne precisò l'applicabilità anche a un magazzino (*horreum*), a un alloggio (*devorsorium*), a un suolo non edificabile (*area*)⁵⁶. La garanzia avrebbe in generale riguardato 'tutte'⁵⁷ le cose *invecta et illata*, fatta salva verosimilmente la possibilità, all'opposto, dei contraenti di concludere una *conventio pignoris* espressa e di stilare un elenco degli oggetti in garanzia (*nominatim convenerit*), come si evince da:

⁵³ Probanti in proposito sono i seguenti testi Gai 4.147 = I. 4.15.3; Ulp. 73 *ad ed. D. 20.1.14 pr.*; Theoph. *Par. 4.15.3*.

⁵⁴ Per la lettura della fonte e la relativa bibliografia si rinvia a DE IULIUS 2017, 224 ss.

⁵⁵ Cfr. Nerat. 1 *membr. D. 20.2.4 pr.*; Marc. *lib. sing. ad form. hyp. D. 20.2.2; Paul. 3 ad ed. D. 2.14.4 pr.*, di quest'avviso in particolare PUGLIESE 1991, 501.

⁵⁶ Nerat. 1 *membr. D. 20.2.4 pr.*; Ulp. 73 *ad ed. D. 20.2.3*; CASTAGNETTI 2021, 126.

⁵⁷ Ulp. 73 *ad ed. D. 20.2.6*.

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.4 pr.: *Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit*⁵⁸.

Tale modalità costitutiva dei pegni si rivela foriera di una differente disciplina in ordine alle facoltà dispositive dell'inquilino, in particolare nel caso, controverso, considerato dai giuristi classici (Paolo cita Nerva [D. 20.2.9] e Ulpiano cita Pomponio [D. 20.2.6]), in cui fossero oggetto di pegno dei *mancipia*. La condizione degli schiavi '*obligati propter pensionem*', cioè tacitamente, è tenuta distinta da quella dei servi manifestamente convenuti in pegno:

Paul. *lib. sing. de off. praef. vig.* D. 20.2.9: *Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventionem manifestari pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva iuris consultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse.*

Il conduttore, prima dell'inadempimento e del *percludere* del locatore, non avrebbe potuto liberare validamente con manomissione i servi gravati da pegno esplicitamente costituito. La condizione giuridica degli schiavi che abitavano con l'inquilino (*inhabitantes*), implicitamente in garanzia, avrebbe invece esplicato il suo effetto vincolante '*pignoris nomine*', con esclusione del potere di disporre da parte del debitore inadempiente, una volta divenuti '*retenta mancipia*'⁵⁹.

Sulla base della rapida rassegna di alcuni aspetti della regolamentazione sviluppata attorno al complesso eterogeneo delle 'cose portate' nel fondo riteniamo di poter ravvisare nella denominazione collettiva di '*invecta et illata*' un *nomen iuris* riferibile a un particolare *genus* di *res* di natura mobiliare. Siamo, infatti, in presenza di '*res*' in senso tec-

⁵⁸ L'affermazione si inserisce nella trattazione delle convenzioni tacite, il che depone a favore della sua autenticità, come nota PUGLIESE 1991, 501; inoltre LA ROSA 1987, 297; GIACHI 2008, 39.

⁵⁹ V. analoga espressione '*retentas*' allusiva alla *perclusio* degli arredi miserabili dell'inquilino moroso Vacerra in Mart. 12.32: cfr. SCIORTINO 2006, 14 s.; inoltre, si aggiunga Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.2.6: *Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et illata, ac si specialiter convenisset, certe libertati huiusmodi pignus non officit idque et Pomponius probat: ait enim manumissioni non officere ob habitationem obligatum.* Cfr. GIACHI 2008, 40 ss.; GRILLONE 2019, 144 s.

nico, la cui utilità pratica evidente va nella direzione di favorire il beneficio economico del locatore immobiliare una volta divenute, nel percorso evolutivo che le interessò, oggetto della posizione giuridica soggettiva opponibile *erga omnes* riconosciuta in capo allo stesso⁶⁰.

L'enumerazione degli *invecta et illata*, che abbiamo rintracciato, munita al suo interno della differenziazione su come si presentavano *in rerum natura* le relative *res*, ovvero sia 'inanimate' e 'semoventi', si confà a differenze di regime ed è indice di una identificazione pratica e astratta al tempo stesso riguardante le cose finalisticamente vincolate agli usi del fondo locato. Questa non può che riconnettersi a una sapiente elaborazione che si svolse, fin dall'età preclassica, in merito ai tipici assetti negoziali e rimediali del *pignus* sugli '*invecta*' e '*illata*', appositamente congegnati; di conseguenza, la distinzione riguardante questi beni deve aver assunto rilevanza ai fini della individuazione della disciplina applicabile.

Per quanto non trovino menzione nei contesti delle classiche sistemazioni delle *divisiones rerum*, a noi pare opportuno accostare, in definitiva, gli *invecta et illata* al campo delle tassonomie delle *res* poiché la riflessione sviluppata dai giuristi romani, affiorante dalle fonti, che coinvolse tali beni come oggetto di una perdurante tipologia di garanzia reale divenuta in progresso di tempo *ius in re aliena*, sottende un metodo di lavoro e il ricorso a tecniche interpretative improntati a parametri che definirono il loro regime o contribuirono a diversificarlo, in un approccio non dissimile da quello adottato dai giureconsulti nello studio e nella sistemazione delle *res*⁶¹.

Il deposito di queste 'operazioni' nei materiali assunti nella Compilazione giustiniana se, da un canto, contribuì a perpetuare la rappresentazione degli *invecta et illata* come un insieme di cose a se stante, con una propria connotazione tecnico-giuridica, dall'altro, lasciò comunque traccia, per quanto esile, dei relativi, variegati svolgimenti.

3. *Presente*. – Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento giuridico in vigore è lecito domandarsi: che cosa ne è stato degli '*invecta et illata*' del diritto romano?

⁶⁰ Si ricordi l'accezione di '*res*' che abbiamo richiamato sopra all'inizio del par. 1 e nella nt. 5.

⁶¹ Cfr. GROSSO 2001, 126 ss.; SOLIDORO 2017, 243 ss.

Mentre a volte l'accostamento di istituti dell'esperienza giuridica romana, ricostruibili dalle fonti a noi pervenute, a norme dell'ordinamento giuridico vigente può dar luogo a 'forzature', se non ad arbitrarietà ermeneutiche in chiave di comparazione diacronica, nel caso della garanzia reale di nostro interesse invece l'ascendenza romanistica dell'assetto codicistico è pacificamente riconosciuta.

La risposta alla domanda, che ci siamo posti, relativa alla sorte degli *invecta et illata* è, infatti, da ricercare nella previsione del privilegio speciale mobiliare contemplato nell'art. 2764 cod. civ.⁶², il quale nel primo comma recita: «Il credito delle pigioni e dei fitti degli immobili ha privilegio ... sopra tutto ciò che serve a fornire l'immobile o a coltivare il fondo»⁶³.

La norma, che si compone di sette commi, costituisce una causa legittima di prelazione (art. 2741, comma secondo, cod. civ.)⁶⁴ accordata dal legislatore a favore del locatore di immobili, sia urbani che rustici, per i crediti vantati come corrispettivo (pigioni, fitti), ma anche per quanto dovuto dal conduttore per mancate riparazioni a suo carico, per danni arrecati all'immobile e, più in generale, per «ogni altro credito dipendente da inadempimento del contratto» (art. 2764, comma terzo, cod. civ.)⁶⁵.

⁶² La dottrina moderna e il legislatore del 1942 hanno inquadrato tale forma di garanzia in una categoria a parte, quella 'Dei privilegi', disciplinata, nell'ambito del VI Libro del Codice Civile, nel Capo II del Titolo III, rubricato 'Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale'. Cfr. PARENTE 2015, 1265 ss.

⁶³ Esula dal nostro interesse il riferimento iniziale della norma che dispone la garanzia sui frutti dei fondi rustici affittati nei commi 2 e 4 dell'art. 2764 cod. civ.

⁶⁴ Sul privilegio come «diritto di prelazione, attribuito dalla legge in ragione della causa del credito» (art. 2745 cod. civ.), che comporta un effetto preferenziale per il creditore e una deroga al principio della *par condicio creditorum* attribuita secondo una valutazione della legge sui singoli crediti fondata su criteri socio-economici, si vedano TERLIZZI 2018, 187 ss.; SANTISE 2021, 1176 s.

⁶⁵ Da questa ampia dizione si ricava che la funzione della garanzia è quella di assicurare al locatore l'adempimento di tutte le obbligazioni gravanti sul conduttore per effetto della conclusione del contratto di locazione-conduzione e vi si ricomprendono, ad esempio, il credito derivante da ritardo nella riconsegna dell'immobile locato (art. 1591 cod. civ., Cass., Sez. III, 26 luglio 1974, n. 2257), il diritto di risarcimento del danno da risoluzione del contratto, secondo BIANCA 2012, 110; il credito per spese condominiali anticipate dal locatore rientranti nella corrispettività del rapporto di locazione, secondo la giurisprudenza di merito (Trib. Bergamo 10 gennaio 1995, ma *contra* Trib. Milano 1° aprile 1974) cfr. DI MARZIO - FALABELLA 2010, 1413; SALARI 2022, 3684.

La dottrina civilistica italiana ha costantemente ravvisato nel *pignus* sugli *invecta et illata* del diritto romano la radice storico-giuridica dell'attuale disciplina⁶⁶. Si è evidenziato, in particolare, che l'art. 2764 cod. civ. è il portato di una durevole tradizione basata sulle fonti romane, in una materia considerata tra le più singolari e rilevanti, recepita negli statuti italiani e nel diritto comune e, soprattutto, elaborata nella dottrina francese dalla quale derivarono le previsioni del *Code civil* (nell'originario art. 2102)⁶⁷ e, tramite questo, il disposto dell'art. 1958 cod. civ. del 1865, da cui attinse (salvo qualche minima variazione) il legislatore del 1942⁶⁸.

Nel disposto è possibile, in effetti, scorgere una corrispondenza con il regime della remota garanzia pignoratizia di nostro interesse, dato che il privilegio *ex* art. 2764 cod. civ. si articola – oltre che sul medesimo presupposto riguardante la tipica causa del credito da locazione – su una particolare «categoria di beni» che ne formano oggetto, ancora oggi designata con il sintagma '*invecta et illata*'⁶⁹, e sul fatto che la loro presenza nell'immobile è indispensabile per l'esercizio del privilegio (art. 2764, comma settimo, cod. civ.).

Tuttavia, la qualifica e l'inquadramento legislativo nei *privilegia*⁷⁰, che seguirono a un acceso confronto dottrinale⁷¹, rende la causa di prelazione dell'art. 2764 cod. civ. una forma di garanzia reale da tenere distinta da pegno e ipoteca⁷². Infatti, pur presentando gli elementi tipici delle garanzie reali (assolutezza, inerenza, indivisibilità), il privilegio, che ha origine legale e 'informa di sé la causa del credito' in virtù della natura dello stesso, non viene in essere come diritto accessorio ad un'obbligazione quale espressione di autonomia negoziale privata⁷³.

⁶⁶ Tabet 1972, 452; Bianca 2012, 109 s.; Villanacci 2016, 351 s.

⁶⁷ Sulla norma del *Code Napoléon* e successive versioni, fra cui l'art. 2332 n. 1 ss., v. il seguente link https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006445850.

⁶⁸ Relazione al Codice n. 1131; Andrioli 1945, 182 s.

⁶⁹ Si vedano Parente 2015, 1275; Villanacci 2016, 321, nt. 2.

⁷⁰ Cfr. sopra, nt. 62.

⁷¹ Si dibatteva in particolare sulla qualificazione di ipoteca privilegiata e di pegno tacito, si vedano Chironi 1894, 246 ss.; Villanacci 2016, 322 e nt. 6 s.

⁷² Per una visione d'insieme Fragali 1969, 456 ss.

⁷³ Cfr. Torrente - Schlesinger 2011, 447; Santise 2021, 1177, il quale ricorda quanto puntualizzato di recente dal Consiglio di Stato sulla natura dei privilegi: Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21; inoltre, Caputo - Caputo 2017, 3, nt. 3,

Occorre, inoltre, tener presente che, nel più evoluto contesto socio-economico industriale, il legislatore ha confinato l'istituto in posizione secondaria nell'ordine di priorità dei crediti assistiti da privilegio mobiliare, assegnandolo precisamente al sedicesimo grado (art. 2778, n. 16, cod. civ.)⁷⁴. Cionondimeno, la identificazione dell'insieme di cose introdotte nell'immobile, che «determina l'area di operatività del privilegio del locatore sul piano oggettivo»⁷⁵, è avvertita come «la questione di maggior rilievo, per quanto riguarda i profili applicativi della disposizione»⁷⁶. Si comprende pertanto come sulla stessa si sia appuntata l'attenzione e della dottrina e della giurisprudenza chiamate a vagliare svariate questioni che – 'oggi come allora' – ruotano attorno ai mobili assoggettati in garanzia a tutela delle locazioni immobiliari⁷⁷.

Quale significato assegnare, dunque, alla dizione dell'art 2764, comma primo, cod. civ.: «tutto ciò che serve a fornire l'immobile o a coltivare il fondo locato»⁷⁸ che, chiaramente, non si riferisce in maniera indiscriminata a tutti i beni mobili che vi si trovano?

La *ratio* del privilegio, ricondotta all'indomani della promulgazione del Codice civile al vincolo di inerenza economica tra il godi-

precisano quale caratteristica dei privilegi il fatto di poter essere «occulti, cioè non soggetti ad alcuna forma di pubblicità».

⁷⁴ Si consideri che, in rapporto alle procedure concorsuali, alcune pronunce della Suprema Corte hanno definito il perimetro di applicazione dell'art. 2764 cod. civ. In particolare, in tema di ammissione al passivo fallimentare di crediti assistiti da privilegio ai sensi dell'art. 2764 cod. civ., la mancata indicazione dei beni vincolati all'uso del fondo locato non rileva, posto che la verifica della loro esistenza, attenendo all'ambito dell'accertamento dei limiti di esercitabilità della prelazione, è demandata alla fase del riparto (Cass., Sez. I, 21 giugno 2012, n. 10387); diversamente, nel caso di concordato preventivo, che prevede l'intera soddisfazione dei crediti privilegiati, anche qualora il bene gravato di privilegio speciale sia assente, a meno che sia avanzata proposta, all'esito della stima (*ex* art. 160, comma 3, l. fall. novellato nell'art. 2, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), di limitare la soddisfazione dei creditori privilegiati a una parte del loro credito, che troverebbe capienza in caso di liquidazione del bene gravato (Cass., Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970; Cass., Sez. I, 18 giugno 2020, n. 11882), *cfr.* SALARI 2022, 3684.

⁷⁵ VILLANACCI 2016, 321, nt. 2.

⁷⁶ DI MARZIO - FALABELLA 2010, 1414.

⁷⁷ Trib. Milano 20 maggio 2011, n. 6901; Cass., Sez. I, 21 giugno 2012, n. 10387; Cass., Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970.

⁷⁸ Il legislatore ribadisce tale oggetto della prelazione nei commi 5, 6 e 7 dell'art. 2764 cod. civ.

mento dell'immobile e il corrispettivo dovuto, ha finito per riflettersi sulla definizione di ciò che ne costituisce oggetto⁷⁹. Il criterio generalmente accolto è stato chiarito anche tramite l'apporto della giurisprudenza e risulta fissato come segue, in una sentenza che costituisce tuttora un saldo punto di riferimento al riguardo:

Cass., Sez. III, 26 luglio 1974, n. 2257: «L'esistenza del privilegio speciale, previsto dall'art. 2764 c.c. a favore del locatore sulle cose che servono a fornire l'immobile, è collegata ad un rapporto di funzionalità e di inerenza economica fra tali cose e l'immobile locato e, cioè, ad un vincolo di destinazione obiettiva delle cose stesse alle finalità economico-sociali (ed anche di comodo) dell'uso per il quale l'immobile è stato preso in locazione».

Interessante per noi è registrare come risulta declinato tale parametro, che la Suprema Corte ha reso esplicito alla luce anche di precedenti orientamenti giurisprudenziali e sviluppi dottrinali⁸⁰, ai fini dell'identificazione della categoria degli *invecta et illata* oggetto del privilegio.

Secondo un'interpretazione consolidata, dunque, si considerano gravati *ex art. 2764 cod. civ.* i beni mobili vincolati al fondo perché stabilmente e direttamente finalizzati a consentirne l'utilizzo per cui è stato preso in conduzione. Questo rapporto strumentale di destinazione presuppone un'immissione di fatto, tale da determinare in concreto l'assoggettamento della cosa al servizio dell'immobile locato, senza che sia necessario alcun atto formale e intenzionale del conduttore, e purché questa permanga *in loco*.

Come non si è mancato di rilevare, il «requisito finalistico-teleologico»⁸¹ su cui si impenna il privilegio speciale dell'art. 2764 cod. civ. comporta l'effettività della destinazione dei beni al servizio dell'immobile, la quale, tuttavia, non coincide con la permanenza necessariamente continuativa nello stesso. Infatti, se allontanati temporaneamente questi non cesseranno di essere vincolati; per converso, la presenza occasionale di una cosa nel fondo, essendo priva della stabile

⁷⁹ ANDRIOLI 1945, 182.

⁸⁰ Cfr. BERNINI 1994, 255 ss.

⁸¹ VILLANACCI 2016, 328.

destinazione indicata, ne esclude l'ascrivibilità al novero dei beni in privilegio⁸².

Estratto dalla realtà dei rapporti giuridici incentrati sugli *'invecta et illata'*, tale criterio si presenta particolarmente significativo, dal nostro punto di vista, poiché si rivela in linea con il processo ermeneutico messo in atto dai giuristi romani che lo avevano già consapevolmente individuato ed esplicitato elevandolo a regola nel regime del pegno a garanzia degli affitti, come provano, in particolare, le affermazioni di Pomponio e di Q. Cervidio Scevola, che abbiamo visto poi cristallizzate nei *Digesta* giustinianeî (D. 20.1.32 e D. 20.2.7.1).

La base razionale del principio, in effetti, restituisce l'essenza stessa della categorizzazione delle *'cose portate nel fondo'*. Pertanto, nonostante le profonde trasformazioni che si sono avvicendate nei secoli⁸³, la destinazione concreta dei beni agli usi dell'immobile locato rappresenta un fatto idoneo nel diritto vivente ad affrontare l'attualità di questioni giuridiche complesse stante anche il meccanismo legale di assoggettamento al privilegio speciale⁸⁴.

Nel rispetto del *discrimen* fissato dal legislatore fra locazione di un fondo rustico o urbano, interessanti si presentano le elencazioni dei beni da ascrivere all'uno o all'altro rapporto contrattuale, riconosciute e, all'occorrenza, precisate anche grazie al criterio suddetto, in relazione a fattispecie sottoposte al vaglio della giustizia di merito e di legittimità all'atto dell'applicazione dell'art. 2764 cod. civ.

Pertanto, in caso di affitto saranno assoggettati al privilegio i mobili assegnati alla coltivazione del fondo, che servano a fornirlo e a incrementarne lo sfruttamento «purché sussista un rapporto di obiettiva

⁸² Si pensi ad attrezzi da lavoro dislocati presso un'officina per la riparazione o ad animali da lavoro ricoverati in una stalla situata in un fondo non vicino, ANDRIOLI 1945, 188; BIANCA 2012, 110 s.; VILLANACCI 2016, 328. Altresî in quest'ordine di idee la giurisprudenza, FRANZONI - ROLLI 2018, 4448.

⁸³ Proprio in occasione dello studio dell'evoluzione diacronica del *pignus* rilevava MAROI 1927, 54: «il passato non di rado, di fronte alle più moderne esigenze della vita, ispira riforme che sembrano audaci, ma che, a ben riguardarne l'essenza, non costituiscono altro che dei monotoni ritorni».

⁸⁴ Indicativa a quest'ultimo proposito è una recente sentenza della Suprema Corte (Cass., Sez. I, 16 giugno 2021, n. 17220) che ha ribadito l'esclusione del privilegio riguardo a un impianto fotovoltaico quale bene immobile locato, che ontologicamente non consta di altri beni atti «a fornire l'immobile o a coltivare il fondo» ai sensi dell'art. 2764 cod. civ., sui quali esercitare la prelazione.

inerenza agraria»⁸⁵: si pensi a utensili da lavoro, macchine agricole, bestiame e ogni altro strumento necessario alla gestione produttiva⁸⁶.

L'individuazione dei beni sottoposti a garanzia delle locazioni urbane risulta, invece, diversamente articolata in quanto le utilità e comodità in funzione delle quali essi sono introdotti variano a seconda della destinazione d'uso dell'immobile locato. Si comprende, dunque, che se tale uso è di abitazione faranno parte del privilegio i mobili d'arredamento della casa, le apparecchiature domestiche compresi gli elettrodomestici, gli utensili e ciò che non sia impignorabile per legge.

Ma se lo stabile sia dato in locazione per svolgervi un'attività redditizia il privilegio si eserciterà in caso di uso commerciale anche sulle merci destinate alla vendita e su quanto fa parte del complesso aziendale ed è presente nell'immobile nel momento in cui il privilegio è fatto valere⁸⁷; in caso di immobile adibito a studi professionali, uffici, botteghe fra i mobili gravati rientreranno anche le macchine da ufficio⁸⁸; se, infine, lo stabile sia adoperato per un'attività industriale ricadranno sotto il privilegio macchinari, arnesi, scorte di materie prime e manufatti nonché impianti asportabili.

L'identificazione dei beni oggetto del privilegio si completa considerando gli aspetti essenziali della posizione giuridica inerente agli stessi spettante al creditore privilegiato stante l'art. 2764 cod. civ. Posto che il privilegio speciale è fonte di un diritto reale di garanzia⁸⁹, l'ordinamento richiede che le cose al servizio dell'immobile siano ivi presenti per l'esercizio in concreto della prelazione da parte del locatore. Tale regola connota il privilegio come «quasi possessuale»⁹⁰ e comporta non solo che il credito privilegiato possa essere fatto valere con diritto di precedenza sulle cose che si trovano nei locali oggetto

⁸⁵ PARENTE 2015, 1275.

⁸⁶ Cass., Sez. III, 27 marzo 1995, n. 3599.

⁸⁷ Cass., Sez. III, 26 luglio 1974, n. 2257. Secondo Cass., Sez. I, 13 giugno 1990, n. 5772, restano esclusi i crediti derivanti da locazioni aventi ad oggetto esclusivo mobili e altresì il canone del contratto d'affitto d'azienda, anche se nel complesso aziendale affittato siano eventualmente compresi beni immobili.

⁸⁸ TABET 1972, 453; DI MARZIO - FALABELLA 2010, 1414.

⁸⁹ TORRENTE - SCHLESINGER 2011, 444.

⁹⁰ VILLANACCI 2016, 323. I privilegi speciali quasi possessuali si fondano sul cd. criterio di localizzazione, infatti, la loro «efficacia è subordinata alla condizione che la cosa si trovi in un determinato luogo», PARENTE 2001, 50.

del contratto di locazione nel momento in cui si innesta l'esecuzione, ma anche la facoltà di chiedere il sequestro conservativo in due ipotesi tassativamente previste dalla legge. La *ratio* del disposto mira, infatti, ad evitare che venga meno la situazione di fatto cui si connette il potere del locatore e implica l'estinzione del privilegio se i beni, seppure esistenti, non si trovino nel fondo in quanto venduti o irreperibili. La misura cautelare si può quindi richiedere in due tipiche situazioni di pericolo riguardanti l'integrità del privilegio.

Il rimedio del sequestro di cui all'art. 2769 cod. civ., in diretta connessione con il requisito della permanenza dei beni nell'immobile, può essere invocato dal locatore (che, mancando il possesso, non ha il diritto di ritenzione) in presenza di uno specifico *periculum in mora* consistente in fondati motivi che fanno temere la rimozione delle cose gravate da privilegio dallo spazio locato ove i beni esplicano il concreto e specifico uso (agricolo, abitativo, commerciale, industriale) al quale sono stati deputati. In questo caso, secondo alcuni autori, il carattere *sui generis* della misura cautelare risiede anche nel fatto che non si richiede la morosità del conduttore⁹¹.

L'istanza di sequestro, inoltre, è ammessa nell'ultimo comma dell'art. 2764 cod. civ. ad asportazione dal fondo locato già realizzata, se il locatore non vi abbia acconsentito e a condizione che sia avanzata nei termini di decadenza di trenta giorni dalla rimozione per i beni a servizio del fondo rustico e di quindici giorni per i beni che servono a fornire la casa⁹². Il cd. *ius sequelae*, nell'eventualità in cui la cosa non si trovi nel luogo di destinazione, rende opponibile il privilegio ai terzi in buona fede al fine di evitare che questi possano acquistare diritti reali in danno della prelazione⁹³; opera comunque un limite nel

⁹¹ BERNINI 1994. Secondo la giurisprudenza di merito, Trib. Messina 3 marzo 2008, che si è pronunciata a proposito dell'istanza della misura cautelare riguardante i mobili d'arredamento dopo la convalida di sfratto dall'immobile locato, il sequestro conservativo ex art. 2769 cod. civ. è atipico perché la norma non solo non richiede un credito attuale, ma nemmeno il pericolo per il creditore di perdere la generica garanzia patrimoniale del debitore.

⁹² Ad ogni modo, se il locatore sia già in possesso di un titolo esecutivo per il soddisfacimento dei suoi crediti assistiti da privilegio non è necessario far ricorso al sequestro previsto dall'art. 2764 cod. civ. potendosi realizzare i medesimi fini mediante il pignoramento, secondo l'orientamento della Suprema Corte in BERNINI 1994.

⁹³ V. VILLANACCI 2016, 335, nt. 71 (Cass., Sez. III, 13 agosto 1965, n. 1946).

caso in cui i terzi avessero acquistato il bene dopo la rimozione ignorando l'esistenza del vincolo reale di cui era gravato.

Anche da questo breve *excursus* riguardante la sistemazione legislativa e le soluzioni applicative dell'art. 2764 cod. civ. risulta che l'attuale privilegio speciale mobiliare costituisce storicamente un epigono dell'antico *pignus* degli *invecta et illata*. L'elaborazione plurisecolare che ha posto al centro della garanzia delle locazioni fondiarie le cose identificate in rapporto alla funzione di stabile destinazione che assumono rispetto al godimento dell'immobile locato conferma l'obiettiva identità giuridica dell'oggetto del privilegio speciale dell'art. 2764 cod. civ. e la relativa qualificazione come «categoria di beni»⁹⁴.

4. *Futuro*. – Infine, qualche considerazione sul futuro degli '*invecta et illata*' partendo dalla constatazione che, nell'attuale temperie, le condizioni di vita dei singoli e le loro interazioni trovano espressione in un mondo plasmato ormai dalla cd. «pervasività digitale»⁹⁵.

In particolare, per quanto riguarda gli istituti civilistici le istanze di aggiornamento provenienti dagli slanci evolutivi dell'economia moderna e dell'innovazione tecnologica hanno determinato anche in Italia un significativo fenomeno di rivisitazione dell'impianto delle garanzie reali. In proposito, dottrina e giurisprudenza continuano a svolgere un ruolo chiave nell'interpretazione delle norme giuridiche, delineandone possibili proiezioni applicative, alla luce della *ratio* e della funzione degli istituti rispetto all'effettiva pratica negoziale⁹⁶.

In questa prospettiva si comprende come il rilievo economico-sociale assunto dal moltiplicarsi di entità e risorse immateriali, parallelamente al processo di modernizzazione dei modelli di gestione del-

⁹⁴ Così VILLANACCI 2016, 321, nt. 2, secondo l'espressione ricorrente in dottrina; parla di: «categoria delle cose *invecta et illata* oggetto del privilegio» PARENTE 2015, 1275.

⁹⁵ CASADEI - PIETROPAOLI 2021, XI. Si trova immediato riscontro di tale fenomeno e dell'impatto, in particolare, che genera sul mondo del diritto consultando il sito del *network* legale internazionale www.cyberlaws.it aggiornato costantemente in merito alla normativa e agli orientamenti specialistici che incidono sui molteplici ambiti (che vanno, per esempio, dall'intelligenza artificiale al *cyber crime*, dai diritti umani alla proprietà intellettuale) interessati dalle nuove tecnologie (riconducibili a *internet*, tecnologie emergenti e fenomeni digitali più recenti).

⁹⁶ Cfr. SANISE 2021, 1175 ss.; BATTELLI 2021, 1 ss., 152, 452 s.

l'impresa, abbia imposto di prendere in considerazione, anche a livello legislativo, nella materia delle garanzie mobiliari 'beni non corporali' come oggetto di diritti⁹⁷.

Focalizzando la nostra attenzione sulle locazioni fondiarie e sulle acquisizioni riguardanti l'ambito dei beni da considerare vincolati in garanzia, è lecito domandarsi se il privilegio speciale *ex art. 2764* cod. civ. possa incidere anche su entità 'non tangibili', suscettibili di valutazione economica, quale patrimonio virtuale che, come prevede la norma al primo comma, «serve a fornire l'immobile».

La questione non risulta essere stata oggetto di attenzione da parte delle Corti giudicanti, tuttavia è lecito avanzarla in ragione dell'impiego di beni che sono in genere indispensabili alla gestione produttiva di un'impresa ma, con l'avvento della tecnologia digitale, tendono alla dematerializzazione e ad essere svincolati dal supporto fisico. La questione ha per noi interesse qualora l'impresa che si avvalga di beni 'non tangibili' abbia la propria sede all'interno di un immobile locato o anche questi siano il prodotto della relativa attività. Si può pensare, ad esempio, all'utilizzo di software, di uno stabile dominio internet, di archivi informatici, di un indirizzo IP e di un server virtuale in titolarità di chi svolge l'attività imprenditoriale⁹⁸. L'osservazione dell'attuale panorama delle modalità di produzione e circolazione di informazioni e contenuti creativi dimostra l'inarrestabilità del fenomeno.

Riteniamo, dunque, che la questione non sia estranea al privilegio speciale mobiliare sotto la nostra lente, considerato, fra l'altro, che il

⁹⁷ In proposito CAMARDI 2018, 1008, ribadisce che «beni giuridici» sono «le risorse – cose o entità – sulle quali si appunta il processo normativo di qualificazione e di attribuzione», materiali o immateriali che siano, all'a. si rinvia (pp. 955 ss.) per l'inquadramento del problema della «disciplina applicabile a risorse, entità, situazioni 'nuove' che si affacciano in relazione ad assetti di interessi inediti ed in forme a loro volta inconsuete». Per un *excursus* in diacronia sulla riflessione della scienza giuridica in merito alla categoria dei beni immateriali: cfr. PUGLIESE 1982, 1137 ss.; GAMBARO 2009; si segnala la incongruità tra le categorie romana e moderna per cui, nell'una, le *res incorporales* hanno consistenza di 'diritti' (elementi del patrimonio), in quella moderna di 'cose oggetto di diritto', v. TURELLI 2012, 1 ss.

⁹⁸ Per la regolamentazione delle attività che involgono strumenti informatici, attinenti al diritto dell'informatica, in particolare per la tutela del software e dei nomi a dominio: cfr. FARINA 2019, 1 ss., 191 ss.; indicativo ai fini delle nostre valutazioni si presenta il dibattito sul pignoramento dei nomi a dominio, per una sintesi del quale si rinvia www.svslex.it/nuove-frontiere-la-pignorabilita-dei-nomi-a-dominio/

legislatore nell'introdurre nell'ordinamento italiano una nuova figura di garanzia reale, il cd. 'pegno mobiliare non possessorio'⁹⁹ collegato all'esercizio dell'attività d'impresa, ha espressamente contemplato i 'beni immateriali' come possibile oggetto della stessa¹⁰⁰. Segno che per un istituto tradizionalmente ancorato al dato materiale del possesso come il pegno (artt. 2784 ss. cod. civ.)¹⁰¹ si è accolta, invece, l'idea dell'assenza dell'aspetto strutturale della *traditio* al pignoratorio non solo in ordine a entità tangibili, ma anche rispetto ai 'nuovi beni' che ontologicamente sono connotati dalla 'non corporeità' e sui quali sempre più si impernano le realtà socio-economiche.

A tale proposito, se la 'quasi possessualità' del privilegio speciale mobiliare delle locazioni prevede *ab origine* la conservazione della disponibilità degli *invecta et illata* da parte del conduttore nel diritto antico di Roma così come in quello odierno, è soprattutto il vincolo 'finalistico-teleologico' stabilmente impresso agli stessi, ormai assunto come preminente connotazione delle cose in garanzia sulla base della già ricordata sentenza della Corte di Cassazione (Cass., Sez. III, 26 luglio 1974, n. 2257), a ingenerare la nostra riflessione.

Ponendoci dunque nell'ottica di ricercare regole operative e tralasciando profili di ordine prettamente dogmatico e concettuale, la strumentazione tecnico-informatica e digitale appartenente al conduttore, 'pensata' eminentemente dal punto di vista funzionale «dell'uso per il quale l'immobile è stato preso in locazione» (Cass., Sez. III, 26 luglio 1974, n. 2257)¹⁰², potrebbe ricadere nelle previsioni dell'art. 2764 cod. civ.

D'altronde, tramite apposita regolamentazione e mezzi informatici che vengono all'uopo impiegati, le risorse telematiche sono individuabili e, pertanto, anche rintracciabili; altro è il problema se, a tu-

⁹⁹ D.l. 3 maggio 2016, n. 59, poi convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119.

¹⁰⁰ Art. 1, comma 2, l. 30 giugno 2016, n. 119: «il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa ...». Cfr. SANISE 2021, 1189 ss.; e lo studio monografico sul pegno di beni immateriali di BATTELLI 2021.

¹⁰¹ L'art. 2786 cod. civ. prevede la consegna al titolare del pegno «della cosa o del documento, che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa». Sul regime del pegno nel Codice Civile italiano e relativa bibliografia v. BATTELLI 2021, 27 ss., 27, nt. 9, 32 ss.

¹⁰² Per cui l'assoggettamento al privilegio dipende, secondo la stessa pronuncia della Cassazione, da un «vincolo di destinazione obiettiva delle cose stesse alle finalità economico-sociali ... dell'uso per il quale l'immobile è stato preso in locazione».

tela dell'interesse del locatore, quindi in ambito privatistico, i beni immateriali possano diventare all'occorrenza oggetto di 'sequestro'¹⁰³.

In definitiva, la precisa identità giuridica delle cose sottoposte al privilegio ancorata alla loro effettiva destinazione d'uso implica potenzialità applicative dell'art. 2764 cod. civ. più duttili che, in via di ipotesi astratta e con le dovute cautele, non ci sembrano precludere in futuro, a fronte del costante progresso tecnologico, la possibilità di ricomprendere nella medesima disciplina normativa anche i beni immateriali.

5. *Conclusioni.* – Dall'indagine che si è snodata partendo dalla questione iniziale del senso che gli *invecta et illata* assumono al cospetto delle costruzioni tassonomiche delle *res* sviluppate dai giuristi romani, alle quali paiono d'acchito estranei, è derivata la convinzione che i *iuris consulti* maturarono una precoce consapevolezza della giuridica rilevanza di alcune specifiche *res* oggetto di un peculiare *pignus* diffuso in origine nella prassi delle contrattazioni agrarie. La disciplina che si dipanò progressivamente attorno alle 'cose introdotte' come pegni nel contesto delle locazioni immobiliari ne comportò una tipizzazione che si tradusse nell'accorpamento delle stesse in una categoria concettuale dai contorni definiti, il cui indice è la stessa denominazione collettiva rimasta a connotarla nell'arco storico plurisecolare del diritto romano e che la connota ancora oggi, nel presente. La prospettiva in cui si mosse, dunque, la *scientia iuris*, alla luce della visione d'insieme delle risultanze frammentarie delle fonti, ci pare assimilabile al processo di astrazione logica adottato nello studio e nella

¹⁰³ Il problema è già stato affrontato a proposito, per esempio, della prova informatica e del sequestro probatorio in ambito penalistico: v. MONTI 2020, 955 ss. Come spunto di riflessione ricordiamo che nel mese di maggio del 2022 nell'ambito di indagini per il reato di bancarotta fraudolenta è stato disposto il sequestro di beni immateriali – dominio *internet*, archivio informativo, indirizzo IP e server virtuale – di una società esercente attività di concessionaria di pubblicità, fallita nel 2020, costituenti patrimonio virtuale della stessa per un valore di duecentomila euro. Le operazioni di distrazione di tutte le immobilizzazioni immateriali costituenti l'attivo dalla massa fallimentare erano state compiute in violazione degli artt. 223, comma 1, 216, comma 1, n. 1, della legge fallimentare causando un grave danno ai creditori (www.bellunopress.it/2022/05/05/bancarotta-fraudolenta-sequestrati-beni-per-oltre-200mila-euro-ad-una-concessionaria-di-pubblicita-di-rovigo/).

sistemazione delle *res* individuate come oggetto di rapporti giuridici nelle dinamiche proprie del metodo casistico-giurisprudenziale¹⁰⁴.

Il ruolo delle acquisizioni riguardanti gli *'invecta et illata'* accolte nel nostro ordinamento non riteniamo si sia esaurito, al contrario. La centralità di soluzioni inerenti alle 'cose portate' che i giuristi romani seppero cogliere nell'essenza del fenomeno della garanzia reale che le riguardò¹⁰⁵ – prima fra tutte la qualificazione di tali *res* rapportata alla relazione di funzionalità anche economica rispetto al cespite locato, tradottasi nel regime giuridico proprio che le rese a pieno titolo giuridicamente '*res*' –, riaffiorante nel dato legislativo e applicativo del privilegio speciale mobiliare, si presta a rappresentare la chiave di volta interpretativa di situazioni nuove plasmate dall'innovazione tecnologica e digitale, indicando la via per futuri sviluppi della disciplina.

Per concludere, ci piace ricordare le parole di elogio che furono rivolte, nella recensione dedicata ne *L'Eco dei Tribunali* del 26 febbraio 1856 alla dissertazione di laurea che Antonio Pertile aveva pubblicato a Venezia nell'anno precedente proprio sul tema: *Del pegno legale sugli 'illata et invecta'*¹⁰⁶. Infatti, a noi pare che queste condensino lo spirito con cui ci siamo accostati alla riflessione dedicata ad *'A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods'* e, nondimeno, possano rinsaldare le motivazioni e i propositi alla base dei nostri studi: «La ragione spazia più libera nei campi della scienza, qualora sappia farsi forte del ricco patrimonio, lasciatoci dai nostri padri»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ A proposito del ruolo dell'interpretazione casistica nell'elaborazione di un sistema scientifico che considera la pratica, si vedano le considerazioni di VACCA 2017b, 265 ss.

¹⁰⁵ In consonanza, riteniamo, con il carattere dell'«intervento della scienza giuridica», che CANNATA 1997, 15, così definisce: «Essa è conoscenza del fenomeno giuridico in se stesso, e quindi apprezzamento del suo modo di essere in funzione dei suoi scopi».

¹⁰⁶ Per un profilo biografico dell'eminente studioso, storico del diritto e accademico dell'Ateneo patavino: cfr. DI RENZO VILLATA 2012, 63 ss.

¹⁰⁷ DEODATI - ZAJOTTI 1856, 54 ss. non mancarono di rilevare come l'autore si fosse accinto a trattare uno «spinoso e difficile punto del diritto romano» dimostrando la capacità di «legare il presente col passato, e spiegar meglio quello col soccorso di questo». E in effetti, la ricerca che fu dedicata dal Pertile agli oggetti *invecta et illata* vincolati in garanzia, quindi all'estensione oggettiva del relativo diritto di pegno *sui generis*, spazia in vastissimi ambiti cronologici e geografici: dal diritto romano al germanico, dallo statutario al *Code Napoléon* e all'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*, oltre che al codice prussiano, sino agli ultimi sviluppi ottocenteschi del diritto austriaco, con l'intento di rilevare l'opportunità o l'inopportunità di certe scelte legislative rispetto alle concrete esigenze del rapporto locatore-conduttore, v. PERTILE 1855, 49 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AGNATI 2020: U. AGNATI, *Il censore e il centurione. Considerazioni sugli assetti fondiari collettivi*, in *Il farro e i cereali. Storia, diritto e attualità*, a cura di A.M. Giomaro, U. Agnati e M.L. Biccari, in *Studi Urbinati*, LXXXVII, 2020, 393 ss.
- ALONI 1993: A. ALONI (a cura di), *La lingua dei Greci. Corso propedeutico*, Roma, 2003.
- ANDRIOLI 1945: V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del Codice Civile. Libro sesto. Tutela dei diritti, Art. 2740 - 2899*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1945.
- ARCARIA 2022: F. ARCARIA, *'Praetor vel praeses'. I 'Libri de omnibus tribunalibus' di Ulpiano*, Napoli, 2022.
- ARCES 2019: P. ARCES, *Diritti reali e possesso nell'antica Roma*, in *Diritti reali*, a cura di P. Fava, Milano, 2019, 3 ss.
- ASCOLI 1887: A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano. Studio esegetico di diritto romano*, Livorno, 1887.
- ASTUTI 1962: G. ASTUTI, voce *Cosa (storia)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 1 ss.
- BATTELLI 2021: E. BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali. Contributo allo studio del pegno non possessorio sugli 'intangibile assets'*, Milano, 2021.
- BERNINI 1994: G. BERNINI, *Il privilegio del locatore ex art. 2764 c.c.*, in *Arch. loc.*, 1994, 255 ss.
- BIANCA 2012: C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le garanzie reali, la prescrizione*, VII, Milano, 2012.
- BISCARDI 1991: A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991.
- BURDESE 1982: A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 662 ss.
- BURDESE 1993: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993.
- BURDESE 2000: A. BURDESE, *Catone e la vendita di vino*, in *SDHI*, LXVI, 2000, 269 ss.
- CAMARDI 2018: C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 955 ss.
- CANNATA 1997: C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini all'epoca di Labeone*, Torino, 1997.
- CANNATA 2001: C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 2012: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 2014: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La villa tra produzione e consumo*, in *'Inter cives necnon peregrinos'. Essays in honour of*

- B. Sirks, edited by J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger and J.-P. Coriat, Göttingen, 2014, 77 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 2016: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I rapporti agrari romani nei 'responsa' di un giurista dell'età degli Antonini*, in *Przeгляд Historyczny*, CVII.3, 2016, 405 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 2019: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Prefazione*, in A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, Torino, 2019, IX ss.
- CAPUTO - CAPUTO 2017: L. CAPUTO - M. CAPUTO, *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, 2017.
- CARBONE 2017: M. CARBONE, *L'emersione dell'emptio consensuale e le 'leges venditionis' di Catone*, Milano, 2017.
- CARDILLI 2011: R. CARDILLI, *'Societas vitae' in Cic. 'Off.' 3, 70 e 'obligatio consensu contracta'*, in *BIDR*, CV, 2011, 185 ss.
- CASADEI - PIETROPAOLI 2021: T. CASADEI - S. PIETROPAOLI, *Introduzione. Tra urgenza e prospettiva: uno sguardo d'insieme su diritto e tecnologie*, in *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, a cura di T. Casadei e S. Pietropaoli, Padova, 2021, IX ss.
- CASCIONE 2021: C. CASCIONE, *Diritto romano. Svolgimento storico dei diritti reali di garanzia*, in M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile⁵*, Torino, 2021, 1175 s.
- CASTAGNETTI 2021: S. CASTAGNETTI, *Le 'Membranae' di Nerazio Prisco. Saggi introduttivi. Testo traduzione commento*, Napoli, 2021.
- CHIRONI 1894: G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. I. Parte generale*, Torino, 1894.
- CORBINO 2019: A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, Milano, 2019.
- CUGUSI - SBLENDORIO CUGUSI 2001: P. CUGUSI - M.T. SBLENDORIO CUGUSI (a cura di), *Marco Porcio Catone. 'De agri cultura liber'*, in *Opere di Marco Porcio Catone Censore*, II, Torino, 2001.
- DE IULIIS 2017: F. DE IULIIS, *Studi sul 'pignus conventum'. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino, 2017.
- DE IULIIS 2020: F. DE IULIIS, *Ancora in tema di 'pignus conventum'. Studi sul 'pignus conventum'. Le origini. L'interdictum Salvianum. Giuseppe Falcone discute con Federica De Iuliis*, in *LR*, IX, 2020, 507 ss.
- DEODATI - ZAJOTTI 1856: E. DEODATI - P. ZAJOTTI, *Recensione ad A. PERTILE, Del pegno legale sugli 'illata et invecta'*, Venezia, 1855, in *L'Eco dei Tribunali*, VI, sez. II, nn. 267-268, 1856, 54 ss.
- DI MARZIO - FALABELLA 2010: M. DI MARZIO - M. FALABELLA, *La locazione: contratto, obbligazioni, estinzione*, II, Torino, 2010.

- DI RENZO VILLATA 2012: M.G. DI RENZO VILLATA, *Per una storia del diritto (italiano). Antonio Pertile e la prima Cattedra della materia*, in *Quaderni per la storia dell'Università di Padova*, XLV, 2012, 63 ss.
- DURSI 2017: D. DURSI, *'Res communes omnium'. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017.
- ERNOUT - MEILLET 1959: A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959.
- FALCON 2019: M. FALCON, *'Res communes omnium' e diritto dell'outer space'. Contributo al dialogo sulla 'Roman space law'*, in *TSDP*, XII, 2019, 1 ss.
- FALCONE 1998: *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *AUPA*, XIV.1, 1998, 221 ss.
- FALCONE 2012: G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le 'res incorporales'*, in *AUPA*, XLV, 2012, 125 ss.
- FALCONE 2020: G. FALCONE, *'Marginalia' in tema di 'pignus conventum'. Studi sul 'pignus conventum'. Le origini. L'interdictum Salvianum'. Giuseppe Falcone discute con Federica De Iuliis*, in *LR*, IX, 2020, 495 ss.
- FARINA 2019: M. FARINA, *Elementi di diritto dell'informatica*, Padova, 2019.
- FORCELLINI - DE VIT 1861: AE. FORCELLINI - V. DE VIT, *Lexicon totius latinitatis*, II, Prato, 1861.
- FRAGALI 1969: M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 447 ss.
- FRANZONI - ROLLI 2018: M. FRANZONI - R. ROLLI, *Codice civile commentato con dottrina giurisprudenza*, I, a cura di G. De Marzo, Torino, 2018.
- FREZZA 1963: P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II. *Le garanzie reali*, Padova, 1963.
- FRIER 2021: B.W. FRIER, *A Casebook on the Roman Law Contracts*, Oxford, 2021.
- GAMBARO 2009: A. GAMBARO, *Dai beni immobili ai beni virtuali*, in *XXI Secolo online*, 2009, in https://www.treccani.it/enciclopedia/dai-beni-immobili-ai-beni-virtuali_%28XXI-Secolo%29/
- GIACHI 2008: C. GIACHI, *L'interdetto de migrando'. Un rimedio contro l'abuso di autotutela estremamente longevo*, in *TSDP*, I, 2008, 1 ss.
- GRILLONE 2019: A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, Torino, 2019.
- GROSSO 2001: G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose* (Torino, 1941), ripubblicato con una *Nota di lettura* di Filippo Gallo, in *RDR*, I, 2001, 1 ss.
- HEIMBACH 1833: G.E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, I, Lipsiae, 1833.
- HEY 1938: O. HEY, voce *importo*, *Thesaurus Linguae Latinae Online*, VII.1, Berlino - New York, 1938, 661 s.
- HOFMANN 1943: J.B. HOFMANN, voce *induco*, in *Thesaurus Linguae Latinae Online*, VII.1, Berlin - New York, 1943, 1231 ss.
- KASER 1982a: M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht I*, in *Id.*, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli, 1982, 1 ss.

- KASER 1982b: M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)*, in ID., *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982, 127 ss.
- LA ROSA 1988: F. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, III, Milano, 1988, 59 ss.
- LA ROSA 1987: F. LA ROSA, *La protezione interdittale del 'pignus' e l'actio Serviana*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 281 ss.
- LAMBERTI 2021: F. LAMBERTI, *Diritti reali parziari*, in P. GIUNTI - F. LAMBERTI - P. LAMBRINI - L. MAGANZANI - C. MASI DORIA - I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Torino, 2021, 357 ss.
- LAMBERTI - LAMBRINI 2021: F. LAMBERTI - P. LAMBRINI, *La proprietà e le altre forme di appartenenza*, in P. GIUNTI - F. LAMBERTI - P. LAMBRINI - L. MAGANZANI - C. MASI DORIA - I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Torino, 2021, 311 ss.
- LAMBERTINI 2006: R. LAMBERTINI, *Diritti reali e possesso*, in D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 2006, 215 ss.
- LAMBERTINI 2015: R. LAMBERTINI, *Avviamento allo studio testuale del diritto romano*, Torino, 2015.
- LAMBERTINI 2020: R. LAMBERTINI, *Limiti alla libera fruizione del mare, dei lidi e dei fiumi pubblici?*, in *Confini, circolazione, identità ed ecumenismo nel mondo antico. Atti del VII Incontro di Studi tra storici e giuristi dell'Antichità (Vercelli, 24-25 maggio 2018)*, a cura di P. Garbarino, P. Giunti e G. Vanotti, Milano, 2020, 65 ss.
- LAMBERTINI 2022: R. LAMBERTINI, *La Parafraasi, il metodo, gli 'svarioni' dell'antecessor*, in *Tesserae iuris*, III.1, 2022, 332 ss.
- LAMBRINI 2019: P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, in EAD., *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli, 2019, 1 ss.
- LAMBRINI 2020: P. LAMBRINI, *Per un nuovo studio della tradizione manoscritta: il caso di 'aer' nell'elencazione delle 'res communes omnium'*, in *KOINΩNIA*, XLIV.1, 2020, 817 ss.
- LAMBRINI 2021a: P. LAMBRINI, *Fondamenti del diritto europeo. Manuale istituzionale*, Torino, 2021.
- LAMBRINI 2021b: P. LAMBRINI, *Le cose*, in P. GIUNTI - F. LAMBERTI - P. LAMBRINI - L. MAGANZANI - C. MASI DORIA - I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Torino, 2021, 312 ss.
- LENEL 1889: O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889.
- LENEL 1927: O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927.
- LEOPOLD 1852: E.F. LEOPOLD, *Lexicon greco-latinum manuale ex optimis libris concinnatum*, altera editio stereotypa emendatior et locupletior, Lipsiae, 1852.

- LEROUXEL 2012: F. LEROUXEL, *Il mercato del credito privato, la 'Bibliothèque Enkteseon' e i servizi pubblici nell'Egitto romano*, trad. it., in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, LXVII.4, 2012, 629 ss.
- LIDDELL - SCOTT - JONES 2011: H.G. LIDDELL - R. SCOTT - H.S. JONES, *The Online Liddell-Scott-Jones Greek-English Lexicon*, 2011.
- LO CASCIO 2009: E. LO CASCIO, *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009.
- MAROI 1927: F. MAROI, *Lineamenti storici della costituzione di pegno sulla stessa cosa a favore di creditori diversi*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, XXV, 1927, 395 ss. (estratto 3 ss.).
- MOLINARI 2021: M. MOLINARI, *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustino tra 'methodus docendi' e mito. Ἐχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, Bologna, 2021.
- MONTI 2020: A. MONTI, *Casi e problemi sul sequestro informatico anche a distanza*, in *Il Diritto di internet nell'era digitale*, a cura di G. Cassano e S. Previti, Milano, 2020, 955 ss.
- PALMIERI 1963: E. PALMIERI, voce *'Invecta et illata'*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 1.
- PARENTE 2001: F. PARENTE, *Il sistema dei privilegi del credito*, Milano, 2001.
- PARENTE 2015: F. PARENTE, *Art. 2764*, in *Della tutela dei diritti, artt. 2643-2783*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2015, 1265 ss.
- PELLECCHI 2016: L. PELLECCHI, *Dimensione economica e azione della giurisprudenza: il caso delle garanzie reali*, in *RHD*, XCIV, 2016, 491 ss.
- PERTILE 1855: A. PERTILE, *Del pegno legale sugli 'illata' ed 'invecta'. Dissertazione inaugurale e tesi della laurea in ambe le leggi presso la I. R. Università di Padova*, Venezia, 1855.
- PUGLIESE 1982: G. PUGLIESE, *Dalle 'res incorporales' del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1137 ss.
- PUGLIESE 1991: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991.
- REITZ 1751: W.O. REITZ, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum*, II, Hagae Comitum, 1751.
- ROMEO 2022: S. ROMEO, *La fortuna delle 'res communes omnium'. Cenni sulla storia di un concetto*, in *Dir. econ.*, CVII.1, 2022, 89 ss.
- SALARI 2022: D. SALARI, *Art. 2764. Crediti del locatore di immobili*, in *Codice civile commentato e aggiornato*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 3684 s.
- SANTISE 2021: M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*⁵, Torino, 2021.
- SCHELTEMA 1953: H.J. SCHELTEMA, *Basilicorum Libri LX*, Series B.I, Groningen, 1953.

- SHELTEMA 1970: H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement du droit des Antécédentes*, Leiden, 1970.
- SCHELTEMA - VAN DER WAL 1956: H.J. SCHELTEMA - N. VAN DER WAL, *Basiliensium Libri LX*. Series A.2. Textus librorum 9.-16, ediderunt H.J. Scheltema et N. van der Wal, Groningen - Djakarta - Gravenhage, 1956.
- SCHIAVON 2019: A. SCHIAVON, *Interdetti 'De locis publicis' ed emersione della categoria delle 'res in usu publico'*, Trento, 2019.
- SCIORTINO 2006: S. SCIORTINO, *Il termine dell'expulsio' del conduttore per mancato pagamento del canone nella 'locatio' di 'aedes' e di 'fundi'*, in *AUPA*, LI, 2006, 1 ss.
- SEGRÈ 1952: G. SEGRÈ, *Recensione ad A. ASCOLI, Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano. Studio storico esegetico di diritto romano*, Livorno, 1887, in G. SEGRÈ, *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 598 ss.
- SOLIDORO 2017: L. SOLIDORO, *Forme di appartenenza dei beni. Diritti reali e possesso*, in A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2017, 246 ss.
- TABET 1972: A. TABET, *La locazione-conduzione*, Milano, 1972.
- TALAMANCA 1990a: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TALAMANCA 1990b: M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' sino a Labeone*, in 'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. *Atti del Convegno Internazionale di Diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'Littera florentina' (Copanello, 1-4 giugno 1988)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, 35 ss.
- TERLIZZI 2018: G. TERLIZZI, *I privilegi*, in A. CHIANALE - G. TERLIZZI - S. CAMPOLATTARO - M. MARTELLI, *Garanzie reali e personali*, Torino, 2018.
- TORRENTE - SCHLESINGER 2011: A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*²⁰, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2011.
- TRAINA - BERTOTTI 1993: A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*², Bologna, 1993.
- TROIANOS 2015: S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, trad. it., Torino, 2015.
- TURELLI 2012: G. TURELLI, *'Res incorporales' e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in *TSDP*, V, 2012, 1 ss.
- VACCA 2012: L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*², Torino, 2012.
- VACCA 2017a: L. VACCA, *'Interpretatio' e caso concreto*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti, Torino, 2017, 227 ss.

- VACCA 2017b: L. VACCA, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti, Torino, 2017, 261 ss.
- VARVARO 2008: M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008.
- VILLANACCI 2016: G. VILLANACCI, *Dei privilegi sui mobili*, in *Il Codice Civile. Commentario. Artt. 2751.2769*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016.

PAOLO COSTA

PECUNIA E RES.
LA POSTA IN GIOCO ERMENEUTICA
DI UN'IMPASSE SEMANTICA (A PARTIRE DA C. 4.18.2)*

«Das Geld, indem es die Eigenschaft besitzt, alles zu kaufen,
... ist also der Gegenstand im eminenten Besitz».

K. MARX, *Ökonomisch-Philosophische Manuskripte*, Berlin, 1844, n. 563.

1. *Premessa.* – La nozione di denaro, il suo rapporto con la moneta e la sua espressione nella materialità fisica di uno strumento di pagamento circolante rappresentano campi di riflessione giuridica di grande attualità. La recente collocazione normativa fra i mezzi di scambio e fra le unità contabili non solo della cd. moneta elettronica (art. 1, comma 2, lett. h-ter TUB; art. 2, par. 2, direttiva 2009/110/CE), che è rappresentazione digitale di moneta realmente circolante, ma anche della cd. valuta virtuale o criptovaluta (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 231/2007, modificato dal d.lgs. n. 90/2017; cfr. anche d.lgs. n. 125/2019¹), del tutto dematerializzata e priva di corso legale,

* Ringrazio i professori Mariagrazia Bianchini, James Caimi e Marco P. Pavese e il dottor Riccardo Costa per i loro consigli nell'elaborazione di questo contributo.

¹ Il d.lgs. n. 125/2019 recepisce la V direttiva antiriciclaggio (UE) 2018/843, che definisce la 'valuta virtuale' «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo *status* giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente». Il d.lgs. n. 125/2019 non accoglie tale definizione lasciando aperti i problemi di inquadramento di questo mezzo di scambio; cfr. DEOTTO - ZANARDI 2018, 20 ss.; BEFANI 2019, 381 ss.; CARBONE 2019, 55 ss.; BIXIO 2021, 104 ss. (ove bibliografia).

ha comportato, quanto all'impiego, la coincidenza di quest'ultima con il 'denaro' *lato sensu* inteso. Conferma di questo indirizzo si ha dal recentissimo d.m. del 13 gennaio 2022, che dispone che i prestatori di servizi relativi all'uso di valute virtuali e i prestatori di servizi di portafoglio digitale siano tenuti a effettuare le stesse comunicazioni al Ministero dell'Economia e delle Finanze della loro operatività sul territorio nazionale previste per l'attività di cambiavalute dall'art. 17-*bis*, comma 8-*ter*, d.lgs. n. 141/2010.

Queste innovazioni normative interrogano il giurista: quale relazione s'istituisce fra una valuta generata mediante un algoritmo (incapace di esprimere un valore intrinseco finanche indiretto)² e una *res*, quale in fondo resta la 'moneta', anche quando attestante solo un valore nominale? S'appalesa *ictu oculi* il valore ampio e polisemico di uno dei vocaboli d'impiego più comune, ma dalla più ardua intelligibilità economica e giuridica, il 'denaro' appunto. Sono, infatti, notevoli le difficoltà d'inquadramento normativo, giurisprudenziale e tributario delle citate criptovalute, le quali, pur prive di valore legale, non emesse da banche centrali né regolate da enti governativi, sono assimilate, dall'Agenzia delle entrate e dalla giurisprudenza amministrativa, alle valute 'tradizionali' ai fini del monitoraggio fiscale (cfr. T.A.R. Lazio 27 gennaio 2020, n. 1077)³.

Dunque, nella pratica contemporanea degli affari, delle transazioni commerciali e del mercato mobiliare, l'impiego di lessemi come 'denaro' o 'moneta' – significativamente non definiti in modo generale nel nostro ordinamento⁴ – induce la necessità di puntualizzazioni normative e giurisprudenziali, dacché il loro valore semantico ha acquisito, in specie negli ultimi anni, una latitudine così ampia da renderne ostica la cognizione. Tale fatica identificatoria è dovuta principalmente agli usi metonimici di questi lessemi⁵, usi originati da un

² Cfr. KROGH 2018, 161; BEFANI 2019, 389 ss.

³ Cfr. MARVULLI 2020.

⁴ Cfr. ASCARELLI 1928, 1952; STAMMATI 1976.

⁵ Sulla metonimia, sulla sua distinzione dall'altro tropo per molti aspetti analogo della sineddoche e sui criteri per l'identificazione, cfr. LITTLEMORE 2015, 123 ss. Nel nostro caso la metonimia si riconosce per contiguità e interdipendenza semantica fra il significato di base del lessema 'denaro' nel contesto linguistico contemporaneo e quello più esteso assunto – per 'spostamento di limite semantico' – nei contesti giuridici in esame; cfr. anche COULSON - OAKLEY 2003.

processo di dematerializzazione del referente linguistico cui i segni testuali rinviano. Il 'denaro' ha perso così un'ontologia percepibile nel mondo delle cose fisiche, divenendo immateriale. D'altronde, è a tutti chiaro che il denaro non esiste nel mondo della natura e rappresenta una creazione dell'ordinamento giuridico, come appuntava Knapp nell'*incipit* del suo pionieristico studio sulla teoria cartalista della moneta: «Das Geld ist ein Geschöpf des Rechtsordnungs»⁶. Nondimeno, un'astrazione così radicale, come quella implicata dalle criptovalute, espone a notevoli tensioni ordinamentali.

Non intendo comunque affrontare, in questa sede, né i profili di problematicità di una posizione tanto 'statalista' come quella di Knapp, che incontrò, ad esempio, le critiche di Schumpeter⁷, né approfondire i problemi legati alla digitalizzazione dei valori monetari, ma il mio obiettivo è verificare, in prospettiva storico-giuridica, come questioni per molti aspetti analoghe su cosa s'intenda quando si parla di 'denaro', si riscontrino nell'esperienza giuridica romana. Un rimarchevole *test case*, legato a un negozio (la *pecunia constituta*) che reca già nel nome il riferimento al 'denaro'⁸ mi pare esemplare. Si porrà in rilievo quanto sia necessaria, trattando di temi in cui s'intrecciano profili linguistici e giuridici, una prospettiva ermeneutica consapevole dell'incidenza, nell'interpretazione giuridica, anche di questioni fondamentali delle scienze del linguaggio, in particolare dei rapporti fra etimologia, semantica e pragmatica.

2. *Giustiniano e la pecunia: la retorica legislativa rivela l'impasse semantica.* – L'accesso al tema è dato dall'esame di alcuni passaggi di una costituzione di Giustiniano (C. 4.18.2)⁹, emanata il 20 febbraio 531¹⁰, durante la questura di Triboniano, e rivolta al prefetto al pre-

⁶ KNAPP 1923, 1.

⁷ Cfr. SCHUMPETER 1970.

⁸ Per un recente inquadramento generale sul tema del denaro nel diritto romano classico, cfr. D'ALESSIO 2018 (ove fonti e bibliografia). Sulla funzione e l'origine della moneta nel mondo romano, anche in relazione al pensiero greco, cfr. MAROTTA 2012.

⁹ Sul provvedimento si vedano ASTUTI 1941, 281 ss.; FREZZA 1962, 277 ss.; ARCHI 1962; LUCHETTI 1991-1992, 470 e nt. 57 (ove altra bibliografia); LA ROSA 1997a; FASOLINO 2000; CERAMI - PETRUCCI 2010, 143 ss.; MATTIOLI 2019, 32 ss.; PEDONE 2020, 109 ss.; BOLTE 2020, 368 ss.

¹⁰ In data 20 febbraio 531 fu promulgato un gruppo di sedici (o diciassette) costi-

torio Giuliano¹¹, con cui si abolisce l'*actio recepticia* – per evitarne l'astrattezza come afferma la costituzione stessa – riconducendone la disciplina entro la cornice (contestualmente ampliata) dell'*actio de pecunia constituta*¹². Il provvedimento – rientrante probabilmente fra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*¹³ – mi pare di peculiare rilievo perché contiene un'ampia annotazione di tipo semantico (l'unica sulla *pecunia* nel *Codex Iustinianus*), con conseguenze giuridiche, cui seguono alcune puntualizzazioni cesellate con il ricorso a precise figure retoriche. Riporto le parti di maggiore interesse:

Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 4.18.2.1: Recepticia actione cessante ... necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem ... hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere ... Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. Si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur, quid di-

tuzioni, cui appartiene C. 4.18.2; sul punto, cfr. DI MARIA 2010, 89, nt. 5; MATTIOLI 2019, 34, nt. 29.

¹¹ Cfr. MARTINDALE 1992, 729 s. (voce *Iulianus* 4). Giuliano, prefetto nel 530-531, è stato identificato con l'epigrammista Giuliano d'Egitto, i cui numerosi componimenti poetici sono traditi dall'*Anthologia Palatina*; cfr. HARTIGAN 1975, 44; CAMERON 1977, 41 ss.; SCHULTE 1990, 13 ss.; GULLO 2019 (ove altra bibliografia).

¹² La disciplina introdotta da C. 4.18.2 è richiamata anche in I. 4.6.8; cfr. LUCHETTI 1996, 513 ss.

¹³ Cfr. LONGO 1907, 147, 154, che collega l'elaborazione della costituzione alla lettura della massa editale che i commissari stavano compiendo per la redazione del Digesto; VARVARO 2000, 483, nt. 347; VARVARO 2007-2008, 343; MATTIOLI 2019, 35, nt. 29. Per le ipotesi sull'identità dei commissari preposti allo spoglio della massa editale rinvio, da ultimo, al ragguaglio bibliografico di PEDONE 2020, 57, nt. 153.

stat a nomine ipsius pecuniae. Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tamquam fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum est.

Giustiniano, nell'estendere l'ambito di applicazione dell'*actio de pecunia constituta*, considera in una prospettiva ontologica l'istituto stesso della *pecunia constituta*: *necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare*. In gioco non vengono, dunque, solo questioni di inquadramento processuale e disciplina negoziale, ma è evocato il tema della referenza fenomenologica fra il segno *pecunia* e quel che l'ente così significato è *in rerum natura*. L'imperatore ricorda che, secondo i *veteres*¹⁴, perché una fattispecie fosse tutelata dall'*actio de pecunia constituta*, era possibile la deduzione in costituito unicamente di *res quae pondere numero mensura constant*¹⁵ e che tale *actio* si prescriveva in un anno, dubitandosi se potesse essere esperita per il costituito di un debito sottoposto a condizione¹⁶. La *apertissima lex* dispone perciò, con un andamento specularmente corrispondente alla previa descrizione delle caratteristiche 'classiche' della *pecunia constituta*, le innovazioni al regime: la deducibilità in costituito non solo delle cose fungibili, ma anche di tutte le altre cose mobili, immobili, semoventi (come animali o schiavi), degli *instrumenta*¹⁷ e di qualsiasi possibile oggetto di una *stipulatio* (perciò perfino di un *incertum* [cfr. Gai 4.136])¹⁸. L'imperatore statuisce la prescrizione trentennale dell'azione, la possibilità di costituire debiti condizionati e la legittimazione attiva e passiva all'*actio* in capo agli eredi; inoltre, precisa che la *pecunia constituta* – *suis tamen naturalibus privilegiis mi-*

¹⁴ Per il diffuso uso di *veteres* per riferirsi alla giurisprudenza precedente nelle costituzioni promulgate durante la questura di Triboniano, cfr. HONORÉ 1978, 78; sul punto v. oltre par. 3.

¹⁵ Su tali *res* e sulle loro definizioni nella giurisprudenza romana, cfr. PAVESE 2013, 146 ss. (ove fonti e bibliografia).

¹⁶ Per i profili immediatamente seguenti (contenuti in una parte qui non trascritta della costituzione), cfr. ARCHI 1962.

¹⁷ Trattasi di complessi di beni organizzati per l'esercizio di un'attività economica; cfr. GIOMARO 2013.

¹⁸ Da ultimo, cfr. PEDONE 2020, 55 ss.

nime defraudata – non deve essere in alcun modo dissimile dalla *stipulatio*.

Rimarchevoli nella costituzione sono due insistenze, che potrebbero apparire ultronee – non arricchendo il disposto normativo – ma che lasciano cogliere la consapevolezza imperiale dell'*impasse* semantica in cui si pongono le affermazioni sul significato di *pecunia*. Giustiniano dichiara che nessuno deve essere sorpreso dalla ricompressione di *omnes res* sotto il *nomen* '*pecunia*', poiché anche gli *antiqui libri prudentium*, trattando di *pecunia constituta*, non intendevano solo la *pecunia* (*scil. numerata*), ma tutte le *res quae pondere numero mensura constant*. Giustiniano afferma così che una potenzialità estensiva del significato del lessema sarebbe già stata pacifica nella giurisprudenza classica. Rileva, a livello di *drafting*, l'impiego di una specifica figura retorica: la *praeoccupatio*, che riveste la funzione di far considerare proletticamente, al fine di prevenirle, obiezioni intravviste come possibili¹⁹. Già questa scelta argomentativa – propria della retorica giudiziaria antica²⁰ e teorizzata nei trattati tardoantichi in argomento²¹ – fa intuire la consapevolezza di Giustiniano di muoversi su un crinale piuttosto sdruciolevole. Tale intuizione è confermata dal seguito. Difatti, l'imperatore, con un passaggio al piano processuale, evidenzia che è sempre possibile convertire alcunché nel suo valore pecuniario (*in pecuniam*)²². La deducibilità in costituito di una *certa domus*, un *certus ager*, un *certus homo*, o di un'altra *res* determinata (parametrabili pecuniariamente) ne implica pertanto la fungibilità rispetto alla *pecunia*, permettendo di parlare, anche per tali cose, di *pecunia constituta*.

La costituzione aggiunge, in un *climax* argomentativo²³, un'ulteriore spiegazione, ancora esposta mediante figure retoriche specifiche. L'imperatore stabilisce – per dare soddisfazione alla *subtilitas* di coloro

¹⁹ Cfr. LAUSBERG 1998, 383 (§ 855); cfr. anche PERELMAN - OLBRECHTS-TYTECA 1971, 169, 174 ss.

²⁰ Cfr. TORZI 1995, ove riferimenti alle fonti.

²¹ Sul punto, cfr. BERARDI 2017, 176.

²² Secondo FREZZA 1962, 278 s., la prassi di dedurre in obbligazione l'*aestimatio* di beni di vario genere, anche infungibili, così da convertire in mutui di denaro negozi di deposito o di vendita a credito, è di origine ellenistica.

²³ Mi pare non colga questa espansione retorica BOLTE 2020, 369, che considera «gänzlich neben der Sache» l'ultima puntualizzazione giustiniana.

che non si occupano del senso, ma delle inutili definizioni nominalistiche²⁴ – che *omnes res* possano essere dedotte in costituito, come se (*tamquam*) fosse la *pecunia* a essere *constituta*, giacché, nelle parole di Giustiniano, anche i *veteres* denotavano come *pecunia* tutte le cose e il vocabolo era così inteso nei libri dei giurisperiti e nella giurisprudenza antica. Si apprezzi il valore della congiunzione comparativo-ipotetica *tamquam*: con essa è giustificata l'equiparazione imposta dalla *lex*, contestualmente riconoscendo la non piena identificazione semantica dei diversi oggetti del costituito. L'imperatore si muove così strategicamente incontro ai cultori dei *vana nominum vocabula*, mantenendo fermo, sul piano definitorio, il portato della norma. Con ciò è implicitamente 'concessa' la non perfetta equiparabilità semantica delle *omnes res* alla *pecunia*, delimitando l'area di 'omogeneizzazione' fra le prime e la seconda, benché Giustiniano avesse dianzi affermato: *sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus*. Nella parentetica *tamquam fuisset ipsa pecunia constituta* mi pare si possa, infatti, individuare, sul piano retorico, una *concessio* corredata da una *correctio*. La *concessio*²⁵, con cui Giustiniano cede a soddisfare la *subtilitas* di potenziali oppositori, implica «l'ammissione delle buone ragioni dell'avversario (o dell'interlocutore), contrappesata, però, da rilievi riguardo al maggior peso di circostanze, opinioni, fatti, prove in favore della tesi di chi parla»²⁶; la *correctio*, qui nella forma di un «chiarimento semantico per miglioramento»²⁷, supporta tale implicita ammissione.

I profili di tensione dogmatica (la *natura*²⁸ dell'*actio pecuniae constitutae* e l'avvicinamento del negozio alla *stipulatio*, menzionata due volte) s'intrecciano, dunque, con questioni semantiche, sullo sfondo di affermazioni generali di politica del diritto e di preoccupazioni che appaiono di ordine teorico, sistematico e perfino didattico, ancor

²⁴ Cfr. similmente C. 5.27.11.2; 6.23.31.1; 6.28.4 pr.; 6.58.14.1; 7.25.1.

²⁵ Cfr. LAUSBERG 1998, 383 (§ 856).

²⁶ MORTARA GARAVELLI 2014, 267.

²⁷ MORTARA GARAVELLI 2014, 240.

²⁸ Sull'evoluzione dogmatica in età giustiniana del concetto di *natura actionis* come struttura intrinseca dell'azione che ne informa scopo, requisiti e caratteristiche (in inestricabile legame con la *causa* dell'azione stessa), si vedano, oltre ai contributi più risalenti di LONGO 1905a-b; COLLINET 1947, 173 ss., di recente DE JONG 2013; SCIORTINO 2018, 154 ss. L'impiego di *natura* per indicare i caratteri di un istituto appartiene al linguaggio di Triboniano, cfr. HONORÉ 1978, 85.

prima che pratico²⁹. Infatti, l'imperatore – nel momento stesso in cui dichiara recisamente la vicinanza fra la *pecunia* e le *omnes res* – per giustificare l'ampliamento ontologico delle fattispecie tutelate dall'azione, si dilunga, in verisimile dialettica con ambienti della giurisprudenza coeva, a motivare le proprie decisioni in forza dell'asserita fedeltà a una tendenza di espansione semantica affermata come già riconoscibile presso i *veteres*. Nello stesso tempo, sono chiarite questioni semantiche, dal momento che la loro soluzione non era pacifica neppure fra i contemporanei, ai quali (e non a giuristi più antichi) – come rilevò già Archi³⁰ – si rivolge Giustiniano per censurarne il vano letteralismo.

La costituzione risponde indubbiamente a problemi di ordine economico e sociale coevi³¹, ma in essa si riflettono profonde speculazioni giurisprudenziali in merito al rapporto fra la *pecunia* e le *res*, che sono state rilevate dalla dottrina più attenta. Basti dire che Yan Thomas, nel suo saggio sul 'valore delle cose', prende abbrivio proprio da C. 4.18.2 per presentare il nucleo centrale della sua 'analisi giuridica del valore', e nota come *pecunia* per i Romani designasse sia la moneta sia il valore monetario delle cose, ma contestualmente anche le *res* stesse in quanto necessariamente traducibili *in pecuniam*, in forza delle caratteristiche del processo (esso stesso denominato *res*). I giuristi, secondo Thomas, «pensaient ... que la chose se réduisait à son prix, qu'elle *était* son prix: la valeur était alors l'identité de la chose même»³². La nostra *apertissima lex* non farebbe altro che confermare questa fondamentale impostazione.

A questo punto, un breve percorso *à rebours*, da Giustiniano alle più antiche riflessioni giurisprudenziali sul valore di *pecunia* e sul suo

²⁹ Così FREZZA 1962, 283; ARCHI 1962, 144; MATTIOLI 2019, 35.

³⁰ Secondo ARCHI 1962, 144, nel provvedimento si rifrangono «dispute antiche perpetuate da esegeti nuovi più che dubbi dovuti a questioni attuali». Su questa linea anche SCHINDLER 1966, 76; BOLTE 2020, 369 s. PEDONE 2020, 118, ipotizza l'orditura di rapporti difficilmente intelligibili fra i commissari giustiniani e l'ambiente delle scuole di diritto, nelle quali si davano «sacche di sopravvivenza (o di recrudescenza, scatenata dalla rilettura dei *veteres*) dell'antico *ius controversum* sulla natura e sulla trasmissibilità dell'azione, e possibilmente anche sui beni che potevano costituirne oggetto (*pecunia*, o *res quae pondere numero mensura consistunt*, o tutti i beni, in quanto suscettibili di parametrizzazione monetaria)».

³¹ Cfr. LA ROSA 1997a. Per un inquadramento più generale del contesto socioeconomico, cfr. BIANCHINI 1982.

³² Cfr. THOMAS 2002, 1450 s.

rapporto con le *res*, potrà meglio chiarire l'*impasse* semantica riconoscibile in C. 4.18.2, permettendoci di apprezzare l'importanza della posta in gioco ermeneutica, che paradigmaticamente investe il nostro tema.

3. *La semantica di 'pecunia' nell'esperienza giuridica romana: un poliedro di significati.* – L'estensione dell'*actio de pecunia constituta* all'area delle *res quae pondere numero mensura constant*, richiamata da Giustiniano, è motivata dalla dottrina maggioritaria anche più recente³³, assumendo il riferimento originario del *constitutum* al mutuo e alla *legis actio per conductionem* che lo tutelava. Con un *constitutum debiti*, infatti, le parti potevano rafforzare l'adempimento dell'obbligazione principale e superare così i limiti dell'azione con formula *stricti iuris* esperibile *de sorte*, la quale non avrebbe tenuto in considerazione gli interessi delle parti stesse circa il tempo dell'adempimento³⁴. Essendo la limitazione dell'oggetto del mutuo alle sole cose fungibili un dato giurisprudenziale stabile³⁵, il predetto collegamento fra il *mutuum* e il *constitutum* consentirebbe di spiegare la diversa latitudine dell'*actio de pecunia constituta* rispetto all'*actio certae creditae pecuniae*, con la quale pure intrattiene rapporti di notevole prossimità (cfr. oltre, par. 3). Tale collegamento spiegherebbe, quindi, come un negozio probabilmente sorto per rafforzare debiti in denaro³⁶, già in un periodo prossimo alla sua introduzione, abbia subito un ampliamento di applicabilità, in forza di un'interpretazione estensiva della nozione di *pecunia*, volta a ricondurvi anche le cose fungibili, senza mutare il nome dell'istituto stesso, giacché solo alla *pecunia* le fonti (letterarie³⁷

³³ Cfr. KARLOWA 1901, 1373; ASTUTI 1937, 124 ss.; SCHULZ 1951a, 561; ROUSSIER 1958, 83 ss.; GUIZZI 1959, 299; KARADENIZ 1968, 95 ss.; RÜFNER 2000, 44 ss.; BOLTE 2020, 59 ss. (ove altra bibliografia).

³⁴ Questi aspetti emergono chiaramente in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.3.2 (frammento significativo, ove Ulpiano menziona le opinioni di Labeone e Sesto Pedio); cfr. COSTA 2011, 147 ss.

³⁵ Cfr. Gai 3.90; Paul. 28 *ad ed.* D. 12.1.2; Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.2; da ultimo, cfr. SACCOCCIO 2020, 36 ss.

³⁶ Sul punto la dottrina è pacifica, cfr. BRUNS 1861, 48 ss.; LEONHARD 1900, 1105; CUQ 1904, 679; PHILIPPIN 1929, 53; ASTUTI 1937, 126; ROUSSIER 1958, 83, 87, 109; COSTA 2011, 147 ss.

³⁷ Cicerone (*Quinct.* 5.18; *Att.* 1.3) impiega la locuzione *pecuniam constituere*; cfr. VARVARO 2007-2008, 331 ss.; COSTA 2011, 144 ss.; BOLTE 2020, 45 ss.

e giuridiche³⁸) continuarono a riferirsi per indicare il negozio e l'azione a sua tutela³⁹.

Su questi profili il dibattito dottrinale, che aveva, invero, registrato già alcune isolate perplessità di Talamanca⁴⁰, è stato riaperto, nel 2008, da Varvaro⁴¹, il quale, in dissenso con la dottrina prevalente (ancora ribadita, nel 2020, da Bolte⁴²), ritenne che non alle origini dell'istituto, bensì solamente in piena età severiana si sarebbe riconosciuta validità a *constituta* di debiti aventi per oggetto beni diversi dal denaro. Tale ampliamento non deriverebbe dall'estensione del costituito a ogni debito nascente da mutuo, ma dal riconoscimento di effetti liberatori alla cd. *datio in solutum*. Le differenti posizioni dottrinali si appuntano su difficoltà ed equivocità di ordine semantico, che richiedono specifiche opzioni ermeneutiche: sono le stesse difficoltà ed equivocità cui si riferisce la costituzione giustiniana. Esaminare tali profili s'impone perciò come necessario.

Il tema del significato di *pecunia* non riguarda solo il costituito di debito, ma attraverso l'ordinamento giuridico romano. Si può, ad esempio, considerare l'identificazione dell'oggetto del peculato, secondo la *lex Iulia peculatus*⁴³:

Ulp. 44 *ad Sab.* D. 48.13.1: *Lege Iulia peculatus cavetur, ne quis ex pecunia sacra religiosa publicave auferat neve intercipiat neve in rem suam vertat neve faciat, quo quis auferat intercipiat vel in rem suam vertat, nisi cui utique lege licebit: neve quis in aurum argentum aes publicum quid indat neve immisceat neve quo quid indatur immisceatur faciat sciens dolo malo, quo id peius fiat.*

Per alcuni autori *pecunia* si riferirebbe genericamente a beni patrimoniali; per altri più specificamente a beni mobili o soltanto a de-

³⁸ Si vedano anche solo la formula dell'*actio de pecunia constituta* (oltre par. 3) e gli *iura* trascelti nel Titolo 13.5 del Digesto.

³⁹ Cfr. HUSCHKE 1882, 251; ARANGIO-RUIZ 1914, 57; ASTUTI 1937, 137 ss.; ASTUTI 1941, 21 s.; SCHULZ 1951a, 561; ROUSSIER 1958, 99; GUIZZI 1959, 300; ARCHI 1962, 147; KARADENIZ 1968, 95; LA ROSA 1997b, 211.

⁴⁰ Cfr. TALAMANCA 1990, 608.

⁴¹ Cfr. VARVARO 2007-2008, 332 ss. (il contenuto di questo articolo è ripreso anche in VARVARO 2008, 198 ss.).

⁴² Cfr. BOLTE 2020, 231 s.

⁴³ GNOLI 1972; GNOLI 1979, 25, colloca la data della *lex Iulia* tra il 59 a.C. e il 17 a.C.

naro⁴⁴. La tesi dominante considera il significato del termine in modo ampio: oggetto del *crimen* sarebbe stato, in un primo tempo, l'impossessamento di bestiame appartenente alla comunità, successivamente l'appropriazione di beni qualsivoglia inerenti al patrimonio di templi o, in generale, appartenenti alla comunità⁴⁵. Dunque, la latitudine semantica del lessema *pecunia* appare ampia, in coerenza con quanto si rinviene nelle fonti antiquarie.

Infatti, una glossa festina, ricostruita da Lindsay⁴⁶, attesta un risalente significato assai esteso di *pecunia*. Il frammento, anche nella versione in parte compendiata da Paolo Diacono, rivela come nella nozione probabilmente arcaica di *pecunia* (certamente ai fini del sacrificio, ma dal passo emerge un ambito di impiego più generalizzato) rientrassero almeno le *fruges* e i *fructus*⁴⁷.

Fest. voce *Pecunia sacrificium* (Lindsay 286): *Pecunia sacrificium f<ieri dicitur, cum frugum, fruc>tumque causa mola pu<ra offerebatur in sacrifi>cio, quia omnis res fam<iliaris, quam nunc pecuniam> dicimus, ex his rebus con<stat>*.

Paul.-Fest. voce *Pecunia sacrificium* (Lindsay 287): *Pecunia sacrificium fieri dicebatur, cum fruges fructusque offerebantur, quia ex his rebus constat, quam nunc pecuniam dicimus*.

Senza affrontare la controversia sull'originario valore di **pecul/pecū-* e quindi sull'etimologia di *pecunia*⁴⁸, che anche dall'analisi di

⁴⁴ Cfr. GNOLI 1979, 46 ss. (ove dottrina precedente).

⁴⁵ Cfr. GNOLI 1979, 70 s.; SANTALUCIA 1998, 200.

⁴⁶ Il lacunoso frammento festino è stato così integrato nell'edizione del 1565 di Giuseppe Scaligero, integrazione accolta da Lindsay nell'edizione teubneriana del 1913, in *app. ad* 286, 17 ss.

⁴⁷ Sul punto, cfr. SCHEID 2005, 136 ss.; cfr. anche: FIORI 1999, 15, nt. 11; ZUCCHOTTI 2000; DE IULIUS 2017, 21 ss. e nt. 58.

⁴⁸ Per le diverse ipotesi etimologiche, cfr. WALDE - HOFFMANN 1954, 270 ss.; POKORNY 1959, 797; LEUMANN 1977, 323, 350, 441; UNTERMANN 2000, 527; DE VAAN 2008, 454. Nei lessici della lingua latina *pecunia* è reso con 'averi', 'ricchezza', 'patrimonio' e, in senso stretto e specificante, 'denaro' (specie nel composto con *numinata*). Il tema indoeuropeo **peku-*, presente nell'indo-iranico, nel germanico e nell'italico, da cui si ritiene derivi *pecunia*, ha probabilmente il significato di 'bestiame' e in particolare di 'bestiame posseduto come ricchezza' (cfr. ERNOUT - MEILLET 1960, 492). A conforto di questa lettura sono portate anzitutto alcune testimonianze varroniane (*ling.* 5.17.92; 5.19.95; 5.36.175; *rust.* 2.1.11). Questa ricostruzione fu contestata da BENVENISTE 1969, 47 ss.; BENVENISTE 1970, che considerò il tema **peku-* riferirsi uni-

questi passi ha trovato motivi per rinfocolarsi⁴⁹, è utile notare che nel lessico di Festo l'area semantica di *pecunia* copre anche beni diversi dal denaro, coincidendo con il patrimonio (*res familiaris*). Tale ampiezza di significato si rinviene altresì in usi letterari repubblicani (e.g. Plaut. *Aul.* 186, 214)⁵⁰, ma probabilmente già nel lessico giuridico decemvirale, ove pare alludere (insieme a *tutela* o a *familia*) al patrimonio complessivo⁵¹:

Tab. 5.3 (*FIRA*, I², 37; *Roman Statutes*, II, 580 e 635 ss.): *uti legassit super pecunia tutelave suae rei* (o: *super familia pecuniaque sua*)⁵².

Questo uso esteso s'incontra anche in luoghi ciceroniani a proposito di successioni:

Cic. *inv.* 2.50.148: *si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto* (cfr. Tab. 5.7; *FIRA*, I², 39 s.; *Roman Statutes*, II, 580 e 643 ss.)⁵³.

Cic. *top.* 29: *hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*⁵⁴.

In Gai 2.104 si descrive poi lo svolgimento del testamento librato con la formula della *mancipatio familiae*, derivante da quella del testa-

camente alla 'ricchezza mobile personale'; in rapporto con la realtà sociale dell'allevamento il lessema derivato si sarebbe poi specializzato lungo tre affinamenti progressivi, giungendo a significare 'bestiame', poi 'bestiame minuto', infine 'ovino'. Tale posizione incontrò le critiche di GUARINO 1972 e GNOLI 1978, che, con il suffragio di copiose fonti, mostrarono la persistenza di un legame fra la semantica di *pecunia* e i beni della pastorizia; cfr. anche MARCONI 1997, 102 ss.; MARECOS CASQUERO 2005.

⁴⁹ BENVENISTE 1969, 53, invoca, infatti, tale fonte, priva di riferimenti al bestiame, per suffragare la propria posizione.

⁵⁰ Per altre fonti e la discussione, cfr. NADJO 1989, 154 ss.; FEUVRIER-PRÉVOTAT 2019, 121 ss.

⁵¹ Cfr. ARCÉS 2013, 95 ss. (ove letteratura precedente); MANTOVANI 2014, 600 s.; DI OTTAVIO 2016, 30 s.

⁵² L'espressione *familia pecuniaque* ricorre nelle versioni della norma *uti legassit* rinvenibili in Cic. *inv.* 2.50.148 e in *Rhet. Her.* 1.13.23; tali versioni sono considerate dalla dottrina dominante meno attendibili rispetto a quelle in cui si trova *pecunia tutelave* (cfr. Ep. Iul. 11.14; Paul. 59 *ad ed.* D. 50.16.53 pr.). Arcés, nel contributo appena ricordato, mostra come proprio le *lectiones* di Cicerone e dell'*Auctor* fossero probabilmente le più corrispondenti al testo decemvirale; da ultimo, cfr. DI OTTAVIO 2016, 1 ss.

⁵³ Cfr. ZUCCOTTI 2009.

⁵⁴ Da ultimo, cfr. OLIVIERO NIGLIO 2019.

mentum calatis comitiis, e vi si rintraccia di nuovo la locuzione *familia pecuniaque*: quali, dunque, i rapporti tra *familia* e *pecunia*, congiunte nella locuzione dall'enclitica *-que*? I due lessemi indicano beni differenti (come voleva la dottrina più risalente) o sono impiegati, a fini retorici, in un'endiadi (come suggeriscono gli studiosi più recenti⁵⁵)? Ai nostri fini importa solo sottolineare una (probabilmente arcaica e) persistente ampiezza semantica del vocabolo *pecunia*. Tale ampiezza, attestata da numerose fonti⁵⁶, motiva plausibilmente la specificazione con l'aggettivo *numerata* della *pecunia* quando essa consiste solo in denaro. Perciò, Gai 3.141 suona: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet*. L'ampiezza semantica si riflette anche in altri usi propriamente giuridici; ricordo solo alcuni frammenti del Digesto, collocati nel titolo *De verborum significatione*⁵⁷:

Paul. 2 *ad ed.* D. 50.16.5 pr.: *'rei' appellatio latior est quam 'pecuniae', quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.*

Cels. 32 *dig.* D. 50.16.97: *Cum stipulamur 'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit', res ipsas quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.*

Ulp. 49 *ad Sab.* D. 50.16.178 pr.: *'pecuniae' verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget.*

Hermog. 2 *iuris epit.* D. 50.16.222: *'pecuniae' nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur.*

Il terzo frammento si può combinare con Ulp. 50 *ad ed.* D. 45.1.50: *Item stipulatione emptae hereditatis: 'quanta pecunia ad te per-*

⁵⁵ Per un assai recente *status quaestionis*, cfr. RINOLFI 2020, 15 ss. (ove bibliografia).

⁵⁶ Si considerino le attestazioni plautine e varroniane sopra riportate e la discussione di Gnoli. L'opera di Varrone ha un rilievo per il nostro tema anche perché (in Varr. *ling.* 9.40.1-2) restituisce la prima testimonianza latina di una correlazione fra i termini *pondus*, *numerus* e *mensura*; cfr. PAVESE 2013, 148 ss.

⁵⁷ Anche THOMAS 2002, 1450 s., cita questi frammenti – sui quali da ultimo cfr. D'ALESSIO 2018, 22 s. – in rapporto a C. 4.18.2.

venerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat' nemo dubitabit quin teneatur, qui id egit, ne quid ad se perveniret. L'occasione della spiegazione lessicale pare fornita dal commento alla formula della *stipulatio emptae hereditatis*, da porre forse in relazione con l'appena ricordata norma decemvirale *uti legassit*⁵⁸.

Dunque, è indubitabile – e senza aver ricordato tutte le fonti pertinenti – che, nell'esperienza giuridica romana, il lessema *pecunia* avesse, per la sua storia e per i suoi usi, una latitudine semantica vasta. Ora è da chiedersi se questi usi linguistici rilevino davvero per l'interpretazione di quella particolare *pecunia* che viene *constituta*. Un suffragio testuale, a questo fine, fu autorevolmente segnalato da Arangio-Ruiz⁵⁹ e poi richiamato dalla dottrina maggioritaria⁶⁰: si tratta di un passo gaiano relativo alla *lex Cornelia de sponsu*⁶¹, nel quale il sintagma *pecunia credita* viene riferito non solo alla *pecunia* mutuata, ma a ogni *obligatio certi sine ulla condicione*:

Gai 3.124: *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in amplio rem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamvis sponsores uel fidepromissores in amplam pecuniam, veluti si sestertium C milia se obligaverint, tamen dumtaxat in XX milia tenentur. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, quae sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque et si vinum vel frumentum aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est.*

Condivisibilmente Varvaro⁶² non reputa cogenti queste fonti per inferirne una generale portata semantica della parola *pecunia* com-

⁵⁸ Così FREZZA 1962, 278.

⁵⁹ Cfr. ARANGIO-RUIZ 1914, 57.

⁶⁰ Cfr. ASTUTI 1937, 133 ss.; ASTUTI 1941, 23; ARCHI 1962, 147; FREZZA 1962, 278.

⁶¹ Cfr. ROTONDI 1912, 362 s. Da ultimo, cfr. PARENTI 2010.

⁶² Cfr. VARVARO 2007-2008, 343 ss.; VARVARO 2008, 142 ss. (ove assume una condivisibile posizione differente da quella di SACCOCCIO 2002, 44 ss., che legge l'impiego

prendente anche beni diversi dal denaro, né per ricavarne elementi per congetturare la risalenza di tale uso linguistico, né soprattutto per impiegarle *de plano* ai fini dell'analisi del *constitutum*. Anzitutto Gai 3.124 e i frammenti appena citati non si riferiscono al nostro istituto⁶³ – e su tale profilo di esegesi 'cotestuale' ritornerò nel par. 3 – e poi in nessuno di questi testi il significato di *pecunia* copre precisamente le *res quae pondere numero mensura constant*. Tale assenza è da segnalare, anche tenendo in considerazione il dato – messo in luce da Pavese – della diffusione di questa locuzione a indicare le cose fungibili probabilmente già dal II sec. a.C.⁶⁴.

Inoltre, la rilevanza di Gai 3.124 è assai ridotta per la definizione dell'area di funzionamento negoziale della *pecunia constituta*, perché qui il giurista commenta un testo di legge e attribuisce a un termine di tale provvedimento un significato particolare, tecnicizzandolo: la stessa necessità dell'argomentazione esplicativa fa pensare che il significato ivi attribuito non corrispondesse a quello comunemente accolto, neppure nel consesso dei giuristi⁶⁵. La dottrina, che ha fatto ricorso a questo passo gaiano per sostenere – nell'interpretazione del costituito – l'ampliamento della portata semantica del termine *pecunia* già per l'età classica, non spiega la discrasia fra la supposta estensione dell'editto *De pecunia constituta* anche alle cose fungibili e la nozione di *pecunia* ben più ampia che Gaio fornisce relativamente alla *lex Cornelia*, che copre *omnes res*, compresi i beni infungibili. Appunta Varvaro: «Si tratta, dunque, di una nozione diversa da quella con cui essa va intesa nell'ambito dell'espressione *actio certae creditae pecuniae*, assai più ampia rispetto a quella originaria, secondo cui per *pecunia credita* si intende il denaro dato a mutuo o stipulato in connessione a operazioni di mutuo ... Nell'ambito della previsione della *lex Cornelia*, la locuzione *pecunia credita* non va intesa secondo il senso comune per quanto riguarda sia il sostantivo *pecunia*, sia l'aggettivo *credita*»⁶⁶.

di Gai 3.124 come un riferimento alla *certa credita pecunia*, puntualizzando come qui non sia richiamata l'*actio certae creditae pecuniae*, né si tratti solo di crediti sorgenti da mutuo).

⁶³ Cfr. VARVARO 2007-2008, 344, 357 ss.

⁶⁴ Cfr. PAVESE 2013, 146 ss.

⁶⁵ Cfr. ROBBE 1941, 50; ALBANESE 1971, 136 ss.

⁶⁶ VARVARO 2008, 148; così anche D'ALESSIO 2018, 14 s. LAFFI 2001, 286 ss. riconosce nella *lex Rubria*, al cap. XXI un uso restrittivo di *pecunia* (aggettivata con *nu-*

Militano contro l'opinione di una generalizzata estensione semantica della nozione di *pecunia* alcuni ulteriori passi gaiani (3.90; 4.19; 4.33; 4.50), ove la *pecunia* è distinta dalle altre *res*. Tra questi Gai 3.90⁶⁷ – e si veda anche I. 3.14 – è assai rilevante per la sua *sedes materiae*: riguarda il mutuo e se ne desume che le *res quae pondere numero mensura constant* non rappresentino un tutto indistinto. Gaio è, invece, cosciente delle differenze 'merceologiche' interne e, in questo caso, *pecunia* non qualifica altro che il denaro. Concentrarsi euristivamente solo sull'etimo di *pecunia* e sui suoi usi linguistici riscontrabili in quasi un millennio di esperienza sociale e giuridica romana, senza puntuali riferimenti contestuali, appare, perciò, poco produttivo, se si mira a risolvere le questioni di interpretazione di C. 4.18.2 con riferimento alla pluralità di significati assunti da *pecunia* nella riflessione dei giuristi classici che si sono occupati del costituito di debito. La polisemia degli usi impedisce di definire *de plano* se il termine *pecunia* ricomprendesse o meno anche le *res fungibili*, né si può individuare il momento storico in cui si sarebbe verificata tale estensione di significato. Il rischio della fallacia della *petitio principii*, o perfino dell'*ignoratio elenchi*, appare concreto.

Non nego che la maggior parte dei luoghi citati induca a congetturare l'antichità di un impiego ampio di *pecunia*, dacché testi risalenti provano il ricorso alla nozione estensiva e non a quella restrittiva. Si può anche supporre che la conoscenza di testi giuridici, quali quelli trascelti in D. 50.16.5 pr.; 50.16.97; 50.16.178 pr.; 50.16.222, giustifichi le affermazioni giustinianee. Infatti, la stessa terminologia emergente in questi frammenti non è priva di assonanze con il lessico di C. 4.18.2 e l'imperatore sta probabilmente pensando a testi giurisprudenziali di questo tipo, plausibilmente 'sotto gli occhi' dei commissari impegnati nella compilazione del Digesto, quando afferma che i *veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt* e quando scrive che l'impiego esteso del vocabolo si ritrova *in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia*. Nondimeno, l'interpretazione giustiniana del lessema appare indubbiamente strumentale a

merata) quanto all'applicazione dell'*actio certae creditae pecuniae*, mentre al cap. XXII l'uso più estensivo.

⁶⁷ Gai 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum ...*

obiettivi di politica del diritto. Dobbiamo, a questo punto, chiederci se, anche quando tratta della deducibilità in costituito delle *res quae pondere numero mensura constant*, l'imperatore stia proponendo un'ermeneutica 'accomodatizia'⁶⁸ o se stia menzionando l'effettiva posizione dei *veteres* rinvenibile in *antiquis libris prudentium*. Se si accede alla prima ipotesi, si deve anche ritenere che Giustiniano, nel riferirsi ai *veteres*, richiami in realtà posizioni della giurisprudenza epiclassica o tardoantica – come propone Varvaro – e non di giuristi di età severiana, come vuole la dottrina maggioritaria, anche recente⁶⁹. A ben vedere, la posta in gioco ermeneutica della nostra questione investe problemi generali dell'interpretazione filologica e giuridica.

4. La '*pecunia constituta*' come '*test case*' di un'adeguata ermeneutica giuridica. – Per comprendere il significato originario del lessema *pecunia* nel sintagma *pecunia constituta* è necessaria un'interpretazione che attribuisca il giusto peso al contesto giuridico cui appartengono i frammenti del Digesto da cui si ricava la disciplina del costituito. A tal fine non basta la mera ricerca lessicografica in un novero, pur vasto, di fonti antiche. Nell'interpretazione giuridica dei termini tecnici il *contesto prossimale* (o *cotesto*), con ciò intendendo la *sedes materiae* in cui i termini si trovano, è, per molti versi, più importante del *contesto distale*, con ciò intendendo il contesto sociale e *lato sensu* ambientale di uso di tali lessemi⁷⁰. Con riferimento a un settore della filologia antica in cui tali questioni ermeneutiche sono state oggetto di cospicuo dibattito – l'esegesi biblica – può essere qui utilmente ricordato il momento di snodo rappresentato dall'opera del semitista James Barr, *The Semantics of Biblical Languages*, che contestò le interpretazioni correnti, alimentate dalle pubblicazioni di grandi lessici, come il *Theologisches Wörterbuch zum Neuen Testament*, e fondate su approcci lessicografici analoghi a quelli di cui, in questa sede, si stanno mostrando i limiti. In particolare, Barr notava che l'etimolo-

⁶⁸ Mi pare *in nuce* questa la lettura generale che propone Varvaro nei contributi più volte richiamati.

⁶⁹ Da ultimo, cfr. MATTIOLI 2019, 37, nt. 37. In generale, sull'impiego del termine *veteres* nei testi giurisprudenziali e legislativi, cfr. MANTOVANI 2017.

⁷⁰ Per questa terminologia, cfr. VILLA 2012, 131 ss. Per un approfondimento sulle diverse tipologie di contesto cfr. MEIBAUER 2012.

gia non rappresenta una guida infallibile nella comprensione del significato di un lessema in un testo e anzi a volte può fuorviare, impedendo di apprezzarne correttamente l'uso nel caso di specie. Per tale specifico apprezzamento non basta conoscere l'etimo del lessema e neppure il suo sviluppo diacronico, ma occorre considerare genere letterario, caratteristiche redazionali, obiettivi ideologici, intra- e intertestualità, in definitiva tenere adeguatamente presente il 'cotesto'⁷¹. Queste riflessioni appaiono oggi ampiamente condivise non solo fra gli studiosi di linguistica del testo⁷², ma anche – ed è per noi rimarchevole – da autorevoli filosofi del diritto, che rilevano come la pragmatica degli usi linguistici concreti riverberi, sulla semantica, effetti, di cui si deve tener debito conto in sede d'interpretazione⁷³.

Tali indicazioni epistemologiche sono illuminanti: non si può considerare la semantica di *pecunia* in modo assoluto e non si può prescindere – come è ovvio – dal contesto storico e dall'evoluzione diacronica, ma neppure dal 'cotesto' giuridico⁷⁴. Nel nostro caso è, dunque, necessaria un'interpretazione, che attribuisca giusto peso alla collocazione sistematica dell'istituto e agli usi linguistici peculiari del quadro disciplinare, in cui la fattispecie negoziale si pone.

Al tempo della *compositio edicti* adrianea l'editto *de pecunia constituta* recitava (secondo la ricostruzione leneliana⁷⁵): *QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo*. La formula corrispondente suonava (secondo la recente proposta ricostruttiva di Bolte⁷⁶): *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio HS X constituisse neque fecisse quod constituit neque per Aulum Agerium stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve*.

⁷¹ Cfr. BARR 1961, 107 ss. Per l'importanza dell'opera di Barr, cfr. PORTER 2021.

⁷² Per tutti, cfr. FERRARI 2014, 49 ss.; RENKEMA - SCHUBERT 2018, 153 ss.

⁷³ Da ultimo, cfr. VILLA 2012, ma si vedano anche gli ormai classici studi di TARELLO 1974; TARELLO 1980.

⁷⁴ Sul punto si ricordino le sempre illuminanti considerazioni di ORESTANO 1987, 316 ss., 402 ss.

⁷⁵ Cfr. LENEL 1927, 247 ss.

⁷⁶ La formula proposta da BOLTE 2020, 148, segue, tranne lievi e accettabili variazioni, quella suggerita da COSTA 2011, 138; PLATSCHEK 2013, 31 ss. Leggermente diversa la proposta di MANTOVANI 1999, 68.

Non è questa la sede per esaminare i problemi ricostruttivi della formula – a partire da quelli della presenza o meno del riferimento alla *satisfactio* e della parametrizzazione temporale della condanna al *quanti ea res est* o *erit* –, ma intendo evidenziare un dato: l'editto e la formula si riferiscono alla *pecunia debita* (o, forse, in origine, alla *pecunia credita*)⁷⁷. Tale dato è inoppugnabile, dacché la locuzione *pecunia debita*, come appartenente al disposto edittale, s'incontra in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.1, nell'*incipit* della *laudatio edicti*: *Ait praetor: 'Qui pecuniam debitam constituit'*, e in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.18.1: *Quod adicitur: 'eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse'*. Ulpiano non richiama una *pecunia* qualsivoglia come oggetto del costituito, ma precisamente la *pecunia debita*. Inoltre, nel Titolo 13.5, tranne quanto si legge in un frammento che a breve esaminerò, non si menzionano casi in cui altre *res* siano dedotte in costituito. Non si deve pretermettere la collocazione sistematica, che è in armonia con questi dati: l'*actio de pecunia constituta* è posta nel Titolo XVII *De rebus creditis* dell'editto del pretore (secondo la sistematica leneliana), come una 'appendice' – in modo analogo all'*actio de eo quod certo loco* – dell'*actio certae creditae pecuniae*⁷⁸. Rispetto a quest'ultima, l'*actio de pecunia constituta* è una «Zwillingsschwester», come scrisse Karlowa⁷⁹: in entrambe le *actiones*, invero, il pretore imponeva di prestare *in iure* una *sponsio* (cfr. Gai 4.171) ed era possibile ricorrere al *ius iurandum in iure*⁸⁰.

È ancora Ulpiano (Ulp. 27 *ad Sab.* D. 13.3.1 pr.) a precisare che oggetto dell'*actio certae creditae pecuniae* è solo la *pecunia numerata* non altre *res*, neppure quelle che *in pondere sive mensura constant*⁸¹. Il riferimento a *debita/credita* va spiegato al lume della nozione di *credere* edittale, come emerge da Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.1 pr.-1. Per l'interpretazione del *credere* edittale richiamo i contributi di Albanese⁸²,

⁷⁷ BRUNS 1861, 49; RUDORFF 1869, 106 ss., ipotizzano che l'editto più antico, in luogo di *debitam*, avesse *creditam*, e ciò a sottolineare la forza del legame originario con l'*actio certae creditae pecuniae* e forse con la *legis actio per conditionem*. Tale congettura è seguita altresì da FERRINI 1906, 159, nt. c. Anche LA ROSA 1997b, 290, sceglie *creditam*.

⁷⁸ Cfr. COSTA 2011, 150 s.; BOLTE 2020, 144 ss.

⁷⁹ KARLOWA 1901, 1372.

⁸⁰ Cfr. LENEL 1927, 249; BOLTE 2020, 96 ss., 466 ss.

⁸¹ Cfr. LENEL 1927, 232 ss. Da ultimo, cfr. D'ALESSIO 2018, 15, ove bibliografia.

⁸² Cfr. ALBANESE 1971, 24 ss., 35 ss., 63 ss. Per bibliografia più recente, cfr. COSTA 2021b, 70 ss.

il quale, a proposito del nostro problema ermeneutico, scrisse: «il nome di *actio certae creditae pecuniae* [deve] limitarsi tecnicamente alla sola ipotesi della *pecunia credita* nel senso di ‘denaro dato a mutuo’ ... in sostanza riteniamo che il nome di *actio certae creditae pecuniae* ... non è altro che una maniera di specificare la *condictio si certum petetur* nel caso di mutuo di denaro. Assai significativa ... la celebre testimonianza epigrafica della *lex Rubria*, nella quale si parla di *petere* in relazione a una *pecunia certa credita signata forma publica populi Romani*. Il riferimento specifico alla moneta, e solo ad essa, non potrebbe essere più evidente»⁸³.

Questa impostazione del tema suffraga l'opinione di Varvaro, secondo cui non solo in origine, ma anche in età adrianea, il costituito avrebbe avuto per oggetto debiti in denaro. Già Ferrini aveva ipotizzato che l'editto giuliano riguardasse debiti in denaro⁸⁴ e tale ipotesi mi pare convincente perché conforme ai dati testuali rinvenibili nel Digesto. La questione, che si apre accedendo a questa congettura, è, però, quella sul *quando* dell'estensione alle cose fungibili. Per rispondere a questa domanda, Varvaro richiama Ulp. 27 *ad Sab.* D. 13.5.1.5, da cui si ricaverebbe che la possibilità di *constituere* una cosa fungibile (il *frumentum*) sarebbe il risultato dello sviluppo della dottrina sull'*in solutum dare* e del riconoscimento dell'effetto estintivo dell'*aliud pro alio solvere*, se compiuto con il consenso del creditore:

Ulp. 27 *ad Sab.* D. 13.5.1.5: *An potest aliud constitui quam quod debetur, quaesitum est. sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum.*

Ho altrove cercato di mostrare come questo frammento non possa essere impiegato a conforto di questa ipotesi⁸⁵. Qui noto solo come Ulpiano non affermi che, in ragione dei principii sulla *datio in solutum*, sia ammissibile dedurre in costituito una cosa fungibile, anziché denaro, bensì risponda a un'altra questione. Essa concerne la validità di un accordo fra le parti, antecedente all'adempimento del-

⁸³ ALBANESE 1971, 130 s.

⁸⁴ Cfr. FERRINI 1906, 159, nt. c.

⁸⁵ Cfr. COSTA 2011, 227 ss.

l'obbligazione fondamentale, in forza del quale il debitore della *sors* si sarebbe obbligato – con un *constitutum* – ad adempiere, entro un termine fisso (il *dies constituti*), una prestazione differente, senza con ciò novare l'oggetto dell'*obligatio de sorte*, ma potendo esercitare la propria *facultas solvendi aliud*, in sede, appunto, di *solutio*, con efficacia liberatoria – *ope exceptionis* – dell'obbligazione fondamentale stessa. Il giurista non argomenta, dunque, in merito all'ammissibilità o meno di un costituito di frumento, ma in merito agli effetti liberatori producibili, stante il diverso oggetto del *constitutum* rispetto all'oggetto dell'obbligazione fondamentale. Il profilo critico della fattispecie, che resta, invero, inevaso da Ulpiano, non riguarda l'oggetto del costituito, ma una questione di natura processuale: la formula imponeva al giudice l'accertamento, oltretutto dell'esistenza del debito originario al momento della conclusione del *constitutum* (*pecuniam cum constituebatur debitam fuisse*), anche dell'identità della prestazione originaria con quella oggetto del *constitutum* (*eamque pecuniam*). Altrove proposi l'ipotesi che la conclusione di *constitutum* di un *aliud* imponesse la necessità per il pretore di adeguare opportunamente la formula; di recente Bolte ha aderito a questa ipotesi⁸⁶, benché resti sfornita di sicuro suffragio nelle fonti.

Ai nostri fini, ribadisco come in D. 13.5.1.5 non si riscontrino difficoltà circa la possibilità di dedurre frumento in costituito. Dunque, se è ragionevole pensare che, in età adrianea, oggetto del costituito fosse solo denaro, come si evince dalla formula, in età severiana si ammette come oggetto un bene fungibile, come si evince da D. 13.5.1.5. È per questo che Giustiniano può affermare che i *veteres* intendevano per *pecunia* le *res quae pondere, numero, mensura constant*. Assumere ciò evita di dover individuare un uso raro di *veteres* come identificativo di giuristi tardoantichi⁸⁷. Mi pare probabile che l'estensione dell'area oggettiva del negozio si collochi nell'intervallo temporale fra Adriano e i Severi e che sia verisimilmente motivata da una reazione sul regime del *constitutum* della disciplina del mutuo, inteso come mutuo di denaro, ma anche di altre cose fungibili⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. BOLTE 2020, 232.

⁸⁷ È questa la proposta esegetica di VARVARO 2007-2008, 345 s.

⁸⁸ Del tutto inconferente è Iul. 11 *dig.* D. 13.5.23, ove parrebbe trattarsi di un costituito di uno schiavo, non perché rimaneggiato dai giustinianei (come voleva la dottrina più risalente), ma perché esempio di applicazione del meccanismo della *perpetua-*

Giustiniano realizza, pertanto, un'operazione ermeneutica piuttosto ardita componendo due direttrici di sviluppo semantico: una interna al Titolo 13.5 del Digesto e temporalmente precedente, che aveva condotto all'estensione dell'oggetto del costituito alle cose fungibili, e un'altra correlata all'uso di *pecunia* in distinti campi dell'ordinamento giuridico, nei quali il lessema aveva assunto un senso più ampio. Non è trascurabile che l'imperatore parli, in generale, di *appellatio pecuniae*, con ciò alludendo proprio a una definizione ampia, valevole in ogni caso, non solo per la *pecunia* dedotta in costituito. Il riferimento all'*aestimatio* monetaria di *omnes res* in sede di processo rileva altresì per cogliere la dinamica evolutiva dell'istituto: dal piano processuale si è probabilmente passati a quello sostanziale, secondo una dinamica comune nell'esperienza giuridica romana, e ciò può aver avuto un riflesso sul significato del lessema. Si noti anche che questo riferimento è coerente con il ruolo proprio della *pecunia* ricavabile dall'importante frammento di Paolo (D. 18.1.1 pr.) sulla moneta e sulle sue funzioni di scambio, ove la *pecunia* appare funzionale alla *publica ac perpetua aestimatio*, cioè a garantire (in funzione della sua *quantitas* e non del suo valore intrinseco) la commensurabilità degli scambi⁸⁹.

In C. 4.18.2 la sottolineatura dell'ampiezza semantica di *pecunia*, come già accennato, deriva probabilmente dalla lettura che i compilatori del Digesto stavano compiendo delle masse giurisprudenziali editale e sabiniana⁹⁰: è questo il contesto linguistico di riferimento per chi scrive C. 4.18.2. Perciò, la sovrersione del significato strettamente cotestuale del valore di *pecunia* nel titolo XVII dell'Editto avviene a causa dell'incidenza del contesto giuridico *lato sensu* inteso, cioè della 'enciclopedia condivisa' (per usare il linguaggio della linguistica)⁹¹ dai compilatori.

Lo sviluppo tardoantico del *constitutum*, per come ricostruibile, può spiegare il retroterra in cui si muove Giustiniano. Bolte⁹² ha, da

tio obligationis, in forza del quale dedotta in costituito è comunque un'obbligazione pecuniaria; cfr. COSTA 2011, 250 ss.; ALBERS 2019, 278 ss.

⁸⁹ Cfr. MAROTTA 2012, 180 ss.

⁹⁰ Sul rapporto fra la composizione del Digesto e lo spoglio delle masse giurisprudenziali, cfr. PUGSLEY 1995; PUGSLEY 2000.

⁹¹ Cfr. FERRARI 2014, 55 ss.

⁹² Cfr. BOLTE 2020, 365 ss., ove fonti e bibliografia; cfr. anche COSTA 2021a.

ultimo, ripercorso tale sviluppo e alla sua ricerca rinvio; ricordo qui gli elementi rilevanti ai nostri fini. Già dall'età severiana, quando si colloca anche D. 13.5.1.5, il *constitutum debiti proprii* perdette gran parte della sua peculiare funzione⁹³ e lentamente smarrì anche la distinguibilità rispetto ad altre forme di promessa. Il *constitutum debiti alieni*, invece, potenziò la propria utilità di negozio con causa di garanzia; correlativamente l'*actio de pecunia constituta* acquisì una funzione reipersecutoria e non più penale, come si evince già da Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.18.2 (che menziona l'opinione di Marcello) e da un rescritto di Gordiano riportato in C. 4.18.1⁹⁴. Le connotazioni formali e terminologiche proprie del costituito 'classico' s'infirmarono, come si coglie anche solo da due rilievi, uno proveniente dall'ambiente occidentale, l'altro da quello orientale.

Se in Paul. Sent. 2.21 si legge: *Si quod mihi L. Titius debet, soluturum te constituas, teneris actione pecuniae constitutae*, nell'*interpretatio* corrispondente si trova: *Si quis pro alterius debito se pecuniam promiserit redditurum, ad solutionem statutae promissionis est retinendus*. Nella semplificazione dell'interprete della *sententia* il verbo originario (e probabilmente tecnico in principio⁹⁵) *constituere* (presente in Paul. Sent. 2.21) è sostituito con il generico *promittere*, il che induce a ritenere che l'istituto sia stato ricondotto, nella prassi interpretativa e applicativa, entro l'alveo delle generiche promesse di debito. D'altra parte, in Oriente le scuole di diritto garantivano una riflessione più rigorosa e se ne ha prova – in *mirror reading* – ricordando il riferimento, in C. 4.18.2, alla *subtilitas*. In questo quadro si comprende la consapevolezza giustiniana della non pacificamente condivisa riconduzione entro la *pecunia* di ogni *res*, che trova conferma anche dallo scolio al frammento dei Basilici (*sch. 9 ad Bas. 26.7.1* [Schelt. BS 1793, 25]) corrispondente a D. 13.5.1.5, ove si legge: ἀντὶ νομισμάτων ἀντιφωνήσας δοῦναι σῆτον καλῶς ἀντεφώνησεν. Significativamente l'anonimo scoliaste bizantino rende ancora in modo restrittivo il lessema *pecunia* con νόμισμα, a indicare la *pecunia numerata*, contrapponendola a un'altra cosa fungibile, quale il σῆτος. Il

⁹³ ASTUTI 1941, 318 ss.

⁹⁴ La datazione della *lex* non è chiara, dacché la *scriptio* colloca il provvedimento nel 294 d.C., mentre l'*inscriptio* lo attribuisce a Gordiano; sul punto cfr. PEDONE 2020, 116 e nt. 19, ove bibliografia.

⁹⁵ Cfr. COSTA 2011, 138 ss.

dato conferma come non fosse un'opinione unanime, in età tardoantica, il ravvisare un pieno inserimento – che sarebbe stato operato già dai giuristi classici – delle *res quae pondere, numero, mensura constant* sotto la categoria della *pecunia*.

Nondimeno, Bolte mostra come nella prassi si sia verificato un ulteriore incisivo fenomeno di sostanziale avvicinamento del costituito (l'ἀντιφώνησις delle Novelle greche e delle fonti papiracee)⁹⁶ alla *stipulatio*, che a sua volta aveva subito un'evoluzione deformalizzante⁹⁷. Ciò probabilmente motiva i riferimenti al contratto verbale in C. 4.18.2. Già Astuti scriveva: «è ... veramente significativa l'insistenza con cui nella costituzione del 531 è fatto riferimento alla *stipulatio*, tale da confermarci nella persuasione che a questa precisamente l'imperatore tenesse rivolto lo sguardo nel sopprimere le antiche limitazioni del *constitutum*, nell'intento di una piena equiparazione di questa figura pretoria alla generale forma contrattuale civile»⁹⁸. Veniva così a modificarsi il rapporto fra il *constitutum* e il vincolo fondamentale e ciò plausibilmente comportò l'attenuazione della rigidità nella delimitazione dei confini oggettivi del negozio⁹⁹.

Per meglio precisare il contesto tardoantico, in cui si pone l'intervento giustiniano, adduco ancora due elementi, il primo piuttosto generale e di per sé non dirimente, il secondo specifico e assai rilevante. Anzitutto ricordo una fonte che presenta un linguaggio simile a quello di C. 4.18.2; infatti, Agostino (*Sermo* 399.6.6; CC 46, p. 213) scrive: *totum...quidquid homines possident in terra, omnia quorum domini sunt, pecunia vocatur; servus sit, vas, ager, arbor, pecus; quidquid horum est, pecunia dicitur. Et unde sit primum vocata pecunia. Ideo pecunia, quia antiqui totum quod habebant in pecoribus habebant. A pecore pecunia vocatur*. L'assonanza con la *lex* giustiniana appare evidente. In entrambi i testi si propone una definizione ampia e generale di *pecunia*, evidentemente diffusa nel linguaggio comune, entro la quale sussumere anche cose infungibili, due delle quali (*ager* e *servus/homo*) del tutto corrispondenti.

Se il testo dell'Ipponate rappresenta un indicatore della continuità tardoantica degli usi linguistici notati per l'età repubblicana e

⁹⁶ Da ultimo, cfr. PEDONE 2020, 122 s.

⁹⁷ Sulla *stipulatio* tardoantica, cfr. LOMBARDO 2020.

⁹⁸ ASTUTI 1941, 315.

⁹⁹ Cfr. COSTA 2021a, 53 ss.

altoimperiale, elementi di grande rilievo si rinvergono in una fonte papiracea: P. Ryl. III, 474 (b) *verso* (FIRA, II², 314)¹⁰⁰. Il frammento, oggetto di una recente riedizione di Fressura e Petito, presenta il seguente testo leggibile¹⁰¹:] p(?) *ad ed(ictum ?)* *t potu* *m et pecuniae* *atione uti. nam ... a appellatio* [q]uidquid in pat- ... *tio e(st) significa-* ... *test* ... Schulz ne propose un'ingente ricostruzione, ipotizzando che il documento conservasse un brandello, mai prima tradito, del commento ulpiano all'editto *de pecunia constituta*¹⁰²: *Ulp(ianus) ad ed(ictum) / [... rem pr(aetor) a]it potu / [it aute]m et pecuniae [appell]atione uti nam / [pecunia]e appellatio / [ne q]uicquid in pat / [rimon]io i(nest) significa / [tur elegi]t [r]em [u]t [...] / [verbum generale]*. Tale ipotesi è stata autorevolmente condivisa da Liebs, Bürge e Jung¹⁰³. Se le parole fossero davvero ulpiane il percorso finora compiuto andrebbe *ab imis* ripensato e sarebbe altresì necessario chiedersi le ragioni dell'assenza di un frammento corrispondente a tale testo in D. 13.5, poiché questo contenuto, conforme al dettato di C. 4.18.2, sarebbe stato del tutto funzionale agli obiettivi giustiniani. Petito apre, invece, una prospettiva differente: «Sembra che i frustuli acquistati nel centro della Tebaide, lungi dal risultare ascrivibili al giurista severiano, fossero parti di un'antologia giurisprudenziale dedicata alla materia editale, un utile e agevole strumento per la prassi, ma non sconosciuto, anzi, concepito, nelle scuole di diritto»¹⁰⁴. Lo studioso nota che, in questi strumenti della prassi e della scuola, i testi della giurisprudenza classica ivi collazionati subivano significativi rimaneggiamenti e aggiornamenti. Peraltro, proprio il contesto didattico era quello in cui più si svilupparono definizioni come quelle in esame¹⁰⁵. Inoltre, gli studi papirologici collocano paleograficamente il fram-

¹⁰⁰ *L'editio princeps* è in ROBERTS 1938, 63 ss. (n. 474). Per successive edizioni, cfr. STROUX 1950, 1 ss.; SCHULZ 1951b, 1 ss.; CAVENAILE 1958, 173 ss. (n. 88); SIERL 1960, 15; SEIDER 1981, 65 s. (n. 16); PETITO 2018, 145 ss.

¹⁰¹ Il testo è tratto dalla preliminare versione online (<http://papyri.info/dclp/61414>) a cura di M. Fressura e A. Petito.

¹⁰² Cfr. SCHULZ 1951b, 17. A STROUX 1950, 11, si deve la congettura che *l'incipit* del frustolo presentasse *Ulp(ianus) ad ed(ictum)*.

¹⁰³ Cfr. LIEBS 1972, 234; BÜRGE 1982, 156, nt. 111; JUNG 2002, 30, nt. 38.

¹⁰⁴ PETITO 2018, 152. Già ROBERTS 1938, 64 scriveva: «474 may quite possibly have consisted of quotations from various jurists, as did *Fragmenta Vaticana*». LOWE 1971, 16, non attribuì i frustuli a Ulpiano, a differenza di FIRA, II², 313 s. e di SIERL 1960, 15.

¹⁰⁵ Cfr. CARCATERRA 1966, 117 ss.; MARTINI 1966, 367 ss.

mento in questione al V-VI sec.¹⁰⁶ e Fressura e Petito, nella loro edizione, propongono gli anni fra il 500 e il 533, cioè i decenni precedenti alla pubblicazione del Digesto. In questo contesto, il frammento può rappresentare traccia documentaria della pratica forense o scolastica che recepisce (non necessariamente a proposito della *pecunia constituta*) l'*appellatio* di *pecunia* che, nel 531, entra – con un atto che può considerarsi di interpretazione autentica¹⁰⁷ – nella legislazione imperiale. Il papiro conferma la presenza, almeno nell'ambiente di una scuola di diritto egiziana, della prospettiva accolta in C. 4.18.2: su queste posizioni Giustiniano poteva verisimilmente appoggiarsi, opponendosi, allo stesso tempo, alla *subtilitas* connotante ambienti forse segnati da maggiore perizia tecnica o da 'tradizionalismo'.

Concludendo, si può notare come la lunga storia del valore tropizzato del lessema *pecunia*, a ricomprendere *res* ben lontane dal denaro, confermi la diffusività – rilevata dai linguisti¹⁰⁸ – della metonimia nel nostro parlare e ragionare e anche nei testi giurisprudenziali e legislativi. Roman Jakobson, in uno studio imprescindibile sul tema, notava che tutta l'attività linguistica si articola fra il polo metaforico e quello metonimico. Ciò vale anche per il linguaggio giuridico di ieri e di oggi, con conseguenze di non trascurabile valore, che investono tutta l'attività ermeneutica. Si è visto come non sia sufficiente verificare il significato di un lessema nel suo contesto storico d'impiego; tanto meno può bastare ricercarne l'etimologia, ma è necessario, anche nello studio diacronico del diritto, che sia il *contesto* a illuminare il *contesto* per evitare confusioni semantiche che possono riverberarsi in aporie esegetiche e fallacie argomentative.

¹⁰⁶ Questa è la datazione di LOWE 1971, 16; SEIDER 1981, 66; McNAMEE 1995, 413; CAVALLO 2008, 184, nt. 3; AMMIRATI 2010, 89.

¹⁰⁷ Così PEDONE 2020, 119.

¹⁰⁸ LAKOFF - JOHNSON 1980, mostrarono come la metafora e la metonimia non siano solo figure retoriche, ma meccanismi fondamentali del nostro linguaggio e dei nostri processi cognitivi; cfr. anche MORTARA GARAVELLI 2014, 155 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE 1971: B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 5 ss.
- ALBERS 2019: G. ALBERS, *'Perpetuatio obligationis'. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Köln, 2019.
- AMMIRATI 2010: S. AMMIRATI, *Per una storia del libro latino antico: osservazioni paleografiche, bibliologiche e codicologiche sui manoscritti latini di argomento legale dalle origini alla tarda antichità*, in *JJP*, XL, 2010, 55 ss.
- ARANGIO-RUIZ 1914: V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *Annuario della Regia Università di Messina*, 1913-1914, 13 ss. (estratto, 1914, 1 ss.).
- ARCES 2013: P. ARCES, *Studi sul disporre 'mortis causa'. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013.
- ARCHI 1962: G.G. ARCHI, *Contributi alla critica del 'Corpus Juris', II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*, in *BIDR*, LXV, 1962, 134 ss.
- ASCARELLI 1928: T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928.
- ASCARELLI 1952: T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952.
- ASTUTI 1937: G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, in *Annali Camerino*, XI, 1937, 81 ss.
- ASTUTI 1941: G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano, 1941.
- BARR 1961: J. BARR, *The Semantics of Biblical Language*, Oxford, 1961.
- BEFANI 2019: G. BEFANI, *Contributo allo studio sulle criptovalute come oggetto di rapporti giuridici*, in *Il diritto dell'economia*, C.3, 2019, 381 ss.
- BENVENISTE 1969: É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I. *Économie, parenté, société*, Paris, 1969.
- BENVENISTE 1970: É. BENVENISTE, *Les valeurs économiques dans le vocabulaire indo-européen*, in *Indo-European and Indo-Europeans. Papers presented at the Third Indo-European Conference at the University of Pennsylvania*, edited by G. Cardona, H.M. Hoenigswold and A. Senn, Philadelphia, 1970, 307 ss.
- BERARDI 2017: F. BERARDI, *La retorica degli esercizi preparatori. Glossario ragionato dei 'Progymnasmata'*, Hildesheim, 2017.
- BIANCHINI 1982: M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, 389 ss.
- BIXIO 2021: F.I. BIXIO, *Profili giuridici, fiscali e contabili delle valute virtuali*, in *Società e contratti, bilancio e revisione*, 5, 2021, 104 ss.
- BOLTE 2020: T. BOLTE, *'Pecunia constituta'. Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Köln, 2020.

- BRUNS 1861: C.G. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, in *ZRG*, I, 1861, 28 ss.
- BÜRGE 1982: A. BÜRGE, *Geld und Naturwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XCIX, 1982, 128 ss.
- CAMERON 1977: A. CAMERON, *Some Prefects called Julian*, in *Byzantion*, XLVII, 1977, 41 ss.
- CARBONE 2019: G. CARBONE, *Le criptovalute in attesa di un inquadramento normativo*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2, 2019, 55 ss.
- CARCATERRA 1966: A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzo e fini*, Napoli, 1966.
- CAVALLO 2008: G. CAVALLO, *La scrittura greca e latina dei Papiri. Una introduzione*, Pisa - Roma, 2008.
- CAVENAILE 1958: R. CAVENAILE (a cura di), *Corpus Papyrorum Latinarum*, Wiesbaden, 1958.
- CERAMI - PETRUCCI 2010: P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010.
- COLLINET 1947: P. COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris, 1947.
- COSTA 2011: P. COSTA, *'Pecunia constituta': ipotesi interpretative*, in *SDHI*, LXXVII, 2011, 129 ss.
- COSTA 2021a: P. COSTA, *'Constituta per litteras' e riconoscimento del debito: ipotesi esegetiche*, in *TSDP*, XIV, 2021, 1 ss.
- COSTA 2021b: P. COSTA, *'Rem commodare', realtà e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in *RDR*, XXI, 2021, 1 ss.
- COULSON - OAKLEY 2003: S. COULSON - T. OAKLEY, *Metonymy and Conceptual Blending*, in *Metonymy and Pragmatic Inferencing*, edited by K.-U. Panther and L.L. Thornburg, Amsterdam - Philadelphia, 2003, 51 ss.
- CUQ 1904: E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, Paris, 1904.
- D'ALESSIO 2018: R. D'ALESSIO, *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce, 2018.
- DE IULIIS 2017: F. DE IULIIS, *Studi sul 'pignus conventum'. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino, 2017.
- DE JONG 2013: H. DE JONG, *The Application of 'natura' (φύσις) in Byzantine Law*, in *Byzantinische Zeitschrift*, CVI, 2013, 690 ss.
- DE VAAN 2008: M. DE VAAN, *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*, Leiden - Boston, 2008.
- DEOTTO - ZANARDI 2018: D. DEOTTO - S. ZANARDI, *Aspetti critici della disciplina tributaria delle criptovalute*, in *L'accertamento*, 2, 2018, 20 ss.
- DI MARIA 2010: S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010.
- DI OTTAVIO 2016: D. DI OTTAVIO, *'Uti legassit ... ita ius esto'. Alle radici della successione testamentaria in diritto romano*, Napoli, 2016.

- ERNOUT - MEILLET 1960: A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1960.
- FASOLINO 2000: F. FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie: il 'receptum argentarii'*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 169 ss.
- FERRARI 2014: A. FERRARI, *Linguistica del testo. Principi, fenomeni, strutture*, Roma, 2014.
- FERRINI 1906: C. FERRINI, *Note a C.F. GLÜCK, Commentario alle Pandette*, XIII, trad. it., Milano, 1906, 157 ss.
- FEUVRIER-PRÉVOTAT 2019: C. FEUVRIER-PRÉVOTAT, *La loi de l'argent à Rome. V^e siècle - II^e siècle av. J.-C.*, Paris, 2019.
- FIORI 1999: R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999.
- FREZZA 1962: P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962.
- GIOMARO 2013: A.M. GIOMARO, *Dall' 'instruere' all' 'instrumentum' e viceversa nell'economia della Roma antica*, in *Studi urbinati*, LXII, 2011, 105 ss.
- GNOLI 1972: F. GNOLI, *Sulla paternità e sulla datazione della 'lex Iulia peculatus'*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972, 328 ss.
- GNOLI 1978: F. GNOLI, *Di una recente ipotesi sui rapporti tra 'pecus', 'pecunia', 'peculium'*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 204 ss.
- GNOLI 1979: F. GNOLI, *Ricerche sul 'crimen peculatus'*, Milano, 1979.
- GUARINO 1972: A. GUARINO, *Storia di cose e storia di parole*, in *Index*, III, 1972, 549 s. (= ID., *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici*, Napoli, 1973, 33 s.).
- GUIZZI 1959: F. GUIZZI, voce *'Constitutum debiti'*, in *Noviss. dig. it.*, IV, 1959, 299 s.
- GULLO 2019: A. GULLO, *Elogio o scherno? Il caso di Giuliano d'Egitto alla corte di Giustiniano e due epigrammi su Ipazio (Jul. Aegypt. AP 7.591-592)*, in *Camena*, XXIV, 2019, 1 ss.
- HARTIGAN 1975: K.V. HARTIGAN, *Julian the Egyptian*, in *Eranos*, LXXIII, 1975, 43 ss.
- HONORÉ 1978: T. HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978.
- HUSCHKE 1882: E. HUSCHKE, *Zur Lehre vom 'constitutum' in der Correalobligation*, in *AcP*, LXV, 1882, 230 ss.
- JUNG 2002: B.H. JUNG, *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Göttingen, 2002.
- KARADENIZ 1968: Ö. KARADENIZ, *Klasik Roma Hukukunda 'constitutum debiti'*, Ankara, 1968.
- KARLOWA 1901: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig, 1901.
- KNAPP 1923: G.F. KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*⁴, München - Leipzig, 1923.

- KROGH 2018: M. KROGH, *Transazioni in valute virtuali ed i rischi riciclaggio. Il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, 155 ss.
- LA ROSA 1997a: F. LA ROSA, *La pressione degli 'argentarii' e la riforma giustiniana del 'constitutum debiti' (C. 4, 18, 2, 2)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 445 ss.
- LA ROSA 1997b: F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: 'constituta' e 'recepta'*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 202 ss.
- LAFFI 2001: U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001.
- LAKOFF - JOHNSON 1980: G. LAKOFF - M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, Chicago, 1980.
- LAUSBERG 1998: H. LAUSBERG, *Handbook of Literary Rhetoric. A Foundation for Literary Study*, edited by D.E. Orton and R.D. Anderson, Leiden - Boston - Köln, 1998.
- LENEL 1927: O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927.
- LEONHARD 1900: R. LEONHARD, voce *'Constituere'*, in *RE*, IV, Stuttgart, 1900, 1104 ss.
- LEUMANN 1977: M. LEUMANN, *Lateneische Laut- und Formenlehre*, München, 1977.
- LIEBS 1972: D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972.
- LITTLEMORE 2015: J. LITTLEMORE, *Metonymy. Hidden Shortcuts in Language, Thought and Communication*, Oxford, 2015.
- LOMBARDO 2020: F. LOMBARDO, *Studi su 'stipulatio' e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano, 2020.
- LONGO 1905a: C. LONGO, *'Natura actionis' nelle fonti bizantine*, in *BIDR*, XVII, 1905, 34 ss.
- LONGO 1905b: C. LONGO, *Il criterio giustiniano della 'natura actionis'*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, 605 ss.
- LONGO 1907: C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR*, XIX, 1907, 132 ss.
- LOWE 1971: E.A. LOWE, *'Codices Latini Antiquiores'. A Palaeographical Guide to Latin Manuscripts prior to the Ninth Century. Supplement*, Oxford, 1971.
- LUCHETTI 1991-1992: G. LUCHETTI, *Banche, banchieri e contratti bancari. Osservazioni a proposito di una recente ricerca di A. Diaz Bautista*, in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 449 ss.
- LUCHETTI 1996: G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996.
- MANTOVANI 1999: D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999.

- MANTOVANI 2014: D. MANTOVANI, *Declamare le Dodici Tavole: una parafrasi di XII Tab. V,3 nella 'Declamatio minor' 264*, in *Fundamina*, XX, 2014, 597 ss.
- MANTOVANI 2017: D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono 'veteres'. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Atti del Convegno 'Augusto. La costruzione del principato' (Roma, 4-5 dicembre 2014)*, Roma, 2017, 257 ss.
- MARCONI 1997: A. MARCONI, *Storia dell'agricoltura romana*, Roma, 1997.
- MARECOS CASQUERO 2005: A. MARECOS CASQUERO, 'Pecunia', *historia de un vocabolo*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, I, 2005, 1 ss.
- MAROTTA 2012: V. MAROTTA, *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo: D. 18.1.1 (33 'ad edictum')*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano, 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, 2012, 161 ss.
- MARTINDALE 1992: J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, IIIA, Cambridge, 1992.
- MARTINI 1966: R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966.
- MARVULLI 2020: E. MARVULLI, *Il riconoscimento fiscale delle valute virtuali tra regime impositivo e monitoraggio fiscale*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2, 2020, 148 ss.
- MATTIOLI 2019: F. MATTIOLI, *Giustiniano, gli 'argentarii' e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, Bologna, 2019.
- MCNAMEE 1995: K. MCNAMEE, *Missing Links in the Development of 'Scholia'*, in *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, XXXIII, 1995, 399 ss.
- MEIBAUER 2012: J. MEIBAUER, *What is a context? Theoretical and empirical evidence*, in *What is a context? Linguistic Approaches and Challenges*, edited by R. Finkbeiner, J. Meibauer and P. Schumacher, Amsterdam, 2012, 9 ss.
- MORTARA GARAVELLI 2014: B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*¹⁵, Milano, 2014.
- NADJO 1989: L. NADJO, *L'argent et les affaires à Rome des origines au IIe siècle avant J.-C. Étude d'un vocabulaire technique*, Louvain - Paris, 1989.
- OLIVIERO NIGLIO 2019: G.M. OLIVIERO NIGLIO, 'Hereditas' e tutela. *Testimonianze di un legame antico*, in *TSDP*, XII, 2019, 1 ss.
- ORESTANO 1987: R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.
- PARENTI 2010: L. PARENTI, *La 'lex Cornelia de sponsu' e la mancata menzione dei 'fideiussores' in Gai 3.124*, in *Index*, XL, 2010, 346 ss.
- PAVESE 2013: M.P. PAVESE, 'Scire leges est verba tenere'. *Ricerche sulle competenze grammaticali dei giuristi romani*, Torino, 2013.

- PEDONE 2010: M. PEDONE, *'Per argentarium solvere'. Ricerche sul 'receptum argentarii'*, Torino, 2020.
- PERELMAN - OLBRECHTS-TYTECA 1971: CH. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, eng. trans., Notre Dame - London, 1971.
- PETITO 2018: A. PETITO, *P.Ryl. III 474*, in *Giurisprudenza romana nei papiri. Tracce per una ricerca*, a cura di D. Mantovani e S. Ammirati, Pavia, 2018, 145 ss.
- PHILIPPIN 1929: P. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut. 'Actio de pecunia constituta'*, Paris, 1929.
- PLATSCHEK 2013: J. PLATSCHEK, *Das Edikt 'De pecunia constituta'. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München, 2013.
- POKORNY 1959: P. POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*, Bern - München, 1959.
- PORTER 2021: S.E. PORTER (edited by), *James Barr Assessed. Evaluating his Legacy over the last Sixty Years*, Leiden - Boston, 2021.
- PUGSLEY 1995: D. PUGSLEY, *Justinian's Digest and the Compilers*, I, Exeter, 1995.
- PUGSLEY 2000: D. PUGSLEY, *Justinian's Digest and the Compilers*, II, Exeter, 2000.
- RENKEMA - SCHUBERT 2018: J. RENKEMA - C. SCHUBERT, *Introduction to Discourse Studies*, Amsterdam - Philadelphia, 2018.
- RINOLFI 2020: C.M. RINOLFI, *'Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu'. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino, 2020.
- ROBBE 1941: M.U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla 'condictio'*, in *SDHI*, VII, 1941, 35 ss.
- ROBERTS 1938: C.H. ROBERTS, *Catalogue of the Greek and Latin Papyri in The John Rylands Library*, III, Manchester, 1938.
- ROTONDI 1912: G. ROTONDI, *'Leges publicae populi Romani'. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano, 1912.
- ROUSSIER 1958: J. ROUSSIER, *Le Constitut*, in *'Varia'. Études de droit romain*, III, Paris, 1958.
- RUDORFF 1869: A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869.
- RÜFNER 2000: T. RÜFNER, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der 'res quae pondere numero mensura constant'*, Berlin, 2000.
- SACCOCCIO 2002: A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' dei giustinianeis*, Milano, 2002.

- SACCOCCIO 2020: A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Milano, 2020.
- SANTALUCIA 1998: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma²*, Milano, 1998.
- SCHEID 2005: J. SCHEID, *Quand faire, c'est croire. Les rites sacrificiels des Romains*, Paris, 2005.
- SCHINDLER 1966: K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln - Graz, 1966.
- SCHULTE 1990: H. SCHULTE, *Julian von Ägypten. Text, Übersetzung und Kommentar*, Trier, 1990.
- SCHULZ 1951a: F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951.
- SCHULZ 1951b: F. SCHULZ, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474 und die Interpolationenforschung*, in ZSS, LXVIII, 1951, 1 ss.
- SCHUMPETER 1970: J.A. SCHUMPETER, *Das Wesen des Geldes. Aus dem Nachlaß herausgegeben und mit einer Einführung versehen von Fritz Karl Mann*, Göttingen, 1970.
- SCIORTINO 2018: S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel 'libellus conventionis' giustiniano*, Torino, 2018.
- SEIDER 1981: R. SEIDER, *Paläographie der lateinischen Papyri*, II. *Literarische Papyri*, 2. *Juristische und christliche Texte*, Stuttgart, 1981.
- SIERL 1960: L.E. SIERL, *Supplementum ad Ottonis Lenel Palingenesiam iuris ciuilibis ad fidem papyrorum*, Graz, 1960.
- STAMMATI 1976: G. STAMMATI, voce *Moneta*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 746 ss.
- STROUX 1950: J. STROUX, *Die neuen Ulpianfragmente und ihre Bedeutung für die Interpolationenforschung*, in *Miscellanea Academica Berolinensia*, II.2, Berlin, 1950.
- TALAMANCA 1990: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TARELLO 1974: G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974.
- TARELLO 1980: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- THOMAS 2002: Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales HSS*, LVII, 2002, 1431 ss.
- TORZI 1995: I. TORZI, *'Prolepsis' nella retorica giudiziaria*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Classe di Lettere e Scienze morali e storiche*, CXXIX, 1995, 125 ss.
- UNTERMANN 2000: J. UNTERMANN, *Wörterbuch des Oskisch-Umbrischen*, Heidelberg, 2000.
- VARVARO 2000: M. VARVARO, *Contributo allo studio delle 'quingenta decisiones'*, in *AUPA*, XLVI, 2000, 359 ss.

- VARVARO 2007-2008: M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto 'De pecunia constituta'*, in *AUPA*, LII, 2007-2008, 327 ss. (anche in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 829 ss.).
- VARVARO 2008: M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008.
- VILLA 2012: V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012.
- WALDE - HOFMANN 1954: A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³, II, Heidelberg, 1954.
- ZUCCOTTI 2000: F. ZUCCOTTI, *'Fruges fructusque': studio esegetico su D. 50.16.77. Per una ricerca sulle origini della nozione di frutto*, Padova, 2000.
- ZUCCOTTI 2009: F. ZUCCOTTI, *Il 'custos' nel diritto romano arcaico. Considerazioni sistematiche e prospettive di ricerca circa la situazione degli incapaci ed il sistema successorio nella normazione decemvirale*, in *RDR*, IX, 2009, 1 ss.

LAURA VELÁZQUEZ

CRIPTOMONEDAS.
PECUNIA Y BIENES VIRTUALES.
ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA ROMANA DE *RES**

«Eigentum ist immer dort, wo Verfügungsmacht ist»

L. VON MISES, *Die Gemeinwirtschaft: Untersuchungen über den Sozialismus*,
Jena, 1932 248.

1. *Introducción.* – Posiblemente cause sorpresa que en el presente trabajo se trate de un tema tan reciente como las criptomonedas vinculándolo con el contexto de la taxonomía romana de *res*. Lo anterior se debe a que, aun y cuando la teoría de derecho privado alrededor de las criptomonedas se encuentra aún en proceso de desarrollo, existe una clara aceptación básica que admite su reciente creación como resultado del desarrollo tecnológico, y que pertenecen a la subcategoría moderna de bienes virtuales, la que a su vez es situada por algunos dentro de la categoría de bienes inmateriales. Por otra parte, es obvio que un fenómeno como las criptomonedas no existieron en absoluto en el derecho romano.

Situación similar experimentaron los bienes inmateriales modernos, por ejemplo, las creaciones intelectuales u obras del ingenio humano, puesto que en Roma no se les atribuía el carácter jurídico de cosa, ni su creación otorgaba algún derecho a su autor, aunque copiar

* Este trabajo se desarrolló en mi estancia de investigación en la Robbins Collection de la Universidad de Berkeley, durante el 2022, por lo que quiero agradecer al Prof. Mayali por su amable invitación y apoyo.

creaciones literarias como las comedias, traía aparejada serias críticas y ataques¹.

Por lo que el surgimiento de los bienes inmateriales en el siglo XVII y la reflexión de la ciencia del derecho, en el siglo XVIII, producida por el movimiento codificador que se preocupaba por encontrar el lugar más adecuado para las creaciones intelectuales dentro del sistema jurídico. Lo que implicó la necesidad de analizar si los bienes inmateriales podrían considerarse dentro de la clasificación (gayana) existente o, por el contrario, se debería configurar una nueva categoría, lo que se verá sintéticamente, más adelante. Por lo anterior, es importante precisar que la categoría romana de *res incorporales* no se corresponde, ni podría utilizarse para referir a los bienes inmateriales, como ya ha sido puntualizado con gran cuidado por Giovanni Pugliese en *Dalle 'res incorporales' del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistema giuridici odierni*². Sin embargo, ambas categorías, tanto la romana como la moderna, se constituyen en dos momentos diversos dentro de un mismo desarrollo histórico diacrónico de la tradición romana, lo que los lleva a tener cierta conexión (interrelación)³. Lo mismo se puede afirmar de los bienes virtuales.

A partir de estas precisiones, analizaremos la distinción romana entre *res corporales* y *res incorporales*. Después, observaremos brevemente de qué forma se relacionan las *res incorporales* con los bienes inmateriales, y de qué manera esta relación alcanza a las criptomonedas. Finalmente, nos adentraremos en el análisis de las criptomonedas, para explicitar la manera en la que funcionan en el derecho desde la perspectiva de *res* romana.

2. '*Res corporales*' y '*res incorporales*'. – La distinción entre cosas corporales e incorporales había sido ya claramente delimitada en la fi-

¹V. por ejemplo, las críticas contra Terencio, de sus contemporáneos, que sostenían que había plagiado a Nevio y Plauto. Desde mi punto de vista, injustificadas, puesto que posiblemente se criticaban más las relaciones de amistad con el círculo de los Escipiones, más que el plagio de las obras, pues es claro observar cierta adaptación de la comedia griega a la comedia latina, que nos llevaría a cuestionar la originalidad de la última. V. VELÁZQUEZ 2020, 51.

²PUGLIESE 1982, 1137 ss.

³De manera similar lo analiza TURELLI 2012, 72, quien también retoma a Pugliese.

lososía griega⁴ cuya influencia permeó en la cultura jurídica latina desde finales del siglo II a.C., como se puede observar en Elio Gallo⁵ y la cultura latina en general como se advierte en Cicerón, Lucrecio, Séneca y otros⁶.

Parece ser que Gayo fue el primer jurista en retomarla, a través de la obra de Cicerón⁷ y teniendo como precedente a Elio Gallo⁸, y darle un carácter meramente jurídico. En sus *Institutiones*⁹ es clara la desig-

⁴V. Pl. *Sph.* 246 b 8; 247 d 1; *Phdr.* 85 e 5-86 a 1; *Plt.* 286 a 5. Por su parte, Arist. *Metaph.* 988 b 25; *EN* 1117 b 28.

⁵Ael. Gall. 1 *verb. sign.* fr. 8 (Bremer, I, 248) = Fest. voce *Possessio* (Lindsay 260): *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usu quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est in rebus, quae tangi possunt, nec qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere. Itaque in legitimi actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam vocare audeat, sed ad interdictum venit ...* Sobre la fecha de la obra de Elio Gallo, v. FALCONE 1990, 5 ss.

⁶Cic. *top.* 5.27: *esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrative non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. Ea saepe in argumentando definitione explicanda est;* Lucr. 1.303-305; Sen. *dial.* 10.8.1; 11.8.3; *epist.* 117.2; Quint. *inst.* 5.14.34; 11.2.41; Char. *gramm.* 2.6 (Keil, I, 152.20 ss.). Otras citas de autores romanos y latinos se pueden encontrar en SCIALOJA 1933, 21 ss.

⁷En este sentido se pronuncian ARANGIO-RUIZ 1994, 162; PUGLIESE 1951, 261; PUGLIESE 1982, 1138.

⁸Ael. Gall. 1 *verb. sign.* fr. 8 (Bremer, I, 248), v. nt. 5. El primero en llamar la atención en este paso fue VOCI 1967, 155, nt. 30, 160; posteriormente ORESTANO 1968, 145 s.; ORESTANO 1981, 298, nt. 4.

⁹Gai 2.12-14: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam in <corporales>. 13. Corporales hae <sunt> quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem per<tin>et, quod in hereditate res corporales con >tinentur et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successione et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum ...* (FIRA, II², 49). Esta distinción es retomada en las *Institutiones* de Justiniano (I. 1.2.2); el *Digesto* (D. 1.8.1.1) y en las *Sentencias de Paulo* (Paul. Sent. 3.6.11). Es considerada como una antinomia en algunas partes del *Digesto* (D. 39.3.8; D. 39.2.13.1; D. 43.26.2.3). No analizaremos estos fragmentos, sino sólo mencionaremos que, en términos generales, no son considerados como genuinos, lo que será profundizado en un trabajo posterior. Estamos de acuerdo con Orestano en el sentido de que Gayo es original al acoger el criterio físico de la tangibilidad y lo restringe al ámbito jurídico (ORESTANO 1968, 149 ss.) para definir en sentido negativo a lo incorporal (no tangible cuyo fundamento reside en el derecho), mientras que Cice-

nación de *res corporales* como aquellas *quae tangi possunt*, que se pueden tocar – y las ejemplifica con un fundo, un esclavo, los vestidos, el oro, la plata y muchos otros –; mientras que, en sentido contrario, las *res incorporales* son *quae tangi non possunt*, no se pueden tocar, pero *quae iure consistunt*, tienen fundamento en el derecho¹⁰ – ilustrada por la herencia, el usufructo, las obligaciones, las servidumbres urbanas y rústicas –.

No analizaremos a detalle la importancia de la distinción de Gayo. Para efectos de este trabajo es significativo considerar que Gayo se aboca en presentar un panorama clasificatorio didáctico en su manual de derecho, organizándolo en tres partes: *personae*, *res* y *actiones*. No se enfoca a todas las cosas que son objeto de derechos, sino que, solamente incluye dentro de la categoría *res*, a ciertos elementos que no eran considerados como tales antes, tampoco eran considerados *res*, *i.e.*, las *res incorporales*¹¹, y, así, extiende el término *res* para comprender a los derechos de contenido económico-patrimonial¹² – sucesiones, obligaciones y derechos reales sobre bienes ajenos – dando

rón razona en términos de representación intelectual. Podemos observar que ambas obras se encuentran en niveles epistemológicos diversos. Cicerón está enfocado en el proceso verbal de definir las cosas ostensibles (las que son porque existen materialmente) y las no ostensibles (no se pueden tocar pero existen en la mente del sujeto que conoce), se encuentra en el ámbito de la filosofía, y Gayo, al buscar aplicar una clasificación de las cosas jurídicamente importantes basada en la corporeidad o incorporeidad de éstas, se coloca en el ámbito de la Jurisprudencia (ciencia del derecho). Sin embargo, podemos observar que Elio Gallo ya se ubicaba en el ámbito meramente jurídico al definir términos concretos, en este caso la *possessio* y desvincularla de las *res corporales*. En este sentido, las *res incorporales* son un elemento importante en la sistemática gayana, como lo señala ARANGIO-RUIZ 1994, 13.

¹⁰ En este mismo sentido, sigo la traducción de ORESTANO 1968, 152, nt. 93, construida a través del verbo *consistere* + abl. que modifica el significado del pasaje del plano subjetivo al plano objetivo. Sin embargo, en Gai. 2 *inst.* D. 1.8.1.1; I. 2.2.2. se reproduce el texto de Gayo con una variante: en lugar del *consistere* + abl. se introduce la preposición *in* antes de *iure consistunt*, siguiéndose más el texto de la compilación, por lo que se interpreta que las *res incorporalis* en vez de tener ‘fundamento en el derecho’, son derechos o relaciones jurídicas. En este sentido, v. FADDA - Bensa 1926, 185 (nt. g del § 42). Por su parte, VOci 1967, 155, nt. 30, 160, lo interpreta como derechos.

¹¹ En este sentido v. GUARINO 1992, 330, nt. 26.2.

¹² Algunos consideran que las *res incorporales* son elementos patrimoniales como WINDSCHEID 1886, 118 ss.; GIRARD 1909, 265; PUGLIESE 1982, 1140 s.; PUGLIESE 1991, 430 s. También hay quienes sostienen que son derechos, v. ARANGIO-RUIZ 1994, 113 s.

coherencia a su manual tripartita, no a los derechos en sentido amplio¹³.

Son determinantes las aportaciones de Windscheid, en el estudio de esta diferenciación, quien considera que la corporalidad es fundamental para hablar de *res* en sentido estricto por lo que los antiguos romanos solo habrían conocido las cosas corporales, y que la distinción pudo realizarse por juristas posteriores que la refirieron a las cosas que pueden fungir como elementos del patrimonio, no a las cosas en general que pueden ser objeto de derecho¹⁴. Asimismo, considera que no tiene razón de ser fuera del patrimonio.

En esta tesitura, y por razones que no expondremos aquí porque excede el objeto de este trabajo, es altamente factible considerar que la distinción no tiene un valor jurídico ni consecuencias prácticas en el derecho romano clásico, sino hasta Justiniano, como lo señala Baldessarelli¹⁵. En síntesis, antes de este momento su valor es meramente filosófico derivado de la influencia aristotélica, pues es una mera construcción intelectual¹⁶.

3. *Res incorporales* y *bienes inmateriales*. – Ahora bien, en lo que respecta a la relación entre *res* incorporales y bienes inmateriales, como es bien sabido, en los países de sistema jurídico civilista, la consideración de los derechos dentro de la categoría de los bienes, se vincula a la categoría de *res incorporales* gayana. Esta noción se retomó y consideró válida por los doctrinarios del movimiento codificador¹⁷.

El impacto más importante de la categoría de cosas incorporales se puede observar, a mediados del siglo XVIII, cuando la noción misma marca la pauta para calificar y clasificar nuevas cosas o tipos de

¹³ Consideran que la distinción se extiende, de manera general, a todo el régimen jurídico de *res* romana, cfr. SCIALOJA 1933, 21, 25; FADDA - BENZA 1926, 187; BIONDI 1953, 22.

¹⁴ V. WINDSCHEID 1886, 658.

¹⁵ BALDESSARELLI 1990, 87: «A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* nel diritto romano classico». Tampoco parece que la diferenciación entre *corpora* e *iura* haya sido importante para los juristas romanos (p. 91).

¹⁶ V. arriba *Res corporales* y *res incorporales*, en especial la nt. 10.

¹⁷ Sobre el uso de 'cosa o bien incorporal' en la doctrina anterior y posterior al movimiento codificador v. PUGLIESE 1980, 1160, nt. 30.

bienes que surgían como resultado del desarrollo económico, que no existían en la realidad jurídica gayana, ni justiniana, ni en la tradición romanista previa a este momento¹⁸. En este punto, es fundamental el trabajo de Pugliese, *Dalle 'res incorporales' del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, mencionado con anterioridad¹⁹.

Estos nuevos tipos de bienes son las creaciones intelectuales u obras resultado del ingenio de su autor²⁰, actualmente consideradas bienes inmateriales. Ante estos nuevos bienes, la doctrina considera necesario, en primer lugar, buscar si ya existía una institución o categoría dentro de la cual pudiesen encuadrarse o tomarse como punto de referencia para su estudio, siendo consideradas las cosas incorporales gayanas como la clase más apropiada. En este sentido, se formularon dos posturas que trataban de explicar la relación entre la clasificación romana y la moderna de *res* corporales-incorporales, principalmente en relación con los nuevos bienes.

La primera sostenía que entre la clasificación romana y la moderna existía una equivalencia entre ambas clasificaciones, siendo la moderna una continuación de la romana y, por ende, correlaciona las cosas incorporales romanas (la herencia, el usufructo, las obligaciones y las servidumbres) con los objetos de derecho, lo cual permitió ubicar a las creaciones intelectuales como objetos de derecho sin corporeidad, al lado de las cosas corporales²¹. La segunda, considera un total divorcio entre ambas clasificaciones al punto de abandonar la terminología romana y crear una nueva categoría de bienes que sea acorde a la creación intelectual moderna: bienes inmateriales que comprende solamente los derechos patrimoniales²²; o, como señala

¹⁸ PUGLIESE 1980, 1160.

¹⁹ V. arriba, nt. 8.

²⁰ En el derecho romano no eran consideradas cosas o bienes, por ende, su autor no tenía ningún derecho derivado de la misma, en este sentido, v. PUGLIATTI 1959, 164 ss.; PUGLIATTI 1962, 19 ss.; GUARINO 1992, 330, nt. 26.2; PUGLIESE 1982, 1175 y nt. 56.

²¹ A este respecto v. TURELLI 2012, 82. Algunos que sostuvieron esta postura son: SCIALOJA 1933, 21 ss.; FADDA - BENZA 1926, 187; BIONDI 1953, 21 ss. Windscheid fue el primero en presentar el desarrollo conceptual de las cosas incorporales de manera más estructurada, al considerar que las creaciones intelectuales deben ser consideradas como cosas incorporales – al lado de las romanas derechos y universalidades de cosas. V. WINDSCHEID 1886 § 42 y § 137.

²² Sobre la acuñación de la nueva terminología v. PUGLIESE 1982, 1183 ss., nt. 74. En esta vertiente, al proponerse una separación total entre ambas categorías, se formu-

Pothier y ha seguido la doctrina francesa, que los bienes incorporeales, dentro de los cuales se encuentran los derechos, sean clasificados como muebles o inmuebles, según su especie u objeto²³.

En este sentido, podemos observar que de una u otra forma, la clasificación gayana se toma como punto de partida o punto de quiebre de la clasificación del siglo XVII y XVIII.

Ahora bien, a partir de la aparición de nuevas cosas cuya importancia trasciende al ámbito del derecho, como los bienes digitales, virtuales, etc. es necesario discutir dentro de qué categoría podría clasificarse para, así, vislumbrar un régimen jurídico que permita resolver las controversias que se presenten de la manera más clara posible.

4. *Bienes inmateriales y las criptomonedas.* – Las criptomonedas son un fenómeno muy reciente (2009), consistentes en monedas virtuales que, a su vez, pertenecen a una categoría más amplia: los bienes virtuales (1997)²⁴.

4.1. *Bienes virtuales.* – Un proceso similar al experimentado por los bienes inmateriales sucedió en el caso de los bienes virtuales. El moderno concepto de bienes virtuales, donde el adjetivo “virtual” proviene del latín medieval *virtualis*, cuya evolución semántica sigue un camino muy sinuoso hasta llegar al significado actual²⁵, que es el que se incluye en el lenguaje de la informática presente. La connotación moderna de ‘virtual’ fue formulada con anterioridad por Santo Tomás y transmitido hasta el siglo XX, en el que *virtualis* deriva de la concepción de *virtus* entendida como una fuerza concebida como la

laron teorías que explicaran la nueva realidad de los bienes inmateriales, por ejemplo, la teoría de los *Immaterialgüterrecht* de KOHLER 1895, 241 ss. (v. también KOHLER 1894, 141 ss.).

²³ POTHIER 1830, 140.

²⁴ Sobre este tema, v. BARFIELD - SHERIDAN - ZELTZER - SLATER 1995.

²⁵ Como claramente señala Biosca i Bas: «Desde el *uir* masculino hasta la ‘realidad virtual’ el trayecto ha sido largo e impredecible. Y el camino no se detiene nunca. Estamos siendo testigos de un reciente cambio semántico en la larga evolución semántica de las palabras, como lo fue la *uirtuositas* entre los autores cristianos o la *uirtualitas* entre los escolásticos. El último cambio, el último significado de ‘virtual’, lo encontrará usted seguramente a diario en esta misma pantalla en la que está terminando de leer este artículo» (BIOSCA I BAS 2009, 37).

capacidad de que algo se convierta en lo que actualmente no es²⁶. En otras palabras, es aquello que tiene la capacidad de funcionar como algo, aunque realmente no lo sea, pero que es algo que sin ser real produce el mismo efecto como si lo fuera. Este concepto tomista es tomado claramente de la dicotomía aristotélica de δύναμις (*dýnamis*) - ἐνέργεια (*enérgeia*): potencia y acto²⁷.

En relación con los bienes inmateriales, desde el siglo XIX la ciencia jurídica europeo-continental y, en cierta forma, el *Common Law*²⁸ se ha ocupado de la categoría romana de las *res incorporales* mientras reflexiona sobre los bienes inmateriales y su funcionamiento jurídico. De esta forma, la doctrina instauro una conexión entre las producciones del intelecto humano y las romanas *res incorporales*²⁹, lo que producía una confusión entre las creaciones intelectuales, los derechos sobre los derechos y la apropiabilidad de las energías en el mundo físico³⁰.

Sin embargo, como fue precisado anteriormente, tanto los bienes inmateriales como las romanas *res incorporales* no existe una relación de congruencia, sino que son dos categorías constituidas en dos momentos diversos dentro de un mismo desarrollo histórico diacrónico de la tradición jurídica romana.

En este mismo orden, buscamos la relación existente entre los bienes inmateriales y las criptomonedas, puesto que en sentido gene-

²⁶ Así se refiere *virtus*: al principio de las cosas – *semper virtus nominat principium alicuius* (*Scriptum super sententiis* 4.1.1.4) –; al principio de toda acción – *virtus dicitur, secundum quod est principium actionis et tenet se ex parte* (*Summa Theologiae* I.2.P) y *virtus dicitur secundum quod est principium actionis* (*Scriptum super sententiis* 4.46.1.1) –; o como principio de un movimiento o de una acción – *virtus significat principium motus vel actionis* (*Summa Theologiae* I-II.26.2). Por ello, el cuerpo humano está virtualmente en el semen, porque este tiene la capacidad de convertirse en un cuerpo humano – *corpus humanum in semine est virtualiter* (*De potentia* 3.9.9); el árbol entero se encuentra virtualmente en la raíz del árbol – *radix virtute dicitur esse tota arbor* (*Summa Theologiae* II-II.19.7); cada causa tiene un efecto virtual, ya que en la causa existe virtualmente el efecto de que llegue a ocurrir, la capacidad de que ese efecto se produzca – *Effectus enim virtute praeexistit in causa* (*Summa Theologiae* I-II.20.5); y todo lo que existe de manera virtual u original puede convertirse en una realidad, en un acto – *id quod est in eis originaliter et virtualiter, ... in actum educi potest* (*De veritate* 11.1.5). V. BIOSCA I BAS 2009, 27.

²⁷ Dicotomía desarrollada en Arist. *EN* 1127a34; 1099b16; 1117b24 y *Metaph.* 1045b21; 1051a4. V. también *GC* 327b22; *de An.* 412a27 y 415a18.

²⁸ PUGLIESE 1982, 1189 ss.

²⁹ PUGLIESE 1982, 1175 ss.

³⁰ ASCARELLI 1970, 285 ss.

ral se afirma que las últimas son bienes inmateriales, lo que es de considerarse cuestionable, si refieren a las creaciones literarias como bienes inmateriales. Por otro lado, es razonable si se habla de criptomonedas como bienes que no pueden tocarse, *i.e.*, bienes incorporeales en el sentido romano.

De manera sintética, es imprescindible comentar que los bienes virtuales considerados los antecesores y el género de las criptomonedas³¹ son aquellos que permitieron la creación de riqueza digital, a través de grabar en los discos duros, como créditos, los avances de los juegos de computadoras y, más tarde, juegos en internet. Posteriormente, los desarrolladores de estas plataformas se aprovecharon de los patrones de juego de sus usuarios para venderles bienes, de mundos virtuales de juego, por los que estaban dispuestos a pagar. Finalmente, se inicia la venta directa de riquezas digitales obtenidas por los jugadores, a cambio de dinero corriente. Entonces, estos bienes virtuales surgen en el ámbito de la tecnología como objetos no físicos; como bienes y dinero utilizado en comunidades y juegos on-line³²; que configuran una riqueza virtual; asimismo, son intangibles (incorporeales) por definición, inmateriales por lo que son consideradas servicios que pueden ser objeto de contratos de licencia³³ pero no objeto de propiedad para los jugadores, protegidas como propiedad intelectual de los creadores de contenido digital en el juego³⁴.

Al ser estos los antecesores de las criptomonedas, para muchos es razonable extender las características de los bienes que anteceden a los

³¹ Esta relación deriva de la existencia de ciertas características comunes entre ambas monedas, que ninguna otra moneda previa, ni el dinero electrónico, compartía, *i.e.*, no tienen respaldo físico, pero aún así, cumplen características económicas esenciales del dinero corriente, pues son escasas y excluyentes – no se pueden poseer por dos personas al mismo tiempo. V. LEBLANC 2016.

³² El concepto de ‘crédito’ en los juegos on-line inicia el proceso de evolución que lleva a las criptomonedas, pues la posibilidad de grabar los juegos y sus avances permitió que se crea la riqueza digital y su acumulación. Esta riqueza digital surge y se desarrolla siguiendo el principio de escasez, que llevó a los jugadores-trabajadores a vender directamente las riquezas digitales (recompensas escasas) por dinero real – conocido como RMT (*real money trading*) o cosecha de oro (*goldfarming*) –. En general, esta industria ha tenido un crecimiento económico exponencial en los últimos años. Más información sobre estos mundos virtuales y su proceso de evolución v. BARROILHET DÍEZ 2019, 29 ss.; BARTLE 2004; LASTOWKA - HUNTER 2004, 24.

³³ V. bibliografía en BJT35 2012 y BARTLE 2004.

³⁴ Sobre este punto véase BARFIELD 2006.

bienes que les continuaron. Sin embargo, como se verá más adelante, ambas situaciones son diversas e, incluso, los derechos que se argumentan existen en cada caso, son disímiles, puesto que los bienes virtuales de los juegos permiten atribuir a su creador un derecho sobre los mismos, cuyo uso puede permitirse a otros a través de un contrato de licencia a cambio de dinero corriente, pero siguen siendo virtuales, no tienen una realidad material, más allá del juego, mientras que las monedas virtuales como el Bitcoin, consisten materialmente en un código numérico y funcionan como dinero corriente para comprar cualquier tipo de bienes que pueden tener una existencia material o no. Las criptomonedas nos permiten reconocer en el tenedor a un poseedor civil en el sentido romano – llamado por algunos control. Son dinero virtual en el sentido Tomista: una fuerza concebida como la capacidad de que algo se convierta en lo que actualmente no es³⁵, *i.e.*, ese código numérico se convierte o funciona como dinero – gracias a un reconocimiento y aceptación general en una comunidad determinada, en términos de Menger³⁶.

4.2. *Criptomonedas*. – Con la aparición, en 2009, del ensayo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* y su puesta en marcha en 2010, inició un proceso de innovación tecnológica con la implementación del *blockchain* en el ámbito del comercio electrónico, lo que implicó una trascendencia del mundo virtual al mundo real – más allá del intercambio de la riqueza digital por dinero real –³⁷. Pues con *blockchain* se crea una moneda virtual *ex professo*, para llevar a cabo pagos de comercio electrónico de bienes y servicios del mundo real, *i.e.*, una moneda virtual que generalmente funciona como una moneda real – en sentido económico y jurídico, más no en el tecnológico-fáctico –, para todos aquellos que aceptan utilizarla. Sin embargo, las características tecnológicas que la diferencian de cualquier otro fenómeno previo, su surgimiento y funcionamiento de facto, in-

³⁵ V. arriba, nt. 27.

³⁶ V. más adelante: Criptomonedas ¿moneda o dinero virtual?

³⁷ Lo que implicó la superación de ciertos problemas técnicos de las monedas virtuales previas: la centralización del control, posibilidad de modificación, por parte del emisor, cambio de costo en el tiempo de usar la moneda frente a retenerla (tasa de interés de descuento básica de cada economía virtual), y el aumento de la emisión (impuesto inflacionario). Cfr. BARROILHET Díez 2019, 39.

dependiente al derecho, su creciente toma de importancia en el ámbito comercial y financiero, la extensión de su uso a otros ámbitos, entre otras cuestiones, dejan en evidencia la falta de categorías jurídicas modernas coherentes para regularlo, pero más importante, plantean dificultades para interpretar los derechos y las relaciones jurídicas que podrían surgir.

El *blockchain* está en proceso de desarrollo y es cada vez más utilizado en diversos escenarios. De ello deriva la complejidad de querer delimitar su naturaleza jurídica. No consideraremos los detalles tecnológicos, sólo es importante mencionar los datos generales relativos a su configuración. Como lo explica claramente Matthias Lehmann, la DLT (*Distributed Ledger Technology*) no exige ni garantiza la existencia de un acuerdo entre las partes, simplemente requiere que se cumpla con los requisitos tecnológicos, a saber, el uso de la clave privada y pública correctas. Por ello, el resultado producido por DLT puede, en muchos sentidos chocar con el derecho privado clásico. Asimismo, permite transferir activos en Internet sin ninguna intervención de los bancos u otros intermediarios que puedan ser controlados por el Estado a través de un procedimiento sencillo: una transferencia DLT se inicia cuando el cedente introduce una clave digital única que solo él conoce ('clave privada') así como la clave públicamente conocida del cesionario ('clave pública') en una cadena de firmas digitales en internet. Posteriormente puede compartir la transferencia mediante un 'hash' único (una cadena de números) a servidores informáticos (los llamados 'nodos'), que verifican la validez de las claves y la conformidad con las transferencias anteriores de la cadena³⁸.

Cada uno de los nodos guarda su propia copia de todas las transferencias (el 'registro') con el que comprueba la nueva transferencia. Los nodos trabajan de forma descentralizada y están dispersos por todo el mundo ('registro distribuido'). Se les asigna una 'tarifa' para incentivarles a realizar el trabajo de verificación. Su esfuerzo de verificación se traduce en la adición de un nuevo bloque a la cadena (de ahí '*blockchain*'). Una vez que se demuestra que se ha invertido suficiente trabajo en el proceso de verificación, el bloque más largo – que representa la decisión de la mayoría de los nodos – será aceptado por

³⁸ LEHMANN 2019, 100.

todos los demás. A partir de este momento, la cadena ya no puede ser alterada sin rehacer todo el trabajo de verificación que se ha llevado a cabo, lo que se hace aún más difícil a medida que se añaden nuevos bloques. Todo este proceso es independiente de cualquier norma legal³⁹.

La transferencia se produce mediante la combinación por parte del cedente de su clave privada con la clave pública del cesionario y la posterior confirmación de la transferencia mediante el proceso de verificación. Nada de esto requiere la intervención de notarios, abogados o intermediarios que puedan ser supervisados, por ejemplo, bancos, agentes de compensación o depositarios. Tampoco necesita un contrato o cualquier otro acuerdo o acto legal. En este sentido, la caracterización del código como ley que argumentan todos los defensores de la autonomía del Bitcoin parecería totalmente adecuada.

Dentro de su desarrollo podríamos señalar las siguientes etapas:

1. Etapa inicial se caracteriza por la irrupción del Bitcoin como un sistema de pagos electrónico entre pares, dirigido a eliminar la relación de dependencia exclusiva que se tiene en las instituciones financieras como terceros de confianza para procesar los pagos electrónicos⁴⁰; sustentada en la tecnología (DLT) que es un sistema descentralizado que busca escapar a la manipulación del Estado y a la ineficiente y costosa intermediación financiera de los pagos electrónicos internacionales; además, una tecnología inmutable, ya que, cualquier dato de información que una vez entrado en la tecnología distribución de bloques no puede ser alterado, cambiado, borrado o hackeado; tiene un mayor grado de privacidad en comparación con el sistema bancario u otros sistemas de pago en línea; es fácil de verificar a través de la cadena de bloques pública, por lo que a su vez es transparente; escapa de la inflación al separar la creación de dinero del Estado⁴¹; es autónomo, es decir, se gestiona automáticamente, sin

³⁹ LEHMANN 2019, 100.

⁴⁰ De ahí el llamado de su creador Satoshi Nakamoto: «an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need of a trusted third party». V. NAKAMOTO 2008, 1.

⁴¹ Aunque, con relación a la inflación, se ha presentado un problema reciente, pues la desaparición de la *stablecoin* Luna UST se produjo como consecuencia de la inflación y de que fue creada con una paridad 1-1 con el dólar.

la necesidad de que exista confianza en un tercero que lo valide, y que, a su vez, se configura como activos digitales de inversión⁴².

2. En lo que podríamos llamar una segunda etapa, la tecnología del *blockchain* experimenta un boom en 2017 y se crea una gran cantidad de divisas o monedas digitales para múltiples actividades económicas; también se utiliza el *blockchain* en los servicios financieros por bancos y como mecanismos de recaudación de fondos (*Initial Coin Offerings*, ICO) que fueron prohibidos en varios países saliendo de las bolsas de valores, dando paso a los *Security Token Offering* (STO)⁴³; el dinero se vuelve programable dando pie a los contratos inteligentes (*Smart Contracts*)⁴⁴; aumenta la inclusión financiera de aquellos que fueron excluidos del sistema financiero; surgen los *blockchains* corporativos y privados; se tokeniza la economía; permite un comercio de igual a igual, en el comercio de energía, por ejemplo; también se utilizó en la gestión de cadenas de suministros, en la minería de materias primas preciosas; suministros de alimentos e industria de la moda; también ha trascendido a la industria de seguros, por ejemplo, implementando seguros entre iguales, etc.

3. Actualmente, si pudiésemos referirla como tercera etapa, el uso de la cadena de bloques está en constante ampliación (por ejemplo internet 3.0).

Como se puede observar, cuando se habla de criptomonedas, en específico de Bitcoin, no se habla de derechos de autor derivados de la creación tecnológica, como se hablaba en las comunidades y juegos on-line. Sino que se habla de los derechos reales que tiene aquel que compro monedas virtuales.

De lo antes dicho, surge la cuestión de si las criptomonedas pertenecen a la categoría moderna de bienes inmateriales o si tiene convergencia con la clase de las *res incorporales* romana. También es, relativamente fácil percatarse que, desde su funcionalidad, se comportan como dinero *pecunia*⁴⁵ – que entran en la clasificación de bienes muebles y, por ende, corporales, objeto de propiedad y posesión.

⁴² En el presente estudio no profundizaremos en la forma en la que la tecnología del *blockchain* funciona técnicamente, se presume el conocimiento del lector.

⁴³ Para más información sobre este punto, v. LAMBERT 2022, 299 ss.

⁴⁴ Un contrato inteligente es un contrato autoejecutable en el que los términos del acuerdo entre el comprador y el vendedor se escriben directamente en líneas de código.

⁴⁵ V. lo expresado por su creador Satoshi Nakamoto: «an electronic payment sys-

4.3. *Las criptomonedas y su consideración jurídica.* – Cuando aparece el Bitcoin, iniciaron las indagaciones en diversos ámbitos de la economía, el Estado, la tecnología y el derecho para dar respuesta a una serie de preguntas sobre su naturaleza, recurriendo a las categorías existentes, pues, como todo fenómeno nuevo, las criptomonedas aún siguen en desarrollo experimentando con los elementos del sector financiero, económico, político, etc.⁴⁶. En este sentido, no obstante las fuertes pérdidas de valor que experimentan las criptomonedas desde mayo 2022, siendo la primera criptomoneda que surgió, la más fuerte y que se siguió como modelo, su importancia está en ascenso, y las discusiones teóricas para comprender este fenómeno siguen, sin que se vislumbre un resultado más o menos uniforme. Por ello, este análisis se hará sobre la base del modelo DLT de Bitcoin⁴⁷.

Las principales discusiones se centraron alrededor del derecho público, y en un contexto del *Common Law*, tratando de responder las preguntas ¿si el Bitcoin debía regularse financieramente, imponiendo una licencia a los operadores de plataformas, con el objeto de proteger a los consumidores de fraudes y evitar el lavado de dinero?, ¿si se debía establecer un impuesto a las ganancias generadas?, buscar evitar que se utilizara en el mercado de bienes prohibidos, que se utilizara para el chantaje, fraude, el lavado de dinero, robo de Bitcoins, entre otros.

En el ámbito del derecho civil, las discusiones fueron menos y se orientaron en dos sentidos: proponer una teoría integral de las Criptomonedas o analizar los efectos jurídicos que se producen en el ámbito privado, derivados de su uso. A este respecto, siguen existiendo fuertes desacuerdos sobre su naturaleza jurídica, derivados de las diversas interpretaciones de las criptomonedas como dinero, bienes inmateriales, propiedad o posesión, o como una obligación. Dichos de-

tem based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need of a trusted third party» (NAKAMOTO 2018, 1).

⁴⁶ Tanto que el 10 de mayo 2022 experimentó su caída más fuerte en los últimos 10 meses, llegando a valer 29.000 USD por unidad.

⁴⁷ Las otras criptomonedas tomaron como modelo DLT de Bitcoin, pero buscando mejorar sus protocolos incluyeron algunas variaciones, por ejemplo, Ethereum y Peercoin tienen un protocolo denominado 'prueba de interés' (proof-of-stake) que implica un cierto grado de centralización ya que da más peso al consenso requerido para validar las transacciones al usuario que tiene un mayor interés en el destino de la moneda.

sacuerdos derivan también de la diversidad de regulaciones y de variaciones en las categorías de derecho privado que se dan en países de tradición jurídica romano-germánica (Alemania) y en países que pertenecen al *Common Law* (EE.UU. e Inglaterra, por ejemplo).

No podemos ser exhaustivos con el análisis jurídico de las criptomonedas, sino que solamente se llevará a cabo un breve examen de algunas posturas que buscan explicar el estatus de las criptomonedas para, posteriormente, analizar y de qué manera las taxonomías romanas podrían aportar en su comprensión y en una propuesta de interpretación jurídica de esta reciente realidad que desafían las categorías existentes.

5. *Naturaleza jurídica de las criptomonedas.* – Originalmente el Bitcoin es descrito como «a purely peer-to-peer version of electronic cash [that]⁴⁸ would allow online payments to be sent directly from one part to another without going through a financial institution»; y una moneda electrónica definida como una cadena de firmas digitales en la que el propietario transfiere la propiedad de la misma firmando digitalmente con un número (*hash*) las transacciones previas, mientras que quien recibe la propiedad utiliza una *key* pública para agregar otro bloque al final de la moneda⁴⁹.

Sin duda, se pueden observar un elemento importante, que no presenta problemas en su aceptación, *i.e.*, su naturaleza virtual, el Bitcoin está constituido por una cadena de datos, es algo único y específico, *i.e.*, formalmente es un bien intangible, inmaterial. Sin embargo, no puede ser consideradas dentro de la creación intelectual, porque está protege toda actividad que represente una creación intelectual y está compuesta por reglas que tutelan el software, pero en el caso de las criptomonedas no se busca proteger como tal la creación intelectual personal ni el uso de software – la cadena de bloques fue

⁴⁸ Los corchetes son míos.

⁴⁹ NAKAMOTO 2018, 1 s. Sustancialmente, en el mismo sentido, definen Merriam-Webster Dictionary online, s.v. *Cryptocurrency* (<https://www.merriam-webster.com/dictionary/cryptocurrency>); EUROPEAN CENTRAL BANK 2012, 6. Y en su versión revisada: «a digital representation of value, not issued by a central bank, a credit institution or e-money institution, which in some circumstances can be used as an alternative to money» (EUROPEAN CENTRAL BANK 2015, 4).

creada con el objeto de que se utilice públicamente, de manera abierta, por todos aquellos que hayan adquirido Bitcoins –, sino el resultado de un proceso de software, constituido por el protocolo.

Sin embargo, sus cualidades no se agotan en los elementos tecnológicos, sino, todo lo contrario. Esos elementos tecnológicos son un punto de partida en el desarrollo las criptomonedas, ya que tienen una función más amplia en los ámbitos mercantil, económico, financiero y jurídico. En este sentido, las características con las que surgieron y en las que nos centraremos son: que constituye *cash* digital, que se configura como un medio de cambio basado en una tecnología descentralizada, independiente de todo control financiero, que sobre el mismo existe un derecho de propiedad que puede ser transferida.

6. *Criptomonedas ¿moneda o dinero virtual?*⁵⁰ – Para poder contestar a esta cuestión, analizaremos brevemente las teorías del dinero para observar si las criptomonedas pueden ser consideradas como tal.

Es bien conocido y generalmente aceptado que, en las civilizaciones griega y romana antiguas, la acuñación de moneda era una actividad monopolizada por la autoridad de la comunidad política. Estas ideas son aceptadas desde Platón⁵¹, Aristóteles⁵², los juristas romanos y, seguida, por los escritores medievales. Todo esto, fundándose en la idea de que la moneda, especialmente la metálica, había sido insti-

⁵⁰ Para efectos de este trabajo, consideramos dinero y moneda como sinónimos.

⁵¹ En la *República* Platón, como es sabido, desprecia la propiedad privada, el trabajo de comerciante, el trabajo en sí mismo y el uso del dinero. Sin embargo, el dinero facilita el intercambio, por lo que se erige como moneda, por tal función. En las *Leyes* rechaza el uso del oro y la plata como dinero (moneda de uso cotidiano en alguna polis griega en concreto) pues al ser metales preciosos se perciben como riqueza y, por ello, se buscará acumularlos (reserva de valor). Sin embargo, son útiles para el intercambio internacional derivado de expediciones, visitas al extranjero, embajadas o misiones de Estado (moneda helénica universal), esta moneda está respaldada por la comunidad política que la emite. Platón tiene una visión más avanzada sobre el dinero que Aristóteles, pues comprende la naturaleza dual de la moneda (intrínseca y extrínseca). Cfr. Pl. R. 2.371b ss.; Lg. 5.742a.

⁵² Las ideas de Aristóteles sobre el dinero parecerían estar más articuladas. En la *Política* considera que todas las cosas tienen una utilidad directa que es natural y justificada; y otra derivada del intercambio directo que recurre al dinero como medio de intercambio, por ello es antinatural. Sostiene que la función principal del dinero es fungir como medio de intercambio de mercancías, por ello, también es una mercancía. Reconoce el carácter ficticio de la moneda, cuyo valor recae en un acuerdo tácito de los usuarios de la misma (contratantes). Cfr. Arist. Pol. 1257a36 y b; EN 1133a20 y b.

tuida por causa de interés público, como medio de cambio universal por una convención o ley general. Idea que carece de sentido si se le vincula al origen, puesto que parecería que el surgimiento del dinero se dio institucionalmente y de manera espontánea y automática en múltiples lugares del mundo.

La consideración anterior fue formulada en una teoría por Georg Knapp, *Staatliche Theorie des Geldes*⁵³, conocida como la teoría estatal de dinero, que en la actualidad cuenta con gran aceptación. Esta postura establece que el concepto de dinero, desde un punto de vista estrictamente legal, está vinculado con la soberanía del Estado, que monopoliza el establecimiento de los sistemas monetarios y es el encargado de emitir moneda y determinar sus propias políticas monetarias y cambiarias, dentro del marco legal. Lo que reafirma esa idea es el hecho de que, hoy en día, basados en su estructura constitucional, los Estados contienen en sus respectivas Cartas Magnas el establecimiento de sus sistemas monetarios.

Por otra parte, en el ámbito del derecho privado, el dinero es considerado un bien mueble. Desde el punto de vista sociológico y económico el dinero debe cumplir con las funciones de ser a) medio de cambio; b) unidad de cuenta y 3) depósito de valor.

Ahora bien, observando detenidamente esta teoría, es factible advertir que no explica con claridad al dinero como tal, sino que lo restringe a su momento de institucionalización como un fenómeno formal, estatal, estricto e institucionalizado. Además, parece ignorar la realidad cambiante en la que el dinero surge, en un contexto de comercio, para resolver determinados problemas de intercambio de bienes, en el ámbito de derecho privado.

Por otro lado, considerando la teoría de Karl Menger en su *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre (Principles of Economics)*⁵⁴, presenta un origen e idea del dinero fundada en el comercio, como resultado de la evolución social, que permitió a los comerciantes observar qué

⁵³ V. KNAPP 1905, 47 ss. Tesis que fue muy criticada por economistas, ya que ignoraba la realidad de las prácticas del mercado en cuando al uso del dinero, cfr. MISES 1924. Asimismo, vinculada con el concepto de autoridad soberana del Estado con respecto al sistema monetario, se ha formulado una teoría institucional del dinero que pone énfasis en el papel independiente de un banco central, cfr. SAINZ DE VICUNA 1871.

⁵⁴ Viena, 1871.

bienes o mercancías podían ser vendidas con mayor sencillez (liquidez de las mercancías, *Absatzfähigkeit*), hasta llegar a la adopción de los metales preciosos como divisas o medio de cambio. En esta tesitura, en su origen, cualquier bien funcionó como medio general de cambio y, por ende, de acuerdo con las costumbres y prácticas mercantiles, cualquier cosa pudo, ser considerada dinero. Esto se puede observar a lo largo de la historia cuando, por ejemplo, el ganado⁵⁵ y la sal⁵⁶ en Roma, el arroz en China y Filipinas, el cacao en México, té (*tea bricks*) en China, Mongolia, Tíbet y Asia central, entre otros bienes, fungieron como medios generales de cambio en diferentes lugares. En síntesis, la realidad social-comercial ha podido fehacientemente crear sus medios generales de cambio y pago en la economía, sin requerir, en primera instancia, a las instituciones de la comunidad política y, por ende, sin referir necesariamente al marco jurídico⁵⁷, pero basados en un reconocimiento y aceptación general en una comunidad determinada.

Por lo que respecta a las criptomonedas, haciendo una interpretación de la teoría estatal, su carácter de dinero o mecanismo de moneda se niega de manera contundente puesto que, por su origen descentralizado e independiente del Estado, nunca podrían considerarse como tal.

Sobre las funciones del dinero, las criptomonedas, al surgir como una propuesta de dinero electrónico para realizar pagos por internet cumplen, aunque primigeniamente, con la función de ser una medida de pago o de cambio siempre y cuando haya personas que deseen aceptarlos. Sin embargo, hasta ahora pueden sugerir que las monedas digitales se consideran principalmente como almacenes de valor y no se suelen utilizar como medio de intercambio por que han sido usadas de manera muy limitada. Por el momento, hay pocas pruebas de que las monedas digitales se utilicen como unidad de cuenta⁵⁸.

Es importante remarcar que, aun y cuando, la propuesta de Menger se formula alrededor del origen del dinero y de la necesidad del

⁵⁵ *Pecus*, ganado menor, de donde deriva *pecunia*.

⁵⁶ *Salarium*, la sal también se utilizó como moneda en algunas provincias de China (por ejemplo, Kain-Du) en el siglo XIII y en Etiopía hasta el siglo XX.

⁵⁷ ROSCHER 1854, 116; MENDER 2007, 315 ss.; BLOCK 1890, 59 ss.

⁵⁸ GERBA - RUBIO 2019, 22; PROCTOR 2012, párr. 1.49-1.60.

reconocimiento y aceptación social generalizado de los medios de cambio e, incluso, cuando al presente, la teoría ampliamente aceptada sea la teoría estatal del dinero, la realidad que podemos observar, en el caso de las criptomonedas, es que el reconocimiento generalizado falta, pero se observa el reconocimiento progresivo de las mismas, más allá de que el ordenamiento legal no las haya considerado anteriormente, pues son percibidas como una propuesta real de solución a diversas necesidades de pago directo en un mundo que trasciende las fronteras de la soberanía estatal. La realidad ha superado al derecho y, genera una incipiente, pero masiva aceptación de la sociedad a las criptomonedas, legitimándolas. En este sentido, hay una mayor regulación, por parte de los Estados, aunque no lo esté haciendo de la forma más adecuada, pues debido a su carácter internacional, requiere una regulación en el mismo sentido, internacional, y las regulaciones se están dando, principalmente en el derecho nacional.

De lo anterior, surge una cuestión más compleja, las criptomonedas, al no ser consideradas dinero, en sentido formal, y al no provenir ni estar bajo el control completo por parte del Estado, ¿qué debemos hacer con los problemas jurídicos que se proyectan como resultado de su utilización? ¿Desconocerlas e incluso prohibirlas como medio de pago válido? En un contexto de derecho privado, parece no ser la solución. Ahora bien, ¿cuál es el trato jurídico que se justificaría? La respuesta no es simple. De acuerdo con sus características, la categoría más cercana es la de dinero o moneda. Los economistas, que son los más preocupados por establecer un concepto unívoco de dinero, centran la importancia en la política monetaria, mientras los juristas, por el contrario, se ocupan más por la protección de los derechos privados de las partes contratantes y el cumplimiento de las obligaciones monetarias⁵⁹.

Ahora bien, en el ámbito del derecho, especialmente en el derecho público, el concepto de dinero se ha ido ampliando a nivel internacional. Cuando la moneda metálica fue sustituida por el papel moneda, el concepto de dinero tuvo que ampliarse para incluirlo. Lo mismo sucedió cuando el dinero bancario desplazó al papel moneda. Otrora, la diferencia más importante, entre el dinero institucionalizado y las criptomonedas, como métodos de pago, es su origen y con-

⁵⁹ PROCTOR 2012, par. 1.17.

trol de los últimos, que se da fuera del Estado⁶⁰. Sin embargo, si se observa claramente, dicha diferencia no es tal, pues el dinero bancario también es producido y controlado por los bancos, que en muchos países se instituyen cómo entidades privadas, reguladas por el Estado⁶¹, además de que las tarjetas de crédito, cómo funciona en la práctica, al igual que las criptomonedas, ambas son especies de dinero manejado a través de un programa computacional.

Esta ampliación conceptual también puede observarse, desde la fase inicial, en organismos internacionales intergubernamentales como la proporcionada por el Grupo de Acción Financiera Internacional⁶² (FATF de sus siglas en inglés, *Financial Action Task Force*):

«Virtual currency: is a digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of change and/or (2) a unit of account and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status (i. e., when tendered to a creditor as a valid and legal means of payment) in any jurisdiction. It is not issued or guaranteed by any jurisdiction, and fulfills the above functions only by agreement with the community of users of the virtual currency»⁶³.

Como se puede observar, se reconoce como una representación digital de valor que tiene las mismas funciones del dinero. Se reconoce el carácter de moneda, pero una moneda especial 'digital'⁶⁴.

⁶⁰ Fox 2019, 18.

⁶¹ En la actualidad, prácticamente su regulación es muy laxa, pues son estas entidades, las que de una u otra forma tienen un control sobre las políticas del dinero, tanto que el Bitcoin surge como una reacción a los gastos que representa la participación de los intermediarios en el pagos internacionales.

⁶² El GAFI es la institución internacional intergubernamental más poderosa, creada en 1989 para promulgar normas de lucha contra el blanqueo de dinero procedente del narcotráfico y lucha contra la financiación del terrorismo tras el 11-S. Una vez que el GAFI emite una recomendación, los 38 países miembros del grupo de trabajo aplican su interpretación de la norma a nivel nacional. en junio 21 de 2019 formuló una propuesta para que los intercambios de criptodivisas actúen como bancos, recopilando información de identificación no sólo de sus propios clientes, sino también de las personas a las que estos clientes envían criptodivisas.

⁶³ FINANCIAL ACTION TASK FORCE 2014.

⁶⁴ En el mismo sentido se pronuncia la Corte de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 2015, en causa Case C- 264 14/, *Skatteverket v Hedqvist*, para 55, en el contexto de la UE *Value added tax* (VAT), cuando refiere que el *Bitcoin* es equivalente

7. *El dinero como medio de intercambio.* – El dinero es un bien que tiene características propias muy especiales. En Grecia antigua se pueden observar las primeras ideas abstractas que lo delimitan. Dentro de sus características, su función como medio de intercambio es fundamental. Al respecto, Platón sustenta una visión idealista, cuyas ideas se podrían afirmar hoy en día. Defiende la tesis de que el dinero debe ser un símbolo arbitrario que permita el intercambio con un valor independiente del material del que estuviesen hechas las monedas. En este sentido, estuvo más adelantado que otros al diferenciar entre el valor intrínseco y extrínseco del dinero, y prefirió el papel-moneda al metal moneda en oro y plata⁶⁵.

En el derecho romano se regula la propiedad del dinero tomando en consideración el mismo papel. Sobre este punto, es imprescindible el estudio de Max Kaser, *Das Geld im römischen Sachenrecht*⁶⁶, que expone las peculiaridades de la regulación romana del dinero, delineando, *grosso modo*, la regulación moderna.

De acuerdo con Kaser, las características del dinero en Roma y sus funciones son prácticamente las mismas que las actuales, *i.e.*, la moneda o dinero portan un valor monetario y están determinados a fungir como un medio que permita su intercambio por bienes y servicios de todo tipo. De lo anterior, deriva una serie de particularidades del dinero: goza de una mayor grado de fungibilidad, pues cualquier pieza de dinero puede ser sustituida por otra pieza de la misma clase de dinero de igual valor, pero, además, por piezas de otras clases de la misma moneda o, incluso, por cualquier otro tipo de dinero, como dinero digital, siempre que la suma de dinero constituya el mismo valor monetario; el dinero, al desarrollarse en el ámbito mercantil, como medio de cambio general, está en permanente intercambio en los negocios, por lo que su propósito esencial se despliega solo en el momento de ser gastado o consumido, en el cambio continuo, infinito de

a dinero. En esta, también se señala: «is neither a security conferring a property right nor a security of a comparable nature ... To the contrary, 'the Bitcoin virtual currency has no other purpose than to be a means of payment and ... it is accepted for that purpose by certain operators».

⁶⁵ Cfr. Pl. *Lg.* 5.742 a. Aunque en la actualidad, también se debería dejar fuera de la influencia de hombres e instituciones que quieran dictar las políticas monetarias en beneficio de unos pocos.

⁶⁶ KASER 1958, 169 ss.

la propiedad; la gran cantidad de billetes en circulación contribuye a aumentar la fungibilidad y a debilitar la individualidad de los billetes, y el dinero tienen su valor monetario desde que es emitido sin tener que ser estimadas en dinero como otros bienes muebles⁶⁷.

En los casos de propiedad del dinero en la actualidad, es difícil rastrear el camino en el que el dinero llegó a un propietario concreto, lo que sí puede realizarse con el Bitcoin y otros tipos de dinero. Sin embargo, según el derecho general de los bienes muebles, a menudo será necesario probar este camino, si se quiere probar, limitadamente, la pertenencia al derecho de propiedad de los instrumentos monetarios, pero, por otro lado, el interés de la persona que tiene derecho al dinero está vinculado al valor del dinero, no a las piezas individuales. Quien ha perdido dinero busca recuperar el valor del dinero perdido, no las mismas monedas.

En contraste, entre el derecho romano y el derecho moderno, los juristas romanos trataban el dinero de una manera algo diferente al derecho moderno, puesto que, en general, se vinculaban con más fuerza a la individualidad física de las piezas concretas de dinero, debido probablemente a que seguían vinculando, relativamente, el valor del dinero al valor del metal en que estaban acuñadas⁶⁸, pues solo conocían rudimentariamente, un valor monetario desvinculado del metal del dinero, como es el caso del papel moneda. Esta vinculación a las monedas en concreto, daban al propietario romano un interés digno de protección en el ejercicio de su derecho a la moneda individual (*vindicatio nummorum*).

En lo referente a las criptomonedas, la tecnología permite crear algunos lazos con el derecho romano, ya que el hombre actual se debe adherir a la individualidad tecnológica de cada uno de los bloques de la cadena, pero por cuestiones propias, no se puede solicitar una reivindicación de lo transferido y, por ende, que se deshagan los bloques, sino solamente que quien haya recibido las criptomonedas, haga una transferencia del mismo valor de regreso.

Ahora bien, analizando la propiedad del dinero desde la categoría de cosa mueble, lo que interesa es determinar si en el derecho romano

⁶⁷ KASER 1958, 171 ss.

⁶⁸ Sobre las monedas utilizadas para intercambiar bienes y las políticas relativas a las mismas, v. CRAWFORD 1970, 40 ss.

se regula, en mayor medida, como las demás cosas muebles, que en el derecho moderno, lo que parecería ser razonable. Sin embargo, concordamos con Kaser en el sentido de que no es así⁶⁹. El derecho romano de la propiedad muestra ciertas reglas especiales para el dinero que son ajenas al derecho moderno. Se debe destacar que en derecho moderno no existe una regulación especial del derecho de propiedad del dinero, mientras que en el derecho romano existen reglas generales a los bienes muebles y, además, varias consideraciones especiales. Estas últimas establecen una clara diferenciación, con respecto de los bienes muebles (*vindicatio nummorum*⁷⁰, *commixtio nummorum*⁷¹, *consumptio nummorum*⁷² y *traditio nummorum*⁷³).

8. *Consideraciones finales.* – Tomando como base las categorías romanas de bienes corporales o incorporeales, en el sentido que las expone Gayo (Gai 2.13.14), dentro de las cuales considera al dinero como perteneciente a la primera clase porque tiene una entidad material y puede percibirse por los sentidos (*quae tangi possunt ... pecunia*); y las *res incorporeales (quae tangi non possunt)* ya sea que se acepte como bienes cuyo fundamento reside en el derecho o que son derechos.

El Bitcoin no podría ser encuadrado, en sentido estricto, dentro de ninguna de estas dos categorías. Lo anterior porque no tiene una existencia corporal, real, tangible, sino que se manifiesta físicamente en una serie alfanumérica⁷⁴, pero que funciona como dinero y vir-

⁶⁹ KASER 1958, 172.

⁷⁰ Como es sabido, se refiere a la vindicación de piezas de dinero determinadas individualmente, práctica que no es habitual en las transacciones monetarias cotidianas. V. por ejemplo: D. 12.6.53; D. 23.3.67; D. 12.6.46; D. 15.1.37.1; D. 24.1.39; D. 45.3.1.1; D. 46.1.19; D. 15.1.38 pr.; Gai 2.82 (= I. 2.8.2); D. 42.8.8; D. 7.1.25.1; D. 10.4.9.4; D. 12.1.11.2; D. 12.1.14; D. 12.6.26.9; D. 12.6.29; D. 14.6.3.2; D. 14.6.9.1; D. 24.1.33.1; D. 40.7.3.5,9; D. 42.5.24.2; D. 46.3.14.8; D. 12.1.31.1; D. 15.1.52 pr.; D. 46.3.15; C. 3.41.1; C. 4.34.8; D. 49.14.18.10.

⁷¹ Se adquiere la propiedad del dinero ajeno mediante la mezcla con el dinero propio de acuerdo con Javoleno, v. D. 46.3.78.

⁷² El buen uso del dinero ajeno permite la adquisición de la propiedad por parte de quien recibe el dinero del consumidor. V., por ejemplo, D. 12.6.4; D. 46.3.17.

⁷³ Si el pago se ha realizado sin razón jurídica válida, entonces las fuentes suelen permitir que el receptor del dinero se convierta en propietario y se remita al pagador a la *condictio*, v., por ejemplo, D. 12.4.7 pr.; D. 12.4.8; D. 12.4.9 pr.; D. 12.7.

⁷⁴ Se podría reinterpretar y concebir a la llave privada que utiliza quien envía la transferencia (34 caracteres, serie alfanumérica, denominada técnicamente hash) y

tualmente lo es porque tiene la capacidad de convertirse en lo que actual y materialmente no es.

Tampoco constituye una obligación⁷⁵, en el sentido romano, porque no hay un acuerdo de voluntades y quien recibe el valor de la criptomoneda no puede rechazarlo, ni cualquier otro puede ser obligado a pagar con criptomonedas.

Igualmente quedan fuera de la categoría moderna de bienes inmateriales, vinculados con cosas producto de una creación intelectual o de manifestaciones culturales que carecen de soporte material (consideradas por la UNESCO patrimonio cultural de la humanidad).

Sin embargo, las criptomonedas pueden ser consideradas inmateriales en un sentido lato, no técnico-jurídico, derivado de su carácter abstracto. En el sentido que señala Pothier, podría ser más adecuado que los bienes incorpóreos sean clasificados como muebles o inmuebles según su especie u objeto⁷⁶. Como consecuencia de lo anterior, al ser consideradas dinero, las criptomonedas entrarían en la categoría de bienes muebles, y como tal tienen una regulación propia dentro del derecho de propiedad y en el derecho de las obligaciones romano y moderno – en el estricto sentido de deudas monetarias.

Es fácil cuestionarse que las criptomonedas no son dinero en el sentido tradicional o, mejor dicho, no se asemeja a ninguno de los tipos de dinero previamente existentes (*fiat*, legal, bancario, mercancía, pagaré y electrónico). Pero, por otra parte, su aceptación se ha incrementado vertiginosamente, lo que exige una reformulación o ampliación del concepto de dinero para que incluya completamente al dinero digital, virtual y, por ende, a las criptomonedas.

Este replanteamiento conceptual implicaría, no solo una ampliación en el concepto de dinero para que se incluya a las criptomonedas, proceso ya avanzado internacionalmente, en el ámbito del derecho público, sino, lo que es más importante, también adscribirles a éstas las consecuencias jurídicas de la regulación del dinero. Lo antes dicho es más adecuado que reformular el concepto de propiedad o de obligación, como muchos teóricos proponen.

considerarla como representación corporal de su valor pecuniario, como sucede con el papel moneda, las tarjetas de crédito, etc.

⁷⁵ Para analizar esta cuestión, se requiere una investigación independiente que excede la presente.

⁷⁶ V. arriba, nt. 24.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO-RUIZ 1994: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1994.
- ASCARELLI 1970: T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. es., Barcelona, 1970.
- BALDESSARELLI 1990: F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporeales' nel diritto romano classico*, en *RIDA*, XXXVII, 1990, 71 ss.
- BARFIELD 2006: W. BARFIELD, *Intellectual Property Rights in Virtual Environments: Considering the Rights of Owners, Programmers and Virtual Avatars*, en *Akron Law Review*, XXXIX.3, 2006.
- BARFIELD - SHERIDAN - ZELTZER - SLATER 1995: W. BARFIELD - T. SHERIDAN - D. ZELTZER - M. SLATER, *Presence and performance within virtual environments*, en *Virtual Environments and Advanced Interface Design*, III, edited by W. Barfield and T.A. Furness, Oxford, 1995.
- BARROILHET DÍEZ 2019: A. BARROILHET DÍEZ, *Criptomonedas, economía y derecho*, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, VIII.1, 2019, 29 ss.
- BARTLE 2004: R.A. BARTLE, *Designing virtual worlds*, Indianapolis, 2004.
- BARTLE 2012: R.A. BARTLE, *Pitfalls of Virtual Property*, en *The Themis Group*, 2012 (<http://www.mud.co.uk/richard/povp.pdf>).
- BIONDI 1953: B. BIONDI, *I beni*, en *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, IV.1, Torino, 1953, 22.
- BIOSCA I BAS 2009: A. BIOSCA I BAS, *Mil años de virtualidad: origen y evolución de un concepto contemporáneo*, en 'Eikasia'. *Revista de Filosofía*, V, 2009, 37.
- BJT35 2012: BJT35, *Licensing of Virtual Goods: Misconceptions of Ownership*, en *Gnovis Journal*, 26 April 2012, en <https://gnovisjournal.georgetown.edu/journal/licensing-of-virtual-goods-misconceptions-of-ownership/>
- BLOCK 1890: M. BLOCK, *Les Progrès de la Science Économique depuis A. Smith*, Paris, 1890.
- CRAWFORD 1970: M. CRAWFORD, *Money and Exchange in the Roman World*, en *JRS*, LX, 1970, 40 ss.
- EUROPEAN CENTRAL BANK 2012: EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, octubre 2012 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtual-currencyschemes201210en.pdf>).
- EUROPEAN CENTRAL BANK 2015: EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, febrero 2015 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>).
- FADDA - BENSA 1926: C. FADDA - P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, I. Del diritto in genere; II. Dei diritti in generale*, trad. it., IV, Torino, 1926.

- FALCONE 1990: G. FALCONE, *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, en *AUPA*, XLI, 1990, 5 ss.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE 2014: FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/ CTF Risks*, junio 2014 (www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html).
- FOX 2019: D. FOX, *It's Virtual Money*, in *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, edited by D. Fox and S. Green, Oxford, 2019, 18.
- GERBA - RUBIO 2019: E. GERBA - M. RUBIO, *Virtual Money: How Much do Cryptocurrencies Alter the Fundamental Functions of Money? Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*, Luxembourg, 2019.
- GIRARD 1909: P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it., Milano, 1909.
- GUARINO 1992: A. GUARINO, *Diritto privato romano*⁹, Napoli, 1992.
- KASER 1958: M. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, en *TR*, XXIX.2, 1958, 169 ss.
- KNAPP 1905: G.F. KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, Leipzig, 1905.
- KOHLER 1894: J. KOHLER, *Die Idee des geistigen Eigentums*, en *AcP*, LXXXII.2, 1894, 141 ss.
- KOHLER 1895: J. KOHLER, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, en *Archiv für bürgerliches Recht*, X, 1895, 241 ss.
- LAMBERT - LIEBAU - ROOSENBOOM 2022: T. LAMBERT - D. LIEBAU - P. ROOSENBOOM, *Security Token Offerings*, in *Small Business Economics*, LIX.1, 2022, 299 ss.
- LEBLANC 2016: G. LEBLANC, *The Effects of Cryptocurrencies on the Banking Industry and Monetary Policy*, 2016, 499.
- LEHMANN 2019: M. LEHMANN, *Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain*, en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, XXI.1 2019, 93 ss.
- MENGER 1871: K. MENGER, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, Wien, 1871.
- MENGER 2007: K. MENGER, *Principles of Economics*, eng. transl., Auburn, 2007.
- MISES 1924: L. VON MISES, *The Theory of Money and Credit*², eng. transl., New York, 1924.
- NAKAMOTO 2008: S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, en <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- ORESTANO 1968: R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968.
- ORESTANO 1981: R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981.
- POTHIER 1830: R.J. POTHIER, *Traité des choses*, in *Œuvres*, I, Paris, 1830, 140.

- PROCTOR 2012: C. PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*⁷, Oxford, 2012.
- PUGLIATTI 1959: S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, en *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 164 ss.
- PUGLIATTI 1962: S. PUGLIATTI, voce *Cosa (teoria generale)*, en *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 19 ss.
- PUGLIESE 1951: G. PUGLIESE, '*Res corporales*', '*res incorporales*' e il problema del diritto soggettivo, en *RISG*, V, 1951, 261.
- PUGLIESE 1982: G. PUGLIESE, *Dalle 'res incorporales' del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1137 ss.
- ROSCHER 1854: W.G.F. ROSCHER, *System der Volkswirtschaft. Ein Hand- und Lesebuch für Geschäftsmänner und Studierende*, I. *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Stuttgart, 1857.
- SAINZ DE VICUNA 1871: A. SAINZ DE VICUNA, *An Institutional Theory of Money*, in *International Monetary Law*, edited by M. Giovanoli and D. Devos, Oxford, 1871.
- SCIALOJA 1933: V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933.
- TURELLI 2012: G. TURELLI, '*Res incorporales*' e '*beni immateriali*': categorie affini, ma non congruenti, en *TSDP*, V, 2012, 72.
- VELÁZQUEZ 2020: L. VELÁZQUEZ, *Sobre el uso de 'possidere' en la literatura latina arcaica, desde sus inicios hasta Gayo Lucilio. Premisas para el estudio de la posesión*, en *RDR*, XX, 2020, 51.
- VOCI 1967: P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967.
- VOCI 1994: P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1994.
- WINDSCHEID 1886: B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it., Torino, 1886.

DANIEL NAVARRO SÁNCHEZ

DE LA *RES ROMANA* AL PLENO RECONOCIMIENTO
DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA:
EL AVANCE IMPARABLE DEL DERECHO ANIMAL

«Los animales no son propiedades o cosas,
sino organismos vivos, sujetos de una vida,
que merecen nuestra compasión, respeto, amistad y apoyo»

M. BEKOFF

1. *Introducción.* – La influencia del derecho romano en los sistemas jurídicos de Europa continental y Latinoamérica ha sido tan pronunciada que aún se mantiene latente y de forma transversal en las ramas del derecho actual. Lo anterior, ha ofrecido a las sociedades herramientas suficientes para dotar de soluciones jurídicas a las diferentes problemáticas que se venían suscitando en el ámbito privado y público de los seres humanos.

Este influjo ha tenido un impacto muy beneficioso en muchas áreas del derecho, dado que ha coadyuvado a regular situaciones tan distintas que de no haber sido positivizadas habrían generado conflictos entre sujetos que hubiesen hecho muy compleja la convivencia; sin embargo, la regulación romana también ha perpetuado a lo largo de los siglos conceptos jurídicos que se mantienen vigentes en la actualidad y que han podido incidir en la estigmatización de aquellos seres vivos que, derivado del proceso de domesticación, han formado parte de nuestras vidas desde hace milenios.

En este sentido, el concepto de *res* en el derecho romano fue atribuido a los animales y esclavos, siendo regulados ambos dentro del estatuto jurídico de propiedad. Por tanto, animales y esclavos – con

las salvedades que les distanciaban –, formaban parte de la esencia de las cosas en propiedad. Esta circunstancia, ha supuesto que, a lo largo de los años, gran parte de los sistemas jurídicos hayan seguido manteniendo a los animales dentro del concepto jurídico de las cosas en propiedad con los efectos jurídicos y sociales que ello comporta.

Sin embargo, en los últimos años, con base en el conocimiento científico-técnico, se ha producido un giro trascendental en la sociedad civil y en el derecho, lo que ha supuesto dar lugar a un nuevo paradigma en lo que a la conceptualización jurídica de los animales se refiere, así como una posible nueva taxonomía del concepto de *res* e incluso la posibilidad de subversión del concepto mismo en lo que a los animales se refiere.

Este nuevo paradigma pone en cuestión, la esencia misma del concepto de *res* atribuido al animal, y da lugar al inicio de un proceso descosificador imparable con base en la dignidad y sentiencia de los animales.

El citado proceso de descosificación que supone una revolución en la concepción romana de las cosas en propiedad, no necesariamente debe suponer una ruptura inmediata en la taxonomía inicial, dado que muchos de los sistemas jurídicos impregnados por el derecho romano comienzan a llevar a cabo modificaciones en sus Códigos civiles que, aunque reconocen que los animales «no son cosas», siguen regulando las relaciones con estos desde la misma conceptualización que la *res* romana.

Lo anteriormente indicado, es el modelo que se ha seguido en los códigos austríaco, alemán y suizo, poniendo de manifiesto que la ruptura brusca con las instituciones romanas es compleja, porque forman parte de la esencia misma del derecho.

Esta evolución en la conceptualización de los animales en los códigos actuales forma parte de un proceso que no solo se ha visto reflejado, entre otros, en los Códigos mencionados, sino que cuenta con el amparo del art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹ (en adelante, TFUE) de 2009, en el que se les reconoce ju-

¹ El citado artículo es del siguiente tenor literal: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres

rídicamente como seres sentientes. Añadido a lo anterior, incluso algunos países han reforzado sus sistemas jurídicos dando cabida a la protección de los animales en sus Constituciones.

Pues bien, asumir que los animales son seres sentientes y que el concepto de *res* romana empieza a conferirles escasa protección y seguridad jurídica, vislumbra un apasionante y productivo camino, dado que los sistemas jurídicos actuales deberán ofrecer herramientas adaptadas a los nuevos tiempos y dar cabida a aquellos seres sentientes que solo eran considerados cosas a los efectos jurídicos.

En este arduo camino, algunos juristas comienzan incluso a debatir la posibilidad de que los animales sean dotados de personalidad jurídica, para que puedan ver protegidos sus derechos. Este debate está alcanzando a muchos Estados, que analizan la cuestión con grandes divergencias jurídicas entre sí, e inclusive algunos Tribunales norteamericanos y latinoamericanos comienzan a dictar resoluciones, donde se reconoce la posibilidad de que haya animales a los que se debe conferir el estatuto jurídico de persona.

El hecho de que los animales sean considerados personas a efectos jurídicos podría ser esencial para dar comienzo a una ola de derechos que sin duda sería, tan inevitable como irreversible o «una tendencia imparable»² como indica Giménez-Candela.

2. *Los animales en el derecho romano.* – El derecho romano ha tenido una influencia decisiva en la codificación europea y latinoamericana, incluso japonesa y turca³, esta circunstancia ha impactado de manera decisiva en el desarrollo del derecho de todos aquellos países que lo asumieron como propio en su codificación.

Esta influencia ha sido capital no solo en lo que al derecho se refiere, sino en otros muchos aspectos que trascienden ampliamente el ámbito normativo, concretamente, por todos, Ihering indica que: «la importancia del derecho romano para el mundo actual no consiste

sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional». Se puede acceder al texto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>.

² GIMÉNEZ-CANDELA 2015a.

³ GIMÉNEZ-CANDELA 2019a, 9.

sólo en haber sido por un momento la fuente u origen del derecho: ese valor sólo fue pasajero. Su autoridad reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que ha hecho sufrir a todo nuestro pensamiento jurídico, y en haber llegado a ser, como el cristianismo, un elemento de civilización moderna»⁴.

Las palabras de Ihering representan a la perfección el impacto que ha tenido el derecho romano en la sociedad actual, erigiéndose como un elemento que ha penetrado hasta el punto de ser «un elemento de civilización moderna». Esta circunstancia no es trivial porque pone en liza que su revolución ha creado una estructura que se encuentra asentada en todas nuestras instituciones lo que, para lo bueno y lo malo, impacta de forma notoria en la visión jurídico-social que tenemos de todo lo que nos rodea.

Así pues, analizaremos la regulación de los animales en el derecho romano relativa a su taxonomía y su consideración como *res*, así como sus posibles efectos sobre la cosificación de los animales en la codificación europea y latinoamericana que tuvo lugar desde el Código Napoleón.

2.1. *La taxonomía romana de 'res' y los animales.* – Como es sabido, el concepto de *res* es muy amplio, podríamos decir que el concepto jurídico de cosa «varía de época a época y de civilización a civilización»⁵. Concretamente, Giménez-Candela, referenciando a Bonfante, indica que «cosa es una entidad externa al sujeto, que tiene valor económico, y que en la conciencia económico-social viene aislada y concebida como un objeto independiente»⁶.

Detenernos en la necesidad de realizar una taxonomía de la *res* romana y, concretamente, respecto de los animales, aunque pudiera parecer banal, no lo es, y ello porque la historia del derecho ha enseñado que, para poder entender las cosas, debemos tratar de clasificarlas.

A este respecto, debemos partir de la esencia de que las grandes clasificaciones respecto de las cosas en el derecho romano se las debemos, como es conocido, a Gayo y Justiniano. Todo ello con base en la idea de que «el estudio del Derecho tiene un objeto triple: las per-

⁴ IHERING 2001, 2.

⁵ GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 163.

⁶ GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 163.

sonas, las cosas y las acciones»⁷, esta idea que pertenece a Gayo, «fue Justiniano, casi cuatro siglos después, quien canonizó “esa tríada didáctica de personas-cosas-acciones como si fuera una *divisio* de partes sistemáticas del ordenamiento jurídico”»⁸.

Concretamente, Gayo (Gai 2.1), en lo referente a las cosas que ofrecen una utilidad de carácter económico, distingue entre (i) *res Mancipi* y, (ii) *res nec Mancipi*, las primeras exigían un acto formal para su adquisición y las segundas eran de libre cambio y no exigían de ese acto que dotase de «eficacia el acto adquisitivo de la propiedad»⁹.

Entre la *res Mancipi*, encontraríamos ubicados a los «los esclavos, los animales de tiro y carga y los fundos itálicos con sus servidumbres rústicas»¹⁰. Aunque pudiera resultar llamativo que animales y esclavos formasen parte de las cosas en el derecho romano, no debemos olvidar el carácter eminentemente rural de la economía romana y que estos eran «las fuerzas de trabajo más relevantes»¹¹ de la economía de los primeros siglos romana.

Es importante destacar, a este respecto, que existe una concepción errónea sobre que los esclavos y los animales eran cosas de igual rango, dado que no era así en modo alguno, la realidad es que el derecho romano no trató «del mismo modo (salvo en el procedimiento relativo a la asunción de la responsabilidad noxal) a los esclavos y a los animales»¹².

Así, como indica Giménez-Candela, «en los textos se distingue perfectamente a los esclavos, como personas *in potestate* y no como cosas, de los animales, aunque ambos formen parte de la categoría de *res Mancipi*»¹³. Podría decirse, por tanto, que hasta para ser *res* había clases, dado que el esclavo aun siendo *res*, era reconocido de forma diferente por su condición de ser humano¹⁴.

Esta clasificación de «*Mancipi* y *nec-Mancipi*, fundada en un factor socioeconómico, fue perdiendo importancia hasta decaer con Jus-

⁷ NAVA 2019, 49.

⁸ NAVA 2019, 49.

⁹ GIMÉNEZ-CANDELA 2014, 4.

¹⁰ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 165, nt. 5.

¹¹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 165, nt. 5.

¹² GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 12.

¹³ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 165, nt. 5.

¹⁴ CONTRERAS 2014, 48.

tiniano»¹⁵. Concretamente, desde las I. se alcanzó una clasificación de las cosas que se dividía entre «las cosas dentro del comercio»¹⁶ que incluiría a la mayor parte de los animales y «las cosas fuera de él (como los animales salvajes en libertad)»¹⁷.

Igualmente, otra de las clasificaciones que se ha perpetuado desde Gayo (Gai 2.14 ss.), en los Códigos actuales bajo el influjo romanista – también se observa en la Compilación justiniana –, es aquella que parte de la diferenciación entre «animales domésticos, amansados y silvestres, entre los que se incluyen los animales que se pescan y se cazan, así como los animales exóticos, procedentes de tierras lejanas»¹⁸.

La realidad es que ese afán por tratar de entender el mundo animal ha hecho que a lo largo de los siglos desde el derecho romano se haya tratado de clasificar a los animales, siempre desde una perspectiva económica y antropocéntrica, extremo que, aunque justificable, podría haberse evitado dado que «la Antigüedad se mostró relucante»¹⁹ a clasificarlos, porque «los animales formaban parte de un todo con una naturaleza respetada en la llamada *scala naturae*»²⁰.

2.2. La cosificación de los animales derivada del derecho romano. –

La regulación de los animales en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos como cosas ha sido un hecho cierto y generalizado, y ello, con base en la visión romanista de estos como *res*.

No obstante, cabría preguntarse si el derecho romano, efectivamente, ha sido el generador de la cosificación de los animales y, en última instancia, de las actitudes de desprecio de las sociedades actuales para con ellos. De hecho, se ha perpetuado «el reproche común de que en Roma se consideraba al animal como una materia sin vida y que la noción de propiedad sobre los animales es el punto de arranque del maltrato animal o, al menos, de la inferioridad de los animales»²¹.

Esta circunstancia, según Giménez-Candela no resulta exacta, no solo por la importancia de las palabras de Justiniano, en el Digesto,

¹⁵ CONTRERAS 2014, 53.

¹⁶ V. NAVA 2019, 49, nt. 7.

¹⁷ V. NAVA 2019, 49, nt. 7.

¹⁸ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 168, nt. 5.

¹⁹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 168, nt. 5.

²⁰ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 168, nt. 5.

²¹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 168, nt. 5.

en las que se indicaba de forma clara que existía un «derecho propio de la naturaleza que es común a todos los seres vivos (sin distinción de si se trata de humanos o animales)»²², sino, también, por distintas expresiones en este sentido de, por ejemplo, Cicerón y Séneca²³.

Del mismo modo, la visión sobre un derecho romano que consideraba a los animales como seres sin vida o inertes no es válida en atención a las fuentes existentes en esta materia – solo hay que analizar la definición del término animal para dar cuenta de ello²⁴ –, sino que era un elemento que era usado en las relaciones económico-jurídicas y, por tanto, requería la ubicación en alguna parte del derecho. De hecho, «los romanos consideraban a los animales – respetando su esencia de seres vivos –, como *res sui generis*»²⁵.

Podemos aseverar, que el derecho romano fue precursor en esta materia, porque, aunque resulta una obviedad indicar que en todas las sociedades de la antigüedad animales y esclavos existían, ninguno de ellos formaba parte de una figura jurídica cierta, eso cambió en la visión romanista y es que «otorgar a los esclavos y a los animales el mismo estatuto jurídico, ... es lo que ha permitido que la situación de los esclavos, ... mejorara a través de la manumisión y, definitivamente se aboliera»²⁶, por lo que «en aplicación de la misma lógica, hoy nos planteamos el cambio de estatuto jurídico de los animales, como cosas en propiedad, porque están identificados como una categoría jurídica y éstas admiten cambios, mejoras y supresiones»²⁷.

En el mismo sentido, de esa visión respetuosa con la animalidad, debe destacarse la referencia que hace Torres Silva a Nussbaum donde citando a Plinio indica que: «En el año 55 a.C. el general romano Pompeyo ofreció el espectáculo de una lucha entre hombres y elefantes. Rodeados en la arena, los animales advirtieron que no tenían posibilidad alguna de salvación. Entonces refiere Plinio que “suplicaron a la multitud tratando de despertar su compasión con ademanes casi indescriptibles; se dolían de su difícil situación emitiendo una suerte

²² GIMÉNEZ-CANDELA 2017a, 299.

²³ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020a, 168, nt. 5.

²⁴ GIMÉNEZ-CANDELA 2021, 10.

²⁵ GIMÉNEZ-CANDELA 2021, 10.

²⁶ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2017a, 300, nt. 22.

²⁷ GIMÉNEZ-CANDELA 2017b.

de lamento”. El público, movido a la piedad y contrariado por sus dificultades, comenzó a maldecir a Pompeyo, sintiendo, escribe Cicerón, que entre los elefantes y el género humano había un vínculo de comunidad (societas)»²⁸.

Esta convivencia pacífica y en armonía con la naturaleza, «en nuestro mundo occidental, se ha ido desdibujando con el paso de los siglos, pero ... es el que nos ha transmitido toda la literatura clásica greco-romana»²⁹, todo ello sin negar la obviedad de que los animales en el derecho romano formaron parte del concepto de *res*, desde una visión puramente patrimonial, con base en una economía eminentemente agraria.

En consecuencia, podría ser más acertado aseverar que fue el Código Francés – que se promulgó en el año 1804, que plasmó la visión justiniana y que «constituyó el modelo de codificación del derecho a lo largo de los siglos XIX y XX»³⁰ – el que ignoró «los avances científicos que, sobre la naturaleza de los animales, ya se había producido en aquel tiempo, o la reflexión filosófica tendente a considerar a los animales como elementos integrantes de una naturaleza que merecía respeto, así como las corrientes de pensamiento que acentuaban la capacidad de sentir de los animales»³¹, lo que, sin duda, «tuvo un influjo directo e innegable en el resto de las Codificaciones europeas y latinoamericanas»³².

3. *El proceso de descosificación de los animales. De la sentiencia a la personalidad jurídica, un recorrido apasionante.* – Desde los años 60 se ha venido produciendo un «giro animal»³³ («animal turn»³⁴), que ha puesto en cuestión la taxonomía de los animales como cosas y ha originado el desarrollo de teorías sobre la personalidad jurídica de los animales.

A este respecto, se podría decir que se han producido diversas etapas en el desarrollo de la cuestión animal, que nos hacen ubicarnos en

²⁸ TORRES SILVA 2016, 2.

²⁹ TORRES SILVA 2016, 2.

³⁰ V. CONTRERAS 2014, 63, nt. 15.

³¹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2014, 7, nt. 9.

³² V. GIMÉNEZ-CANDELA 2014, 7, nt. 9.

³³ GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 8.

³⁴ GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 8, en el que se hace referencia a RITVO.

diferentes contextos históricos y que explican perfectamente el momento en el que nos encontramos hoy.

En este sentido, debemos destacar el análisis exhaustivo que realiza Giménez-Candela³⁵, donde de forma rigurosa establece el avance que se ha producido en la cuestión animal y las diferentes etapas existentes en esta materia.

En dicho artículo, se puede observar que, se establece a la dignidad, como elemento precursor de la lucha animalista desde una vertiente jurídica, circunstancia que ha sido palanca de cambio en las legislaciones y jurisprudencia sobre la materia, así como constituyeron las bases de un nuevo paradigma jurídico.

En este sentido, el *iter* lógico que se ha seguido, se estructura en tres hitos fundamentales, (i) dignidad, (ii) sentiencia y, (iii) personalidad jurídica. Además de lo anterior, y derivado de este proceso, podemos incorporar un cuarto hito a alcanzar: (iv) la generación de derechos individuales.

En el presente apartado se analizarán cada una de estas fases que se han erigido y se erigen como elementos vertebradores de la descosificación de los animales en los ordenamientos jurídicos, proceso que «no significa en lo absoluto que estos seres o entes pierdan su condición ontológica de animales, sino la de que cambie su estatus o condición jurídica. Es decir, no se trata de que a partir de su descosificación el animal adquiera la condición ontológica de ser humano o que adopte algún tipo de forma o apariencia humana, sino la de que adquiera un estatus jurídico diferente al de cosa u objeto ligado a la propiedad»³⁶, en consecuencia, se trata de que vean protegidos sus intereses.

3.1. *Dignidad*. – Una primera fase, en lo que denominaremos olas del movimiento jurídico-animalista, ha sido el reconocimiento de la dignidad de los animales, elemento capital para que se alcancen fases ulteriores.

En este sentido, para Kant, el ser humano «posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él

³⁵ GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 6 ss.

³⁶ V. NAVA 2019, 52, nt. 7.

a todos los seres racionales del mundo»³⁷. Para este autor la dignidad no engloba a otros seres, sino que solo afecta al ser humano *per se*. Desde un punto de vista práctico, el respeto no puede entenderse más que como la esencia de la dignidad, por lo que es casi un imperativo colegir que la primera fase de cualquier movimiento debe perseguir el reconocimiento de la dignidad.

Las primeras referencias expresas a la «dignidad de la criatura», como tal, aparecen en la Constitución de Suiza de 18 de abril de 1999, posteriormente en el año 2008 esa criatura mutaría a «dignidad del animal»³⁸ como consecuencia de las modificaciones en la Ley de protección de los animales, por tanto, podríamos considerar a este país como disruptor en el reconocimiento de la dignidad a los animales³⁹.

A este respecto, la dignidad del animal y los debates filosóficos que se venían manteniendo, generaron «el caldo de cultivo»⁴⁰ necesario para que los Códigos civiles austríaco (ABGB - 1988), alemán (BGB - 1989) y suizo (BGB - 1990) comenzasen a realizar modificaciones en el estatuto jurídico de los animales, suprimiendo su consideración como cosas mediante una formulación negativa que los definiría como no-cosas – en el mismo sentido Cataluña en el año 2006 –. Formulación negativa no exenta de controversias.

Sobre esta materia se pronuncia también Capacete González, referenciando a Doménech Pascual, dejando patente que existe «una preocupación que una parte cada vez más importante de la sociedad muestra por el bienestar animal, considerado no como un instrumento para la consecución de fines humanos sino como algo intrínsecamente valioso, digno de consideración y de respeto por sí mismo»⁴¹.

Esta preocupación de parte de la sociedad por el bienestar animal pone de relieve un nuevo escenario que otorga un respeto por los animales que les dota de forma directa de una concepción ajena a la alteridad y más propia de hacerlos converger dentro de una sociedad que hasta hace pocos años era exclusiva y excluyentemente humana.

³⁷ KANT 1913, 434.

³⁸ GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 198 s.

³⁹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 6 ss., nt. 33.

⁴⁰ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 10, nt. 33.

⁴¹ CAPACETE GONZÁLEZ 2017, 2.

No se trata, de convertir a los animales en seres humanos, se trata de ofrecer protección a otros seres vivos que sienten y padecen. Por tanto, se trata de extender a estos, aquello de lo que ya disponen el común de los humanos – circunstancia que no siempre fue así-. Se trata, pues, de no ser especista⁴², de evitar el prejuicio de especie.

3.2. *Sentientia*. – *Conceptualización*. La palabra sentiente la popularizó el filósofo español, Xavier Zubiri, derivado de su teoría sobre la inteligencia sentiente que fue plasmada en una trilogía sobre esta materia. A este respecto, Giménez-Candela indica que estaríamos ante una «teoría del conocimiento aplicada al ser humano como teoría de la inteligencia no meramente racional – según la acepción tradicional –, sino como inteligencia que precisa de los sentidos para poder completar el acto de conocer»⁴³.

Por tanto, su teoría del conocimiento iría más allá del simple razonamiento, ya que exige que la inteligencia se vea complementada por los sentidos, para poder alcanzar el discernimiento pleno. Estamos enmarcados en la importancia de los sentidos frente a la razón, extremo, este último, que ha sido el eje tradicional de la filosofía.

La importancia de la sentientia se erige como un elemento capital en la teoría de Zubiri, también lo ha sido para otros autores, que mostraron que esta era la unidad de medida de los seres y no la razón o el habla, concretamente Bentham, en 1789, indicó que «la cuestión no es si pueden razonar, o si pueden hablar, sino ¿pueden sufrir?»⁴⁴.

La honda reflexión de Bentham tiene la fuerza de esas afirmaciones que perduran con el paso del tiempo que, aunque evidente para muchos, es muy reveladora para otros. Podemos decir que dicha máxima, ayudó en el inicio de un cambio de paradigma⁴⁵ en nuestra re-

⁴² La palabra especismo fue acuñada por Richard R. Ryder en los años 70, podría definirse en palabras de Horta como «la consideración o trato desfavorable injustificado de quienes no pertenecen a una cierta especie». V. HORTA 2020, 166. Actuar con actitudes de especismo, en palabras de Jackson y Gibbins, es «comparable en forma y función a otros 'ismos' como el racismo y el sexismo», se puede consultar en JACKSON - GIBBINGS 2016, 151.

⁴³ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 8, nt. 12.

⁴⁴ BENTHAM 1789, 282 s.

⁴⁵ Bentham y Darwin representan el cambio en un paradigma que evidenciaba la diferencia entre hombre y animal con base en el habla o el raciocinio y que pasó a

lación con los animales y produjo, con posterioridad, el germen necesario para la aparición de las nuevas teorías animalista y el modo de ver al resto de seres que habitan nuestra misma casa; sin embargo, ¿qué debemos entender por sentiencia?, la visión de Bentham constituye un elemento muy primigenio del significado real de la palabra. A este respecto Horta, indica que la sentiencia es: «la capacidad de experimentar cosas, o sea, de poder vivenciar lo que nos pasa. La sentiencia no consiste en poder recibir estímulos del exterior. Un termostato o una bacteria pueden recibir estímulos y actuar en respuesta a ellos, pero no experimentan esos estímulos como vivencias. En cambio, los seres con sentiencia (o seres sintientes) no son objetos inconscientes. Por el contrario, se enteran de lo que les pasa. Un animal que ve algo experimenta eso que ve. Cuando alguien tiene algún pensamiento o algún recuerdo, tiene la experiencia de eso en lo que está pensando. Los seres sintientes son, pues, todos los que tienen experiencias, sean tales experiencias y tales seres del tipo que sean. A veces esas experiencias son buenas, placenteras. En otros casos son negativas, desagradables»⁴⁶. A mayor abundamiento, Donaldson y Kymlicka, referencian a Francione que explica la sentiencia, del siguiente modo: «señalar que los animales son sintientes no es lo mismo que decir que están vivos. Tener sentiencia implica que se es un tipo de ser que es consciente del dolor y el placer; hay un yo que tiene experiencias subjetivas»⁴⁷. Es destacable el concepto transmitido por Francione, porque enraíza con lo más profundo del concepto de individualidad, de ser algo diferente al resto, en definitiva, de ser un yo característico.

En consecuencia, la sentiencia es algo más que el solo sufrimiento al que se refería Bentham abarca la propia experimentación de la vida, el deseo, el placer, etc., pero sobre todo la consciencia. Por tanto, la sentiencia es ser consciente de lo que sucede a tu alrededor y percibirlo, por lo que pasamos del paradigma cartesiano del «pienso, luego existo», a un movimiento animalista que irrumpe con fulgor desde los años 60 con Singer, Regan y Francione, entre otros, para en palabras

basarse en un «iluminismo de los sentimientos» según indica Pollo referenciado por GIMÉNEZ-CANDELA 2021, 10, nt. 24.

⁴⁶ HORTA 2017, 45 s.

⁴⁷ DONALDSON - KYMLICKA 2011, 53.

de Kundera, establecer un nuevo paradigma basado en el «siento, luego existo»⁴⁸.

De todos los autores mencionados, se detrae que el eje central que debe guiar la valoración de los animales a nivel moral no es la razón, la palabra o la inteligencia, sino que debe ser exclusivamente la sentiencia, entendida como algo más complejo incluso de lo que expresaba Bentham.

Proceso histórico, religioso y cultural. A lo largo de la historia, la relación del ser humano con los otros animales ha sido bastante problemática y, quizás, como indica Giménez-Candela, «que los animales son seres que experimentan emociones, dolor, sufrimiento, alegría, placer, como cualquier ser vivo, no parece hoy en día una novedad, sino un dato científicamente demostrado desde hace algunos siglos»⁴⁹.

Nótese la expresión de quizás, no como una salvedad a lo que indica Giménez-Candela, sino a la escasa penetración de esta idea en la sociedad actual, circunstancia que hace preguntarse si las teorías científicas, las incluso constatadas y contrastadas, como la presente, llegan realmente al común de la sociedad.

Esta idea, no es en absoluto baladí por cuanto no son pocas las veces que los seres humanos muestran perplejidad ante las muestras evidentes de sentimientos por parte de los animales.

Esta perplejidad es síntoma inequívoco de que la ciencia ha alcanzado un grado de discernimiento del comportamiento animal mucho más profuso de lo que el conocimiento común haya podido aprehender, circunstancia que nos debe hacer recapacitar sobre, no solo la transmisión de la información a la sociedad, sino sobre el componente educativo, puesto que el eje de progreso de las sociedades no solo se debe medir por los avances que se logren, sino porque esos avances penetren en lo más profundo de estas.

En este mismo sentido, se han pronunciado Bekoff y Pierce, cuando indican que «padecemos lo que los científicos sociales llaman un problema de ‘traducción del conocimiento’: hay un abismo grande y cada vez más ancho entre nuestro conocimiento básico y la traducción o aplicación de este conocimiento en forma de políticas prácti-

⁴⁸ KUNDERA 1990, 242.

⁴⁹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 168, nt. 38.

cas»⁵⁰. Los citados autores, referenciando a Jones, indican que «el estatus moral de los animales, tal como se refleja en casi toda – incluso en las más progresistas- políticas de bienestar, está muy por detrás, ignora o desdeña arbitrariamente nuestra mejor producción científica sobre la sentiencia y la cognición»⁵¹.

De nada sirve que la ciencia alcance un grado de conocimiento excelso si eso no se traduce en que el motor de las sociedades haga uso de este. ¿A qué se debe esta asincronía? Fundamentalmente a la cultura y a la religión – que forma parte de la primera –.

En este mismo sentido, Choza Armenta, mantiene que la cultura es «el conjunto de procedimientos mediante los cuales los diversos grupos de la especie *homo sapiens* mantienen su vida y la propagan, y las religiones son esa parte de la cultura que regula el trato con el poder del que depende la vida y la muerte de los hombres, de los restantes seres vivos y del universo todo»⁵².

Cobra así especial relevancia la religión como parte de la cultura que «regula el trato con el poder» no solo respecto de los seres humanos, sino «de los restantes seres vivos», este elemento tiene una especial trascendencia por cuanto la religión ha estado tan anclada a nuestro ser que, como sociedad, estamos absolutamente endoculturados por ella, por lo que se hace muy complejo poder subvertir estos sentimientos tan enraizados.

Derivado de lo anterior, y en lo que se refiere al trato que dispensamos a los animales con base en nuestra cultura, es destacable el capítulo 1, versículo 26 del Génesis, en él se indica que «Dios dijo: ‘Hagamos al hombre a nuestra imagen, según nuestra semejanza; y que le estén sometidos los peces del mar y las aves del cielo, el ganado, las fieras de la tierra, y todos los animales que se arrastran por el suelo’»⁵³.

No cabe duda de que semejante afirmación de Dios, pone en serios aprietos al mundo animal, – ya que difícilmente se pudo encontrar una traducción al castellano con más impacto que el someti-

⁵⁰ BEKOFF - PIERCE 2018, 26.

⁵¹ BEKOFF - PIERCE 2018, 26.

⁵² CHOZA ARMENTA 2018, 31.

⁵³ Se puede hacer una atenta lectura del pasaje referenciado en el siguiente enlace: https://www.vatican.va/archive/ESL0506/___P2.HTM

miento –. Así, la Real Academia Española (RAE) lo define como acción y efecto de someter, siendo que la primera acepción de someter no es otra que «sujetar, humillar a una persona, una tropa o una facción»⁵⁴.

Ante tales deseos del Altísimo, de un libro con tanta incidencia en el mundo religioso como es el Génesis, se hace cuanto menos evidente que existe no solo un abismo ontológico entre seres humanos y animales, sino que estos últimos estarán a merced y bajo el mandato divino de los primeros, lo que será clave para entender no solo nuestro momento histórico actual, sino también las sucesivas teorías que en nombre de la razón se produjeron con posterioridad al Génesis.

No obstante, como bien es sabido, los matices nos hacen diferentes, y los soportes que fundamentan la desigualdad entre animales antes referida, así como la visión de estos como meros elementos propiedad del ser humano, podrían no ser más que fruto de una mala interpretación de las sagradas escrituras, lo que no solo resultaría inicuo, sino también bastante cínico.

Así, Goodall, se refería a esta cuestión indicando que «muchos estudiosos hebreos creen que el dominio [sometimiento] del mundo es una traducción muy pobre de la palabra original hebrea *v'yrdū*, que significa en realidad 'gobernar con solicitud y respeto', como un rey sabio gobierna a sus súbditos. Implica un sentido de la responsabilidad y de poder ilustrados»⁵⁵.

En definitiva, una posible nefasta interpretación/traducción con consecuencias desastrosas para el resto de los seres vivos y que como indica Pelluchon, se basa en, «este afán de control, que también denota miedo a la vulnerabilidad propia y ajena, va unido a la tentación de negar la alteridad del otro y la necesidad de dominio»⁵⁶.

Las bases religiosas, las traducciones erróneas o interesadas, sembraron un escenario dantesco para el resto de los seres vivos, y fueron precursoras de que, desde la antigüedad, muchos autores sostuvieran la animalidad como algo ajeno al ser humano y que estos solo eran meros objetos entregados por voluntad divina.

⁵⁴ Se puede acceder a la definición de someter en el siguiente enlace: <https://dle.rae.es/someter?m=form>

⁵⁵ GOODALL 2000, 261.

⁵⁶ PELLUCHON 2018, 51.

Sin embargo, no solo la religión ha tenido impacto en el trato que dispensamos a los animales, grandes pensadores griegos como Aristóteles iniciaron el camino tortuoso de los animales puesto que sus tesis concedieron a la razón, *logos*, el elemento esencial de diferenciación con el resto de los seres. El propio Aristóteles indica que, «las plantas existen para los animales, y los demás animales, en beneficio del hombre»⁵⁷.

Este pensamiento, también fue compartido por Santo Tomás de Aquino en su *Summa teológica* o por el propio Kant, que llegó a indicar que «los animales existen únicamente en tanto que medios y no por su propia voluntad, en la medida que no tienen conciencia de sí mismo, mientras que el hombre constituye el fin. ... no tenemos ningún deber para con ellos de modo inmediato; los deberes para con los animales no representan sino deberes indirectos para con la humanidad»⁵⁸.

En atención a lo anterior, si cabe algún deber frente a los animales no es por respeto directo a estos, puesto que están desprovistos de razón, sino meramente porque los comportamientos indeseables frente a estos seres pudieran ser en última instancia perturbadores, en el futuro, de actos frente a humanos.

Es evidente que estas visiones de Aristóteles, Kant o Tomás de Aquino hacen sostener en el tiempo las bases fundamentales de la cosificación animal y la visión sesgada de la alteridad; ese otro que está al servicio del ser humano y respecto de los cuales no se tienen obligaciones morales *per se*.

En palabras de Lara y Campos, «Aristóteles, Aquino y Kant son solo unos ejemplos, muy significativos, de diferentes formas de explicar lo que ha sido, y sigue siendo, una misma concepción dominante sobre cómo hemos de considerar tratar a los animales. Según esta, los animales no pertenecen a la comunidad de los seres que importan moralmente»⁵⁹.

No obstante, esta visión, aunque cosificadora, dotaba a los animales la posibilidad de ser seres receptores indirectos de deberes morales, aunque el fin último fuese una visión antropocéntrica en la se

⁵⁷ ARISTÓTELES 1999, 16 s.

⁵⁸ KANT 1988, 287 ss.

⁵⁹ LARA - CAMPOS 2015, 29.

tratase de salvaguardar los intereses últimos de una posible degradación moral humana. Además, se debe destacar la aportación de Descartes al debate, que consideró que los animales pasan a ser meros autómatas, simples máquinas que ni sienten ni padecen.

Así, Lara y Campos, se hacen eco de una de las cartas que remite Descartes a More en febrero de 1649, en la que indica que «los animales hacen muchas cosas mejor que nosotros, pero esto no me sorprende. Esto puede ser usado para probar que ellos actúan como un reloj, que dice la hora mejor que lo hace nuestro propio juicio»⁶⁰.

La visión cartesiana como exponen los citados profesores fue «calando muy hondo en las distintas áreas de conocimiento»⁶¹, circunstancia que coadyuvó a que aún hoy gran parte de los seres humanos sigan sorprendiéndose con actitudes afectivas de los animales o consideren que estos sean meras mercancías a su disposición.

No obstante, la humanidad en algunos momentos ha realizado reflexiones de carácter compasivo respecto de los animales, como ejemplos: Pitágoras⁶², Plinio⁶³, Ovidio⁶⁴, Plutarco⁶⁵, Porfirio⁶⁶, San Francisco de Asís⁶⁷, San Basilio⁶⁸, Michel Eyquem de Montaigne⁶⁹, Voltaire⁷⁰ o Hume⁷¹.

Como se puede observar, aunque hubo pensadores de prestigio que consideraban a los animales como algo más trascendente que meros seres autómatas o que quedasen meramente a merced de los humanos, este ha sido un pensamiento muy minoritario, cultura, religión y pensadores prestigiosos han generado los resortes suficientes

⁶⁰ LARA - CAMPOS 2015, 38 s.

⁶¹ LARA - CAMPOS 2015, 39.

⁶² RIECHMANN 2017, 42.

⁶³ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 168, nt. 38.

⁶⁴ LENOIR 2018, 93.

⁶⁵ V. RIECHMANN 2017, 49, nt. 62; v. LENOIR 2018, 149, nt. 64.

⁶⁶ V. RIECHMANN 2017, 49, nt. 62.

⁶⁷ A él se refiere el papa Jorge Bergoglio en su famosa encíclica *Laudatio si* – Sobre el cuidado de la casa común. Se puede acceder en el siguiente enlace: https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

⁶⁸ SINGER 2018, 200.

⁶⁹ V. LENOIR 2018, 65, nt. 64.

⁷⁰ V. LENOIR 2018, 52, nt. 64.

⁷¹ V. RIECHMANN 2017, 65 ss., nt. 62.

para que el conocimiento científico actual no se haya traducido en conocimiento social democratizado.

Difícilmente, el ser humano podría ser el único con la capacidad de sentir dolor o placer, cuando provenimos de los mismos ancestros y cuando la sentiencia es un mecanismo no solo de disfrute, sino también de alerta y protección ante el peligro, esencia consustancial a la evolución y supervivencia de las especies. En este mismo sentido se pronuncian los profesores Lara y Campos, cuando indican que «la experiencia del sufrimiento es, por tanto, producto de la evolución biológica»⁷².

La cultura, la tradición y las costumbres nunca deben ser un impedimento para el conocimiento, porque sin este último nunca habríamos alcanzado las metas que nos hemos establecido como sociedad, en ese sentido lo expone Choza Armenta citando al reconocido antropólogo Edwar T. Hall, «para evitar esa locura colectiva hay que aprender a trascender la propia cultura y adaptarla al propio tiempo y al propio organismo. Para alcanzar estos objetivos, y dado que la introspección no enseña nada de esto, el hombre necesita experimentar otras culturas»⁷³.

Por tanto, necesitamos trascender nuestra cultura, si ello supone un óbice al reconocimiento de los animales como seres sentientes y con posibilidad de ser sujetos de derechos.

La relevancia científica y jurídica de la sentiencia. La sentiencia ha supuesto el eje principal de articulación de la mayor parte de las teorías contemporáneas que afectan al derecho Animal con base en el conocimiento científico, tal es así que ha supuesto y supone el motor del cambio en el giro animalista.

A este respecto, debemos subrayar la importancia de declaraciones científicas de enorme valor como la Declaración de Cambridge de 2012⁷⁴, en la que un grupo de científicos de reconocido prestigio,

⁷² V. LARA - CAMPOS 2015, 41, nt. 59.

⁷³ V. CHOZA ARMENTA 2018, 9, nt. 52.

⁷⁴ La Declaración de Cambridge ha supuesto un hito dentro del derecho Animal, no solo a los efectos de poner de manifiesto que los animales tienen consciencia, sino que incluso añade «la capacidad de mostrar comportamientos intencionales», algo que añade un elemento importante al debate moral (<https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>).

reforzaron el mensaje de que los animales sienten y son conscientes de lo que les rodea, indicando que: «La ausencia de un neocórtex no parece impedir que un organismo pueda experimentar estados afectivos. Hay evidencias convergentes que indican que los animales no humanos poseen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de los estados de consciencia, junto con la capacidad de mostrar comportamientos intencionales. En consecuencia, el peso de la evidencia indica que los humanos no somos los únicos en poseer la base neurológica que da lugar a la consciencia. Los animales, incluyendo a todos los mamíferos y aves, y otras muchas criaturas, entre las que se encuentran los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos».

A nivel académico, dicha declaración ha supuesto un elemento capital que ha inspirado innumerables documentos de investigación dado que la misma goza de un respaldo científico de calado, reforzando el proceso descosificador de los animales y su empoderamiento social.

Va a ser, por tanto, la sentiencia un elemento «principal, que ha permitido y permite al legislador introducir cambios para dotar a los animales de una mejora de su condición jurídica»⁷⁵.

A este respecto, este proceso descosificador se le debe en gran parte a la legislación europea en materia de bienestar animal⁷⁶, concretamente cobra especial relevancia, la expresión «sentient beings» recogida en el art. 13 TFUE, que pretende plasmar que los animales sienten y padecen, en definitiva, que no son cosas, dejando patente que los animales son seres que tienen sentiencia y son conscientes de lo que tienen a su alrededor.

La normativa europea citada es de obligado cumplimiento por los Estados miembros, a pesar de «las limitaciones que el mismo artículo impone en la segunda parte de su redacción»⁷⁷; sin embargo, el proceso de modificación de los Códigos civiles europeos no ha sido todo lo fulgurante y uniforme que cabría haber esperado, si bien, tampoco las traducciones del art. 13 han resultado de ayuda al proceso descosificador de los animales.

⁷⁵ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2021, 12, nt. 24.

⁷⁶ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 14, nt. 33.

⁷⁷ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 14, nt. 33.

Podemos destacar que Francia en el año 2015 procedió a la modificación de su Código civil, reconociendo a los animales como «seres vivos dotados de sensibilidad»⁷⁸, desde luego, como indica Giménez-Candela, «el Código Napoleón, ha sido un revulsivo para los restantes Códigos continentales»⁷⁹, quizá, para saldar la deuda histórica contraída con los animales desde 1804.

La modificación de la normativa francesa se auspiciaba no solo en la legislación europea y la vinculación al art. 13, sino a que la «situación jurídica de los animales, no se sostiene en la sociedad actual y deriva de ello la propuesta de cambio de dicho estatuto y la creación de la categoría de los animales, separada de la de las cosas»⁸⁰, no obstante, «el legislador no se atrevió a modificar la ‘*summa divisio*’ personas-cosas»⁸¹.

Por tanto, se podría aseverar que Francia dio comienzo a «una nueva Revolución Francesa»⁸², que está teniendo calado en todo el derecho europeo continental y ha ido avanzando de forma sostenida y sin pausa en todos los países del entorno, tal es así que, en diciembre de 2016, Portugal procedió a modificar su Código civil⁸³ reconociendo la «naturaleza de seres vivos dotados de sensibilidad»⁸⁴ de los animales.

El caso de Portugal, «presenta rasgos de originalidad»⁸⁵, dado que, sin atribuirles personalidad jurídica, creó una nueva clasificación para los animales, al entender que estos «no encajan como cosas en la cla-

⁷⁸ LOI n.º 2015-177 du 16 février 2015 («relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures»: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000030249593/2015-02-18/>). En su art. 2 establece que «les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité».

⁷⁹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 15, nt. 33.

⁸⁰ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 13, nt. 12.

⁸¹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 13, nt. 12.

⁸² GIMÉNEZ-CANDELA 2015b.

⁸³ GIMÉNEZ-CANDELA 2016.

⁸⁴ Lei n.º 8/2017 de 3 de março estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro (<https://files.dre.pt/1s/2017/03/04500/0114501149.pdf>). En su art. 1 establece que «... reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade ...».

⁸⁵ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 14, nt. 12.

sificación de las cosas en propiedad»⁸⁶, creando así una nueva figura jurídica, la de los animales.

Lo anterior, como indica Giménez-Candela, «abre una puerta importante a la reflexión jurídica, va más allá que otras reformas acerca de los animales ya realizadas por otros Códigos civiles europeos y Latinoamericanos»⁸⁷.

Igualmente, esta nueva revolución, se ha visto con posterioridad plasmada en otros Códigos como los de Liechtenstein, República Checa, pero no solo estos, sino que otros países occidentales también han «introducido cambios en el mismo sentido de considerar a los animales como seres sintientes. Me refiero a países con un sistema jurídico codificado, como serían los casos de Colombia, Brasil, Nicaragua o, parcialmente, México o de países del *common law* como Nueva Zelanda o Canadá»⁸⁸.

En este mismo sentido, después de varias idas y venidas, a principios de 2022, se ha producido la modificación del estatuto jurídico animal en España, que ha reconocido que, los animales, «son seres vivos dotados de sensibilidad»⁸⁹, ajustándose a lo preceptuado por la legislación europea.

En suma, los hallazgos científicos-técnicos en materia de sentiencia animal, se han erigido como esenciales para dar comienzo a un proceso de descosificación y modificación del estatuto jurídico de los animales que pretende poner de relieve no solo que estos no están fielmente representados por el régimen jurídico de las cosas, sino que deben ser protegidos por figuras jurídicas que les doten de amparo suficiente en atención a su condición de seres sintientes, ya sea mediante una categoría jurídica diferenciada o, en su defecto, mediante otras ya existentes en la actualidad para el ser humano como, por ejemplo, la personalidad jurídica.

3.3. *Personalidad jurídica*. – Esta tercera fase, como indica Giménez-Candela, «cabalga sobre la de la sentiencia»⁹⁰, lo cierto es que los

⁸⁶ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 15, nt. 12.

⁸⁷ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 15, nt. 12.

⁸⁸ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018a, 19, nt. 12.

⁸⁹ Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (<https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/15/17/dof/spa/pdf>).

⁹⁰ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2018b, 15, nt. 33.

cuatro hitos mencionados «cabalgan» sobre el inagotable motor de la sentiencia.

No obstante, en atención al proceso histórico que se ha producido en lo que al derecho de los animales se refiere, podemos aseverar que la sentiencia ya no es suficiente para garantizar jurídicamente la integridad de estos en sentido amplio; se hace necesario, hacer uso de otros mecanismos, ya existentes, que sean extrapolados a los animales y que les protejan plenamente, es ahí donde entra en liza la personalidad jurídica.

No cabe duda de que, este tema puede generar rechazo por parte de muchos sectores e incluso puede que «repugne a quienes identifican el término persona, con el de ser humano»⁹¹; sin embargo, no existe óbice para que se pueda extrapolar la figura de persona jurídica a los animales.

En este sentido, es importante subrayar que persona era «la máscara funeraria que portaban los parientes de un difunto, en los cortejos fúnebres, a través de las que representaban los distintos roles que el finado había desempeñado a lo largo de su vida»⁹², del mismo modo, persona era «también la máscara teatral, que usaban los actores para representar distintos personajes o estereotipos durante las actuaciones dramáticas»⁹³.

En consecuencia, el derecho lo único que hizo fue atribuir al ser humano todos aquellos roles que podría representar dentro del ámbito jurídico normativo. No se niega, pues, la relación estrecha del ser humano y el concepto persona, circunstancia que, por otra parte, es lógica, por cuanto el derecho es una creación humana; sin embargo, la realidad es que el término persona «no es más que una abstracción atribuible a cualquier realidad que desempeñe un papel, un rol, una actuación contemplada, regulada y protegida por el Derecho»⁹⁴.

Efectivamente, el término persona, a estos efectos, es una creación o ficción jurídica, «cuya característica principal es la abstracción»⁹⁵, que ha sido extrapolada, por ejemplo, a sociedades mercantiles que

⁹¹ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 203 ss., nt. 38.

⁹² V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 203 ss., nt. 38.

⁹³ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 203 ss., nt. 38.

⁹⁴ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2020b, 203 ss., nt. 38.

⁹⁵ GIMÉNEZ-CANDELA 2019b, 10.

operan como personas jurídicas. Lo anterior, si bien podría generar controversias desde una perspectiva jurídica del derecho como revelación natural, lo cierto es que desde un enfoque jurídico positivista y más contemporáneo no parece revestir mayor problemática que transferir a la norma el reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales.

En este mismo sentido, podemos encontrar argumentos que justificarían desde el punto de vista jurídico el acceso de los animales al concepto de persona, como, por ejemplo, el máximo exponente del positivismo, Kelsen, que entiende el derecho como un orden normativo creado por la voluntad de los seres humanos⁹⁶, por tanto, puede ser alterado cuando así se precise.

Así, Kelsen referenciado por Riechmann, indica «que los órdenes jurídicos modernos solo regulen la conducta de los hombres y no la de los animales, las plantas o la de los objetos inanimados, en cuanto dirigen sanciones solo contra aquellos, pero no contra estos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban una determinada conducta humana no solo en relación con seres humanos, sino también en relación con animales, plantas y objetos inanimados»⁹⁷.

A mayor abundamiento, Pelayo González-Torre, indica que «así pues, no hay objeción alguna para que desde una perspectiva positivista los animales sean destinatarios de deberes jurídicos ... supondría la posibilidad de hacer a los animales titulares de tantos derechos cuantos un legislador pudiera hacer eficaces»⁹⁸.

En consecuencia, dependerá de la voluntad del legislador y de la sociedad en último término, que el derecho sea una herramienta útil en la generación de derechos de los animales, circunstancia que por sí misma no es suficiente, pero sí necesaria. Si bien la sociedad civil tiene mucho que decir y es moldeadora en último término del derecho, por aquello de que este último siempre «llega tarde»; en determinadas esferas de la vida pública, con los movimientos sociales no es suficiente. Hay elementos jurídicos que son la base del reconocimiento social, no es posible que la defensa de los derechos de los animales pueda quedar al albur de los ciudadanos.

⁹⁶ KELSEN 2020.

⁹⁷ V. RIECHMANN 2017, 117, nt. 62.

⁹⁸ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE 1990, 543 ss.

Se puede coincidir en la idea de que los movimientos sociales, son potenciadores del progreso social; sin embargo, hay una cobertura de mínimos que debe estar regulada por el derecho porque esa ha sido una de las claves del progreso de las sociedades. Dicho de otra forma, el contrato social al que hacía referencia Rousseau es lo que debe producirse en el ámbito del derecho Animal, dado que debe llevarse a cabo una reconciliación no solo con la naturaleza, sino con todos los seres que la componen. Esa reconciliación, solo es posible mediante un nuevo contrato social.

Así, una vez las sociedades han sido válidamente constituidas y protegen a los seres humanos por igual, al menos en el plano formal, se deben generar las estructuras de poder y protección respecto del resto de seres con los que compartimos nuestras vidas y vivencias, y la única herramienta que ha demostrado que, con sus defectos, puede coadyuvar a que se obtengan estos fines, es el derecho. Y la figura jurídica concreta que ha demostrado suficiente solvencia como para garantizar la igualdad, al menos en su vertiente formal, ha sido el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por derivación de esta, la generación de derechos individuales.

En esta línea, hay hitos destacables en lo que a dotar de personalidad jurídica a los animales se refiere, estos hitos se han producido en forma de declaraciones desde ámbitos como la Universidad o el judicial. A este respecto, destacamos la Declaración de Toulon de 29 de marzo de 2019, que fue proclamada, «durante la sesión solemne del coloquio sobre La personalidad jurídica de los animales (II)»⁹⁹. De la citada Declaración, destacan cuatro elementos:

(i) «los animales deben considerarse universalmente como personas y no como cosas»,

(ii) «debe reconocerse [a los animales] la condición de persona, en términos jurídicos»,

(iii) «desde la perspectiva del derecho, la situación jurídica de los animales cambiará en la medida en que se los eleve al rango de sujetos de derecho»,

⁹⁹ La Declaración de Toulon de 29 de marzo de 2019 (https://www.univ-tln.fr/IMG/pdf/declaracio_n_de_toulon_esp_.pdf), debe ser entendida como un refuerzo de lo establecido en la Declaración de Cambridge de 2012. Es «una respuesta de los universitarios del área del derecho» a aquella.

(iv) «el derecho aún no se apropie de este desarrollo para lograr una evolución significativa del corpus jurídico relativo a los animales».

La citada declaración hace un alegato por la personalidad física jurídica de los animales que pone de relieve uno de los problemas que ya se había avanzado al comienzo del documento, y no es otro que, el hecho de que la sociedad no se ha hecho eco y, en consecuencia, el derecho, de lo que ya es una evidencia a afectos científicos: estamos ante seres que tienen consciencia, por lo que deben tener una protección jurídica que les permita el reconocimiento pleno de sus derechos.

Tan importante como la declaración mencionada, han sido los pronunciamientos judiciales que se han venido produciendo a lo largo de estos últimos años y que han dotado a algunos animales de la consideración de persona o sujeto de derecho. Especial consideración tienen los pronunciamientos judiciales producidos en Argentina, un país que está siendo abanderado de la protección jurídica de los animales con base en interpretaciones jurídicas de la normativa vigente. Para ello, los jueces, han tenido que realizar un ejercicio de abstracción de la norma para, sin legislar, interpretarla y dar protección a los animales en cuestión.

A este respecto, aun conociéndose otros supuestos que han sido analizados por la doctrina científica¹⁰⁰, desde un enfoque puramente jurídico, es destacable sobre todos ellos el caso de la perra Poli, dado que es la primera ocasión que se considera a un animal como persona no humana, – sentencia 1927 de 20 de abril de 2015 del Primer Juzgado Correccional, San Martín, Mendoza¹⁰¹.

Concretamente, la citada Sentencia indica que «no cabe desconocer el llamado jurisprudencial reciente y producción científica que atribuyen a determinadas especies de animales la condición de ‘personas no humanas’ en razón de presentar un cierto grado de raciocinio y características emocionales similares a la de los humanos, y como tales, dignos de la protección de los derechos básicos fundamentales».

También, es destacable la reciente sentencia de 27 de enero de

¹⁰⁰ BAGGIS 2017.

¹⁰¹ Se puede acceder a la sentencia en el siguiente enlace (<https://s3.amazonaws.com/public.diariojudicial.com/documentos/000/059/768/000059768.pdf>).

2022 del Tribunal Constitucional de Ecuador No. 253-20-JH/22, en la que se declara a la mona Estrellita como sujeto de derecho¹⁰².

En consecuencia, en las sentencias que se han dictado sobre esta materia, se observa un mismo hilo conductor, que pasa por cuatro fases, (i) reconocimiento de la dignidad del animal, (ii) se pone en valor el elemento científico de la sentiencia, (iii) se estaría ante una evidente personalidad jurídica no humana y, de ello, (iv) inferimos la generación de derechos subjetivos individuales.

Todos estos elementos que se han analizado en el presente apartado justifican sobradamente que la posibilidad de extender la figura jurídica de persona a los animales no solo es jurídicamente posible, sino también deseable para poder tener herramientas jurídicas suficientes para defender los derechos de los animales y, a su vez, que estos dispongan de un reconocimiento social suficiente en atención a su condición de seres sentientes.

Como referencian Donaldson y Kymlicka, «cuando un ser humano se relaciona con un ser no humano individual como un objeto anónimo, en lugar de como un ser con su propia subjetividad, es el humano, y no el otro animal, quien está renunciando a la cualidad de persona (Smuts 1999:118)»¹⁰³.

Por tanto, estamos ante una relación bidireccional donde el ser humano es el que debe dar reconocimiento jurídico pleno a los animales, ya sea en forma de persona no humana o persona jurídica no humana, etc., según las diferentes aproximaciones que ha realizado la doctrina a este respecto.

En consecuencia, «se trata de una ampliación del término persona, coherente con las necesidades de una nueva sociedad y consciente de que en el s. XXI los animales no pueden ser tratados, tampoco desde la teoría jurídica, como meros objetos»¹⁰⁴.

3.4. *Derechos individuales.* – La clasificación que realiza Giménez-Candela culmina con la personalidad jurídica, debemos tener en

¹⁰² Se puede acceder a la sentencia en el siguiente enlace: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRkZDQrYTM2NC1kOGNiMwIwYVWViMW MucGRmJ30=.

¹⁰³ V. DONALDSON - KYMLICKA 2011, 200, nt. 47.

¹⁰⁴ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2019b, 12, nt. 95.

cuenta que aún no hemos alcanzado plenamente esa fase, por lo que su categorización ya es visionaria por sí misma. No obstante, es necesario dar un paso hacia delante, para que así el horizonte se encuentre trazado. Así, esta nueva fase, es lo que podemos denominar una cuarta ola de derechos, dentro del giro animalista que deberá culminar con un reconocimiento pleno de derechos individuales subjetivos.

Por tanto, una vez reconocida legalmente la personalidad jurídica a los animales, quedará mucho trabajo por hacer por los legisladores y la sociedad, dado que en este proceso la concienciación se erige como piedra angular.

Pues bien, la generación de derechos individuales, en principio, podría ser consecuencia directa del reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales y, por añadidura, de las anteriores fases que han sido analizadas. Sin embargo, por desgracia, el planteamiento no es tan inmediato. Se puede estar de acuerdo en que la personalidad jurídica pudiera ser una condición *sine qua non* para que los derechos subjetivos individuales se generen, pero no necesariamente lo uno llevará a lo otro, aunque por supuesto, ayudará.

Dicen Lara y Campos, que «cuando se reclaman derechos para alguien se está exigiendo que se le trate con respeto»¹⁰⁵. Este elemento es fundamental porque arraiga con lo que hemos analizado hasta este momento, el respeto como esencia de la dignidad y la generación de derechos.

Por tanto, estamos ante una fase que exigirá el reconocimiento pleno de que existen intereses particulares de los animales y no solo de los seres humanos. Como indican a este respecto Lara y Campos, «decir que una persona tiene un derecho es admitir que posee intereses que podrían resultar perjudicados si, por consideraciones de utilidad general, se viola tal derecho»¹⁰⁶.

En atención a lo anterior, para alcanzar esta fase no solo necesitaremos el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica por el derecho positivo desde una visión kelseniana¹⁰⁷, sino que se hará necesario que a esta nueva ola se llegue por la propia inercia de la tercera y que sea la sociedad la que sea generadora de la misma.

¹⁰⁵ V. LARA - CAMPOS 2015, 68, nt. 59.

¹⁰⁶ V. LARA - CAMPOS 2015, 68, nt. 59.

¹⁰⁷ V. GIMÉNEZ-CANDELA 2019b, 10, nt. 95.

Lo anteriormente mencionado, tiene un corolario que, puede ser inevitable, y es que tras esta cuarta ola de derechos, no solo será posible reconstruir las relaciones de víctima-verdugo que se han generado y alimentado a lo largo de la historia, sino que podremos dar lugar a sistemas de ciudadanía similares a los que preconizan Donaldson y Kymlicka en su *Zoopolis, una revolución animalista*¹⁰⁸, o ir más allá hacia el abolicionismo propugnado por Francione y Charlton en su *Derechos de los animales: El enfoque abolicionista*¹⁰⁹.

4. *Conclusiones.* – El derecho romano ha impregnado la codificación de Europa continental y Latinoamérica, lo que ha supuesto que muchas de las taxonomías implementadas en el pasado se hayan perpetuado a lo largo de los siglos.

A este respecto, la conceptualización romana de los animales como *res* se trasladó a la codificación europea y latinoamericana, sin solución de continuidad, por medio del Código Napoleón, eternizando una cosificación de los animales que aún perdura en nuestros días, y ello a pesar de que la visión romanista de los animales no parece que fuese precisamente cosificadora, sino más bien respetuosa.

Es a partir de los años 60, con base en el rigor científico, que se ha venido produciendo un giro en la visión de los animales como cosas, lo que ha generado un proceso de modificación de los Códigos civiles europeos, así como la pretensión de una adaptación jurídica de los animales a la realidad actual. En este sentido, el motor inagotable del cambio que se está presenciando trae consecuencia de los hallazgos científicos respecto de la sentiencia animal, un concepto que ha propiciado que las estructuras jurídicas del pasado que, en su mayoría, derivan del derecho romano y su plasmación en el *Code* Napoleón, se hayan visto soliviantadas.

La sentiencia de los animales es una cuestión indubitada que cuenta con el respaldo y rigor científico, que ha servido de base para propiciar un nuevo paradigma jurídico que está generando los resortes necesarios para proteger a aquellos que permanentemente han sido olvidados por los ordenamientos jurídicos, por lo que estamos

¹⁰⁸ V. DONALDSON - KYMLICKA 2011, 53, nt. 47.

¹⁰⁹ FRANCIONE - CHARLTON 2015.

siendo espectadores de lujo de un proceso de descosificación de los animales que es tan complejo como alentador.

El mencionado proceso de descosificación aleja paulatinamente a los animales del concepto de *res* romana porque es ya una obviedad que el derecho de las cosas no ofrece las soluciones que se exigen por parte de las sociedades del s. XXI, así como tampoco protege las necesidades de unos seres vivos que tienen capacidad plena de sentir. Estamos, por tanto, ante la incipiente creación de un nuevo derecho de los olvidados que deberá ser eminentemente protector respecto de aquellos que hasta hace poco eran considerados cosas.

Este proceso, que aleja a los animales, cada vez más, de la taxonomía de *res*, porque «ellos son alguien, no son algo»¹¹⁰, probablemente culmine con el reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales y, posteriormente con el desarrollo de los derechos individuales que se derivarían de la misma, abriendo el debate sobre las fronteras del derecho y la justicia interespecie.

Parece factible, por tanto, que los animales puedan quedar enmarcados en el concepto de persona jurídica no humana o sujeto de derecho, lo que protegería sus intereses formalmente y facilitaría su protección material, si bien para esto último se requiere, también, de otros aspectos fundamentales como la sensibilización de la sociedad, así como que las teorías científicas permeabilicen en esta.

No cabe duda de que esta situación genera, por un lado, un escenario tan ignoto como emocionante en las relaciones que el ser humano mantiene con aquellos seres con los que comparte su existencia y, por otro lado, quiebra las estructuras jurídicas que aún imperan en la actualidad, entre ellas el concepto de *res*, extremos que permitirán que, su conceptualización y taxonomía sigan siendo objeto de debate en el futuro.

Un futuro, el de los animales, que cada vez parece más próximo al estatuto jurídico de persona o sujeto de derecho que al de las cosas en propiedad; sin embargo, será el tiempo y la sociedad quienes determinen si, en relación con los animales, la taxonomía de *res* romana es subvertida o, simplemente ampliada.

¹¹⁰ GIMÉNEZ-CANDELA 2018c, 6.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES 1999: ARISTÓTELES, *Política*, trad. es., Madrid, 1999.
- BAGGIS 2017: G.F. BAGGIS, *Arturo, Sandra, Poli and Cecilia: Four Paradigmatic Cases of Argentine Jurisprudence*, Barcelona, 2017.
- BEKOFF - PIERCE 2018: M. BEKOFF - J. PIERCE, *Agenda para la cuestión animal: libertad, compasión y coexistencia en la era humana*, Madrid, 2018.
- BENTHAM 1789: J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1789.
- CAPACETE GONZÁLEZ 2017: F. CAPACETE GONZÁLEZ, *La dignidad de los animales*, Barcelona, 2017.
- CHOZA ARMENTA 2018: J.L. CHOZA ARMENTA, *Metamorfosis del cristianismo: ensayo sobre la relación entre religión y cultura*, Sevilla, 2018.
- CONTRERAS 2014: C.A. CONTRERAS, *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia y Argentina (antecedentes, codificación y desarrollo legislativo)*, Barcelona, 2014.
- DONALDSON - KYMLICKA 2011: S. DONALDSON - W. KYMLICKA, *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*, Oxford, 2011.
- FRANCIONE - CHARLTON 2015: G. FRANCIONE - A. CHARLTON, *Derechos animales: el enfoque abolicionista*, Madrid, 2015.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2014: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Informe sobre los animales en el derecho civil: cuestiones básicas para una legislación marco en bienestar animal*, Barcelona, 2014.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2015a: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una tendencia imparable*, Barcelona, 2015.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2015b: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una nueva Revolución Francesa: la modernización del Code civil*, Barcelona, 2015.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2016: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes*, Barcelona, 2016.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2017a: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *La descosificación de los animales*, Santa María, 2017.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2017b: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *La descosificación de los animales (I)*, Barcelona, 2017.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2018a: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Descosificación de los animales en el Cc. Español*, Barcelona, 2018.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2018b: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Dignidad, sentiencia, personalidad: relación jurídica humano-animal*, Barcelona, 2018.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2018c: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Es alguien (no algo)*, Barcelona, 2018.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2019a: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida*, Barcelona, 2019.

- GIMÉNEZ-CANDELA 2019b: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Persona y Animal: una aproximación sin prejuicios*, Barcelona, 2019.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2020a: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho privado romano*, Barcelona, 2020.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2020b: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Transición animal en España*, Barcelona, 2020.
- GIMÉNEZ-CANDELA 2021: T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal*, Barcelona, 2021.
- GOODALL 2000: J. GOODALL, *Gracias a la vida*, trad. es., Barcelona, 2000.
- HORTA 2017: O. HORTA, *Un paso adelante en defensa de los animales*, Madrid, 2017.
- HORTA 2020: O. HORTA, *¿Qué es el especismo?*, Santiago de Compostela, 2020.
- IHERING 2001: R. VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, trad. es., Oxford, 2001.
- JACKSON - GIBBINGS 2016: L.M. JACKSON - A. GIBBINGS, *Social Dominance and Legitimizing Myths About Animal Use*, London, 2016.
- KANT 1913: I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, trad. es., Madrid, 1913.
- KANT 1988: I. KANT, *Lecciones de ética*, trad. es., Barcelona, 1988.
- KELSEN 2020: H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. es., Buenos Aires, 2020.
- KUNDERA 1990: M. KUNDERA, *La inmortalidad*, trad. es., Barcelona, 1990.
- LARA - CAMPOS 2015: F. LARA - O. CAMPOS, *Sufre, luego importa. Reflexiones éticas sobre los animales*, Madrid, 2015.
- LENOIR 2018: F. LENOIR, *Carta abierta a los animales:(y a los que no se creen superiores a ellos)*, Barcelona, 2018.
- NAVA 2019: C. NAVA, *Los animales como sujetos de derecho*, Barcelona, 2019.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE 1990: Á. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *Sobre los derechos de los animales*, Santander, 1990.
- PELLUCHON 2018: C. PELLUCHON, *Manifiesto animalista*, París, 2018.
- RIECHMANN 2017: J. RIECHMANN, *En defensa de los animales: antología*, Madrid, 2017.
- SINGER 2018: P. SINGER, *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, trad. es., Madrid, 2018.
- TORRES SILVA 2016: M.C. TORRES SILVA, *Sobre la crítica de Derrida a Kant en torno al trato con los animales*, Bogotá, 2016.

CARLOS AMUNÁTEGUI PERELLÓ

LEGAL STATUS OF ARTIFICIAL AGENTS

1. *Introduction.* – Just ten years ago, the idea of establishing a legal status for artificial agents felt awkward. It belonged to a kind of unlikely futures that had failed to become true. In the blink of an eye, nowadays, artificial agents are writing press articles, designing inventions, creating artwork and music, and in general, accomplishing feats that just a decade ago were the exclusive province of human ingenuity. In the last decade, when neural networks finally became mainstream¹, the power of artificial agents has become apparent, and legal scholars have started to adapt and design legal institutions to regulate the status of artificial agents.

In the most general terms, artificial agents are entities that can interact in the world taking decisions or making predictions², some of which are deemed to have legal consequences³. The set of technologies that underlies the functioning of artificial agents is usually called ‘artificial intelligence’, which is really a commercial name given in the 1950’s to a set of techniques used to make machines act in a way that

¹We could take as a starting point the famous ImageNet challenge of 2012, where a team of students from Toronto University simply wiped out all competitors using a model based on neural networks based on the developments made by Hinton and LeCun. On the matter see KRIZHEVSKY - SUTSKEVER - HINTON 2012, 1097 ff.

²We use the expression ‘agent’ in a wide sense to refer to entities that are capable of interacting in the world, but not necessarily implying the technical legal sense of agency law in Common law systems. In this sense, we take the usual meaning of the word used in Computing science defined by Russel and Norvig: «an agent is anything that can be viewed as perceiving its environment through sensors and acting upon that environment through actuators» (RUSSELL - NORVIG 2020, 36).

³In a similar sense, see CHOPRA - WHITE 2011, 5.

would suppose intelligence, or at least sentience, if a human was to do them⁴. In the 1990's a vast discussion on the regulation of internet agents emerged, particularly focused on the problem if they were simple projections of the will of their users or independent agents⁵. In the 1990's the question was usually answered by stating that artificial agents were simple mechanisms to project the will and agency of their users, which made sense according to the technical possibilities of the era. In fact, an e-mail was nothing more than a new method to send a letter, and therefore, the regulation for the first should not be different from the latter⁶. This doctrine was even adopted by some legal texts in the 2000's⁷.

Nowadays, the situation has varied significantly due to the capabilities which neural networks have provided to artificial agents. Neural networks⁸ are designed by the programmer, and their outputs are not simply determined by preprogrammed logical statements, but are rather learned by the agent during its training phase. In this sense, when the artificial agent makes a prediction, it is not necessarily following a simple set of rules, as in a decision tree⁹, but it is applying a learned probability from the data it was trained with. Due to neural networks, artificial agents have acquired a certain independence from

⁴The classic definition on the matter is contained in the paper by McCarthy, Minsky, Rochester and Shannon to fund a summer project to develop the research on the matter. The definition states: «every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it» (McCarthy *et al.* 2006, 13). Another such definition can be found in the now derogated Bill of the State of Nevada (NV Rev Stat 482A.020 2011) that defined artificial intelligence as «the use of computers and related equipment to enable a machine to duplicate or mimic the behavior of human beings». See on the matter TURNER 2019, 12.

⁵For the Chilean legal context, see PINOCHET OLAVE 2004, 267 ff. For a wider context see CHOPRA - WHITE 2011, 36.

⁶This is what Easterbrook ironically called to Law of the Horse, warning that not every object of legal transactions should have its own regulation. See EASTERBROOK 1996, 207 ff.

⁷For instance, the United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts, arts. 8.1 and 12, or the directive 2000/31/CE of the European Union, art. 9.1.

⁸For the structure of neural networks and their learning qualities see RUSSELL - NORVIG 2020, 750 ff.

⁹Decision trees are one of the simplest artificial intelligence models that can be constructed. They are based on tree like models of logic, where possibilities are described as branches of a tree. They are rule based and work on deduction, something that makes them predictable. For details see RUSSELL - NORVIG 2020, 657.

their users and programmers, making decisions or proposing predictions that are not implied by a simple set of instructions of any given programmer. To put it in simple terms, when someone buys an item in an electronic marketplace, such as Amazon, E-Bay or other similar digital platform, there is an Internet portal provided with artificial agents, but there are not real people consenting to the sale contract proposed. Most of the relevant conditions, such as the price, the delivery and the other important facts are given by the artificial agents, directly negotiated by them, without any reference to a real person behind the screen. All the essential conditions of the contract are directly negotiated by the machine, which conducts itself more like a seller in a Moroccan souk than a simple translator of the legal intentions of the owner. In this sense the emerging autonomy which artificial intelligence technology is giving to artificial agents has brought the traditional 'messenger' doctrine to question, for it is difficult to establish that the machine simply carries the intentions of its user. An interesting case happened in Chile on 2018, where an airline offered air tickets from Santiago to Australia for just 120 US\$, an extremely low price. The company alleged an *error facti* from the portal and refused to deliver for the consumers who bought the tickets. Although the case never got to court, it is rather interesting that the conditions bargained by the artificial agent seemed to be discordant with the alleged intentions of the seller.

Given the autonomy artificial agents have gained, and their pervasive presence in the economy, it is important to define a legal status which may be applied to them. For this work, we will focus on two different aspects of the matter, first we will try to determine they legal nature, to then try to construct a legal status for them. In both aspects, Roman law scholarship will be fundamental.

2. *What is an artificial agent?* – From a legal perspective, an artificial agent is an object of rights, and therefore, a *res*, although it is hard to determine what specific kind of *res* would fit its description. Artificial agents are made up from information, and although it can be embodied in a physical entity, such as a robot¹⁰, or be contained

¹⁰A nice definition of robots is: «physical agents that perform tasks by manipulating the physical world» (RUSSELL - NORVIG 2020, 925).

in a storage device, like a memory unit, its constituent parts are simply information. There is usually a set of rules that determines the way the information is to be treated, and a set of data which is processed by according to those rules. In traditional symbolic systems, the data was built as an ontology¹¹, a set of definitions about the meaning of the variables that were used by in the processing of the data. In neural networks this ontology is replaced by a training process in which the agent is shown cases from which the network learns correlations and predictions, which are translated into weights and biases that act as a multiplier for the axons that connect its neurons, corrected through an algorithm of backpropagation. Although it sounds quite obscure at a first glance, its meaning is quite easy to grasp: in symbolic systems knowledge is programmed, while neural networks learn their knowledge – that is to say, to make appropriate predictions – from the data they are trained with. In this sense, artificial agents are constructed with two different elements, rules and data, although they might also include physical elements such as storage units or even a body which incarnates them, as in the case of robots. Its parts form a coherent unit that acts in the world. In a sense, it is the union of information and, eventually, some form of embodiment. This seems to fit the idea of *corpora ex contingentibus*, used by Pomponius to admit usucapion for entities made of parts¹².

A remarkable difference between Roman law and the modern theorization around artificial agents is the fact that while in the first all the parts of a *corpus ex contingentibus* were subject to the same right – property –, in the latter this is not quite clear-cut. Different legal status emerge for each part of the agent, without a coherent connection between them. Firstly, there seems to be no problem regarding the possibility that the incarnation of the artificial agent is subject to property. In fact, the acquisition of a self-driving car, a

¹¹ For ontologies see RUSSELL - NORVIG 2020, 314 ff.

¹² See Pomp. 30 *ad Sab.* D. 41.3.30 pr.: *Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον [continuum] vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod sunymmenon vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex. Primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet.*

smartphone or a storage unit follows the traditional rules of acquisition of property in every legal system, whatever that might be. Nevertheless, the ownership of such physical devices does not generally imply the acquisition of the artificial agents that inhabit the physical entity. Usually, the owner of the device is granted a license for the use of the software, and even this is not quite clear-cut as it might seem at first glance.

To most Western legal systems, the Bern Convention of 1886 is usually the basic legal framework to protect software. According to it¹³, software is under copyright regulations, whatever form they take. A definition for computer programs can be found in the WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Programs, which include the following definition in article 1:

«'computer program' means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result».

To say in short, the definition and the protection seems to point specifically to the set of rules that an artificial agent uses to process information, but not to the training of the agents, which constitutes its most valuable part. Two artificial agents can have the very same set of rules to construct their neural network, but act in vastly different way if they are trained with different data sets, or even with the same but fed in a different order or using a different technique of training. This can affect not only their efficiency, but their abilities and economic value.

The problem is not specific of the Bern convention nor the WIPO treaties that complement it, but common to most national and regional regulations¹⁴. Many companies have opted for protecting such training as a trade secret. At its core artificial agents seem to

¹³We refer to art. 4 of the WIPO Copyright Treaty, which complements the Bern convention, referring to computer programs and art. 5 of the same treaty which gives copyright protection to databases.

¹⁴See the Chilean Ley 17336 art. 3 N° 16; the Spanish Ley 1/1996, art. 96-1; the United States, Copyright Act 17 USC, § 101 and for the European Union, the Computer Programs Directive, 2009/24/EC.

be composed of different elements. There is a part of the agent, the program or rules that govern its actions, under copyright, others, as its training, might be protected as trade secrets, while others, as its embodiment seem to be under regular property. This amalgam of *res* and *iura* is what we call an artificial agent, and, as the old *corpora plura non soluta* category of *res*, seem to be unified by the fact that we refer to it through one name (*uni nomini subiecta*). These parts may even change, as the agent might be retrained, its physical embodiment might change and even parts of its code and rules can be modified, but its name keeps the agent together. This brings to mind the paradox of Theseus ship. The case, described by Plutarch¹⁵, consists in questioning if the ship that originally was used by Theseus is still the same boat if all its parts have been replaced. Is the ship something different from its parts? Is the ship the information or the physical reality that contains it? To Plato, apparently, the name is the essence of things¹⁶, and therefore, while the name is kept, the thing subsists, as in the case of the *grex* or the *legio*, whose members may vary, but its name keeps its existence.

3. *Information and Agent*. – Now, the nature of the agents is highly discussable. Should they be considered corporal or rather incorporeal things? Can they be, in consequence, subject to property? The problem of artificial agents is that, regardless of their incarnation, they are mainly composed of information, which makes its legal treatment shady at most. In Roman sources, information is only casually referred to in some literary texts, usually connected to the status of *res*. Typically, before Gaius' famous legal classification of *res* into *corporales* and *incorporales* (Gai 2.12), the discussion was rather philosophical. On the problem, Aulus Gellius reports a vivid discussion on the nature of sound, where the Platonic school of thought declared that it was incorporeal, while the Stoics, atomists and epicureans believed it had a corporeal nature¹⁷. From this point, the discussion seemed to turn to the nature of ideas. One of the most interesting texts on the matter is

¹⁵ Plut. *Thes.* 23.1.

¹⁶ Pl. *Cra.* 401d.

¹⁷ Gell. 5.15.7-9.

given by Plato, who distinguishes between things that can be seen, and therefore have a material nature, and things that cannot be seen, but can be thought (Pl. *R.* 6.507b-c)¹⁸. The discussion had projections into Roman philosophy¹⁹, where materialists stated that only things that could be sensed had a real existence²⁰, while stoics believe that things that are not directly perceived by the senses also have a kind of existence²¹. In this context, Cicero differentiates between things that can be perceived by the senses, and therefore are of corporal nature, and things that are understood by intelligence, and are incorporeal²². Apparently, following this rational, is that Quintilian asserted that law was an incorporeal thing²³:

Quint. *inst.* 5.10.116: *ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse.*

The famous Gaian classification seems to follow this same path, for it distinguishes between *res corporales* and *incorporales*, regarding two different criteria, the ability to perceive them by the senses and their legal consistence. The legal category established by Gaius²⁴

¹⁸ On the matter see GUZMÁN BRITO 1995.

¹⁹ On the problem there is quite abundant bibliography. See GIGLIO 2012, 8; GIGLIO 2013, 135; BALDESSARELLI 1990, 87 f.; GROSSI 2001, 11; BONFANTE 1966, 10; GUZMÁN BRITO 1995.

²⁰ Most famously LUCR. 1.303-5: *Quae tamen omnia corporea constare necesse est natura: quoniam sensus impellere possunt, tangere enim et tangi, nisi corpus, nulla potest res.*

²¹ Again, famously Seneca has many interesting fragments on the matter. He asserts that all *res* are either corporeal or incorporeal: Sen. *epist.* 58.14: *'Quod est' in has species divido, ut sint corporalia aut incorporalia; nihil tertium est.* And that incorporeal things are not destroyed, because they are not made of matter: Sen. *ben.* 6.2.2.1 *Illud incorporale est, inritum non fit; materia vero eius huc et illuc iactatur et dominum mutat.* On the matter, Seneca even discusses the value of incorporeal things: Sen. *dial.* 10.8.1.5: *Re omnium pretiosissima luditur; fallit autem illos quia res incorporalis est, quia sub oculis non uenit, ideoque uilissime aestimatur, immo paene nullum eius pretium est.*

²² Cic. *top.* 5.27: *Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum, quae sunt; alterum earum, quae intelliguntur. 'Esse' ea dico quae cerni tangere possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, suppellectilem, penus, caetera: quo ex genere quaedam interdum nobis definienda sunt. 'Non esse' rursus ea dico, quae tangi demonstrare non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, ut si tutelam, si gentem, est tamen quaedam insignita et impressa inintelligentia quam notionem uoco.*

²³ For an in-depth analysis, see FALCONE 2012, 142; DI PIETRO 2021, 29.

²⁴ As Pugliese puts it: «la sua distinzione [di Gaio] tra *res corporales* e *res incorporales*

– probably with pedagogical ends rather than systematic – was followed by Justinian's Institutes (I. 2.2) and, therefore, was universally present in Western legal tradition until the 19th century codifications. The Code Napoléon did not include it, and therefore, was marginalized from most European successive legal systems, excepting the Austrian empire (ABGB 291-292) and the Dutch civil code of 1829 (art. 559). Meanwhile, because of the influence of Pothier²⁵ and Delvincourt²⁶, the distinction was maintained in Andrés Bello's Code (art. 565), and therefore in many Latin American legal systems.

Meanwhile, Pandectism²⁷ attacked the Gaian schema, mainly because of its inconsistency. It seems evident that legal consistency is not the opposite of the possibility of perceiving through the senses, and it is quite evident that ideas have an intellectual nature, but not necessarily a legal one. So, the BGB limited its definition of things to corporeal, and did not recognize the old Gaian tradition. This led to the reconceptualization of the distinction, now in academia, as pointing to material and immaterial things²⁸.

In this context, information seems to be rather inconsistent with the philosophical and legal categories just analyzed. Firstly, information is not matter nor energy²⁹, but can be embedded in both. Matter and energy are simply means of transmission, and they can be a channel of communication if they are reversible and copiable³⁰. Information is contained in corporeal things and can only enter consciousness through sensible perceptions, but it seems to be different from the means of transmission that contain it. While it is perceived through the senses, it is not the object directly perceived, but something that is derived from it. Information is only intellectually grasped from the perception, processed by the mind into knowl-

può infatti considerarsi la prima applicazione giuridica dei concetti di corporalità e incorporalità alla materia delle cose in senso giuridico» (PUGLIESE 1982, 1139).

²⁵ Pothier keeps the distinction right at the start of his treatment of things. See POTHIER 1846, 87.

²⁶ Delvincourt, who had a deep influence in Bello, re-introduced the distinction because he maintained it had an evident usefulness. See DELVINCOURT 1834, 139, 143.

²⁷ See BALDESSARELLI 1990, 76; GIGLIO 2012, 1 ff.; GIGLIO 2013, 129.

²⁸ See DIEZ-PICAZO 1978, 122; BIONDI 1961, 51.

²⁹ WIENER 1948, 204.

³⁰ MARLETTO 2021, 52.

edge through perception. It can be expressed in different formats, but it is not the format. A novel is not the physical object we commonly call a book, but the information that is contained in it, and it can be expressed in paper, in a computer screen, read out loud, or in whatever format which seems appropriate. Information is always embedded in *res corporales*, but must not be confused with them. It is a pattern that is contained in the physical manifestation where it is embedded.

Another interesting problem regarding information is that it cannot be transmitted without copying it. To transmit is always to copy the pattern contained in one media into another. So, when it is transmitted, it is not necessarily lost to the emitter, and can be held both by the receiver and the emitter in a complete form. Contrary to corporal things, two people can hold the same information at the same time, and tradition seems equivalent to communication. In this sense, ownership of information means the right to control its communication.

In Roman times there were only limited means of reproduction. To communicate the information contained in a corporal *res*, there was the need to remake the whole corporal thing again. One of the most important differences that modernity brought to communication is the possibility of mechanically copying the object, and therefore, communicating the information contained in it. The printing press brought the possibility of massively reproducing the information contained in books, and therefore, the need to create monopolies over the right to print them, as early as the 15th century³¹. The basis of the copyright system lays on establishing an exclusive right over reproduction of the information contained in an object.

What information technologies of the 20th century brought to the discussion is the possibility of reproducing the information, the pattern contained in the material thing, without remaking the vessel where it is embedded³². Information technologies allow us to take an

³¹ See PUGLIESE 1982, 1176.

³² It was Walter Benjamin who made the observation that the revolution brought first by the printing press, and then by photography and cinematography consisted in the possibility of reproducing the object by technical means, and that this produced a problem of authenticity. See BENJAMIN 2019, 85 ff. Nevertheless, information

object and copy the information it contains in a formalized way, that permits its reproduction in many different formats, some of them material (like a printer), others merely energetical, like an image in a screen. To communicate the information, it is no longer necessary to re-create the object, but it is sufficient to copy the formalized version of it.

This seems foreign to Roman law, basically because the means of reproduction were limited. To have the information contained in a book, one should rewrite it, and in this way, the transmission of information was intimately linked to the tradition of the corporal thing. Nevertheless, in the basis of the ciceronian *res quod intelleguntur*, lays the difference between information and the corporal *res* that contain it. Information is a pattern and it can only be grasped by intellectual means.

Anyhow, Gaius identifies incorporeal things with rights, which, in a sense, puts information on the side of corporeal things. In fact, information is always perceived by the senses and, besides the case of copyright, it does not have a legal consistence. Following this rational, in principle, information does not seem to have a separate status from *res corporales*, save from the case of copyright.

For artificial agents, this means that they are compound things, made from information and embedded in physical elements. The tradition of the corporal thing where the agent is embedded, does not mean the communication of the whole agent, for usually most of the algorithm's functions are housed in a cloud service, from where it operates and is modified (actualized) whenever it is necessary. For instance, when one acquires a Tesla car, only part of the agent that controls it is present in the device and communicated through it, while most of the algorithms to operate it – the Hydra system – are in a cloud service that belongs to the maker and is not communicated when acquiring the device.

When compared with the status of things, artificial agents seem closer to *res corporales* in the Gaian sense. They can be perceived by the senses and only part of their nature can eventually be subject to copyright, so they do not consist *in iura*, or only partially. This

technologies imply a deeper problem, for they imply the extraction and formalization of the information contained in the object, without needing to reproduce it.

should point out accordingly that they are subject to regular property in the Pandectist sense³³, but this seems also a bit shady, for transmission and tradition are not entirely equivalent.

Tradition of a corporal thing – when all requirements are met –, implies that the *tradens* loses control – possession – of the thing that is given, while the acquirer gains it. In transmission of information this does not seem an accurate description. The transmitter and the acquirer both still have the whole information because communicating implies copying. What the acquirer gains is a copy of the agent, which may be a complete version or not. To determine if the transmission implies a change of the property status of the agent, the obvious answer would be to regard the terms and conditions which serve as title for the transmission/tradition. As in any tradition, its cause can imply a change in the property status³⁴, depending on its content. If the cause is to license the agent, then the transmission does not imply a transmission of property, but if the cause implies a change in the property status, as with *emptio-venditio* or donation, then it does, although this is rather exceptional.

Property status for artificial agents would also correctly qualify the acquisition of products developed by an artificial agent, for they would be incorporated to the patrimony of the owner through *accessio*.

To conclude, we believe that artificial agents are, generally speaking, compound things, made of information and sometimes, a material vessel in which it is contained. They are closer to the status of *res corporales*, and therefore, should be regarded as subject to property.

³³ According to Pandectism, only corporeal things are subject to property, while *res incorporales* are rights with their own legal status. See WINDSCHEID 1882, 42.

³⁴ Gai 2.20.

BIBLIOGRAPHY

- BALDESSARELLI 1990: F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra 'res corporales' e 'incorporales' nel diritto romano classico*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 71 ff.
- BENJAMIN 2019: W. BENJAMIN, *La obra de arte en la época de su reproductividad técnica*, trad. es., Buenos Aires, 2019.
- BIONDI 1961: B. BIONDI, *Los bienes*, trad. es., Barcelona, 1961.
- BONFANTE 1966: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. II.1². La proprietà*, Milano, 1966.
- CHOPRA - WHITE 2011: S. CHOPRA - L. WHITE, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, Ann Arbor, 2011.
- DELVINCOURT 1834: C. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, I, Dijon, 1834.
- DI PIETRO 2021: A. DI PIETRO, *La propiedad de las 'res incorporales'*, in *Derecho Moderno*, IV, 2021, 27 ff.
- DIEZ-PICAZO 1978: J.L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1978.
- EASTERBROOK 1996: F. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996, 207 ff.
- FALCONE 2012: G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le 'res incorporales'*, in *AUPA*, LV, 2012, 125 ff.
- GIGLIO 2012: F. GIGLIO, *Pandectism and the Gaian Classification of Things*, in *The University of Toronto Law Journal*, LXII.1, 2012, 1 ff.
- GIGLIO 2013: F. Giglio, *Coherence and Corporeality: on Gaius II, 12-14*, in *ZSS*, CXXX, 2013, 127 ff.
- GROSSI 2001: G. GROSSI, *Corso di diritto romano. Le cose*, in *RDR*, I, 2001, 1 ff.
- GUZMÁN BRITO 1995: A. GUZMÁN BRITO, *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*, Santiago, 1995.
- KRIZHEVSKY - SUTSKEVER - HINTON 2012: A. KRIZHEVSKY - I. SUTSKEVER - G. HINTON, *ImageNet Classification with Deep Convolutional Neural Networks*, in *Advances in Neural Information Processing Systems*, XXV, 2012, 1097 ff.
- MARLETTO 2021: C. MARLETTO, *The Science of Can and Can't*, London, 2021.
- MCCARTHY *et al.* 2006: J. MCCARTHY - M. MINSKY - N. ROCHESTER - C. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. August 31, 1955*, in *AI Magazine*, XXVII.4, 2006, 12 ff.
- PINOCHET OLAVE 2004: R. PINOCHET OLAVE, *La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información*, in *Ius et Praxis*, X.2, 2004, 267 ff.
- POTHIER 1846: R.-J. POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, Paris, 1846.

- PUGLIESE 1982: G. PUGLIESE, *Dalle 'res incorporales' del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1137 ff.
- RUSSELL - NORVIG 2020: S. RUSSELL - P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*³, Hoboken, 2020.
- TURNER 2019: J. TURNER, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, London, 2019.
- WIENER 1948: N. WIENER, *Cybernetics or Control and Communication: in the Animal and the Machine*, Cambridge MA, 1948.
- WINDSCHEID 1882: B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1882.

Finito di stampare
nel dicembre 2022
PL Print - Napoli

