

# IMMISSIONS I ACCIÓ NEGATÒRIA A CATALUNYA: UNA LECTURA HISTÒRICA I COMPARATIVA D'UNA MODERNITZACIÓ LEGISLATIVA<sup>1</sup>

Jaume Ribalta i Haro  
Universitat de Lleida<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓ

L'objectiu d'aquest treball és modest i l'origen és l'escepticisme. Ens va cridar l'atenció el fet que la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria,

1. Aquest treball s'inscriu en el projecte d'investigació BJU2000-0971 «Los juristas y el derecho en la Corona de Aragón (s.XIII-XVIII)», dirigit pel Dr. Tomàs de Montagut i Estragués, i és la versió refaccionada de la comunicació presentada al I Congrés Internacional «Els Drets Civils Regionals a Europa», que va tenir lloc a la Universitat de Lleida els dies 27-28 d'abril de 2000.

2. Abreviatures emprades: G I.: «*Gai Institutionum commentarii quattuor*», a: Johannes BAVIERA (ed.), *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. II. Auctores*, Florència, 1968<sup>2</sup>, p. 9-192; Coll.: «*Mosaicarum et romanarum legum collatio*», a: Johannes BAVIERA (ed.), *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. II. Auctores*, Florència, 1968<sup>2</sup>, p. 543-589; D.: «*Digesta*», a: *Corpus Iuris Civilis. I. Institutiones. Recognovit Paulus KRUEGER. Digesta. Recognovit Theodorus MOMMSEN. Retractavit Paulus KRUEGER*, Berlín, 1963<sup>24</sup> [reedició anastàtica: Hildesheim, 1988]; C J.: *Corpus Iuris Civilis. II. Codex Justinianus. Recognovit et retractavit Paulus KRUEGER*, Berlín, 1954<sup>11</sup> [reedició anastàtica: Hildesheim, 1989]; N J.: *Corpus Iuris Civilis. III. Novellae. Recognovit Rudolfus SCHOELL. Opus Schoellii morte interceptum absolvit Guilelmus KROLL*, Berlín, 1963<sup>12</sup> [reedició anastàtica: Hildesheim, 1988]; J. A.: Catherine SALIOU, *Le traité d'urbanisme de Julien d'Ascalon. Droit et architecture en Palestine au VI<sup>e</sup> siècle*, París, 1996, p. 32-77; HEXA.: Const[antini] HARMENOPULI, *Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis ad fidem antiquiorum librorum mss. editionum recensuit, scholiis nondum editis locupletavit, latinam Reitzii translationem correxit, notis criticis, locis parallelis, glossario illustravit Gustavus Ernestus HEIMBACH*, Lipsiae, 1851; CYADC: *Constitucions y altres drets de Catalunya*, Barcelona, 1704 [reedició anastàtica: Barcelona, 1995]; LANISRV: Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, *Legislació civil catalana. Amb notes de concordança i jurisprudència. Edició preparada, anotada i concordada per Joan EGEEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA*, Barcelona, 1998<sup>8</sup>, p. 457-470; CDCC: *Compilació del Dret civil de Catalunya. Ponent Carles J. MALUQUER DE MOTES I BERNET*, Barcelona, 1988<sup>3</sup>; CC: *Código civil. Edición preparada por José Antonio PAJARES GIMÉNEZ*, Madrid, 1999<sup>22</sup>; CCI: «*Codice civile*», Co-

les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge pretenia, segons consta en l'exposició de motius, modernitzar aquest sector del dret immobiliari català. Modernitzar? Evidentment, aquesta paraula suscita en l'historiador dues preguntes: en què consisteix aquesta modernització?; com cal valorar-la des d'un punt de vista històric? La mateixa exposició de motius ens centra el problema: la nova llei pretenia superar la regulació anterior perquè era fragmentària i pensada per a una societat agrària. Aquests extrems són certs:

a) Els articles 283-295 de la CDCC contenen la regulació anterior, i conformaven el títol tercer sobre les servituds del llibre tercer dedicat als drets reals.<sup>3</sup>

b) Històricament, aquests articles acollien, en un llenguatge modernitzat i després d'un llarg i torturat *iter* legislatiu, el contingut de les *Consuetuts de la ciutat de Barcelona sobre les servituds de les cases e honors*, vulgarment conegudes com *Ordinacions d'en Sanctacilia* (CYADC, II, 4,2,1-2).<sup>4</sup> Aquestes *Ordinacions* eren, juntament amb el privilegi reial conegut com *Recognoverunt proceres*, les dues principals fonts del dret municipal barceloní que, redactades a la baixa edat mitjana (segle XIV), es van enlairar a observança general a partir del moment en

*dice civile con la Costituzione, il Trattato C.E.E. e le principali norme complementari. A cura di Adolfo DI MAJO*, Milà, 1994<sup>3</sup>; CCF: *Le Code civil. Textes antérieurs et version actuelle. Ouvrage réalisé avec la collaboration de Jean VEIL*, París, 1993; BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, AGB-Gesetz, Abzahlungsgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz und Hausratsverordnung. Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung von Karl LARENZ*, Munic, 1987<sup>30</sup>.

3. Sobre les servituds a la CDCC, veg. per a tots i la bibliografia que hi és esmentada: Antonio PARA MARTIN, «De las servidumbres», Manuel ALBALADEJO (ed.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. (Artículos 277 al final de la Compilación de Cataluña)*, Madrid, 1987, vol. XXX, p. 90-165 i Carlos MELON INFANTE, «Luces y vistas en la Compilación foral catalana», *Anuario de Derecho Civil* 15 (gener-març 1962), 107-138. Però, si bé és cert que la LANISRV derogava l'articulat referent a servituds de la CDCC, no resulta tan clara la situació que es genera perquè, atès que l'article 1 de la CDCC continua vigent i s'hi diu que cal emprar la tradició jurídica per a interpretar i integrar l'articulat (Pablo SALVADOR CODERCH, «El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1º de la Compilación catalana», *Revista Jurídica de Cataluña*, 83-4 (1984), p. 793-859 [a: *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, p. 315-389]) i éssent clar que la LANISRV es planteja com una llei especial a la qual també afecta aquest article (Esther ARROYO AMAYUELAS i Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «Die katalanische Rechtsordnung und das Zivilrecht Kataloniens», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3, (1995), p. 564-575; treball ampliat i actualitzat a Esther ARROYO i AMAYUELAS, «Le pluralisme de l'ordonnancement civil en Espagne et le droit civil en vigueur en Catalogne», *Revue générale de droit* 29, Ottawa, 1998, p. 411-447), aleshores cal entendre que el contingut en matèria de servituds de la tradició jurídica catalana continua essent emprable per a interpretar la nova regulació.

4. Sobre el caràcter històric de la CDCC i les seves fonts, veg. José María FONT y RIUS, «Las fuentes históricas de la Compilación», *Revista Jurídica de Cataluña*, 59-4 (juliol-agost 1960), p. 399-406, esp. 400-401.

què van ésser inserides en les recopilacions catalanes. Així, doncs, eren un dels monuments històrics de la tradició jurídica catalana i, a més, eren un dels textos més preuats perquè, com palesa el seu títol culte, aplegaven regulacions d'origen costumari.

c) Jurídicament, i com delaten les seves arrels històriques, eren regulacions nascudes i pensades per a una societat preindustrial (el legislador prefereix l'expressió *societat agrària*) i, organitzades entorn de dos grans eixos (servituds predials —sobretot, urbanes— i relacions de veïnatge), es poden considerar fragmentàries perquè darrere no hi havia un plantejament teòric general que els donés coherència i organitzés un seguit de preceptes de contingut variat.

Com palesa el llarg i descriptiu títol, la nova llei catalana regula les qüestions següents:

- acció negatòria (art. 1-2 LANISRV)
- immissions (art. 3 LANISRV)
- servituds (art. 4-26 LANISRV)
- mitgeria (art. 27-33 LANISRV)
- relacions de veïnatge (art. 34-41 LANISRV).

Com ho demostra una simple confrontació amb el que acabem d'explicar, resta clar que les aportacions noves —de moment, no sabem si modernes— són l'acció negatòria i les immissions. Globalment considerats, ambdós elements formen un bloc indestruable perquè, com tothom sap, l'acció negatòria és l'estri processal que els titulars d'un dret real immobiliari poden emprar i empen per a aturar les pertorbacions (immissions) que, sobre l'objecte del seu dret o en l'exercici d'aquest, ocasiona un tercer.<sup>5</sup> Recordant la gastada metàfora encunyada pels ju-

5. Sense endinsar-nos en els grans problemes terminològics que l'envolten (per a una visió general de l'acció negatòria en el dret romà tot considerant aquests problemes, veg. Aldo PEZZANA, «Azione. III. Azione confessoria e negatoria. a) Diritto romano», a: *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1959, vol. IV, p. 838b-842b, esp. 838b-841a; Alan RODGER, «Actio Confessoria and Actio Negatoria», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 88 (1971), p. 184-214), hom acostuma a definir l'acció negatòria com el remei processal adreçat a defensar el domini envers les pretensions de qui proclama il·licitament la titularitat d'un dret real limitat (servitud o usdefruit) sobre el predi d'un altre propietari (Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, Nàpols, 1994<sup>10</sup>, § 59.4, p. 677-678); però, aquesta definició resulta històricament insuficient perquè només és aplicable al dret romà clàssic i, com veurem tot seguit, amb limitacions i, d'altra banda, no té en compte el desenvolupament posterior del dret justinianeu: mentre l'anterior definició s'incardina en un sistema jurídic basat en servituds típiques, el dret justinianeu va admetre l'atipicitat de les servituds la qual cosa comportà la dilatació de l'acció negatòria fins a abastar qualsevol pertorbació susceptible d'ésser considerada el contingut d'una servitud, tot abastant així les immissions (Max KASER, *Das römische Privatrecht. II. Die nachklassischen Entwicklungen*, Munic, 1975<sup>2</sup>, § 245.IV, p. 297 i § 246.II.1-2, p. 298-300, esp. n. 20). Però, essent globalment correcta, aquesta contraposició entre dret clàssic i justinianeu

nianeu conté —com hem dit— cert reduccionisme perquè bandeja una part de l'experiència jurídica clàssica: sota la influència del jurista clàssic Servi i dins de la seva escola, s'inicià ja en època clàssica aquesta tendència a dilatar l'acció negatòria i, per tant, adreçada al reconeixement de l'atipicitat de les servituds (una altra aportació de Servi Sulpici Ruf a la ciència jurídica romana que cal afegir al balanç dreçat per Peter STEIN, «The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science», *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 175-184); però, si bé deixà rastre en alguns textos inclosos en els *Digesta*, les dificultats per compaginar-la amb la vetusta *actio aquae pluviae arcendae* d'origen decemviral avortaren aquest desenvolupament (tot i que hem acollit l'explicació de Capogrossi Colognesi, aquest fenomen ha estat posat en relleu per diferents autors: Silvio PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano*, Roma, 1888 [a: *Scritti giuridici. A cura di Ugo Brasiello*, Milà, 1948, vol. II, p. 1-83, esp. 24 i s.]; Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milà, 1966, p. 190-192; Giuseppe GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torí, 1969, p. 301-302; Alan WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968 [reedició anastàtica: Aalen, 1984, p. 177-178]; Max KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Múnic, 1971<sup>2</sup>, § 103.II, p. 437-438; Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, Milà, 1976, vol. II, p. 501-550; J. Michael RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 104-106; Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, «Proprietà. I. Proprietà in generale. a) Diritto romano», a: *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1988, vol. XXXVII, p. 160a-225b, esp. 210a-213b). El dret comú assumí la concepció justiniana de l'acció negatòria (per l'acció negatòria en el dret comú, veg. Ennio Cortese, «Azione. III. Azione confessoria e negatoria. b) «Diritto intermedio», *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1959, vol. IV, p. 843a-844b) i, per tant, la definició corresponent era correcta tant si s'emprava una fórmula propera a la clàssica en el benentès que es tenia present la referida atipicitat de les servituds (com a exemple, veg. la que ofereix el glossador processalista d'origen lleidatà establert com a professor a Bolonya, Pontius Ilerdensis (Guido ROSSI, *La «Summa arboris actionum» di Ponzio da Ylerda. Edizione critica con studio introduttivo*, Milà, 1951, p. 204-205) com si s'expressava mitjançant la formulació metafòrica d'entendre-la com un estri processal emprat per a defensar la llibertat del predi respecte de l'esclavatge representat per les *servitutes realia et personalia* que és l'emprada pel jurista català d'època moderna Antoni Oliba que, en la seva magna obra de dret processal (Antonii OLIBANI, *Commentariorum de actionibus*, Barcelona, 1606 [reedició anastàtica: Antoni OLIBA, *Comentaris sobre «De actionibus»*. Estudi introductori a càrrec de Carlos J. Maluquer de Motes i Bernet i Antoni Vaquer Aloy, Barcelona, 1998, vol. I-II]), no sols ofereix la definició de l'acció (vol. I, f. 109-110, núm. 57-58 [vol. I, p. 119-120]) i n'explica els detalls del seu règim jurídic (vol. II, f. 180-195, núm. 1-36 + add. núm. 1-23 [vol. II, p. 864-879]) sinó que, també i sobretot, afronta i resol el problema de les immissions sobre la base de l'atipicitat de les servituds (vol. I, f. 128-129, núm. 127-132 [vol. I, p. 138-139]). En els drets contemporanis, la situació de l'acció negatòria és relativament variada: d'una banda, el silenci del *Code civil* francès i els codis que segueixen les seves petjades, com l'espanyol (en aquest darrer cas, el mutisme de la font normativa no ha impedit que l'acció negatòria hagi estat admesa per via jurisprudencial, veg. *infra* n. 42); d'altra banda i si bé l'equivalència funcional és discutible perquè actua com a remei suplementari del *tort of private nuisance* i potser l'equiparació s'hauria de fer amb aquest darrer, l'*equitable remedy of injunction* aconsegueix en el *Common Law* un paper semblant (veg. *infra* n. 34) i, finalment, el reduït grup de codis de formació més recent que l'acullen i regulen expressament com el *Code civile* italià (art. 949 CCI) i el BGB alemany (§ 1004 BGB) (per a una perspectiva de dret comparat d'aquesta qüestió, veg. Jacob H. BEEKHUIS, «Civil Law», a: Jacob H. BEEKHUIS, Frederick H. LAWSON, Viktor KNAPP, Kwamena BENTSI-ENCHILL, J. Norman D. ANDERSON, J. DUNCAN, M. DERRETT i T.B. SMITH, *International Encyclopedia of Comparative Law. VI. Property and Trust. 2. Structural Varia-*

ristes medievals, podríem dir que la finalitat de l'acció negatòria era defensar, tutelar o preservar la llibertat del domini immobiliari (fórmula que, encara que antiga, no ha perdut valor, ja que figura en l'art. 2.1 LANISRV).

Aquesta succinta presentació ja ens indica el primer i principal problema que cal resoldre: què són les immissions? Per a delimitar la problemàtica jurídica que ens pertoca, efectuem tot seguit un repàs general de la corresponent experiència jurídica (d'altres, més tradicionals, preferirien l'etiqueta d'*història*), fins a arribar a l'actualitat, tenint en compte tant la dimensió diacrònica com la sincrònica (dret comparat europeu actual) del fenomen. Des d'un punt de vista pràctic, hem estructurat aquest repàs en tres grans blocs: el primer, un sondeig de l'experiència jurídica romana en la convicció que ens oferirà una sòlida base conceptual; el segon, una revisió de la interpretació jurídica dels textos romans corresponents per a conèixer les teories elaborades pels juristes per a entendre el problema i, el tercer, una visita a les principals experiències jurídiques contemporànies per a comprovar l'emergència d'una certa *communis opinio* en el tractament de la qüestió.

## 2. L'EXPERIÈNCIA JURÍDICA ROMANA: LA CREACIÓ D'UNES BASES CONCEPTUALS

Una anàlisi primmirada d'aquesta problemàtica en el dret romà superaria àmpliament l'espai que se'n ha concedit i, per això, ens centrarem en l'essencial.<sup>6</sup>

Els termes *immissio*, *immittere* i les formes gramaticals corresponents compareixen en les fonts jurídiques romanes per a indicar que una determinada activitat constitueix una ingerència o invasió de l'esfera jurídica aliena.<sup>7</sup> Però, com pas-

*tions in Property Law*, Tübingen-La Haia-París, [s.d.], p. 3-21, esp. 15; Frederick H. LAWSON, «Common Law», a: Jacob H. BEEKHUIS, [et al.], *op. cit.*, p. 22-34, esp. 25).

6. Per a un tractament en profunditat de les immissions en el dret romà clàssic, veg. Alan RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford, 1972; Justo GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la immissio*, Oviedo, 1999<sup>2</sup>; Joseph PLESCIA, «The Development of the Exercise of the Ownership Right in Roman Law», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 88 (1985), p. 181-207; J. Michael RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987; J. Michael RAINER, «Die Immissionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB», a: *Vestigia iuris romani. Festschrift für Günter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, Graz, 1992, p. 351-376; Renate FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht*, Aquisgrà, 1996; M. Carmen JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Còrdova, 1999.

7. Per a les diferents accepcions d'aquests termes, veg. H. G. HEUMANN, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1895<sup>8</sup>, p. 238a-b, sv. *immittere*; *Thesaurus Linguae Latinae*, Lipsiae, 1934-1964, vol. VII.1, p. 466, sv. *immissio* i p. 468-472, sv. *immitto*; *Oxford Latin Dictionary*, editat per P. G. W. Glare, Oxford, 1982, p. 836a, sv. *immissio* i p. 836a-c, sv. *immitto*.

sa amb altres termes d'importància assenyalada, l'abundor quantitativa de referències no resol la primera qüestió i la més substancial: enlloc no hi ha una definició —encara que sigui mínima— i, com en altres casos, han estat els juristes i els historiadors (en aquest cas, la pandectística de la segona meitat del segle XIX) els que l'han hagut de bastir o, essent exactes, l'han reconstruït inductivament. En el fons, és el preu —que nosaltres paguem— de l'exquisit formalisme que els juriconsults romans practicaven. En aquesta reconstrucció, ha assolit un paper destacat D. 8,5,8,5-7 [Ulp. 17 ad ed.] perquè, sens dubte, és el text més significatiu de tots els disponibles.

Amb una encomiable economia de mitjans expressius i una certa dosi d'erudició històrica, Ulpia ens presenta no sols la problemàtica jurídica sinó també el seu principi vertebrador: d'una banda, resta clar que qualsevol estat de la matèria pot constituir l'objecte d'una immissió (representant l'estat líquid i gasós, Aristó esmenta l'aigua i el fum i, a través d'Alfè, l'estat sòlid hi és representat per les esberles de pedra que, resultat d'una extracció efectuada en la pròpia finca, cauen en l'aliena) i, d'altra banda i extret d'Aristó, s'afirma com a principi «*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*» (en el seu hom pot fer [el que vulgui] mentre no immissioni en l'aliè).<sup>8</sup> Atenint-nos estrictament al text examinat, queda clar que dins de la seva finca, el propietari exerceix el dret de propietat i, en principi, pot fer el que li vingui de gust; però, amb un límit identificat amb la prohibició d'introduir substàncies materials en la finca aliena. Per a assolir una perspectiva més exacta i completa, cal afinar aquest concepte tenint en compte algunes remarques.

En primer lloc, un problema que sembla lingüístic però que no ho és: per a referir-nos al concepte *immissió* hem emprat un seguit de termes com si fossin sinònims (*ingerència*, *invasió*, *introducció*) i, de fet, se'n poden afegir d'altres de semblants com, per exemple, *intromissió*, *immixció*, *immisció*, etc.; però, cal anar en compte amb un detall força important que podem enunciar així: si bé totes les invasions, etc., són immissions, les immissions no són —no tenen per què ésser-ho necessàriament— invasions, etc. La teoria dels conjunts ho explicaria fàcilment dient que les invasions, etc., són diferents subconjunts inscrits dins del concepte *immissió*. Altrament dit, el concepte *immissió* engloba dues situacions que, des d'un punt de vista jurídic, cal distingir, i ho fem emprant els termes llatins ha-

8. Per a la solució dels problemes exegètics que planteja aquest text, veg. Francesco DE MARTINO, «D. 8,5,8,5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 8 (1942), p. 136-141 [a: *Diritto, economia e società nel mondo romano. I. Diritto privato*, Nàpols, 1995, p. 521-526]; Hans Julius WOLFF, «Zur frühklassischen Kommentierung der Klassikerschriften», *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* 3 (1952), p. 132-141, esp. 135-137.



bituals: *facere in alienum* i *immittere in alienum*. La diferència entre ambdós és la següent:

1) L'expressió *facere in alienum* identifica la situació en què una persona fa una activitat determinada directament a la finca aliena (per exemple, llançar-hi fems o escombraries); com és evident, es tracta d'ingerències directes que lesionen el dret de propietat del veí i, considerades intolerables, resten completament prohibides, és a dir, no s'admet cap mena ni grau de tolerància. Si bé són immissions i entren dins de la prohibició enunciativa per Ulpià, hom tendeix a bandejar-les del concepte d'immissió perquè, com normalment són una pertorbació de la possessió, el veí se'n pot desfer a través de la tutela interdictal.<sup>9</sup>

2) En canvi, hom reserva l'expressió *immittere in alienum* per a identificar les immissions en estricta sentit jurídic: una persona fa una activitat determinada en el seu predi i aquesta activitat estén els seus efectes, repercuteix, en la finca aliena, i causa danys o molèsties al veí. Aprofitant l'expressivitat del llatí, podríem dir que es tracta d'un *facere in suo* que té com a conseqüència un *immittere in alienum*. D'acord amb aquesta definició, hom distingeix dos possibles supòsits: les anomenades *immissions directes* (per exemple, els fums que, com a resultat de la fabricació de formatges en la nostra finca, es propaguen envers l'edifici veí a D. 8,5,8,5 [Ulp. 17 ad ed.], o bé les aigües brutes que una bugaderia introdueix en la finca aliena a D. 39,3,3,pr. [Ulp. 53 ad ed.]), i *indirectes* (per exemple, posar en perill els fonaments de l'edifici veí com a conseqüència de les excavacions profundes que efectuem a la nostra finca, a D. 39,2,24,12 [Ulp. 81 ad ed.]). Però l'important és el següent: si bé jurídicament limitades (cal no oblidar la prohibició enunciativa per Ulpià), aquestes immissions en sentit estricta no sempre estan prohibides o, altrament dit, admeten un cert grau de tolerància perquè, ja sigui per com es produeixen o bé per la seva intensitat mínima, no comporten un greu perjudici per a qui les pateix (per exemple, l'aigua que, emprada per a fregar, expandeix els seus efectes a casa del veí a D. 8,2,19, pr. [Paul. 6 ad Sab.], o el moderat fum que surt i es propaga al veí en encendre la llar domèstica a D. 8,5,8,6 [Ulp. 17 ad ed.]) i, per tant, poden ésser tolerades dins d'uns límits que es fixen tenint en compte l'ús normal i el costum existent a l'indret.<sup>10</sup>

9. Per a la tutela interdictal de la higiene i la corresponent interpretació jurisprudencial, veg. Andrea DI PORTO, «La tutela della *salubritas* fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. I. Acque», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 91 (1988), p. 459-570 i «II. Cloache e salubrità dell'aria», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, p. 92-93 (1989-1990), p. 271-309. [Reedició conjunta d'ambdós articles: Andrea DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, Milà, 1990].

10. Rudolf VON JHERING, «Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn», *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 18 (1878), p. 1-10.

En segon lloc, i un cop vist que la introducció d'un element en la finca aliena no esgota la tipologia de les immissions, cal afinar el concepte en un doble i entrelligat sentit: d'una banda, resulta més encertat entendre la immissió com la repercussió, pertorbació o efecte molest o damnós que, en la finca aliena, ocasiona una activitat efectuada en la nostra i, de l'altra, i atès que el que és significatiu és el resultat i no l'agent causant, cal admetre que, al costat de les immissions substancials o materials que presentava Ulpià, n'hi pot haver d'altres de caràcter incorporeal o immaterial (per exemple, calor, humitats, pudors, etc.),<sup>11</sup> que, en conjunt i tradicionalment, es coneixen com *immissions d'imponderables*. Causades per agents invisibles o intangibles, el que compta és que els seus efectes són evidents o, almenys, constatables.

En tercer lloc, els juristes romans de l'època clàssica consideraven que només hi havia immissió quan s'afectava l'esfera interna del dret de propietat i s'ocasionava un dany jurídic (*damnum iniuria datum*)<sup>12</sup> i, naturalment, els danys econòmics de l'esfera externa restaven fora del concepte d'immissió. En aquest darrer cas, es considerava que s'havia produït la privació d'un avantatge de què s'havia gaudit fins aleshores. Per exemple, no era una immissió la privació de llum, aigua o vistes que un predi havia gaudit fins aleshores, ja que l'actuació que

*trechts* 6 (1863), p. 81-130 [a: *Gesammelte Aufsätze aus den...*, Jena, 1882, vol. II, p. 22-66. [Reedició anastàtica: Aalen, 1969, vol. II, p. 22-66]]. Tot i que aquest treball de Jhering és el més representatiu i ha estat considerat com el punt de referència, els elements d'aquesta teoria formaven part de l'ambient jurídic alemany d'aquell moment, com ho palesen els treballs següents: SPANGENBERG, «Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 9 (1826), p. 265-272; REINHARD, «Ueber das Recht des Eigenthümers, gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Dabei insbesondere von der *cautio damni infecti* und der *actio negatoria*», *Archiv für die civilistische Praxis*, 30 (1847), p. 216-248; W. WERENBERG, «Über die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer», *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6 (1863), p. 1-80; Chr. A. HESSE, «Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigenthümer», *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6 (1863), p. 378-441; i Chr. A. HESSE, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (Nachbarrecht)*, Jena, 1880<sup>2</sup>, p. 335-351.

11. Per exemple, veg. les referències a males olors, humitats i calor que contenen els textos següents: 1) males olors: *ex D.* 43,8,2,29 [Ulp. 68 ad ed.]; 2) humitats: *D.* 8,2,19,pr. [Paul. 6 ad Sab.]; *D.* 8,5,17,2 [Alf. 2 dig.]; 3) calor: *D.* 8,2,13,pr. [Proc. 2 epist.]; *D.* 8,5,8,7 [Ulp. 17 ad ed.]; *D.* 9,2,27,10 [Ulp. 18 ad ed.] = *Coll.* 12,7,8 [Ulp. 18 ad ed.].

12. Pel *damnum iniuria datum* i la seva evolució històrica, veg. Giuseppe VALDITARA, «*Damnum iniuria datum*», a: Javier PARICIO (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 825-885 [Reedició: Giuseppe VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torí, 1996, p. 3-63]. Per a la responsabilitat per danys en les relacions de veïnatge, veg. Giuseppe BRANCA, «La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres», a: *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milà, 1953, vol. I, p. 337-367; Manlio SARGENTI, «Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza», a: *Studi in onore di Pietro De Francisci*, Milà, 1956, vol. III, p. 349-371.



produïa aquests efectes (per exemple, enlairar l'edifici propi fins a obscurir les llums del veí) havia tingut lloc en l'esfera externa del dret.<sup>13</sup> No es concedia cap acció perquè el propietari no havia fet altra cosa que, operant en la seva esfera interna, modificar per al veí les condicions externes i, en les noves condicions, l'afluència de determinats elements naturals (llum, aigua, etc.) que abans li arribaven havia quedat estroncada. Per tant, el veí no podia lamentar-se d'haver sofert una lesió o dany jurídic perquè, en realitat, s'havia produït una pèrdua o disminució d'un avantatge que, en la mesura que procedia d'una condició externa, també podia desaparèixer per causes naturals.<sup>14</sup>

En quart i darrer lloc, dues consideracions menors: d'una banda, les immis-

13. En les fonts, aquesta visió dels juristes clàssics resta visible en dos supòsits diferents i, en aquesta qüestió, acomunats: d'una banda i respecte a la pèrdua del subministrament d'aigua que un pou veí sofreix com a resultat de l'obertura en la finca pròpia d'un altre pou que intercepta la vena aquífera que alimentava el primer, per Trebaci aquesta privació no era un dany perquè no derivava d'un defecte de l'obra realitzada pel veí—excavació o obertura del nou pou— en l'exercici del seu dret de propietat (D. 39,2,24,12 [Ulp. 81 ad ed.]) i, de l'altra i respecte a l'obscuriment o la privació de llums que un edifici veí pateix com a resultat de l'enlairament d'un altre edifici que el seu propietari efectua en exercici del seu dret de propietat, Ulp. reconeix explícitament que no hi ha cap acció per a evitar-ho i, per tant, implícitament s'infereix que llevar les llums del veí no es considerava un dany (D. 8,2,9 [Ulp. 53 ad ed.]). Però, en la mesura que aplega els dos supòsits anteriors i ens palesa la *ratio decidendi*, resulta cabdal una *sententia Proculi* recollida per Ulpia: considerant alhora els dos supòsits anteriors (estroncar les aigües i llevar les llums del veí com a resultat d'una activitat efectuada en exercici del dret de propietat en la pròpia finca), Pròcul entén que aquestes privacions no són danys i, per tant, qui les pateix no pot accionar fent valer la *cautio damni infecti* que s'hagués pogut constituir i, per a justificar aquesta decisió, explica que no produeix un dany qui impedeix l'avantatge que altri havia fins aleshores gaudit perquè, com remarca tot seguit, són coses diferents damnar i privar altri d'un avantatge (D. 39,2,26 [Ulp. 81 ad ed.]). Per a entendre el sentit d'aquesta explicació, cal tenir en compte dos extrems: d'una banda, un criteri d'equitat segons el qual no era just que un mateix es perjudiqués per beneficiar altri, és a dir, per a preservar el *lucrum alienum* (D. 23,3,6,2 [Pomp. 14 ad Sab.]) i, d'altra banda i atès que l'interès abastava tant el perdut com el deixat de guanyar (D. 46,8,13,pr. [Paul. 76 ad ed.]), la decisió de Pròcul sembla fonamentada en una radical distinció entre la privació o l'estroncament d'un guany (*lucrum cessans*) i l'inici o l'aparició d'un dany (*damnum emergens*).

14. Una solució diferent hauria significat la cancel·lació del sistema de les servituds predials (a través de les quals s'assolien aquests avantatges) tot convertint-les en limitacions legals a la propietat que, de fet, és el plantejament que després triomfà. Per a veure com els *iura praediorum* eren l'estri jurídic emprat per a assolir aquests avantatges, només cal recordar la funció acomplida i/o utilitat reportada per algunes servituds: 1) *servitus aquae non quaerendae*: impedir la recerca d'aigües en el predi servent i així evitar que s'estronquin o disminuïxin les del predi dominant (D. 8,1,15,pr. [Pomp. 33 ad Sab.]); 2) *servitus ne luminibus officiatur*: impedir que, en el predi servent, s'edifiqui de tal manera que es llevin les llums del predi dominant (GI. 2,31; D. 8,2,4 [Paul. 2 inst.]; D. 8,2,15 [Ulp. 29 ad Sab.]; D. 8,2,16 [Paul. 2 epit. Alf. dig.]); 3) *servitus ne prospectui officiatur*: impedir que, en el predi servent, s'edifiqui de tal manera que es llevin les vistes del predi dominant (D. 8,2,3 [Ulp. 29 ad Sab.]; D. 8,2,15 [Ulp. 29 ad Sab.]; D. 8,2,16 [Paul. 2 epit. Alf. dig.]).

sions resten circumscrites a molèsties o danys causats o que deriven d'activitats humanes i, per tant, no ho són els efectes derivats de fenòmens naturals i, de l'altra, el dret d'aturar i excloure les immissions no és una facultat exclusiva del dret de propietat sinó que també és accessible al titular de qualsevol *ius in re aliena* (servituds, usdefruït, etc.).

Així, doncs, les immissions en estricte sentit jurídic es podrien definir com les molèsties o danys jurídics que un titular d'un *ius in re aliena* sofreix en l'esfera interna del seu dret com a conseqüència d'una activitat que, en l'exercici del seu dret, un veí efectuà en el seu predi. Com hem dit i d'acord amb la visió clàssica, les privacions resten excloses del concepte d'immissió; però, en la mesura que no podem oblidar la dimensió històrica, cal remarcar que aquesta definició sembla eixamplar-se en el dret postclàssic justinianeu fins a abastar-ne els supòsits més significatius. En conjunt, aquest canvi consisteix en una restricció de les facultats dominicals dels propietaris (limitacions al domini) que, actuada amb diferents mitjans i graus de profunditat, comporta l'ampliació correlativa dels danys jurídics i, per tant, palesa una nova orientació on les *privacions* són reconegudes i tractades com immissions. Així, doncs, és possible distingir entre: d'una banda, la radical creació normativa d'algunes servituds legals (vistes<sup>15</sup> i

15. Com a culminació d'un procés iniciat en l'alt Imperi i adreçat a disciplinar l'urbanisme romà sota criteris higiènic i de seguretat, una llarga i articulada constitució de l'emperador Zenó l'Isauri regulà força aspectes de l'edificació en la metròpoli constantinopolitana (CJ. 8,10,12 [Zeno. 474-491]; per aquesta norma, veg. H. E. DIRKSEN, «Das Polizei-Gesetz des Kaisers Zeno über die bauliche Anlage der Privathäuser in Constantinopel», a: *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Alterthumskunde*. Herausgegeben von Friedrich Daniel Sannio, Leipzig, 1871, vol. II.2.6, p. 225-254; Moritz VOIGT, «Die römischen Baugesetze», *Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse* 55 (1903), p. 175-198, esp. 190-192; Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano. II.1. La proprietà*, Roma, 1926, p. 270-271 i p. 285-287 [Ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò con l'aggiunta degli indici delle fonti: Milà, 1966, p. 318-319 i p. 336-338]; Biondo BIONDI, «La l. 12 *Cod. de aed. priv.* 8,10 e la questione delle relazioni legislative tra le due parti dell'Impero», *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 3 (1937), p. 363-384 [a: *Scritti giuridici. II. Diritto romano. Fonti, diritto pubblico, penale, processuale civile*, Milà, 1965, p. 27-45]; Biondo BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»*, Milà, 1938), p. 28-29 i p. 108-110; Valentino CAPOCCI, «Nota per la storia del testo della costituzione Περὶ κλινοτομῶν dell'Imp. Zenone», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 7 (1941), p. 155-184; Ernst LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 116; Léon HOMO, *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*, Paris, 1971<sup>2</sup>, p. 548 i n. 947, p. 550 i p. 556 [*La Roma imperial y el urbanismo en la Antigüedad. Traducción al castellano por José Almoína*, México, 1956, p. 428 i n. 44, p. 430-435]). Entre altres regulacions interessants, aquesta norma acull l'establiment d'una peculiar servitud legal de vistes ja que, en concret, estava adreçada a protegir la vista «directa» dels veïns al mar del Bòsfor i, d'altra banda i alhora, s'excloïa expressament d'aquesta protecció la vista «esbiaixada» del mar (CJ. 8,10,12,2a [Zeno. 474-491]). Atès que la constitució agrupa preceptes jurídicament heterogenis, la naturalesa jurídica del que

vent de l'era<sup>16</sup>) i, de l'altra, la tímidament reformista interpolació de límits en determinats actes lícits (llums<sup>17</sup> i aigües<sup>18</sup>).

ens ocupa pot ésser aclarida fixant-nos en un detall posat en relleu per Levy (Levy, *West Roman*, p. 114-116, esp. 116): no és una mesura de dret públic (una norma de compliment obligat i general, és a dir, un *ius cogens*) sinó de dret privat perquè es permet que el propietari implicat pugui renunciar al seu dret o, altrament dit, pugui fer una excepció a l'observança del precepte constituïnt amb el seu veí una servitud convencional en contra (CJ. 8,10,12,4b [Zeno. 474-491]). Posteriorment l'emperador Justinià modificà dos aspectes d'aquesta normativa: d'una banda, va eixamplar la vigència d'aquesta constitució zenoniana que, de dret local de Constantinoble, esdevingué dret general de l'Imperi romà d'Orient (CJ. 8,10,13 [Iust. 531]) i, de l'altra, va estendre la protecció a la vista «esbiaixada» del mar (NJ. 165 [Iust. post 538]). A més i respecte d'aquesta matèria, cal remarcar que una altra font considerada d'època justiniana (el tractat de l'arquitecte palestí Julià d'Ascalona que, mantenint l'error de l'*Hexabiblos*, es titulava *Formae praefecti praetorio ab ascalonita Iuliano architecto collectae ex legibus aut moribus Palaestinae*) palesa l'extensió d'aquesta protecció a diferents vistes: no sols s'hi recull la protecció de la vista «directa» del mar (JA. 52: HEXA. 2,4,47) sinó també la vista de les muntanyes (JA. 56-57: HEXA. 2,4,51), dels jardins i llocs plantats (JA. 53: HEXA. 2,4,48) i de les pintures murals públiques (JA. 54: HEXA. 2,4,49).

16. Una constitució de l'emperador Justinià que, per la seva especificitat, ha assolit fama d'excèntrica concedia acció al propietari d'una era per a impedir la construcció d'un edifici a la parcel·la veïna quan restés clar que, un cop enlairat, el nou edifici li llevaria el vent necessari per a batre els àrids (CJ. 3,34,14,1 [Iust. 531]; per aquesta norma, veg. BONFANTE, *Corso*, vol. II.1, p. 287 i n. 4; p. 339 i n. 4; KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. II, § 241.II.6, p. 266-267, esp. 267 i n. 45). Per molt que alguns historiadors l'han bandejat d'aquesta problemàtica tot considerant-la una mesura de dret públic adreçada a tutelar els interessos «socials» de l'agricultura (JIMÉNEZ, *El règimen*, p. 43-44), una anàlisi sense prejudicis palesa dos extrems: d'una banda, és una norma equivalent a alguns dels preceptes que conté CJ. 8,10,12 [Zeno. P. 474-491] perquè l'aplicació del criteri encunyat per Levy produeix els mateixos resultats que ja hem vist (veg. *supra* n. 15), la qual cosa demostra que restem davant de la creació d'una servitud legal en favor de les eres de batre i, de l'altra, aquesta norma és especialment significativa perquè permet entendre i explicar la conversió de les privacions en un nou tipus d'immissions en el dret postclàssic justinianeu. Segons explica el mateix emperador, algú (algun —s'entén— propietari agrari) havia impedit que el seu veí construís a prop de la seva era al·legant que, un cop dreçat l'edifici, li llevaria el vent necessari per a batre (separar el gra de la palla). Com el desenvolupament subsegüent dels fets no deuria ésser pas pacífic, el problema arribà a coneixement imperial i Justinià es va veure en l'obligació d'arranjar-lo establint la regulació que ja hem explicat. Però, tant o més important que el contingut de la norma és la motivació oferida per Justinià per a establir-la: en la mesura que la naturalesa i utilitat dels cereals no s'assoleix fins que han estat trillats i batuts («*Cum autem apertissimi iuris est fructus aridos conculcatione quae in area fit suam naturam et utilitatem ostendere, [...]*»), calia donar la raó al pagès i no permetre que ningú enlairés un edifici disminuint o llevant el vent necessari i suficient per a complir aquesta tasca («*[...] Sancimus itaque nemini licere sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat [...]*») perquè el contrari comportaria que —aquesta és la justificació— tant l'era com els cereals esdevinguessin inútils per a l'amo («*[...] et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat.*»), és a dir, el pagès en perdria les utilitats respectives. El doble esment de la inutilitat a tan poca distància és evidentment un recurs retòric per a emfasitzar el discurs; però, en aquest cas, la seva aplicació no sembla baldera perquè, en el cas de l'era, la pèrdua d'utilitat és total i definitiva i, en el cas dels cereals i si acceptem —com Justinià feia

i com qualsevol pagès també faria— que batre'ls és imprescindible, no sols representa la pèrdua de la collita en curs sinó que, amb una era inútil, el pagès ja podia començar a canviar de conreu o bé, si les condicions naturals de la finca no ho permetien, cercar un nou ofici. Com es desprèn d'aquest comentari, no considerem pas que Justinia s'estigués referint —almenys, no de forma directa— a la *utilitas publica* sinó més aviat al profit privat del pagès. Però, en el fons, la qüestió rellevant no és si l'emperador vetllava pels interessos econòmics de la pagesia i, per extensió, del conjunt social sinó que, al privar-lo de l'avantatge del vent, el pagès i, sobretot, la seva propietat, en resultaven damnats. La rellevància d'aquesta remarca és doble: d'una banda, palesa que restem davant d'un dels típics casos de privació i, d'altra banda, és evident que l'emperador connecta, correlaciona i identifica la privació de l'avantatge del vent (*lucrum cessans*) amb la inutilitat de l'era, és a dir, amb l'inici o aparició del dany (*damnum emergens*) i, per tant, aquest raonament tendeix un pont conceptual entre *lucrum cessans* i *damnum emergens* que anorrea la diferenciació que el dret clàssic emprava per a no considerar les privacions com immissions (veg. *supra* n. 13) o, altrament dit, transforma les privacions en un tipus nou o, almenys, diferenciable d'immissió. Per a confirmar-ho i esvaïr qualsevol recança, deixem que interpretin la norma els juristes que la van viure perquè, per sort nostra i mercès al seu conservadurisme, aquesta constitució va tenir una plurisecular pervivència en el dret bizantí postjustinianeu fins que la seva regulació fou inserida en l'*Hexabiblos* en els termes següents:

HEXA. 2,4,130: «Ο βουλόμενος πληστρίων άλλοτρίων άλλωνίου οικόδομειν, ἐν ᾧ καταβλαπτει τὸν τοῦτου δεοπότην, κωλύεται ἐξ αὐτοῦ.» [*Qui prope alineam aream aedificare volet, si illius domino nocet, ab eo prohibetur.*]

Aquest resum bizantí és tan clar, concís i contundent que gairebé s'explica per si mateix: si la projectada construcció d'un edifici a prop d'una era aliena —literalment— «damna» l'amo de l'era, aquest darrer té dret a prohibir-ne la construcció. És evident que aquesta no és la fesomia típica del dret públic, no és una norma de general i obligat compliment, no es prohibeix taxativament la construcció de l'edifici sinó que atorga a l'amo de l'era la facultat de decidir si tolera o no que el nou edifici damni la seva propietat i que, segons quina hagi estat l'opció triada, pugui actuar en conseqüència. Com hem dit, restem davant de la creació d'una servitud legal en favor de les eres de batre i, per tant, l'amo de l'era restava davant d'una disjunció: si decidia no tolerar el dany, podia impedir la construcció de l'edifici o bé, si decidia tolerar-lo i tenint present el ja dit sobre les vistes (veg. *supra* n. 15), podia acordar la constitució d'una servitud voluntària en favor del constructor (*servitus altius tollendi*), és a dir, podia avenir-se a renunciar al seu dret a canvi d'una adequada contraprestació.

17. En el dret clàssic, hom podia lliurement enlairar el seu propi edifici encara que això comportés llevar les llums del veí (D. 8,2,9 [Ulp. 53 ad ed.]; D. 8,2,31 [Paul. 48 ad ed.]; D. 19,2,25,2 [Gai. 10 ad ed. prov.]; CJ. 3,34,8 [Dio. et Max. 293]; CJ. 3,34,9 [Dio. et Max. 293]) i, en canvi, dues versions d'un mateix *responsum Marcelli* permeten apreciar com el jurista clàssic considerava lícit que hom llevés les llums del veí perquè —segons ell— les cases fosques també són habitables i, en canvi, la part final d'ambdós textos —interpolades pels compiladors justinianeus— plantejen l'existència d'un límit: hom pot obscurir les llums de la casa veïna sempre i quan no ho faci completament i, com a justificació, s'addueix que un mínim de llum diürna és imprescindible perquè una casa sigui habitable (D. 7,1,30 [Paul. 3 ad Sab.]; D. 8,2,10 [Marcell. 4 dig.]).

18. En el dret clàssic, era lícit excavar un pou en la pròpia finca encara que la interceptació de la capa freàtica comportés l'estroncament de les aigües que alimentaven el pou del veí (D. 39,3,1,21 [Ulp. 53 ad ed.]; D. 39,3,21 [Pomp. 32 ad Q. Muc.]); però, d'altres textos, palesen una orientació diferent i així, per exemple, hi ha un text on, mentre el jurista clàssic Marcel no considerava aplicable a un cas com aquest l'*actio aquae pluviae arcendae*, els compiladors justinianeus van afegir una remarca final força significativa per modular el possible recurs a l'*actio doli*: aquesta acció no era aplicable sem-

### 3. LA INTERPRETACIÓ JURÍDICA D'UNS TEXTOS ROMANS: EL CAMÍ ENVERS LA TEORIA DE LA IMMISSIÓ (JHERING)

A grans trets, el primer que cal tenir en compte és que la glossa ordinària presenta dues característiques significatives: d'una banda, una considerable incomprensió o insensibilitat envers el problema, ja que l'entengué com una simple qüestió factual (si el fum molesta el veí del nivell superior, que tanqui les finestres o cerqui algun altre mitjà de protecció)<sup>19</sup> i, de l'altra, només considerava possible que hom causés un dany al veí usant el propi dret si s'exercia *animo nocendi*, la qual cosa palesa que hom incardinà el problema dins de la teoria de l'*aemulatio*.<sup>20</sup>

pre que l'excavació a la recerca de l'aigua s'hagués efectuat per millorar la pròpia finca (*utilitas sua*) i no amb la intenció de perjudicar el veí (*animus nocendi*) (D. 39,3,1,12 [Ulp. 53 ad ed.]). Com en el cas de les llums, no es qüestiona la licitud de l'acte sinó que es redueix el seu caràcter absolut fixant un límit en la pròpia utilitat (Francesco SALERNO, «Aqua pluvia ed opus manu factum», *Labeo. Rassegna di diritto romano* 27 (1981), p. 218-241, esp. 237). Si bé alguns autors consideren el text com genuïnament clàssic tot qüestionant que hagi estat interpolat (Raymond DERINE, «À propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 5 (1958), p. 449-468) o, fins i tot, també es considera clàssica la repressió de l'*aemulatio* (Antonio PALMA, «Iura vicinitatis». *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torí, 1988, p. 178-184, esp. 180), la majoria de la doctrina hi veu la puntual (cenyida a l'àmbit de les aigües privades) i inorgànica (sense una teoria) repressió d'alguns actes emulatius que el dret justinianeu introduí mitjançant interpolacions (Silvio PEROZZI, «Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private», *Archivio Giuridico Filippo Serafini* 53 (1895), p. 350 i s. [a: *Scritti giuridici. I. Proprietà e possesso*, Milà, 1948, vol. 1, p. 371-398, esp. 375-376]; Mario ROTONDI, «L'abuso di diritto», *Rivista di diritto civile* 15 (1923), p. 105-128, 209-352 i 417-457 [Reedició: «L'abuso di diritto», a: *L'abuso di diritto. 'Aemulatio'*, Pàdua, 1979, p. 13-220, esp. 75-76]; LEVY, *West Roman*, p. 117-118, esp. 118, n. 115; Guido ASTUTI, «Acque. I. Introduzione storica generale», a: *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1958, vol. 1, p. 346a-387b, esp. 358a; Giuseppe GROSSO, «Atti. IV. Atti emulativi. a) Diritto romano», a: *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1959, vol. IV, p. 27b-29a, esp. 28a; Salvatore RICCOBONO i Salvatore RICCOBONO Jr., «Emulazione. Diritto romano», a: *Novissimo Digesto Italiano*, Torí, 1960, vol. VI, p. 519b-521b, esp. 520a; KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. II, § 198.I, p. 63, n. 5 i § 241.IV.2.b, p. 271, n. 86; Francesco SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milà, 1977, p. 204-205, n. 120; SALERNO, «Aqua pluvia», p. 236-241; Francesco SITZIA, «Scolo delle acque. a) Storia», a: *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1989, vol. XLI, p. 750a-753a, esp. 752a-b i n. 21-24; Joseph PLESCIA, «The Roman Law on Waters», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 21 (1993), p. 433-451; Enrique GÓMEZ ROYO, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, València, 1997, p. 191-229, esp. 197). Tanmateix, cal remarcar que aquesta limitada sèrie d'interpolacions en matèria d'aigües va ésser emprada posteriorment com el fonament textual a partir del qual els interpres medievals van dreçar la teoria de l'*aemulatio* segons la qual, en poques paraules, restaven prohibits els actes que perjudicaven altri i no reportaven cap benefici —o era mínim— a qui els acomplia (per aquest desenvolupament medieval, vegeu *infra* n. 20).

19. Glossa *iure ad D.* 8,5,8,5 (ACCURSII, «Glossa in Digestum Vetus», a: Mario VIOLA (ed.), *Corpus Glossatorum Juris Civilis. VII*, Venècia, 1488, f. 158<sup>rb</sup> [reedició anastàtica: Torí, 1969, p. 313b]).

Els comentaristes es van encarregar de situar un altre cop el problema en els justos termes jurídics: denunciant l'error o la incomprensió de la glossa, Revigny palesà que el problema discutit era causar un dany al veí com a conseqüència d'un acte acomplit en el predi propi i, per tant, la incomoditat generada podia ésser aturada emprant l'*actio negatoria* i, si calia, podia exigir-se un rescabament pels danys soferts. A més, cal destacar que el mateix Revigny posà en relleu que el límit o l'indar que separava el lícit de l'il·lícit era l'ús moderat de la cosa o la immissió (si la immissió era greu, aleshores era il·lícita i, en canvi, si era lleu o moderada, havia de tolerar-se).<sup>21</sup>

El camí encetat pels ultramontans fou acceptat per la doctrina de tal manera que la seva doctrina fou enlairada a *opinio communis* a partir del moment en què l'autoritat doctrinal de Bartolus a Saxoferrato la generalitzà tot introduint un terme amb futur: la normalitat o l'ús normal de la cosa era el l'indar que separava les immissions tolerables de les il·lícites.<sup>22</sup> Cal remarcar que, malgrat l'intent d'equiparació de Revigny, hom continuà pensant que les immissions només podien ésser materials. En aquest punt, i malgrat els intents d'alguns juristes alemanys

20. Per a la teoria de l'*aemulatio* en el *ius commune*, veg. Ferdinando PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione «Dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur»*, Florència, 1886 [reedició anastàtica «Con una nota di lettura di Luigi Capogrossi Colognesi»: Nàpols, 1980, p. 81-82]; Vittorio SCIALOJA, «*Aemulatio*», a: *Enciclopedia Giuridica Italiana. Esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza*, Milà, 1892, vol. I.2.1, p. 426a-452a, esp. §§ 4-9, 426b-431b; Mario ROTONDI, *L'abuso*, p. 13-220, esp. 95-109; Ugo NICOLINI, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milà, 1940, p. 69-95, esp. 72-95; Guido ASTUTI, «Atti. IV. Atti emulativi. b) Diritto intermedio», a: *Enciclopedia del Diritto*, Milà, 1959, vol. IV, p. 29b-33b. Per a la relació entre actes emulatiu i edificació en el *ius commune*, veg. Eduard M. MEIJERS, «Atteintes à la propriété foncière», a: *Festschrift für Ernst Rabel. I. Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1954, p. 421-452; M. D. BLECHER, «Aspects of Privacy in the Civil Law», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 43 (1975), p. 279-296, esp. 286-292. Com a exemple d'aquesta acceptació medieval de la teoria de l'*aemulatio*, veg. el comentari de Paulus Castrensis a CJ. 3,34,8 [Dio. et Max. 293] (Pauli CASTRENSIS, *In primam Codicis partem Patavinae praelectiones*, Lugduni, 1553, f. 189rb, núm. 4-5). En el dret escocès actual, l'abús de dret continua essent conegut com a *aemulatio vicini* (David JOHNSTON, «Owners and Neighbours: from Rome to Scotland», a: Robin EVANS-JONES (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, Edimburg, 1995, p. 176-197, esp. 183-194).

21. Revigny ad D. 8,5,8,5 (Manuscrit Leiden d'Ablaing 2, f. 164rb reproduït per MEIJERS, «Atteintes», p. 427, n. 18). Albericus de Rosate no sols resumia aquesta opinió de Jacques de Revigny sinó que, a més, palesava com Revigny equiparava les immissions d'imponderables (pudor) a les materials (fum i aigua); però, atès que no hem accedit directament al manuscrit de Revigny, aquest detall no el podem precisar més (Albericus ad D. 8,5,8,5-6: Albericus DE ROSATE, «*Commentarii in primam Digesti veteris partem*», a: Ennii CORTESE, Dominici MAFFEI i Guidonis ROSSI (ed.), *Opera Iuridica Rariora*, Venècia, 1585 [reedició anastàtica: Bolonya, 1974, f. 363ra-b, núm. 5 i 7-8]).

22. Bartolus ad D. 8,5,8,5 (BARTOLI [a SAXOFERRATO], *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, Lugduni, 1547, f. 210va-b, núm. 1).



d'època moderna de reconèixer les immissions d'imponderables, el problema arribà sense solució al segle XIX, on es disputaven el camp la visió tradicional representada per Spangenberg (les immissions només són materials)<sup>23</sup> enfront de la decidida posició aperturista de Jhering d'admetre les immissions d'imponderables i equiparar-les a les materials.<sup>24</sup>

L'aportació de Jhering no es limità a aquest reconeixement sinó que elaborà la teoria segons la qual calia tenir en compte alhora els factors real i personal: al costat de l'ús normal com a criteri propi del real, també calia valorar la tolerància de les persones normals (la de les persones especialment sensibles hauria estat distorsionadora) com l'altra vessant del que ell considerava, en conjunt, com un criteri objectiu.<sup>25</sup> Normalitat en l'ús i la tolerància normal són els elements que s'acabaren imposant i que encara perduren.

En darrer lloc, cal remarcar que el problema de les privacions continuava encorat en la visió romana clàssica, i ara, amb la teoria voluntarista de la propietat que es desenvolupà, va absolutitzar-se de tal manera que el nou estandard fou la màxima romana *qui suo iure utitur neminem laedit* i la teoria de la immissió fou entesa i incorporada com una limitació al dret de propietat en benefici dels veïns.

#### 4. LES PRINCIPALS EXPERIÈNCIES JURÍDIQUES CONTEMPORÀNIES: L'EMERGÈNCIA D'UNA *COMMUNIS OPINIO* ENTORN DE LES IDEES DE JHERING

Recorrent al funcionalisme (*Funktionalitätsprinzip*)<sup>26</sup> per a fer possible la comparació, encetem un breu repàs de com consideren aquest problema els ordenaments jurídics europeus actuals més significatius: *Common Law*, el dret alemany, l'espanyol, l'italià i el francès.<sup>27</sup>

23. SPANGENBERG, «Einige Bemerkungen», p. 271-272.

24. JHERING, *Zur Lehre*, vol. II, p. 48-50.

25. JHERING, *op. cit.*, vol. II, p. 63-64.

26. Konrad ZWEIGERT i Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, 1996<sup>3</sup>, A.§1.III.4, p. 10-12, esp. 11 i A.§3.II, p. 33-35.

27. A més d'una coneguda aportació clàssica de dret comparat (Jean LIMPENS, Robert M. KRUIHOF i Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *International Encyclopedia of Comparative Law. XI. Torts. 2. Liability for One's Own Act*, Tübingen-Alphen a/d Rijn, 1979, p. 105-126) i una altra de més recent (James GORDLEY, «Immissionschutz, Nuisance and Troubles de Voisinage in Comparative and Historical Perspective», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 6 (1998), p. 13-29), per a dreçar aquesta comparació hem tingut en compte els treballs científics que, en el marc de la proposta del Parlament europeu d'harmonitzar els drets europeus per elaborar un futur codi civil europeu, s'han endegat per aplanar el camí en matèria de responsabilitat extracontractual —indret sistemàtic on se situa la

4.1. L'EXPERIÈNCIA DEL *COMMON LAW*

El *Common Law* situa la problemàtica jurídica de les immissions en l'àmbit del *tort* i, en concret, del *tort of nuisance*.<sup>28</sup> Encara que la delimitació d'aquest *tort* resulta complexa perquè s'encavalca amb altres figures properes (*tort of trespass*, *tort of negligence* i la regla *Rylands v. Fletcher*)<sup>29</sup> i perquè els avatars històrics han acomunat sota aquest mateix terme dos conceptes diferents (*private nuisance* i *public nuisance*)<sup>30</sup>, hom admet generalment que el *tort of private nuisance* es pot definir com una interferència substancial i injustificada del demandat en: *a*) la finca del demandant (afectant-la físicament); *b*) l'ús i/o l'aprofitament de la finca, i *c*) un dret sobre el seu aprofitament o connectat amb aquest (servituds o altres drets semblants). A diferència del *tort of trespass* (on la interferència és directa), el *tort of private nuisance* preveu interferències indirectes, és a dir, les que consisteixen en efectes o conseqüències (fums, gasos, sorolls, vibracions, etc.) d'actes que el demandat executa *in suo* i que s'estenen a la propietat del deman-

nostra problemàtica—, entre els quals cal destacar: d'una banda, la monumental obra de Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. I. The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System*, Oxford, 1998, p. 525-552; de l'altra, la profitosa aportació adreçada a l'ensenyament a partir de l'anàlisi de la jurisprudència de Walter VAN GERVEN, Jeremy LEVER, Pierre LAROCHE, Christian VON BAR i Geneviève VINEY, *Common Law of Europe Casebooks. Torts. Scope of Protection*, Oxford, 1999, p. 207-251 i, finalment, algunes respostes dels qüestionaris —amb preguntes taxades sobre un tema monogràfic— efectuats a especialistes dels diferents països implicats incloses en Helmut KOZIOL (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, la Haia-Londres-Boston, 1998, p. 51-52, 62 i 79-80 (respostes al *Case 9* dels representants del *Common Law*, dret francès i italià). Per a una valoració —més aviat pesimista— del camí recorregut fins ara, veg. l'aportació —encara inèdita— al simposi internacional «Un Code civil pour l'Europe/A Civil Code for Europe» que va tenir lloc a la Universitat de Coïmbra els dies 23-24 de juny de 2000 de Geneviève VINEY, *Un Code civil pour l'Europe. Les perspectives dans le domaine de la responsabilité delictuelle*, p. 1-19, esp. 12-18 i, en el marc d'aquest mateix simposi, també resulta interessant l'aportació de John W.G. BLACKIE, *Tort Law and a Civil Code for Europe. A United Kingdom Perspective*, p. 1-12, esp. 11-12.

28. Pel *tort of nuisance* en el *Common Law*, veg. W. W. BUCKLAND i Arnold D. MCNAIR, *De-recho romano y Common Law. Una comparación en esbozo*. 2a ed. revisada per F.H. Lawson. Traducció espanyola d'Ignacio Cremades Ugarte, Madrid, 1994 (orig. 1936), p. 366-369; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londres-Boston-Dublín-etc., 1990<sup>3</sup>, p. 478-494; K. M. STANTON, *The Modern Law of Tort*, Londres, 1994, p. 386-405; C. D. BAKER, *Tort*, Londres, 1996<sup>6</sup>, p. 275-303; VAN GERVEN [et al.], *Common Law*, p. 207-251; B. S. MARKESINIS i S. F. DEAKIN, *Tort Law*, Oxford, 1999<sup>4</sup>, p. 421-462; David J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 1999, p. 98-106.

29. Per a aquestes figures i la seva proximitat, veg. STANTON, *The Modern*, p. 395-397; BAKER, *Tort*, p. 277-278; MARKESINIS i DEAKIN, *Tort*, p. 455-457.

30. Per a aquestes figures i la seva diferència, veg. STANTON, *The Modern*, p. 402-403; BAKER, *Tort*, p. 297-302; MARKESINIS i DEAKIN, *Tort*, p. 450-454.

dant i l'afecten.<sup>31</sup> Però no es pot accionar contra totes les interferències indirectes perquè, atès que algunes són inherents a la convivència social, la protecció jurídica només abasta les interferències que superen o excedeixen un determinat límit de tolerància que, tenint en compte les circumstàncies de cada cas, el tribunal estableix fent un balanç entre els interessos en conflicte. Per regla general, es tenen en compte dos elements essencials: la interferència ha d'ésser *substantial* i *unreasonable*. *Substantial* perquè ha de consistir en un dany apreciable (*appreciable harm*) i l'esmentada *unreasonableness* és el resultat final de valorar un seguit de factors, els més importants dels quals són: *a*) la durada de la interferència; *b*) la sensibilitat del demandant; *c*) el caràcter del veïnat, i *d*) la culpa del demandat.<sup>32</sup> Tenint en compte aquests elements, resta clar que el caràcter *reasonable* o no d'una determinada interferència no es determina *in abstracto* sinó d'acord amb els «ordinary usages of mankind living in society, or, more correctly, in a particular society» (Sedleigh-Denfield *v.* O'Callaghan)<sup>33</sup>. A més, no cal gaire esforç per adonar-nos que aquesta manera de mesurar la immissió tolerable no és cap altra cosa que la descomposició analítica dels factors que defineixen l'ús normal d'una propietat dins d'un indret determinat segons la pràctica general i comuna existent. En un *tort of private nuisance*, l'afectat té al seu abast tres remeis: d'una banda, dos remeis adreçats a aturar i/o a minorar els efectes de la interferència (*injunction* i *abatement*)<sup>34</sup> i, de l'altra, i si la interferència ja ha produït efecte, pot reclamar els danys soferts. En aquest darrer cas, la responsabilitat aplicada deriva de les circumstàncies concretes del supòsit i es coordina amb aquestes: si bé res no impedeix que, segons el comportament del demandat, s'aprecii un cas de responsabilitat culposa accionable d'acord amb el model del *tort of negligence*, a partir de mitjan segle XIX (1866) i arran del cas Rylands *v.* Fletcher<sup>35</sup> es desenvolupa en el *Common Law* una *strict liability* (responsabilitat no culposa o objecti-

31. Per a aquesta definició, veg. STANTON, *The Modern*, p. 386; William GELDART, *Introduction to English Law (Originally Elements of English Law). Eleventh Edition prepared by Sir David Yardley*, Oxford; Nova York, 1995<sup>11</sup>, p. 171-172; BAKER, *Tort*, p. 275; Roland SÉROUSSI, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*. Versió d'Enrique Alcaraz Varó, Barcelona, 1998, p. 64-65; MARKESINIS i DEAKIN, *Tort*, p. 422.

32. Per a aquests factors que determinen la *unreasonableness*, veg. LIMPENS [et al.], *International Encyclopedia ... XI. Torts. 2. Liability*, p. 56-57 i 123-124; STANTON, *The Modern*, p. 390-397; BAKER, *Tort*, p. 278-286; MARKESINIS i DEAKIN, *Tort*, p. 429-435.

33. MARKESINIS i DEAKIN, *Tort*, p. 429.

34. Per als remeis de la *injunction* i l'*abatement*, veg. Hans STOLL, *International Encyclopedia of Comparative Law. XI. Torts. 8. Consequences of Liability: Remedies*, Tübingen; París; Nova York, [s.d.], p. 65; MARKESINIS i DEAKIN, *Tort*, p. 445-450.

35. Per al paper del cas Rylands *v.* Fletcher en el desenvolupament d'una *strict liability*, veg. Pierre-Dominique OLLIER i Jean-Pierre LE GALL, *International Encyclopedia of Comparative Law*.

va) en les relacions de veïnatge que va generar la *rule* (regla) que duu el seu nom, i que parteix de la simple generació d'un risc a l'hora d'imputar la responsabilitat corresponent al *tortfeasor*.

#### 4.2. EL DRET ALEMANY

A diferència del *Common Law*, el dret alemany afronta aquesta problemàtica des de la perspectiva del dret de propietat. La disposició fonamental és el § 906 BGB, que estableix el següent:

a) Els propietaris no poden impedir (= tenen l'obligació de tolerar) les immissions indirectes d'imponderables (gasos, vapors, olors, fums, sutja, calor, so- roll, vibracions i d'altres de semblants) procedents d'una altra finca si no perjudiquen, o no ho fan de forma essencial, l'aprofitament de la seva finca (§ 906,1 BGB).

b) Les immissions que perjudiquen de forma essencial la finca s'han de tolerar quan siguin conformes als usos locals o bé quan, per a impedir-les, calgui efectuar una despesa econòmicament exagerada (§ 906,2,A BGB) i, a *sensu contrario*, s'entén que, quan s'ultrapassen aquests límits, no cal tolerar-les.

c) Quan hom ha de tolerar immissions essencialment perjudicials perquè s'adeqüen als usos locals o el perjudici no supera el que és tolerable, qui les suporta té dret a exigir una compensació pecuniària adequada (§ 906,2,B BGB).<sup>36</sup>

Si bé els dos primers punts de la nostra exposició palesen clarament la in-

XI. *Torts. 10. Various Damages*, Tübingen-Alphen a/d Rijn, 1981, p. 56-58; STANTON, *The Modern*, p. 98-401; BAKER, *Tort*, p. 285-288; VON BAR, *The Common European*, p. 262-269 i MARKESINIS i DE-AKIN, *Tort*, p. 493-508.

36. Per a una primera aproximació al dret alemany actual en matèria de relacions de veïnatge on ocupa un lloc central el § 906 BGB, veg. Martín WOLFF, *Tratado de derecho civil. III. Derecho de cosas. I. Posesión. Derecho inmobiliario. Propiedad. por Ludwig ENNECCERUS, Theodor Kipp y...* Traducció de la 32a edició alemanya amb estudis de comparació i adaptació a la legislació i jurisprudència espanyoles, de Blas Pérez González i José Alguer, Barcelona, 1944, § 53, p. 314-319; J[ustus] W[ilhelm] HEDEMANN, *Tratado de derecho civil. II. Derechos reales. Versió espanyola i notes de José Luis Díez Pastor i Manuel González Enríquez*, Madrid, 1955, p. 156-162; Harry WESTERMANN, *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1966<sup>5</sup>, § 63, p. 303-317; Ernst WOLF, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Colònia; Bonn; Berlín; Munic, 1979<sup>2</sup>, § 3.F, p. 164-183; PALANDT, *Beck'sche Kurz-Kommentare. VII. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 des 2. WKSchG), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung bearbeitet von Peter BASSENGE, Uwe DIEDERICHSEN, Wolfgang EDENHOFER, Helmut HEINRICH, Andreas HELDRICH, Hans PUTZO, Heinz THOMAS*, Munic, 1994<sup>53</sup>, p. 1103-1108. Per a la corresponent dimensió històrica d'aquest § 906 BGB, veg. RAINER, «Die Immissionen», p. 370-376.

fluència de la teoria de Jhering de l'ús normal, el tercer punt és el que presenta més problemes d'interpretació: en principi, podríem dir que estableix entre el causant i la víctima del dany una relació propera a l'expropiació amb indemnització, ja que s'obliga el darrer a acceptar una pèrdua patrimonial a canvi d'una compensació. La norma és adreçada a obligar el propietari a acceptar les immissions essencials i, atès que aquest no pot prevenir indefinidament l'activitat del veí, és evident que amb això es pretén evitar la previsible aturada de la indústria que se'n derivaria o, altrament dit, d'alentar-ne el desenvolupament evitant-li destorbs. Tanmateix, les dificultats més serioses giren entorn de la compensació: d'una banda, i d'acord amb el tenor del § 906,2,B BGB, sembla que la compensació només abasta la pèrdua patrimonial (*Ausgleich*) i no tots els danys i, de l'altra, i tenint en compte la mateixa norma, s'ha plantejat el problema dels requisits necessaris per a concedir la compensació. Els tribunals alemanys l'han solucionat de la manera més raonable possible, tot habilitant un dret *general* a la compensació que ultrapassa el tenor literal de la norma ja que, passant per alt els factors enumerats, només s'exigeix que el dany sigui impossible de prevenir. Aquest dret *general* a la compensació ha assolit dins del dret alemany un paper semblant o, almenys, proper al que té la *rule* del cas *Rylands v. Fletcher* en el *Common Law*: habilitar una via per una responsabilitat per riscos, com ho demostra el cèlebre cas decidit pel Bundesgerichtshof el 2 de març de 1984.<sup>37</sup> De fet, sembla clar que l'obligació de tolerar immissions no és un simple requisit sinó que ha acabat essent virtualment la raó per a concedir un dret *general* a compensació en les relacions de veïnatge. Això comporta l'establiment d'una responsabilitat per immissions no culposa o objectiva.

#### 4.3. ELS DRETS ESPANYOL, ITALIÀ I FRANCÈS

La situació existent a Espanya, Itàlia i França és força diferent a l'alemanya perquè, encara que el dret italià presenta algun paral·lelisme amb l'alemany, els codis civils corresponents no contenen cap norma que estableixi un dret a compensació per immissions en l'àmbit de les relacions de veïnatge.

De forma casuística i gens articulada, el Codi civil espanyol té en compte les immissions a l'hora de definir el contingut i l'extensió del dret de propietat. Estrictament, les immissions i la seva connexió amb la responsabilitat giren entorn de l'article 1908 CC i, en concret, els paràgrafs 2 (fums excessius) i 4 (emanacions nocives), on directament s'estableix una responsabilitat no culposa o objectiva.

37. VON BAR, *The Common European*, p. 266-267 i 538-539.

En aquest cas, el problema és que la redacció de l'article 1908 CC és molt restrictiva (en el fons, desfassada, perquè obeeix a les condicions d'una altra època), ja que, d'acord amb el tenor literal, gasos, pols, olors, soroll i vibracions restarien exclosos i, fins i tot, qualsevol altra immissió tangible que fos diferent de les emanacions que hi figuren. Aquest entrebanc ha estat resolt fàcilment per la jurisprudència mitjançant l'analogia generalitzadora (sobretot amb l'article 590 CC) de tal manera que, per aquesta via, s'ha acabat desenvolupant una prohibició general d'immissions l'incompliment de la qual atorga el dret a reclamar la cessació i el rescabament corresponent dels danys (independentment de si també hi concorre culpa). Igualment per via jurisprudencial i amb algunes incerteses, s'ha admès l'ús normal com a criteri per a establir el límit de tolerància, és a dir, de les immissions tolerables.<sup>38</sup>

Fins fa relativament poc, la situació a Itàlia i a França era força semblant a l'espanyola; però lleugerament més complicada perquè els codis civils respectius no contenen un article que pugui exercir el paper vertebrador de l'esmentat article 1908 CC. La disposició fonamental del dret italià és l'article 844 CCI<sup>39</sup>, el primer paràgraf del qual presenta un marcat paral·lelisme amb el § 906,1 BGB. S'hi estableix l'obligació del propietari de tolerar les immissions de fum, calor, olors, sorolls, vibracions i d'altres de semblants que no superin la mesura del que és tolerable d'acord amb les condicions de l'indret en qüestió. A *sensu contrario*, aquesta norma habilita el recurs a l'acció inhibitoria per a excloure les immissions que superin la tolerància normal conforme a les condicions del lloc, la qual cosa permet negar la tutela corresponent quan l'indret sigui industrial i, per tant, s'estableix una mena de tutela preferent per l'ús i la propietat industrial enfront dels usos i les propietats agrària o, simplement, privada (per exemple, residencial). La segona part d'aquest mateix article 844 CCI afegeix que, en l'aplicació d'aquesta norma,

38. Per a les immissions en el dret espanyol, veg. Mariano ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *Anuario de Derecho civil* 36-2 (abril-juny 1983), p. 357-396; Mariano ALONSO PÉREZ, «La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas», *Actualidad civil*, 22 (maig-juny 1994), p. 385-427; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a la sentencia del TS. de 15 de marzo de 1993)», *Anuario de Derecho civil*, 46-4 (octubre-desembre 1993), p. 1957-1994; Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Art. 1908», a: MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código civil*. Dirigít per Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz i Pablo Salvador Coderch, Madrid, 1993, vol. II, p. 2045-2050; Francisco J. DÍAZ BRITO, *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, Elcano [Navarra], 1999.

39. Per a les immissions en el dret italià, veg. Giovanna VISINTINI, «Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano). II. L'esperienza italiana», *Rivista di diritto civile*, 21-1 (1975), p. 29-66; Giovanna VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Pàdua, 1996, p. 427-435.



els tribunals han de contrapesar les necessitats productives i els drets dels propietaris i, quan calgui, podran prioritzar un ús determinat. En consonància amb el paràgraf anterior, el tenor literal d'aquest també afavoreix l'empresari autor d'immissions, ja que deixa oberta la porta perquè, en efectuar el balanç entre interessos, els tribunals puguin arribar a no concedir el rescabament del dany o, fins i tot, autoritzar la continuació de les immissions industrials que superin la tolerància normal. En aquestes condicions, els veïns es poden veure obligats a haver de suportar els costos de les immissions de les activitats productives quan la seva no ho sigui i, quan ambdós veïns siguin productors, aleshores l'interès en la producció tendeix a identificar-se en la major producció. En l'aplicació d'aquesta norma, la jurisprudència italiana ha desenvolupat un seguit de regles entre les quals cal destacar les següents:

a) En l'establiment de la tolerància normal, hom recorre al criteri de l'ús normal i es fixa el límit en la sensibilitat comuna, és a dir, la de la gent del carrer.

b) La responsabilitat per danys causats per immissions s'ha definit com de naturalesa objectiva.

c) Considerada com una veritable creació judicial del dret, s'ha introduït la indemnització per a les immissions industrials que, superant la tolerància normal, el tribunal considera que no s'han d'aturar en interès de la producció.

Substancialment semblant a la regla extreta del § 906,2,B BGB, l'autor de la immissió assumeix pagar una compensació per un acte que excepcionalment ha estat considerat lícit després de contrapesar interès individual i interès social en la producció. Els juristes italians expliquen aquesta mateixa situació com el resultat d'enquadrar les immissions danoses entre els danys derivats d'actes lícits danosos (el paral·lelisme s'efectua, per exemple, amb els danys derivats de la constitució d'una servitud coactiva o d'una expropiació per utilitat pública). Però, recentment, s'ha obert camí una nova forma d'enfocar el problema de les immissions intolerables: no sols s'ha criticat el fet que la indemnització no s'adequa sovint als danys reals i no és gairebé mai integral perquè resulta difícil determinar danys que es projecten envers el futur sinó que, sobretot, resulta inacceptable que no es concedeixi tutela jurídica a danys que també repercuteixen en la salut dels ciutadans quan aquesta darrera és un dret fonamental (art. 32 *Costituzione della Repubblica italiana*). A partir d'aquests fonaments, hom considera més encertat situar les immissions industrials intolerables dins de l'àmbit dels *fatti illeciti* (violacions il·lícites de drets) i no pas —com s'havia estat fent— dins dels *fatti leciti dannosi* i, conseqüentment, aplicar-los-hi les regles generals pel rescabament del dany derivades de l'article 2043 CCI (perquè sigui integral) i l'acció inhibidora de l'article 844 CCI com a remei general per a aturar-les. D'alguna manera, aquest canvi d'orientació representa, d'una banda, oferir als tribunals el

dret constitucional a la salut com un valor que cal contrapesar amb l'interès social en la producció i, de l'altra, la possible indemnització d'abans deixa pas a un veritable deure de pagar danys quan s'ultrapassi el nivell de negligència que conté l'article 2043 CCI i, per tant, s'obre el pas a una nova responsabilitat no culposa o objectiva en el dret italià.

Sense cap base en els textos legals, la jurisprudència ha desenvolupat en el dret francès una responsabilitat no culposa o objectiva per immissions (*troubles de voisinage*). Per a fer-ho, s'ha partit de la definició del dret de propietat que conté l'article 544 CCF, tot entenent que estableix i atorga drets idèntics a tots els propietaris fundiaris i, per tant, quan un d'ells pertorba aquest equilibri, s'entén que abusa del seu dret i és responsable dels danys que origini independentment de si, en el seu acte, hi concorre o no culpa. En conjunt, podríem dir que una immissió atípica (*un trouble anormal*) en l'ús de la propietat veïna origina o s'entén que dóna lloc *ipso iure* a una *faute* que habilita la responsabilitat dels articles 1382-1383 CCF. De fet, la Cour de Cassation francesa considera que, en aquesta matèria, opera un principi autònom de responsabilitat «suivant lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage».<sup>40</sup> Per a discriminar quan una immissió és normal o anormal, es tenen en compte un seguit de factors que, en conjunt, evolucionen la teoria de l'ús normal, ja que hom es fixa en: *a*) les condicions de l'indret, *b*) la durada de la immissió i, com a element particular d'aquest sistema jurídic, *c*) el que podríem qualificar com a preús o prioritat d'assentament segons el qual l'antiguitat en l'indret confereix al veí un cert privilegi enfront del nouvingut. Aquesta responsabilitat per *troubles anormaux de voisinage* abasta no sols les immissions tangibles i d'imponderables sinó també les anomenades —per la doctrina alemanya— *immissions negatives*, i que nosaltres qualificàvem com a *privacions* (per exemple, llevar les llums al veí). D'altra banda, la indemnització corresponent no resta restringida a la pèrdua patrimonial sinó que abasta tots els danys.

En definitiva, l'examen comparatiu d'aquesta sèrie de sistemes jurídics contemporanis palesa una homogeneïtat considerable ja que, en matèria d'immissions i a través de diferents vies tècniques, tots concorden en el fet d'adoptar un

40. Per a les immissions en el dret francès, veg. Ambrosio COLÍN i H. CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil. II.2. De los bienes y de los derechos reales principales*. Traducció de l'última edició francesa per la redacció de la Revista General de Legislació i Jurisprudència amb notes sobre el dret civil espanyol per Demofilo de Buen. 2a edició, revisada per Juan Ossorio Morales, Madrid, 1942, p. 606-614; Giovanna VISINTINI, «Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano). II. L'esperienza francese», *Rivista di diritto civile* 20-1 (1974), p. 681-720. Per la seva connexió amb l'abús de dret, veg. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX i la col·laboració de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction générale*, París, 1994<sup>4</sup>, p. 756-759.

règim de responsabilitat per riscos (no culposa o objectiva) on algun canon basat en l'ús *reasonable*, comú o normal reemplaça la culpa. D'altra banda, cal reconèixer que la formulació teòrica de Jhering ha triomfat a Europa com a criteri per a discriminar les immissions que cal tolerar d'aquelles altres que generen responsabilitat; però, com que no és clar que la influència d'aquesta teoria hagi arribat a tots els drets estudiats (almenys, cal descartar-la en el *Common Law*), aquesta acceptació general cal atribuir-la a l'homogeni substrat conceptual del dret romà que, sota la pressió de les necessitats i condicions semblants de la nostra època, ha permès desenvolupar solucions similars. Històricament, aquest triomf de Jhering té una fesomia una mica paradoxal: com indicava el títol de la revista jurídica que ell mateix va fundar, restem davant d'un veritable *heutigen römischen Recht*, és a dir, d'un dret romà *actual*. En el fons i a molts segles de distància, Jhering va saber captar i recuperar l'esperit del que avui tothom coincideix a considerar la visió dels juristes romans de l'època clàssica i, per tant, Jhering només va saber extreure quelcom que ja era subjacent en els textos del dret romà.

##### 5. LA LANISRV: LA INCORPORACIÓ CATALANA A LA *COMMUNIS OPINIO* EUROPEA A TRAVÉS DE LA INFLUÈNCIA ALEMANYA

Com a pas previ a l'anàlisi dels règims jurídics a què la LANISRV<sup>41</sup> sotmet les immissions, cal remarcar la importància crucial de la introducció de l'acció negatòria (art. 1-2 LANISRV), perquè no sols representa una assenyalada novetat legislativa (com a tal, no figura ni en el dret civil espanyol estatal ni en cap altre ordenament jurídic autonòmic) sinó que també resta disciplinada d'una forma relativament nova,<sup>42</sup> ja que la mateixa acció permet tant l'aturada de les pertorbacions

41. Per a una primera aproximació general al contingut d'aquesta llei, veg. Maria Elena LAUROBA LACASA, «El dret de propietat», a: Ferran BADOSA COLL (coord.), *Compendi de Dret Civil Català*, Madrid-Barcelona, 1999, p. 187-200; per a la contextualització d'aquesta llei dins de l'ordenament jurídic català i, en especial, del seguit de lleis especials promulgades recentment de què forma part, veg. ARROYO AMAYUELAS i GONZÁLEZ BEILFUSS, «Die katalanische Rechtsordnung», p. 571, n. 29; ARROYO i AMAYUELAS, «Le pluralisme de l'ordonnancement», p. 433, n. 71; per a una anàlisi i primers resultats de l'aplicació d'aquesta llei, veg. Enric BRANCÓS NÚÑEZ, «Immissions, servituds i relacions de veïnatge», ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, València, 2000, p. 323-343.

42. La novetat és relativa perquè aquesta és la fesomia que l'acció negatòria té en el dret estatal espanyol amb la particularitat —tot s'ha de dir perquè aquí radica l'especificitat de l'aportació catalana— que aquesta acció no és present ni tampoc resta regulada en el Codi civil sinó que ha estat reconeguda a través d'una constant i uniforme jurisprudència en aquest sentit (Vicente MONTÉS PENADÉS,

il·legítimes del dret de propietat com la reclamació de la indemnització corresponent pels danys i perjudicis soferts (art. 2.2 LANISRV); d'altra banda, no sols pot adreçar-se envers pertorbacions presents sinó també exigir l'abstenció de previsibles pertorbacions futures (art. 1.1.B LANISRV; inspirat en el § 1004.1 BGB). I, finalment, l'actor no ha de provar la il·legimitat de la pertorbació (art. 2.3 LANISRV) i l'acció prescriu als cinc anys a comptar des del moment en què el propietari s'assabenta de la pertorbació (art. 2.5 LANISRV). L'acció negatòria protegeix la llibertat del domini immobiliari i serveix per a restablir el predi a l'estat anterior a la pertorbació (art. 2.1 LANISRV).

Pot resultar estrany que haguem defugit l'ús del terme *immissió* en descriure l'acció negatòria tot preferint l'expressió *pertorbació il·legítima*; però ens hi obliga la mateixa terminologia emprada per la Llei i, si bé ens hi deturarem en ocupar-nos més endavant dels règims jurídics de les immissions, cal remarcar que la mateixa Llei ofereix un seguit d'elements d'on s'extreu la definició:

a) Són pertorbacions diferents a la privació o retenció indegudes de la possessió (art. 1.1.A LANISRV; inspirat en el § 1004.1 BGB) que, en el seu cas, cal vehicular a través de l'acció reivindicatòria (art. 348.2 CC) o la tutela interdictal. A més, l'acció negatòria i la reivindicatòria són incompatibles (art. 2.4 LANISRV).

b) Són pertorbacions que perjudiquen l'interès del propietari en la seva finca (art. 1.2.a LANISRV a *sensu contrario*), que li causen danys i perjudicis (art. 2.2 LANISRV).

c) Són pertorbacions que hom no té l'obligació legal o convencional de suportar (art. 1.2.b LANISRV; inspirat en el § 1004.2 BGB).

d) Són pertorbacions jurídiques o materials (art. 2.1 LANISRV): per *pertorbacions jurídiques* s'entén la infracció de les normes que regulen les relacions de veïnatge<sup>43</sup> i es consideren *pertorbacions materials* les ingerències tangibles o d'imponderables (les immissions en sentit estricte).<sup>44</sup> La norma no abasta ni les ingerències negatives<sup>45</sup> ni tampoc les ideals.<sup>46</sup>

En conjunt, una pertorbació il·legítima seria la que, essent resultat d'una

«Art. 348», a: MINISTERI DE JUSTÍCIA, *Comentario del Código civil*, vol. 1, p. 950-973, esp. 972-973). L'acció negatòria del dret sud-africà també té aquesta mateixa configuració (Derek VAN DER MERWE, «Neighbour Law», a: Reinhard ZIMMERMANN i Daniel VISSER (ed.), *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1996, p. 759-784, esp. 762 i 780-783).

43. Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, 1994, p. 31-32.

44. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 32-34.

45. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 34-35.

46. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 35-37.

activitat o d'un estat, hom no té l'obligació de suportar i perjudica l'interès del propietari que la sofreix. Tenint en compte això, no sembla erroni suposar que una pertorbació il·legítima abasta o s'identifica amb les immissions produïdes per actes il·legítims, ja que resten prohibides (no cal suportar-les) i generen responsabilitat pel dany causat (perjudiquen l'interès del propietari, art. 3.1.A LANISRV).

Aquesta anàlisi entretinguda del concepte de *pertorbació il·legítima* no sembla exagerada perquè és el concepte clau entorn del qual s'articula la disposició fonamental sobre immissions: l'article 3 LANISRV. Aquest article presenta una estructura certament intrincada perquè, a banda de la dicotomia entre immissions que deriven d'actes legítims i il·legítims (art. 3.1.A LANISRV), conté subjacent una altra dicotomia entre immissions lícites i il·lícites (art. 3.1.B LANISRV), que, absent en l'Avantprojecte de llei,<sup>47</sup> fou introduïda a iniciativa de la Comissió Jurídica Assessora i després aprovada pel Parlament de Catalunya. Però, aquesta acumulació de taxonomies es pot racionalitzar tenint en compte que els actes legítims i il·legítims de la primera són també lícits. Per a aclarir la situació i agilitar l'exposició posterior, ens permetem elaborar el quadre sinòptic següent:

Les immissions segons l'article 3 LANISRV			
Immissions	Font	Precedent	Tutela
1. Il·lícites	art. 3.1.B LANISRV	art. 1902 CC	Tutela plena: 1) cessació 2) resarciment (exclusió de l'acció negatòria)
2. Il·legítimes	art. 3.1.A LANISRV		
2.A. Directes	art. 3.6 LANISRV	§ 906.3 BGB	
2.B. Intolerables	art. 3.2 LANISRV (a <i>sensu contrario</i> )	§ 906.1 BGB (a <i>sensu contrario</i> )	
3. Legítimes			Tutela resarcitòria: indemnització i compensació
3.A. Innòcues i insubstancials	art. 3.2 LANISRV	§ 906.1 BGB	
3.B. Tolerables			
3.B.a. Ús normal	art. 3.3-4 LANISRV	§ 906.2.A-B BGB	
3.B.b. Autorització	art. 3.5 LANISRV	§ 14 BImSchG	

47. *Avantprojecte de llei de l'acció negatòria, les immissions, les servituds predials i les relacions de veïnatge* donat a conèixer a: Antoni ISAC i AGUILAR, «La regulació futura de les servituds», a: CATEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ DURAN I BAS. UNIVERSITAT DE BARCELONA, *Materials V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi civil des de Catalunya. Tossa de Mar, 27-30 de setembre 1988*, Barcelona, 1990, p. 311-338, esp. 317-318.

Com palesa el quadre, cal distingir tres situacions diferents:

1) Les immissions il·lícites són les derivades d'actes dolosos o culposos i resten sotmeses a l'acció negatòria tant per a aturar-les com per a assolir la indemnització corresponent pels danys causats (art. 3.1.B LANISRV). Restem davant d'un cas de responsabilitat aquiliana ja que s'exigeix esbrinar la vessant subjectiva (dol o culpa) del comportament de l'autor de la immissió. No cal dir que aquest supòsit aïllat contrasta vivament amb la resta de preceptes que operen sense tenir en compte aquests paràmetres subjectius. De fet, aquest precepte no sols resta aïllat sinó que, fins i tot, podria sembla balder atès que l'article 1902 CC ja cobreix aquests supòsits (actes culposos o negligents), si no és que l'objectiu cercat fos l'aplicació de l'acció negatòria per a assolir-ne l'aturada.

2) Les immissions il·legítimes són les que causen perjudicis i són les que hom no té l'obligació de tolerar. Per a evitar confusions, cal recordar que deriven d'actes lícits. Resten sotmeses a la tutela plena de l'acció negatòria tant per a aturar-les com per a assolir el rescabament dels danys en un règim de responsabilitat no culposa o objectiva (articles 2.2 i 3.1.A LANISRV)<sup>48</sup>. Dins d'aquest bloc, cal distingir entre:

2.A) Les immissions *directes*, que són les adreçades especialment o artificialment envers el veí i que, en cap cas, no cal tolerar (art. 3.6 LANISRV), és a dir, encara que causin o no perjudicis. El precedent legislatiu que es té en compte és el § 906.3 BGB on es preveu la penetració d'un conducte, és a dir, d'una actuació adreçada especialment i artificialment envers el veí; evidentment, la norma catalana no resta restringida només als conductes.

2.B) Les immissions *intolerables* són el paradigma de les immissions il·legítimes: causen perjudicis substancials (art. 3.2 LANISRV a *sensu contrario*), que hom no té l'obligació de tolerar perquè ni deriven d'un ús normal del predi segons el costum local (art. 3.3 LANISRV a *sensu contrario*), ni tampoc d'una autorització administrativa (art. 3.5 LANISRV a *sensu contrario*).

3) Les immissions legítimes són les que no causen cap perjudici (art. 3.2 LANISRV), no el causen substancial (art. 3.2 LANISRV) i, quan és substancial, hom té l'obligació de tolerar-les perquè o bé deriven d'un ús normal del predi veí segons el costum local (art. 3.3 LANISRV) o bé d'una instal·lació autoritzada administrativament (art. 3.5 LANISRV). Resten sotmeses a una tutela que podríem qualificar com a *minus* plena ja que, no essent aplicable l'acció negatòria, no es poden aturar i, per tant, la tutela resta restringida al rescabament que, segons el cas, presenta una fesomia diferent. Dins d'aquest bloc, podem distingir entre:

48. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 57-60.



3.A) Les immissions innòcues i insubstancials que, senzillament, cal tolerar (art. 3.2 LANISRV): hom no s'hi pot aplicar ni l'acció negatòria ni tampoc el rescabament. El precepte correspon al § 906.1 BGB. La diferència entre ambdós és el seguit d'exemples d'immissions d'imponderables que el dret alemany incorpora i que no inclou el precepte català: l'enumeració alemanya servia per a indicar que el contingut del paràgraf eren les immissions d'imponderables i no abastava les immissions tangibles (*Grobimmissionen*, regulades en els §§ 1004 i 903 BGB, que corresponen al règim general de l'acció negatòria); malgrat la diferent redacció, la doctrina catalana més autoritzada considera aplicable el model alemany: restringeix el concepte d'immissió als imponderables i deixa les immissions tangibles al règim general de l'acció negatòria,<sup>49</sup> amb la conseqüència evident que les immissions indirectes tangibles esdevenen intolerables.

3.B) Les immissions *tolerables* són el nucli no sols de les immissions legítimes sinó del conjunt de l'article 3 LANISRV, ja que estableixen la veritable frontera amb les immissions il·legítimes (obligació de tolerar). Aquesta importància es correspon amb l'especificitat i la relativa complexitat del seu règim jurídic i, en aquest sentit, convé diferenciar dues situacions:

3.B.A) Les immissions que, causant perjudicis substancials, cal tolerar perquè deriven de l'ús normal del predi veí segons el costum local, i l'aturada comporta una despesa econòmicament desproporcionada (art. 3.3.A LANISRV, que correspon al § 906.2.A BGB) i que resten sotmeses al règim següent: 1) cal tolerar-les (exclusió de l'acció negatòria i, per tant, no és possible l'aturada); però, s'admet una mena d'autotutela de l'afectat consistent a atenuar els danys a càrrec de l'autor de la immissió (art. 3.3.B LANISRV); 2) en el rescabament i inspirant-se en el § 906.2.B BGB, es preveuen dues possibilitats: indemnització pels danys passats (art. 3.4.A LANISRV) i compensació econòmica (fixada de comú acord entre les parts o judicialment) pels danys futurs, sempre que la immissió afecti exageradament els rendiments del predi o l'ús normal segons el costum local (art. 3.4.B LANISRV).

3.B.B) Les immissions que, causant perjudicis substancials, cal tolerar perquè deriven d'instal·lacions autoritzades administrativament (art. 3.5 LANISRV; precepte inspirat en el § 14 de la *Bundesimmissionsschutzgesetz* alemanya) i que resten sotmeses al règim següent: 1) cal tolerar-les (exclusió de l'acció negatòria) i la possible autotutela de les immissions tolerables derivades de l'ús normal és substituïda per la facultat de sol·licitar que l'autor de la immissió adopti mesures adreçades a evitar els danys, sempre que sigui tècnicament possible i econòmicament raonable; 2) si no es poden evitar d'aquesta manera els danys, l'afectat pot

49. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 73-77, esp. 74-75.

reclamar la indemnització pels danys i perjudicis que sofreixi (evidentment, pels danys passats i, segons planteja la doctrina, la corresponent compensació econòmica pels danys futurs, d'acord amb el plantejament de les immissions tolerables derivades de l'ús normal del predi).

Essent estrictes, aquesta compensació econòmica adreçada a reparar els danys futurs s'hauria de considerar una espècie autònoma de rescabament ja que deriva d'una limitació general del domini i, en el fons, la compensació esmentada compleix el mateix paper que la compensació que s'aplica en l'expropiació. La Llei estableix l'obligació de tolerar unes immissions i els danys subsegüents de tal manera que el propietari afectat resta privat d'unes determinades utilitats del seu predi que, en virtut de la Llei, sacrifica en benefici del veí i, per tant, no és estrany que aquest hagi de compensar-lo. Aquesta compensació seria quelcom proper al resultat d'una mena d'expropiació en utilitat privada. Aquesta compensació s'aplica a les immissions legítimes; però, si bé resta expressament establerta i disciplinada per a les immissions tolerables per ús normal (art. 3.4 LANISRV),<sup>50</sup> la doctrina entén que també és extrapolable a les immissions tolerables per autorització (art. 3.5 LANISRV).<sup>51</sup>

Per a discriminar les immissions tolerables de les intolerables, la LANISRV utilitza el criteri de considerar intolerables les immissions que excedeixen «l'ús normal del predi veí, segons el costum local» (art. 3.3 LANISRV). Com és evident, aquest criteri es basa en la teoria de l'ús normal de Jhering o, per a ésser més exactes, la font directa on s'ha inspirat el legislador català és el § 906.2.A BGB. Tanmateix, cal remarcar la diferent formulació que presenta el precepte català i la del model inspirador: segons el § 906.2.A BGB, una immissió es considera intolerable comparant-la amb l'ús local de les altres finques («ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks»), la qual cosa significa que el nivell emprat per a mesurar les immissions és l'ús acostumat en l'indret (es tenen en compte les finques de l'entorn com a punt de referència i no l'ús de la pròpia finca d'on prové la immissió); aquest criteri era el que s'havia previst originàriament en l'Avantprojecte de la LANISRV (les immissions «usuals en el lloc on s'originen» eren tolerables<sup>52</sup>), però després fou modificat a iniciativa de la Comissió Jurídica Assessora tot establint que eren immissions tolerables les que derivaven de «l'ús normal del predi veí, segons el costum local» (art. 3.3 LANISRV). Com és evident, aquest canvi de redacció significa que es pren com a punt de referència l'ús del predi d'on deriven les immissions i s'estableix un criteri doble i entrelligat perquè cal tenir en comp-

50. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 156-159.

51. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 190-192.

52. ISAC i AGUILAR, «La regulació futura», p. 317-318.

te l'ús normal i acostumat a l'indret: l'ús normal del predi d'on provenen les immissions i alhora l'ús acostumat a l'indret on se situa la finca.<sup>53</sup>

## 6. CONCLUSIONS

Malgrat les diferències de detall que hem tingut ocasió de constatar al llarg de la nostra exposició, no hi ha cap dubte que la nova llei catalana d'immissions (LANISRV) recull —sobretot a l'article 3— la teoria de l'ús normal de Jhering, i ho fa inspirant-se en el § 906 BGB. Així, doncs, cal concloure que la modernització pregonada en l'exposició de motius consisteix, en darrera instància, en la incorporació de Catalunya i d'aquest sector del seu dret immobiliari al corrent general i dominant en el dret europeu. Per tant, modernització no significa innovació, sinó simplement actualització. A més i segons hem vist en alguns detalls significatius, si l'Avantprojecte de llei encara era més fidel al plantejament del dret alemany i si la doctrina jurídica catalana ha acudit constantment i profitosament al dret alemany per interpretar el text normatiu resultant, aleshores no sembla exagerat considerar que estem davant d'una veritable recepció catalana del dret alemany actual en aquest sector del dret immobiliari, que, en darrer terme, encara era més evident en l'Avantprojecte de llei.

Això ha estat possible sense cap escarafall perquè, al darrere, hi havia una tradició jurídica comuna i compartida amb els drets europeus: en aquest cas, la doctrina del BGB sobre les immissions recull els ensenyaments de la teoria de Jhering; però, cal no oblidar que Jhering bastí la seva teoria extraient-la de les fonts jurídiques romanes, de l'arsenal del dret romà. El dret romà és el patrimoni jurídic d'Europa comú i compartit i, per tant, també català. Aquest patrimoni dels juristes europeus té aquesta i altres utilitats, sempre que sigui una pervivència viva, és a dir, vital en tant que sigui objecte de reflexió actual. Quan se'n té cura i es conrea, aquest patrimoni ofereix fruits vàlids i no només teòrics, útils per a satisfer l'esperit (l'anomenada *ciència jurídica bàsica*), sinó també pràctics, com ho demostra aquest cas. Però, aquest mateix exemple suggereix que l'ensenyament universitari —cal no oblidar que el reviscolament de l'estudi autònom del dret romà no s'entén sense la Universitat de Bolonya al darrere—, pot ésser el vehicle a través del qual sigui possible assumir veritats comunes (els juristes romans diuen *tòpics*) que, acceptades arreu d'Europa, configurin de forma gradual un consens suficientment ample i profund que permeti convergir en l'elaboració d'un

53. EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 137-151.

dret veritablement europeu. Aquest esforç no necessàriament ha de cristal·litzar en un codi unitari, sinó que pot ésser ben substituït (sense renunciar a les peculiaritats jurídiques de cada país o tradició jurídica pròpia) per una certa ampliació de visuals del nostre ensenyament potenciant, per exemple, l'anomenat *dret comparat* (disciplina que, per cert, no figura recollida com a obligatòria en els plans d'estudi de la universitat espanyola). Tenint present que, en darrer lloc i si hom vol superar la simple descripció (a què sovint està abocada aquesta disciplina) per arribar a entendre i explicar, aquesta via acaba exigint el concurs de les disciplines científiques que tenen com a fonament la història jurídica. Ho permet, com hem dit, el patrimoni conceptual comú que, en el fons, es basa en la capacitat analítica i l'exquisit formalisme d'uns juristes romans de fa dos mil anys. Però, si això mateix ho hagués explicat Jhering o un dels seus contemporanis, hauria dit que això és així perquè el dret romà no és altra cosa que la matemàtica del dret. Si bé el substancialisme inherent de l'ofici de l'historiador tendeix a minorar i a matisar aquesta afirmació, tot recordant que el dret no només són conceptes sinó també valors (propis i peculiars de cada societat i de cada època històrica), la pròpia tipicitat dels problemes de la convivència humana en societat obliga a no menysprear el patrimoni d'una plurisecular tasca d'interpretació d'uns textos que van saber encabir la substància d'uns problemes que, segles després, encara perduren.