

ANNO LXXIV - 2007

NUOVA SERIE A - N. 58,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

DOTTRINA

VICTOR CRESCENZI, *La nascita costituzionale della Repubblica di San Marino (Per il primo centenario dell'Arengo del 25 marzo 1906)*, 5

MARIA BELÉN MALAVÉ OSUNA, *El problema de las construcciones privadas parasitarias y abusivas: su regulaciòn y represiòn en el Bajo Imperio Romano*, 17

BARBARA SABRINA DEBORAH MARINELLI, *La politica del colonialismo italiano nei limiti dello Statuto albertino: dalla sua nascita fino alla prima guerra mondiale (dal 1848 al 1914)*, 57

EDUARDO ROZO ACUÑA, *Inelegibilidad e irrelegibilidad en el derecho publico latinoamericano*, 97

FABIO SCIGLIANO, *Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico "ex nudo pacto oritur actio"*, 119

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: MARCO CANGIOTTI, CARLO FANTAPPIÈ, LANFRANCO FERRONI, GIUSEPPE GILIBERTI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MAROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

Redazione: VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXIV - 2007

NUOVA SERIE A - N. 58,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

*LA RINASCITA COSTITUZIONALE
DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO
(PER IL PRIMO CENTENARIO DELL'ARENGO
DEL 25 MARZO 1906)*

Eccellentissimi Capitani Reggenti
Autorità
Signore e Signori

prima di tutto lasciatemi esprimere la mia profonda gratitudine per avermi concesso l'onore di festeggiare con voi un avvenimento tanto solenne, sul quale è diffusa una così intensa partecipazione popolare, verso il quale voi nutrite un sentimento forte e profondo, qual è quello che si riserva agli avvenimenti che costituiscono i fondamenti delle ragioni stesse dell'esistenza di una comunità organizzata e di uno Stato; è con grande e profondo rispetto che mi accingo a ripercorrere con voi questo avvenimento; un rispetto che mi deriva dal sentirmi amico di questa antica Serenissima Repubblica, dalle istituzioni della quale molto di utile ho imparato per il mio lavoro di giurista e di giurista storico. E molto ho imparato proprio dallo studio di quel che è accaduto il 25 marzo del 1906: perché quel 25 marzo, sotto le volte della Chiesa della Pieve della Repubblica del Titano non si sono formulate teorie, non si è costruita alcuna dottrina, ma si è dato vita ad un momento intenso dell'esperienza giuridica e costituzionale di un Paese, e questa vita ha preso la consistenza di una serie di atti, sostenuti da una consapevolezza istituzionale quale raramente è dato ritrovare nella storia, da una volontà operativa di cambiare dalle fondamenta un ordinamento, che vuol dire le forme del vivere sociale e politico in una comunità organizzata, di cambiarle sul serio e profondamente, conservandone, tuttavia, le caratteristiche, la fisionomia identificativa.

È mia convinzione, per averci ragionato a lungo, che per cercare di capire cosa sia accaduto in quei giorni dobbiamo tenere gli occhi fissi sulla legge, sullo Statuto del 1599. Esso ha costituito il punto di riferimento formale di tutta intera la vicenda che tra la fine dell'800 e il 1906 si è venuta dipanando. D'altra parte, non c'è popolo e non ci

sono istituzioni che possano funzionare se non c'è una legge che dica come devono funzionare.

Non c'è dubbio che la formulazione letterale della prima rubrica del primo libro delle *Leges Statutorum* costituisse un ostacolo notevole alla possibilità di realizzare una riforma del Consiglio che non fosse deliberata dal Consiglio stesso. Quella rubrica sanciva un trasferimento di poteri dall'Arengo generale al Consiglio dei Sessanta che, per usare le stesse parole del suo testo, era avvenuto *nulla alia sibi reservata auctoritate*: «nessun'altra autorità a sé riservata»; la medesima prima rubrica precisava le funzioni residue dell'Arengo, che si possono ridurre essenzialmente a due: quella della pubblicazione di alcune nomine a cariche pubbliche e della pubblicazione di specifici provvedimenti e quella di petizione. Ma non c'è dubbio anche che quella rubrica sanciva un principio, che possiamo considerare il cardine dell'ordinamento costituzionale sammarinese di allora, così come cardine dell'ordinamento costituzionale sammarinese di oggi è l'art. 2 della vigente *Dichiarazione dei diritti e dei principi fondamentali*, che, dichiarando che «La sovranità della Repubblica risiede nel popolo, che la esercita nelle forme statutarie della democrazia rappresentativa», si pone in perfetta continuità con quell'antica norma: la legittimità del Consiglio, ieri come oggi, discende dall'Arengo, *cuius auctoritas in Republica nostra antiquitus praecipua erat*: «la cui autorità in antico nella nostra Repubblica era quella principale»: ossia era l'autorità a tutte sopraordinata.

Una simile formulazione, con i verbi rivolti al passato – «*in antico era*» – poteva indurre a considerare questa prima rubrica dello Statuto più come una pagina di storia costituzionale sammarinese, che una norma di diritto positivo, tale da far concludere che ormai l'Arengo si era spogliato definitivamente della propria sovranità.

Ma, si può ammettere questo? si può ammettere che l'Arengo potesse aver trasferito una volta e per sempre i propri poteri sul Consiglio, spogliandosene? o, più in generale: è lecito che l'organo che per essere la *congregatio universi populi Terrae Sancti Marini*, ossia per essere l'entità che riunisce l'intero, l'universo popolo della Terra di San Marino, nel quale dunque il popolo esercita quella che oggi chiamiamo “sovranità” sia abilitato a trasferire questa sovranità una volta e per sempre su un'assemblea particolare qual è il Consiglio?

Un simile trasferimento non si risolverebbe forse in una alienazione al Consiglio da parte dell'Arengo della sovranità di cui era allora ed è per sempre titolare? Alienazione: si tratta di una parola forte, lo dico per chi ha poca dimestichezza con i termini giuridici; è la parola

che indica la vendita oppure la donazione di un bene o di un diritto. Sicché la domanda di poco fa si può formulare così: può o comunque, poteva l'Arengo alienare – ossia: vendere, donare – un attributo – la sovranità –, che costituisce la ragion d'essere della sua esistenza, tanto che la stessa norma della prima rubrica dello Statuto lo paragona alla testa nel suo rapporto con le altre membra del corpo umano – qui del corpo sociale? può spogliarsene nei confronti di un organo composto di persone specifiche qual è il Consiglio?

Sta qui il nodo giuridico di tutta la questione, un nodo giuridico che costituisce anche la linea di confine tra diritto e politica; una linea di confine nella quale il diritto e la politica, la politica nel senso più alto e nobile della parola, ma anche nel suo senso pratico, realizzativo, s'incontrano. Di null'altro si sta parlando che dei fondamenti del potere e della sua disciplina costitutiva (per questo parliamo di costituzione, di diritto costituzionale): *ubi societas, ibi ius*, ci ha insegnato Santi Romano, un grande costituzionalista del Novecento italiano: dove c'è una società organizzata lì alberga il diritto, in un nesso indissolubile.

In realtà la possibilità che l'Arengo, che è la struttura istituzionale nella quale s'identifica tutto il popolo sammarinese, potesse essersi spogliato *per sempre* della sua potestà suprema, della sovranità, è un'assurdità giuridica, che non meriterebbe di essere né confutata né analizzata, se non fosse che colui che sostiene la tesi contraria spesso è chi si trova in una situazione di fatto, in un rapporto di forze tale da permettergli di dire una cosa tanto insensata: lasciatemi essere drastico su questo punto. E lo è, un'assurdità, perché se l'Arengo avesse potuto alienare – ossia, ancora una volta, vendere, donare – la sovranità della quale è titolare e che costituisce la sua ragion d'essere, sarebbe come ammettere che esso avesse potuto annichilire se stesso, perdere la sua stessa propria ragion d'essere: ma se ciò avesse potuto fare, come avrebbe potuto l'Arengo continuare ad essere definito come l'entità che raccoglie l'universo popolo della Terra di San Marino, come lo stesso Statuto, secondo quanto abbiamo visto sopra sancisce? Né la Repubblica sarebbe più tale. Quella norma della rubrica prima del primo libro delle *Leges Statutae*, dunque, conterrebbe una contraddizione in termini, se si accettasse un'interpretazione che ammettesse l'alienazione, ossia la cessione definitiva, il trasferimento definitivo della sovranità dall'Arengo al Consiglio. Diversamente s'intende tutta la norma, compresi i poteri che l'Arengo si era riservato, per tenui che possano sembrarci, se esso, pur trasferendo l'esercizio dei po-

teri sovrani al Consiglio rimaneva sempre il titolare della sovranità, e dunque la fonte del potere del Consiglio, quella alla quale il Consiglio continuava ad alimentarsi per i canali stabiliti dall'ordinamento giuridico, ossia le leggi. La conclusione è inevitabile: quell'inciso – «nessun'altra autorità a sé riservata» – non poteva assumere valore assoluto, ma relativo, e valevole fino al momento in cui l'Arengo non intendesse riassumere l'esercizio di tutta la sua autorità, revocando la delega concessa per assoggettarne l'esercizio a diversa disciplina.

Questo è il quadro normativo, la cornice di precetti e di principi che una lettura non superficiale delle *Leges Statutae* delinea e dentro la quale l'azione delle istituzioni e di coloro che alle istituzioni danno vita si è esplicata.

La domanda che ora mi pongo è: è un quadro coerente? è un quadro corretto?

Personalmente lo ritengo non solo corretto, ma che tale si è rivelato alla luce degli eventi, alla luce, cioè, di quel che è accaduto quel 25 marzo 1906.

Una cosa mi ha colpito, dieci di anni fa, quando per la prima volta sono stato indotto a ragionare sull'Arengo del 1906: la sequenza di atti che la *Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino* pubblica nel suo *Supplemento* che reca la data del 1915. È una sequenza per me straordinaria, che ho letto e mi è capitato di leggere più volte. È una sequenza di documenti dotata di una sua forza intrinseca per la tensione che la innerva, e che traspare dalla prosa un po' burocratica, e un po' retorica che è propria dei testi di questo genere: la tensione di mantenere dentro un rigore formale qualcosa che ad ogni momento rischia di prorompere. Questo qualcosa è la passione politica e civile di una comunità che non è solo un insieme di persone che più o meno vivono sopra una stessa terra, che lavorano gomito a gomito, che coltivano campi che confinano l'uno con l'altro, che operano in botteghe adiacenti, o in studi professionali tra i quali c'è consuetudine di scambi di opinione, che mandano i loro figli a studiare in scuole comuni, che s'incontrano, nelle feste comandate, nelle stesse chiese, nelle stesse piazze, che guardano dalla sommità del monte Titano quel medesimo splendido panorama che sembra abbracciare mezza Italia; non è soltanto questo, ma è un popolo.

E un popolo, scriveva qualche secolo fa Baldo degli Ubaldi, un grande giurista perugino che appartiene a quell'esperienza giuridica dalla quale non vi siete mai distaccati, l'esperienza dello *ius commune*,

del diritto comune, un popolo, per ciò stesso che è popolo, *habet* – dice Baldo con parole intense, nel suo latino così poco classico e in questo caso molto impressionistico – *habet regimen in suo esse*: un popolo per il fatto stesso di essere popolo ha un governo; con terminologia moderna si potrebbe dire che un popolo, in quanto tale, è in sé ordinamento di governo, ordinamento giuridico – *regimen* –, nel senso che – chiarisce sempre Baldo – l'ordinamento giuridico sta al popolo come l'anima, lo spirito sta all'essere umano. Questo sostiene Baldo degli Ubaldi per determinare il fondamento del potere che ogni popolo ha di dare a sé stesso le proprie leggi, sicché non ci può essere *superior*, imperatore o papa, che possa impedirglielo. Ecco, io credo che noi storici del diritto, quando ci troviamo ad insegnare queste cose dovremmo, per far comprendere ai nostri studenti di cosa stiamo parlando, dovremmo far leggere la sequenza di atti, di decreti, di regolamenti che si trovano impressi nel *Supplemento della Raccolta delle leggi sammarinesi* ad apertura del volume stampato nel 1915, e soprattutto dovremmo leggere noi stessi e far leggere il verbale dell'adunanza dell'Arringo generale dei capi-famiglia del 25 marzo 1906. Non esito a dirvi che si tratta di cinque pagine che valgono cinquanta trattati. E mi auguro che coloro fra di voi che non hanno avuto l'occasione di leggere, quelle pagine, lo facciano, per ricordare e ribadire a se stessi di quale tessuto fine, delicato eppur tenace sono fatte le istituzioni costituzionali di una Repubblica, della vostra Repubblica.

Analizziamo con il distacco che i cento anni di storia trascorsi ci consentono i termini della questione; la quale si concentrava su questo problema: non era la funzione di rappresentanza del Consiglio ad essere messa in discussione, ma il modo con il quale questa rappresentanza era realizzata nel concreto. Era accettabile che questo Consiglio, investito della rappresentanza, del potere d'esercizio dei poteri sovrani, fosse composto di membri nominati a vita? cui segue l'ulteriore domanda: si era rivelato efficiente questo sistema di governo? era adeguato alle necessità del Paese? In un certo senso, la risposta a questi interrogativi l'aveva data quella *Relazione sullo stato politico, morale ed economico della Repubblica* che la Reggenza aveva esposto al Consiglio nella tornata del 16 novembre 1905, come riporta il *Proclama dell'Eccellentissima Reggenza* del 17 novembre con cui è promulgato il *Decreto* consiliare di convocazione «entro il più breve tempo possibile dell'Arringo generale secondo le forme statutarie», deliberato il 16 novembre proprio in seguito alla relazione reggenziale. (*Decreto* e *Procla-*

ma sono i due atti con i quali si apre la sequenza che testimonia del travaglio a seguito del quale verrà alla luce l'evento di cui celebriamo il primo centenario).

È dunque lo stesso Consiglio con la convocazione dell'Arringo generale, che, va sottolineato, era stata votata con trentuno voti su trentadue consiglieri, è lo stesso Consiglio a dare la testimonianza incontrovertibile che quel rapporto fiduciario che deve sussistere ed essere permanente tra il rappresentante e il rappresentato era venuto meno, e che dunque il potere che gli era stato affidato non per la conservazione di se stesso, ma per il benessere politico, morale ed economico della Repubblica doveva essere restituito al suo titolare. Quel decreto, che da un punto di vista politico fu forse una delle decisioni più sagge che potesse adottare un organo titolare di un potere tanto rilevante, una classe che quel potere deteneva ed esercitava da secoli, quel decreto del 16 novembre, guardato con gli occhiali del giurista (come avrebbe detto Arturo Carlo Jemolo, un Maestro che è stato vostro sicuro amico), appare come il passaggio costituzionale necessario per l'avviamento di una procedura appunto costituzionale, per la quale non esistevano né precedenti e nemmeno specifica disciplina: era l'unico provvedimento possibile per evitare una crisi istituzionale dagli esiti quantomai oscuri. Con quel decreto il Consiglio rimetteva il mandato in base al quale, giusta quanto sanciva lo Statuto, esso era titolare del supremo potere di decidere; con quel decreto il Consiglio sottoponeva al proprio mandante – il popolo – la verifica dei suoi poteri, la verifica, cioè, della persistenza del mandato secoli prima ricevuto. Quel decreto è la dimostrazione palmare che il trasferimento dell'esercizio della sovranità dal popolo – dall'Arengo – al Consiglio non era e vorrei dire non è, non è mai un'alienazione, ma un atto, per quanto permanente, pur sempre condizionato dalla volontà del mandante di continuare a farsi rappresentare. Per quanto Principe e Sovrano, quel Consiglio, con quel decreto del 16 novembre, riconosceva che la titolarità dell'esercizio dei poteri di cui era da secoli investito era derivata e condizionata, e dipendeva dalla sua fonte, ossia dall'entità che quella titolarità aveva in modo originario e incondizionato: il popolo costituito in Arengo, ovvero, costituito nella forma statutaria dell'Arengo. Riconosceva, cioè, che l'autorità che l'Arengo aveva trasferito sul Consiglio non consisteva nella titolarità stessa della sovranità, ma solo del suo esercizio; e che lo stato politico, morale ed economico della Repubblica era talmente degradato da far ritenere che il modo con il quale l'esercizio della sovranità era stato ed era adempiuto non era

condiviso dal popolo. Con quel decreto la crisi poté trovare un esito positivo perché collocata nell'ambito della legalità statutaria. Insomma, tra il decreto del 16 novembre 1905 e la celebrazione dell'Arringo generale del 25 marzo 1906, esiste un filo robustissimo, col quale è intessuta tutta la serie degli atti intermedi, tra i quali spicca il *Regolamento per la convocazione dell'Arringo generale dei capi-famiglia* dell'8 marzo 1906. Questo filo è la legalità, che si riassumeva nella legalità statutaria. Naturalmente non ripercorrerò qui questa serie di atti: è infatti giunto il momento di guardare quel che accadde quel 25 marzo di cento anni fa, di entrare con discrezione nella Chiesa della Pieve in quel mattino del 25 marzo di cento anni fa.

In primo luogo vorrei dire che l'interpretazione, che talvolta è stata data dell'Arringo del 25 marzo, come di un referendum è profondamente riduttiva: quella del 25 marzo 1906 fu un'assemblea vera e propria, e tra un referendum e un'assemblea c'è una bella differenza. È vero, fu impostato, quell'Arringo, sia dal *Regolamento* dell'8 marzo, sia dal *Proclama della Reggenza* del successivo 16 marzo 1906, tenendo presente lo schema del referendum. Ma, per fortuna, la saggezza degli uomini di governo di quei giorni lasciò aperto uno spiraglio: stabili che ciascuno dei padri-famiglia aveva facoltà di prendere la parola per cinque minuti (art. 22 del *Regolamento* dell'8 marzo). Sicché quella adunanza, che in via di prima approssimazione era chiamata ad esprimersi per un sì o per un no, si apriva al confronto delle opinioni. E questo è il *proprium* di un'assemblea: la discussione collettiva; e, dopo questa, ma soltanto dopo questa discussione, la votazione. Per quanto breve possa essere il tempo concesso all'espressione di ogni singola opinione, anche solo all'esposizione delle proprie dichiarazioni motivate di voto, una discussione collettiva che preceda la votazione fa della decisione un atto, la cui consapevolezza è sicuramente più intensa e condivisa. Non per caso si usa la parola "parlamento" per designare le assemblee deliberative: "parlamento", invero, è il luogo dove si va prima di tutto a parlare, e anche ad ascoltare e per questo e dopo questo a decidere. Lo dice la parola stessa. Perché anche "arringo" o "arengo" questa stessa cosa vuol dire: è la parola che identifica il luogo nel quale si parla pubblicamente, l'istituzione nella quale si parla per discutere e per decidere con la consapevolezza che scaturisce dal confronto delle idee.

Però, che quell'adunanza dell'Arringo generale dei capi-famiglia sia ben lungi dal poter essere assimilato ad una specie di referendum

concentrato risulta da qualche cosa di più; ossia dal fatto che i quesiti sui quali l'assemblea si trovò a deliberare non furono esattamente quelli messi all'ordine del giorno; in particolare, il primo quesito, quello cruciale, dal quale sarebbe scaturito o un Consiglio grande e generale di nuovo eleggibile o un Consiglio a nomina vitalizia, rinnovabile per cooptazione, secondo la disciplina statutaria allora vigente, veniva ad essere modificato. La primitiva formulazione del primo quesito, che in realtà era una vera e propria proposta di delibera, suonava così: «Nel rinnovare per intero il Consiglio dei Sessanta, vuole l'Arringo nominarlo con le norme e con tutti i diritti e con tutte le prerogative che il Patrio Statuto attribuisce al Consiglio stesso?». Diciamolo con franchezza: questa formulazione era ambigua, e avrebbe potuto portare ad una situazione di vuoto legislativo: invero, se si fosse data una risposta positiva, *nulla quaestio*, sarebbe rimasto in vigore tutto il sistema delle rubriche prima, terza e quarta del primo libro dello Statuto. Ma se si fosse risposto "no", in ogni caso sarebbe rimasta aperta la questione della forma del rinnovo del Consiglio: con quale cadenza sarebbero stati rinnovati i suoi membri? e chi li avrebbe rinnovati? il quesito, nella originaria formulazione non lo chiariva; il che avrebbe significato anche che l'Arengo non avrebbe deciso granché: a rigor di termini solo che il Consiglio non avrebbe potuto godere di *tutti i diritti e tutte le prerogative* sancite dal Patrio Statuto; non era poco, ma non era nemmeno molto e soprattutto non dava una risoluzione conclusiva alla crisi. Infatti sarebbe rimasta indeterminata la questione dell'organo che dovesse legiferare in proposito.

L'ambiguità fu eliminata per mezzo dell'aggiunta della cosiddetta declaratoria al primo quesito: e qui le parole del verbale vanno lette con tutta l'attenzione che meritano. In forza di questa declaratoria «si veniva a dare una forma risolutiva» – come riporta il verbale – al quesito così come era stato verbalizzato «nel senso che si dovesse lasciare il Consiglio rinnovabile per cooptazione o si dovesse intenderlo rinnovabile per un terzo ogni triennio mediante sorteggio, con diritto nei sorteggiati di rieleggibilità a mezzo dell'Arringo, ferme restando tutte le altre norme Statutarie».

E che non si trattasse di mera forma, di mera chiarificazione del significato della primitiva formulazione del quesito, di semplice "declaratoria" è dimostrato da molti indizi; primo fra tutti dal fatto che ad essa si pervenne «Dopo una discussione alquanto prolungata, ma pacifica» al termine della quale «si convenne di aggiungere la declarato-

ria»: anche qui le parole pesano. «Si convenne», recita il verbale; ossia dalla discussione in seno all'assemblea – della quale anche il medesimo verbale dà conto – tra coloro che volevano cambiare le «Patrie Istituzioni» e coloro che erano di avviso contrario, scaturì questo accordo, un accordo che permise di procedere nei lavori, e, quel che più conta, un accordo che si realizzò nel seno dell'assemblea: questa non veniva più ad essere chiamata a scegliere con un semplice e secco “sì” o con un semplice secco “no” tra due quesiti formulati al di fuori di essa; l'Assemblea, in tal modo, riscriveva il contenuto delle proposte su cui deliberare, che quindi perdevano definitivamente la natura referendaria che era stata loro originariamente impressa per assumere quella di proposte vere e proprie la cui definizione era stabilita dall'assemblea stessa. In una parola, aldilà delle forme, quell'assemblea finì per costituirsi in autentica Assemblea costituente. L'Arengo, finalmente, veniva a riassumere la pienezza dei propri poteri sovrani, quella *auctoritas praecipua*, quell'autorità suprema che gli spettava per il dettato stesso del precetto statutario.

Il contributo della Reggenza in questo frangente è per me degno di nota e deve essere ricordato. Anche perché il giudizio che può essere formulato in proposito è stato forse troppo condizionato da una certa diffidenza per la classe politica e sociale, di cui la Reggenza di allora era indubbiamente espressione; condizionato dalla considerazione delle scelte politiche future di almeno uno dei Capitani allora in carica. Eppure, se si guardano le cose con il distacco che i cento anni di storia che ci separano da quel 25 marzo ci consentono, se si guarda all'istituzione e all'oggettività del suo funzionamento, si può cogliere il realizzarsi di un fenomeno virtuoso, prodotto, per così dire, dall'energia interna dell'istituzione; è come se questa, ossia l'ufficio ricoperto, guidi l'azione di coloro che ne sono investiti, sicché si può dire che il valore delle funzioni cui l'istituzione è preposta dalla legge e forse, in questo caso, ancor più dalla tradizione abbia guidato con la giusta prudenza la mano di coloro che in virtù della loro alta carica si trovarono a dirigere i lavori di un'Assemblea senza precedenti. Eppure la nave fu condotta in porto con mano sicura, e con contegno responsabile. L'emendamento al primo quesito, prudentemente denominato declaratoria, era almeno *praeter legem* – aldilà della legge –, tenuto conto del *Regolamento* deliberato dal Consiglio l'8 marzo: *praeter legem* vuol dire proprio che il *Regolamento* non prevedeva altro che un'espressione referendaria, l'espressione di un voto secco: sì o no per ciascun quesito, così come era formulato. Né era detto in alcuna parte

che il prendere la parola per cinque minuti – facoltà concessa ai partecipanti sulla quale ci siamo soffermati sopra – implicasse un dibattito e un dibattito tale, comunque, da mettere in discussione la formulazione dei quesiti. Per questo ho detto che la proposta di declaratoria andava aldilà – *praeter* – della legge. Ma ad uno sguardo un po' più rigoroso il dubbio che andando aldilà si sia andati contro non solo la lettera, ma anche lo spirito della legge, ossia di quel *Regolamento* che era stato emanato dal Consiglio, è fondato. In questo senso la Reggenza avrebbe potuto rifiutare di mettere ai voti il primo quesito senza la declaratoria, senza l'emendamento e così facendo avrebbe potuto riparrarsi dietro la lettera del *Regolamento*; ma avrebbe procurato una grave e incomprensibile offesa alla dignità dell'Arengo, posto che questo era pur sempre la suprema, la *praecipua* autorità della Repubblica. È per questo che la Reggenza si avvale dei poteri discrezionali che, come riporta il verbale dal quale continuiamo ad attingere, le erano stati «confermati espressamente per la direzione dell'Arringo dal Sovrano Consiglio nella Sua Tornata delli 19 marzo u. s., [e] dichiara che, nella sua qualità di Preside dell'Arringo stesso farà propria» la proposta della declaratoria; più sotto, a discussione conclusa, al momento di dichiarare aperta la votazione, ribadirà di «ritenersi autorizzata ad accettare la proposta avanzata da un gruppo di Capi-famiglia, aggiungendo al primo» dei quesiti originari la clausola che permetterà al voto di assumere non più il valore di una scelta di principio, ma quello positivo: positivo in senso tecnico, ossia di vera e propria delibera di un precetto dotato di specificità e determinatezza; un precetto complesso che possiamo articolare in queste tre proposizioni:

1. il Consiglio d'ora in poi sarà elettivo;
2. le elezioni successive alla prima saranno di cadenza triennale con rinnovo parziale per un terzo dei componenti da estrarsi a sorte;
3. i componenti estratti sono immediatamente rieleggibili.

Tre proposizioni che appartengono al novero di quelle che Hans Kelsen, teorico del costituzionalismo del Novecento viennese tra i più grandi, avrebbe potuto considerare, se le avesse conosciute, come l'esempio più significativo di quella “costituzione materiale” che sta alla base e dà legittimità alla costituzione in senso formale – oggi, qui, la *Dichiarazione dei diritti e dei principi fondamentali* – di un Paese, di un ordinamento, di uno Stato.

I poteri discrezionali cui si appellò la Reggenza furono la valvola di sicurezza di una situazione che non poteva avere soluzione diversa

da quella che storicamente ebbe e che noi tutti conosciamo e ci troviamo qui a festeggiare. Ma così l'unità che il Paese aveva ritrovato nell'Arengo, nel proprio Arengo, ossia nel popolo riunito per discutere, per dibattere, per decidere, per legiferare sul proprio futuro, questa unità che è bene prezioso quanti altri mai, non fu solo salvata, ma fu riaffermata con perentorietà. La soluzione accolta, invero, si collocava così dentro il fiume della storia: dentro quel fiume, dentro quella corrente tutte le istituzioni seppero mantenere la nave della Serenissima Repubblica del Titano, quali che fossero le idee personali degli uomini che le ricoprivano, e gli interessi di parte di cui questi uomini fossero espressione. Con il sostegno di un popolo consapevole delle proprie responsabilità politiche, il popolo riunito in Arengo, tutti seppero scegliere tra quelle idee, quegli interessi e il bene pubblico. E scelsero bene. Come ha scelto bene il legislatore del 2002 che ha formalmente attribuito ai Capitani una funzione che essi si può dire esercitavano già se non nelle leggi, nella coscienza del popolo: quella di *supremi garanti dell'ordinamento costituzionale*, secondo le parole dell'art. 3, comma 2 della riformata *Dichiarazione dei diritti*.

La corrente possente del fiume della storia aveva un nome semplice e, ad un tempo, impegnativo: libertà e democrazia. Certo, molta strada doveva essere percorsa: da assemblea dei capi-famiglia a corpo elettorale, dal voto a suffragio cosiddetto universale maschile – una non piccola contraddizione in termini – al voto alle donne e alla parità dei diritti, per rammentarne alcune, che stanno sul terreno delle grandi questioni costituzionali. Ma percorrere questa strada fu reso possibile proprio dall'esito di quell'Arringo generale di cento anni fa. Perché erano la libertà e la democrazia che interpellavano una decisione risolutiva in quel 25 marzo del 1906 e alla libertà e alla democrazia fu data da un popolo unito, maturo, partecipe e politicamente responsabile, costituito nelle proprie istituzioni la risposta più alta e più vigorosa.

MARÍA BELÉN MALAVÉ OSUNA

EL PROBLEMA DE LAS CONSTRUCCIONES PRIVADAS
PARASITARIAS Y ABUSIVAS: SU REGULACIÓN Y REPRESIÓN
EN EL BAJO IMPERIO ROMANO

SOMMARIO

Introducción. 1. *Construcciones privadas parasitarias*; 1.1. *Distancias entre edificios públicos en general y edificios privados*; 1.1.1. C.Th.15,1,25; 1.1.2. C.Th.15,1,46 = C.8,10,9; 1.2. *Distancias entre determinados edificios públicos y edificios privados*; 1.2.1. *Almacenes públicos* y C.Th.15,1,4; 1.2.2. *Almacenes públicos* y C.Th.15,1,38; 1.2.3. *Templos*: Amiano Marcelino, Rerum Gestarum 27,9,10. 2. *Emplazamientos públicos ocupados ilícitamente por particulares*; 2.1. *El Palacio imperial de Constantinopla* y C.Th.15,1,47 = C.8,11,17; 2.2. C.8,11,6; 2.3. C.8,11,20.

Introducción

Hace ya algunos años, cuando publicamos la monografía *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón*, prometimos ocuparnos de una serie de constituciones bajoimperiales que establecían una determinada distancia de separación obligatoria entre edificios públicos y edificios privados, por ciertos motivos que comentaremos en breve. Tras un tiempo de estudio y reflexión, es ahora cuando abordamos las citadas leyes pero, no sólo desde esa perspectiva, sino desde un punto de vista globalizador que trata de contemplarlas como respuesta a un problema urbanístico muy singular. En efecto, al constatar el aludido problema, quisimos analizar la forma en que el legislador intervino y qué tipo de disposiciones arbitró para solucionarlo en la medida de lo posible. Y decimos que en la medida de lo posible, pues nunca se solventó del todo, tal vez porque las sucesivas y reiteradas intervenciones legislativas no formaron parte de un plan integral y racional, sino que más bien tenían naturaleza circunstancial, en el sentido que ofrecían respuestas puntuales ajustadas al supuesto concreto. Siendo así, en las páginas siguientes hemos intentado analizar, comentar e interpretar un curioso fenómeno urbanístico que, a nuestro parecer, adopta dos modalidades diversas aunque relacionadas. La primera *quaestio facti* que hemos denominado “parasitismo constructivo”, como veremos, por razones obvias, engloba todas las leyes imperiales de los siglos IV y V que transmiten noti-

cias sobre lo siguiente: había particulares que alzaban sus edificaciones privadas apoyándolas o adosándolas a los edificios públicos, fundamentalmente, creemos que por comodidad o por hacer reales ciertas expectativas de lucro en un entorno urbano propicio, como ocurría al instalar tiendas o puestos de venta en lugares concurridos de la ciudad, donde se desenvolvía el frenético ritmo de vida diario. Se trata de edificios privados que sobreviven, junto con sus dueños, a costa del edificio público de que se trate, no ya desde el prisma puramente material, evidenciado en la circunstancia de la contigüidad, sino también desde una perspectiva moral, si así puede llamársele; es más, alguna ley alude a esta especie de singular asociación entre el edificio público y el privado, una asociación no expresamente permitida, pero sí tolerada durante años por los poderes públicos. La segunda *quaestio facti* está relacionada con la anterior, como ya hemos dicho, pero presenta características propias que han aconsejado un estudio separado. En efecto, a veces, los propietarios de casas particulares se adueñaban de pequeñas calles o incluso de pórticos para ganar espacio habitable en ellas, aumentando considerablemente su superficie útil. Pues bien, para ambos casos, el legislador promulgó cierta reglamentación, cuyos aspectos esenciales se hallan diseminados en las leyes imperiales analizadas; en concreto, podemos hablar de dos medidas distintas: por un lado, establecimiento de una distancia de separación obligada, cuya exacta determinación en pies romanos osciló, según las épocas y según el tipo de edificio público. Por otro, los emperadores ordenaron la demolición inmediata de las obras privadas alzadas dentro del espacio que debía permanecer libre, pues sus dueños habían conculcado la prohibición.

Respecto a las razones aducidas por el legislador, las normas constituyen un buen muestreo de su variedad: por lo que hace a las construcciones privadas parasitarias, a veces, se invoca explícitamente la seguridad pública, en el sentido que las leyes tenían por objeto la puesta en práctica de una política de prevención de incendios y sus funestas consecuencias. Por decirlo de otra forma, el poder imperial deseaba preservar la seguridad de los edificios públicos, impidiendo que los particulares apoyaran sus construcciones sobre los mismos. En definitiva, de nuevo asistimos a una confirmación del antiquísimo *ambitus*, por medio del cual todo edificio adoptaba la apariencia de isla. Otras veces, sólo se invoca la estética y aspecto externo de las ciudades, quebrantadas sin remedio por los particulares; dicho en otros términos, las leyes persiguen cierta ordenación urbanística racional, san-

cionando las conductas que atentan a la buena apariencia y dignidad de las metrópolis. En lo que atañe a las construcciones abusivas, el legislador aduce que es conveniente que la ciudad mantenga y conserve sus calles, por estrechas o pequeñas que sean, de forma que todos puedan hacer uso de ellas transitando libremente, y no sólo unos pocos que las usurpan haciendo sus casas más espaciosas y cómodas.

Finalmente, en relación a las normas seleccionadas, debemos decir que la mayoría proceden del título primero (*de operibus publicis*), libro decimoquinto del Código Teodosiano, aunque también se han analizado otras insertas en el Código de Justiniano. Por último, también hemos traído a colación cierta fuente literaria por su solvencia y relevancia para el estudio de las cuestiones mencionadas. En cuanto al orden sistemático del artículo, podemos decir que sigue en sustancia la organización sugerida en la presente introducción.

1. Construcciones privadas parasitarias

1.1. Distancias entre edificios públicos en general y edificios privados

1.1.1. C.Th.15,1,25

IMPPP. VAL(ENTINI)ANUS, THEOD(OSIUS) ET ARCHAD(IUS) AAA. PROCULO P(RAEFECTO) U(RBIS) CONSTIAN(TINO)P(OLITANAE). *Turpe est publici splendoris ornatum privatarum aedium adiectione conrumpi et ea, quae conspicuae urbis decori vel nostri temporis vel prioris saeculi aetate creverunt, aviditate cogendae pecuniae sociari. Unde sublimis eminentia tua, quidquid talis astutiae deprehenderit fraude violatum, id, si publicis nitoribus faciem aspectus deterioris inducit, sive illud voluntaria praesumptione temeratum est sive expressam coactis adnotationibus occasionem fraudis obtinuit, iubebit amoveri. Tuo enim arbitrio relinquimus, a quibus temperandum quaeve diruenda diiudices.* DAT. XVI KAL. AUG. ROM(AE) TIMASIO ET PROMOTO CONSS.

“Es una vergüenza que la magnificencia del decoro público sea corrompido por la adyacencia o unión de casas privadas y que aquello que ha sido construido o erigido, tanto en nuestros días como un siglo antes para decoración y ornato de Nuestra distinguida Ciudad pueda ser vinculado al deseo de lucro. Así, cada vez que Vuestra Su-

blime Eminencia constate una violación criminal de la Ley por efecto de tal estratagema, si ello produce deterioro del buen aspecto público, ordenará que sea eliminado mediante demolición, ya provenga la infracción del atrevimiento o insolencia voluntaria, ya provenga de una aprobación obtenida arteramente. No obstante, dejamos a vuestro criterio el cuidado de distinguir entre aquello que debe ser derruido y aquello que, por el contrario, conviene dejar a salvo”.

Nos encontramos ante una constitución imperial promulgada por Teodosio I en el año 389 y dirigida a Próculo, prefecto de la ciudad de Constantinopla. Como ya anunciamos en la introducción del trabajo, esta ley no establece una concreta medida de separación entre edificios públicos y privados, sólo prohíbe construir edificios privados adosándolos a los públicos. Además, es claro que prescribe una grave sanción para el caso de incumplimiento; nos referimos obviamente a la demolición de lo que se construya ilícitamente. No obstante, siempre es conveniente hacer un análisis pormenorizado de la constitución que arroje algo de luz sobre algunas cuestiones controvertidas. Empecemos a continuación.

Ante todo, debemos dilucidar a qué edificaciones públicas y a qué edificaciones privadas se refiere la norma, si es que por ventura resulta posible su identificación. Para ello, debemos atender al primer párrafo del texto, es decir, aquella parte que va desde *turpe est...* hasta *pecuniae sociari* y que contiene la disposición prohibitiva, mencionando, por añadidura, tanto el fin que persigue como su *ratio* inspiradora. Es de advertir, en primer lugar, que, en ningún momento, menciona el legislador explícitamente los edificios públicos o, al menos, no con la expresión *publica aedificia*; en su lugar, sólo encontramos una alusión en los siguientes términos: *et ea, quae conspicuae urbis decori vel nostri temporis vel prioris saeculi aetate creverunt...*, es decir, todo aquello que se ha levantado para ornamentar la ciudad. De todas formas, la parquedad y escasa explicitud de la norma en este punto no nos parece un obstáculo importante: el legislador se refería a cualesquiera edificaciones públicas erigidas para decoración y embellecimiento de Constantinopla y así lo confirman traducciones tan autorizadas y solventes como la de Pharr¹

¹ PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions. A translation with commentary, Glossary, and bibliography*, Princeton, 1952. Concretamente, el párrafo de la ley 25 al que hemos aludido se ha traducido al inglés en estos términos: “It is disgraceful that the ornaments of public splendor should be ruined by

o Janvier². Sólo cabría excluir, entonces, – por vía de conjetura – aquellos edificios puramente utilitarios o funcionales y, aún en tal caso, es difícil que no contribuyan en alguna medida a la belleza urbana. Sí es claro, no obstante, que se trataría de construcciones preferentemente ornamentales, ya que las expresiones que contiene la norma resultan sintomáticas: *publici splendoris ornatum; urbis decori; publicis nitoribus faciem aspectus*. En consecuencia, nos parece plausible sostener que, sin mencionarlas explícitamente, el legislador se estaba refiriendo a construcciones ornamentales tales como pórticos o columnatas a las que estaban tan acostumbrados tanto los romanos como los bizantinos. Y pensamos así, fundamentalmente guiados por el fin que la norma persigue, expresado de esta forma: ... *aviditate cogendae pecuniae sociari*³. En efecto, calificando el estado de la ciudad como auténticamente indecoroso, dado que, al parecer, habían sido puestas ciertas construcciones privadas junto a las públicas, el legislador habla de la vinculación o asociación de intereses económicos privados con los públicos y generales, una consecuencia que debía evitarse estableciendo una prohibición: en adelante, ningún particular podría adosar su construcción a los edificios públicos erigidos para ornato y adecuada estética urbana de la capital. Si como pensamos, estuviésemos en lo cierto, es decir, si el legislador estuviese tratando de evitar que se relacionara el interés público de la colectividad con el afán de lucro, a todas luces, incompatibles, entonces, tendría sentido que aquellos *privatarum aedium* que cita la norma fuesen *tabernae*, es decir, tiendas que, como sabemos, poblaban las calles de Constantinopla, a imagen y semejanza de Roma. Pero, no nos adelantemos aún; mejor, detengámonos un momento en las posibles acepciones de *sociari*. Esta expresión puede, como a menudo ocurre, tener un sentido puramente físico, de asociación o vinculación material o un sentido más bien moral en el cual gravita también la idea de íntima relación. De he-

the attachment thereto of private buildings, and that those structures which have arisen for the decoration of our distinguished City, either in our time or in the time of a previous age, should be associated with eagerness for acquiring money...”.

² JANVIER, *La Législation du Bas-Empire romain sur les édifices publics*, Aix en Provence, 1969, p. 195: “C’est une honte que la magnificence du décor public soit altérée par l’adjonction de maisons privées, et que ce qu’on a élevé, tant à notre époque que dans un siècle antérieur, pour la parure d’une remarquable ville soit associé à l’amour du lucre...”.

³ En cuanto a *sociari*, *vid.* la conjetura aportada por la edición de MOMMSEN, *Coдекс Theodosianus*, en *Theodosiani Libri XVI, I, pars posterior: textus cum apparatu*, Berlin 1905, reimpr., 1990.

cho, la primera acepción creemos que viene confirmada por la voz *adiectio* que encierra, por otra parte, el peso de la ilicitud. Es decir, no es que el legislador vete la construcción de todo tipo de obras privadas, sino sólo aquellas que se levanten junto a edificaciones públicas, de forma que ambas queden contiguas o adyacentes; en consecuencia, quedan fuera del ámbito de la norma – al menos así pensamos – aquellas que no estén exactamente pegadas a los edificios públicos, aunque se encuentren próximas a ellos, pues, según parece, el deterioro del aspecto urbano proviene de una determinada forma de construir que se expresa así: *adiectio*. Pues bien, tal unión estrictamente material conduce a aquella otra más execrable aún que hace vincular el desinterés propio de los edificios públicos, contruidos, en principio, por pura necesidad y para uso de todos, con el interés que se le supone a las construcciones privadas aludidas en la ley y que están destinadas a ganar dinero: *aviditate cogendae pecuniae*. Es por ello que nos parece verosímil sostener que los *privatarum aedium* a los cuales se refiere el legislador no sean las tradicionales *domus* o *insulae*, en las cuales se alojaba la masa de población capitolina, sino más bien, las tiendas o tenderetes en las cuales se hacía negocio todos los días. Siendo así, podemos apoyar nuestra conjetura acerca de que las edificaciones públicas que contribuían a una determinada estética urbana que el legislador encomienda preservar, eran, sobre todo, pórticos y columnatas que circundaban las plazas, sedes en las cuales se instalaban habitualmente las tiendas. No obstante, conviene todavía extenderse algo más sobre este punto, ya que, el vocablo *taberna* goza de varias acepciones, según se entienda en su sentido lato o en su sentido técnico, y quizá en esa ambivalencia de la palabra encuentre apoyo nuestra interpretación. En efecto, aunque su origen etimológico es dudoso, se ha razonado que tales edificaciones se denominaban así, precisamente por el material del que estaban hechas, tablones de madera; el propio Festo, *De verb. Sig.* 490,19⁴, lo admite sin obstáculo pero en un pasaje del Digesto se contradice tal opinión⁵. Prescindiendo de esto, algún autor⁶ ha puesto de manifiesto que el vocablo podía designar en sentido amplio otras construcciones privadas distintas de las tiendas o tenderetes, tales como cabañas, barracas o chozas, que a pesar de su humilde carácter, constituían habitáculos aptos

⁴ S.v. *tabernacula*: *Tabernacula dicuntur a similitudine tabernarum; quae ipsae, quod ex tabulis olim fiebant, dictae sunt, non ut quidam putant, quod tabulis cludantur.*

⁵ D.50,16,183 (Ulp.28 ad ed.).

⁶ CHAPOT, *Taberna*, D-S, 5, Graz, 1969, p. 8.

para vivir⁷. No obstante, parece que su sentido estricto de tienda o, incluso, el de puesto de venta de mercancías ambulante y desmontable se difundió en mayor medida, de tal manera que *taberna* acabó por identificarse casi exclusivamente con él. Lo cierto es que la instalación masiva de este tipo de construcciones en emplazamientos estratégicos, es decir, las calles más transitadas y el foro principal de la ciudad, se halla fuera de toda duda y sobre los problemas de circulación que ocasionaban, tanto de carruajes como de transeúntes, se pronuncian fuentes literarias⁸ y cierto sector doctrinal⁹.

En definitiva, tras esta exposición, podemos sostener que los edificios privados mencionados en C.Th.15,1,25 serían preferentemente tiendas o puestos de venta, sin que podamos excluir absolutamente la posibilidad de que se tratase de otro tipo de construcción, dada la acepción ambivalente del vocablo; lo que sí parece seguro, más bien porque la norma lo dice expresamente, es que tales construcciones fuesen utilizadas por los particulares como medio para obtener un lucro, lo cual nos permite pensar también en pequeños bares en los cuales se dispensaba algún refrigerio o bebida, sobre todo, vino. Más difícil resulta considerar tales edificios privados como viviendas, pero tampoco debemos desear tal posibilidad, pues a menudo se utilizaba la trastienda como casa para el que regentaba el negocio y su familia¹⁰.

⁷ ISIDORO, *Etym.* 15,2,43: *Tabernae olim vocabantur aediculae plebeiorum parvae et simplices in vicis, axibus et tabulis clausae*;... Es más, también un jurista se pronuncia en idéntico sentido, al manifestar lo siguiente: D.50,16,183 (Ulp. 28 *ad ed.*) *tabernae appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo quod tabulis clauditur*.

⁸ Sobre el continuo trasiego de personas que las tiendas propiciaban, *vid.* entre otros, MARCIAL, *Epigr.* 7,61,10; 1,41 y 12,57. También, HORACIO, *Epist.* 2,1,269-270, relata cómo estaba plagado de tiendas el *Vicus Tuscus*.

⁹ De nuevo, CHAPOT, *Taberna*, *cit.*, p. 9 ss., habla acerca de la peculiar instalación de tales puestos que desbordaban en gran medida el alineamiento regular de los edificios. Pero es más, por ejemplo, FRASCA, *Educazione e formazione a Roma. Storia, testi, immagini*, Bari, 1996, p. 20, habla de la enseñanza que se impartía en las *tabernae*, opinando que allí se formaban artesanos y profesionales mediante cierta disciplina más especializada que básica. En el mismo sentido, *vid.*, DIONISO DE HALICARNASO, *Ant. Rom.* 11,28; LIVIO, 3,44,6 y 6,25,9; PLUTARCO, *Mor.* 59.

¹⁰ A propósito de lo mismo, conviene recordar que un siglo más tarde, el emperador Zenón reglamentó con mayor detalle este asunto de las tiendas y sus concretas medidas tanto de ancho como de alto, en un fragmento de cierta importante constitución imperial; nos referimos a C.8,10,12,6. Pero es más, resulta curioso, cómo el legislador, en esta ocasión, alude a las *domus* y *aedificia*, pero también a las *tabernae* construidas en los pórticos públicos; concretamente en los espacios libres que existían en-

Queda comentar a continuación la sanción establecida por la norma para el caso en que alguien contravenga la prohibición y ésta se inserta, junto a ciertos matices en el segundo párrafo del texto, es decir, aquel que va desde *unde sublimis eminentia a iubebit amoveri*. Concretamente, es ésta última palabra, *amoveri*, la que expresa la sanción, consistente en la demolición de la obra privada. Hemos de confesar que al principio dudamos sobre la traducción más exacta: *strictu sensu*, *amoveri* alude a quitar, eliminar o suprimir, lo cual no tiene forzosamente que concordar con demoler. En efecto, si el texto se refiere, como hemos dicho, a las muy conocidas *tabernae*, creemos que pueden ser simplemente desmontadas y trasladadas a otro lugar en que no menoscaben el aspecto urbano, cuyo cuidado y protección se demanda. Sin embargo, es la frase final del texto la que nos ha llevado a pensar en la demolición: *tuo enim arbitrio relinquimus, a quibus temperandum quaeve diruenda diiudices*. En efecto, el emperador arbitra una posibilidad que consiste en dejar a juicio del *praefectus urbi* la distinción entre obras privadas que convenga dejar y otras que convenga *diruere* y sobre este verbo no existe duda alguna ya que su sentido comporta inequívocamente la destrucción de la tienda construida ilícitamente. Dicho esto, resulta importante destacar que la norma califica de verdadera *astutiae*, el hecho de instalar una edificación privada cualquiera destinada a obtener un lucro económico junto a ciertas construcciones públicas, pero tal fraude puede acaecer por dos vías, constatadas las cuales por la máxima autoridad ciudadana se conmina idéntica sanción. Ambos procedimientos son descritos en la ley, el primero, como mero atrevimiento o insolencia y, el segundo, como resolución administrativa aprobatoria (*adnotatio*) obtenida con artimañas o estratagemas, es decir, defraudando el tenor de la disposición. No obstante, aunque en los dos supuestos está prevista la sanción de demolición, según hemos interpretado, se requiere una condición indispensable manifestada en estos términos: *si publicis nitoribus faciem aspectus deterioris inducit*, lo cual confirma nuestra opinión: sólo aquellas construcciones privadas (para nosotros, preferentemente, tiendas) que menoscaben el buen aspecto estético de la urbe, entendemos que por estar erigidas apoyándose en las públicas, serán penalizadas con la de-

tre columna y columna, prohibiendo terminantemente su instalación, a menos que tuviesen seis pies de ancho y siete de alto como máximo. Además, debían revestirse por fuera de mármoles y no de madera, para decoro, ornato y elegancia de Constantino-pla. Vid. MALAVÉ, *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón*, Malaga, 2000, p. 243 ss.

molición de sus estructuras, de cuya interpretación se desprende lo siguiente: no todas las *tabernae* implicaban un deterioro de la belleza de la ciudad, aunque hubiesen sido construidas adosándolas a los edificios públicos; por el contrario, la norma se promulga especialmente para aquéllas que afeaban la estética urbana, tanto actual como la de antaño, y así lo atestigua de forma diáfana el inciso final del texto al establecer la opción de dejarlas a salvo.

En conclusión, podemos afirmar que, a diferencia de otras leyes imperiales que enseguida analizaremos, la contenida en C.Th.15,1,25, encuentra su fundamento no en motivos de seguridad pública, sino en razones de estricta estética urbana o de buena y sana apariencia de la ciudad, tanto en el plano físico como moral, pues no era conveniente que la imagen de la ciudad sea profanada por intereses comerciales propios del ámbito de lo privado.

1.1.2. C.Th.15,1,46 = C.8,10,9

IDEM AAA. AEMILIANO P(RAEFECTO) U(RBI). Aedificia privatorum publicis aedibus adhaerentia sive superposita destrui tollique praecipimus. Et in posterum id aperte sancimus, ut, si qui aedificandi iuxta publicas aedes animos dederit, quindecim pedum spatio interfecto Inter. publica ac privata aedificia ita sibi noverit fabricandum, ut tali intervallo et publicae aedes a periculo vindicentur et privatus aedificator velut perperam fabricati loci destructionis quandoque futurae non timeat detrimentum. DAT. XI KAL. NOV. CONSTAN(TINO)P(OLI) ARCA(DIO) A. VI ET PROBO CONSS.

“Ordenamos demoler y descombrar los edificios privados adosados o superpuestos a los edificios públicos. Y, para lo sucesivo, establecemos formalmente la siguiente regla: si cualquiera se propone edificar junto a edificios públicos, que sepa que se debe construir dejando un espacio de quince pies entre edificios públicos y privados, de manera que, gracias a ese intervalo, los edificios públicos sean ajenos a cualquier peligro, y que el constructor privado no tenga que temer en lo futuro, el perjuicio de una eventual destrucción de la construcción, como en el caso de que lo hubiera hecho irregularmente”.

Se trata de una constitución imperial, fechada en octubre del año 406, promulgada por Arcadio y dirigida a Emiliano, prefecto de la

ciudad de Constantinopla, en virtud de la cual se establece la obligación de dejar libre un determinado espacio intermedio entre edificios privados y edificios públicos. Ante todo, queremos dejar constancia del valor que debe atribuírsele a la norma, ya que constituye el primer testimonio documental transmitido – al menos, que sepamos – según el cual, se ordenaba la planificación urbanística de Constantinopla, conforme a un plan preciso, que incluía una prescripción normativa singular en relación con la distancia intermedia que debían respetar los edificios privados construidos en los aledaños o inmediaciones de los edificios públicos. Pese a todo, no es que se trate de una disposición que inaugure una tendencia en la política legislativa sobre urbanismo, pues ya un siglo antes, Constantino el Grande promulgó una ley que establecía la obligación de respetar un espacio intermedio muy superior a los quince pies que aparecen en el texto, sin embargo, la ley constantiniana implicaba exclusivamente a los *horrea* y no a todos los edificios públicos globalmente considerados. Dicho esto, veamos a continuación la ley imperial de Arcadio.

En primer lugar, habían pasado sólo diecisiete años desde la publicación de la ley 25 que acabamos de comentar y, al parecer, el problema urbanístico allí sugerido seguía sin resolver: los particulares seguían construyendo sus edificaciones según sus deseos, sin respetar los edificios públicos ya construidos y en este sentido, el tenor literal de la constitución 46 es bastante más explícita, pues alude a *aedificia privatorum* y a *publicis aedibus*. En efecto, una interpretación literal del texto sugiere que las construcciones entre las cuales debía dejarse aquel espacio equidistante de quince pies eran edificios públicos en general (y no sólo aquéllos erigidos para ornato y belleza de la ciudad) y edificios privados, cualesquiera que fuesen; por tanto, no sólo tiendas y tenderetes, como antes interpretamos, sino también, casas, al menos teóricamente. Y decimos teóricamente, porque no nos parece la interpretación más segura y verosímil, aunque sea plausible, dado que el estado de la cuestión urbanística, si así puede denominársele, se describe en la constitución imperial que le precede, bajo el dígito 45¹¹. En efecto, la ley imperial contenida en C.Th.15,1,45 aludía a la

¹¹ C.Th.15,1,45: IDEM AAA. AEMILIANO P(RAEFECTO) V(RBI). *Omnibus tabulatis tam his, quae intercolumnis adfixa sunt quam his, quae superiores porticus dividunt, ad formam pristinam civitatis habitus revocetur, ascensibus etiam his, qui ad superiores porticus ducunt, tam in latioremodum patentibus quam pro ligneis scalis lapideis gradibus fabricandis. Ita enim et pericula incendii aberunt et si qui casus adversi tu-*

necesidad de que Constantinopla recuperara su buena imagen y estética primigenia, pues, según sabemos por el legislador, había sido menoscabada con construcciones endebles, hechas sólo con tablones y ubicadas en los intercolumnios del pórtico y asimismo, en su primera planta. También en esta ocasión se habla de edificaciones *adfixa* a las columnas y es muy posible que adosadas igualmente entre ellas, según nuestra interpretación, transmitiendo cierta sensación de amontonamiento y falta de alineación regular. Lo cierto es que las *omnibus tabulatis* mencionadas por el texto podían ser tanto puestos de venta y tenderetes, como habitáculos aptos para vivienda o para impartir docencia, ya que no encontramos obstáculo a esta interpretación extensiva. Pues bien, el mismo Arcadio ordena la demolición o, en su caso, la simple supresión (cuando la construcción fuese desmontable) de estos pequeños edificios con objeto de proporcionar comodidad y libre tránsito a los transeúntes o a los carruajes, recuperando, a la vez, el primitivo aspecto de la capital. Por otro lado, aunque la mención al peligro de incendio se hace a propósito de las escaleras que subían hasta la planta superior, está claro que la madera favorece enormemente la combustión, de forma que el riesgo aumentaba de forma considerable si se permitía instalar tales construcciones. No obstante ello, en C.Th.15,1,45, se encuentran combinados dos objeti-

lerint, facile amotis angustiis homines inter incendia discursus ac liberandi sui facultatem invenient. DAT. XI KAL. NOVEMB. CONSTAN(TINO)P(OLI) ARCAD(IO) A. VI ET PROBO CONSS. Como vemos, el estado de cosas reinante, se expone en esta constitución 45 cuya lectura e interpretación aclara, sin duda, el tenor de la ley 46. En efecto, Arcadio había promulgado ya una ley imperial en el mismo año 406, mediante la cual ordenaba al prefecto de Constantinopla que suprimiera todas las edificaciones construidas con tablones de madera, ubicadas en un pórtico cuya identidad no se conoce a ciencia cierta. Además, el legislador incide en la obligación de construir las escaleras que ascienden a la plantas superiores con piedra y haciendo los peldaños con más anchura, con el objeto de evitar la propagación del fuego en caso de incendio. Pues bien, parece que la primera disposición estaba guiada por el propósito de *ad formam pristinam civitatis habitus revocetur*, es decir, devolver a la ciudad su aspecto originario, sin obstaculización del paso entre las columnas y sin la apariencia propia de caos urbanístico provocado por el amontonamiento y superposición de tablas de madera. Sin embargo, la segunda prescripción, relativa a la forma de construir las escaleras, parece fundada más bien en motivos de estricta seguridad pública, pues el propio legislador matiza que han de prevenir futuros incendios y si acaso acontece uno, los bomberos podrán entrar en ellas y apagar las llamas con más facilidad. A este respecto, pueden verse, entre otros, HOMO, *La Roma imperial y el urbanismo en la Antigüedad*, trad. esp. Almoína, México, 1956, p. 428 y SIMSHÄUSER, *Sozialbindungen des Eigentums im römischen Bauwesen der späteren Kaiserzeit*, en *Scritti in onore di Guarino*, 4, Napoli, 1984, p. 1802 ss.

vos distintos, expresados de esta forma: *ad formam pristinam civitatis revocetur y facile amotis angustiis homines inter incendia discursus ac liberandi sui facultatem invenient*. A lo largo de las siguientes páginas comprobaremos que no es usual encontrar en las leyes imperiales la mentada duplicidad de fines, es decir, cuando los legisladores tardoimperiales disciplinan cuestiones urbanísticas aluden en la mayoría de los casos a una sólo *ratio* inspiradora, sin embargo, la ley 45 forma parte de una política legislativa más diversificada que atiende y tutela tanto la imagen externa de la ciudad como la seguridad ciudadana en sentido estricto; de hecho, esto último quedaba garantizado por el empleo obligatorio de piedra en las escaleras y con peldaños más anchos que hicieran posible el acceso de las brigadas de bomberos.

Tras este *excursus* y siguiendo con nuestro análisis, diremos que C.Th.15,1,46, presenta cierto desorden en la exposición, pues en primer lugar dispone la sanción aplicable y después establece la prescripción sobre distancia obligada. En efecto, desde *aedificia privatorum* hasta *praecipimus*, el legislador ordena *destrui tollique* las construcciones privadas que estén *adhaerentia*, o bien, *superposita* a los edificios públicos. Por más que, aparentemente, el primer binomio parezca una redundancia, en consecuencia, innecesaria para expresar el sentido cabal de la sanción, creemos que tiene cierta lógica, desde el punto de vista legislativo: no se trataba solamente de demoler o derribar el edificio privado ilícito, sino de retirar además sus escombros; en definitiva, la norma trata de mantener el aspecto propio de una gran capital. Por otra parte, la ley 46 añade una nueva idea de ilicitud, o por decirlo exactamente, añade otro supuesto al de la contigüidad, ya contemplado por C.Th.15,1,25, y 45, mediante la utilización de idéntico vocablo (*adiectio-ne*); según parece, el *privatus aedificator* construía, tanto adosando la estructura al edificio público, como superponiéndola al mismo – *superposita* –, es decir, levantando los cimientos encima de los tejados, elevando de esta forma, la primitiva altura de la construcción pública.

Tras pergeñar la mencionada sanción de demolición y limpieza de materiales derruidos, la norma describe una curiosa regla urbanística que no impide, sin embargo, construir en las inmediaciones de los *publica aedificia*: quien así lo desee, puede construir, siempre que respete la condición de dejar libres quince pies de espacio intermedio¹²; una

¹² Esta concreta cifra de quince pies de espacio equidistante aparece mencionada también en la *Lex Romana Burgundionum* 17,6: *De servitute luminis vel aeris similiter constitutum: ut Inter. privatorum fabricas decem pedes, inter publicas quindecim dimittantur*.

medida en pies que puede considerarse exigua, en comparación con otras, como veremos. Es más, incluso sin entrar en comparaciones, podría interpretarse que la medida resultaba escasa para el fin que se le suponía, mencionado explícitamente en la norma mediante la siguiente locución: *ut tali intervallo et publicae aedes a periculo vindicentur*. Es decir, el legislador pensaba eludir ciertos riesgos estableciendo un espacio de separación preciso entre los edificios. No obstante, antes de entrar a dilucidar la naturaleza del riesgo, resulta conveniente saber, a pesar de las limitaciones que la operación entraña, a cuánto podrían equivaler actualmente quince pies romanos¹³. En el sistema romano de medidas longitudinales¹⁴, el pie constituía la unidad de medida básica¹⁵; mayor problema supone, sin embargo, cifrar la equi-

tur, secundum legem theodosiani libri IV, sub titulo: de aedificiis privatis et publicis. Sobre el empleo del vocablo *servitus* para designar limitaciones legales al derecho de propiedad, concluye BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, 1969, p. 68 ss., que ya antes del emperador Zenón, autor de la ley urbanística sobre edificios privados más trascendente, contenida en C.8,10,12, venía utilizándose en Occidente tal terminología. Un sector de la doctrina ha relacionado el citado fragmento de la ley burgunda con la norma inserta en C.8,10,11, promulgada en el año 423, con objeto de disciplinar la construcción de balcones en casas privadas que estén cerca de almacenes públicos: *Maeniana...sive olim constructa sive in posterum in provinciis construenda, nisi spatium inter se per decem pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncantur. In his vero locis, in quibus aedificia privatorum horreis publicis videntur obiecta, obstructione maenianorum quindecim pedum intervalla servantur....* Es cierto que se alude a quince pies de distancia obligada entre un balcón privado y un almacén público, pero nosotros pensamos que no hay argumentos solventes para sostener que el fragmento 17,6 de la LRB se refiera exclusivamente a balcones. En este sentido, ya se pronunció por ejemplo, LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 116 ss., en estos términos: "... the constitution referred to (es decir, *Lex Romana Burgundionum* 17,6) may or may not be identified with the above mentioned CI 8.10.11(423)..."

¹³ Vid. al respecto un curioso e ilustrativo trabajo de RESINA, *Función y técnica de la agrimensura en Roma*, 2, *Top Cart*, 38, Madrid, 1990, pp. 21-23.

¹⁴ Producto de una combinación entre el duodecimal, de origen itálico, y decimal, de raigambre griega. Es más, el duodecimal no sólo era utilizado para la medición de los terrenos, sino además, para los pesos y las monedas, según se extrae del testimonio de Maec., *Assis distributio* 46: *denarius primo asses decem valebat, unde et nomen traxit; quinarium dimidius eius, id est quinque asses, unde et ipse vocatur; sestertius duos asses et semissem, quasi semis tertius, ...lex etiam duodecim tabularum argumento est, in qua duos pedes et semis sestertius pes vocatur*. También los griegos aplicaron su sistema de medidas longitudinales al monetario, teniendo en cuenta el testimonio de Vitr., *De Arch.* 3,1,6. Sobre la citada combinación de elementos puramente itálicos y griegos, contamos además con otra fuente, BALBO, *Gromatici veteres, Expositio et ratio mensurarum* 95 (Lach.): *pes habet palmos IIII, uncias XII, digitos XVI*.

¹⁵ El utensilio o instrumento utilizado para medir recibía el mismo nombre, *pes*,

valencia exacta de un pie en metros, pues sabemos que el sistema carecía de la uniformidad precisa como para aventurar una respuesta del todo fiable¹⁶. Hemos decidido tomar como referencia el siguiente valor en metros: 1 pie = 0'2942 metros, pues los testimonios avalan que el pie utilizado en arquitectura a partir de Septimio Severo medía exactamente eso. A continuación es fácil determinar en cuánto podían traducirse quince pies, realizando simplemente una multiplicación: $15 \times 0,2942 = 4,41$ metros. En definitiva, quince pies romanos equivalen a cuatro metros con cuarenta y un centímetros en nuestro sistema métrico decimal. Siendo así, cabe cuestionarse a continuación si tal distancia intermedia respondía congruentemente al objetivo perseguido por la ley, que era, según se recordará, evitar que el edificio público sufriera riesgos no explicitados. Ante todo, debemos averiguar a qué peligros podría referirse el legislador puesto que la ley silencia cualquier alusión a su posible naturaleza, siendo necesario traer a colación de nuevo C.Th.15,1,45, cuyo texto ya hemos comentado. No olvidemos que el mismo emperador Arcadio había hecho en esa ley una mención a los incendios, obligando a relegar el empleo de madera, sustituyéndola por piedra, así como a dotar de mayor anchura los peldaños de las escaleras para poder entrar en ellas fácilmente a apagar las llamas. En consecuencia, interpretamos que el *periculum* a que se refiere Arcadio en la ley 46 es el riesgo de incendio, un mal urbanístico endémico en las sociedades antiguas, junto al de los derrumbamientos subsiguientes a la declaración de fuego, como consecuencia del estado ruinoso en que quedaban los edificios. Definitivamente, para el caso de edificios privados construidos junto a los públicos, es decir, en sus inmediaciones, parece que el legislador consideraba suficiente aquel intervalo de separación para garantizar la seguridad e indemnidad del edificio público. Desde luego, la citada medida prescrita de quince pies era claramente superior a aquella primitiva del *ambitus*,

el cual se representa gráficamente por HÉRON DE VILLEFOSSE, *Pes, D-S*, 4.1, Graz, 1969, p. 420.

¹⁶ Tal falta de uniformidad venía provocada por la mezcolanza de sistemas, de la cual ya hemos hablado y, además, por la utilización simultánea de una medida oficial, llamada *pes monetalis*, por la denominación del templo donde se hallaba el arquetipo, y otras medidas usadas en provincias. Téngase en cuenta, entre otros, el testimonio del agrimensor Hyg., *De condic. agr.*, 123, 1-2. Es más, cada uno de ellos recibía un apelativo diverso: el *pes Ptolemaicus* se usaba en la Cirenaica y el *pes Drusanius* en la Germania.

que circundaba las casas, cuya anchura ciframos en cinco pies¹⁷, junto con un sector nutrido de la doctrina romanística¹⁸. Es cierto que el antiquísimo *ambitus* cumplía varias funciones diversas¹⁹ sobre las cuales se ha conjeturado ampliamente, pero creemos que una de ellas era con toda probabilidad la de evitar o minimizar el peligro de propagación del fuego²⁰. Supuesto este hecho, podría avanzarse lo siguiente: si entre los antiguos romanos, el *ambitus* garantizaba aquel fin, debemos entender que, con más razón lo garantiza una distancia equivalente a 4'41 metros. Ahora bien, lo que nos hace dudar es la conocida prescripción de cien pies establecida por Constantino el Grande un siglo antes y contenida en C.Th.15,1,4, cuyo tenor comentaremos en breve. Baste ahora adelantar que el motivo de esta especificidad en las medidas de separación reglamentadas resida, quizás, en la singularidad del edificio público contemplado en cada norma, ya que la ley 4 se dirige a preservar la seguridad de los almacenes públicos, como veremos. Teniendo en cuenta que si hay edificios públicos que puedan ser fácil pasto de las llamas ellos son, sin duda, los almacenes, dado su peculiar estructura como inmensas moles de cemento en las cuales se guardaban mercancías y víveres de toda especie, en cierto modo, encontramos justificado los mencionados cien pies²¹.

Al margen de esta reflexión, es claro que, según sugiere la redac-

¹⁷ A pesar del testimonio de Fest., *De verb. sign.*, 15,20: *Ambitus proprie dicitur inter vicinorum aedificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundifacultatem relictus*.

¹⁸ BRUGI, *L'ambitus e il paries communis nella storia en el sistema del diritto romano*, RISG, 4,1889, p. 166 ss.; FERRINI, *Delle servitù prediali*, 2, Torino, 1923, p. 8; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2, La proprietà, 1, Milano, 1966, p. 316 ss.; BRASIELLO, *Corso di diritto romano. La estensione e le limitazioni della proprietà*, Milano 1941, p. 217 ss.; HOMO, *La Roma imperial y el urbanismo en la Antigüedad*, trad. esp. Almoína, Mexico, 1956, p. 434; GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 49 ss.; WATSON, *Roman Private Law around 200 bC*, Edinburgh, 1971, p. 75.

¹⁹ Por ejemplo, permitir la recogida de las aguas de lluvia que caían por la pendiente de los tejados de las casas; también el paso; la periódica *lustratio* de la casa y cómo no, evitar la propagación de los incendios y facilitar su extinción.

²⁰ Entre otros, es COLI, *Ambitus aedium*, NNDI, 1,1, 1979, p. 942 ss., quien con mayor entusiasmo apoya la teoría del mantenimiento de los muros externos y la prevención del riesgo de incendio, considerándolos la razón de ser principal del *ambitus*. Por otra parte, combate vivamente la tesis que pone el acento en que aquella franja de terreno libre posibilitaba la evacuación de las aguas de lluvia.

²¹ Plin. NH 18,73 se extiende sobre el aspecto estético de los *horrea*, aludiendo a su carácter compacto, cerrado y de estructura maciza.

ción de la ley 46, a ese objetivo esencialmente utilitario relacionado con la seguridad pública, se añadía otro, más bien secundario (*privatus aedificator...loci destructionis...non timeat detrimentum*), consistente en que el particular eludiera también la sanción de demolición; una sanción aplicable en caso de incumplimiento de la distancia de quince pies reglamentaria. Concluyendo este punto, la *ratio* inspiradora de la norma que establece un *spatio interiecto* no es, en esta ocasión, de orden estético, como en la ley 25, sino que evidencia otra preocupación distinta en el legislador.

Queda, no obstante, comentar algo respecto a la prohibición de instalar edificaciones privadas superponiéndolas a las públicas. Puesto que el espacio interyacente de quince pies ha de entenderse aplicable en relación con una dimensión espacial precisa que es, obviamente, la anchura, debemos suponer y, así lo avanzamos ahora como hipótesis, que los quince pies obligados no eran aplicables en relación a las edificaciones privadas superpuestas. Por decirlo en otros términos, para estas construcciones *superposita* no rige – así lo creemos – la medida de quince pies, de lo cual se extrae la siguiente interpretación como más plausible: tales edificios privados serían demolidos en todo caso, estando absolutamente prohibido erigirlos en lo más alto (*culmen*) del edificio público de que se tratara.

Para terminar con el análisis de estas leyes diremos que todas ellas evidencian un problema urbanístico, según parece, bastante difundido, como también ponen de manifiesto las diferentes razones que propiciaron una intervención legislativa. En relación al primer asunto, es obvio que muchas construcciones privadas eran instaladas al lado de los edificios públicos, como si de un parásito se tratara; esto es, muchos particulares alzaban, bien tiendas o puestos de venta, bien sus propias casas en lugares estratégicos de la capital, aquellos más concurridos y céntricos, como a veces ocurre también actualmente, para desarrollar las actividades comerciales o la vida misma al amparo del grande, lógicamente, el edificio público. Primero, porque es mejor y más cómodo hacer negocio o vivir en el centro histórico, donde se agolpaban los edificios públicos emblemáticos que en el extrarradio o los barrios periféricos, alejados en cierta medida del bullicio de la ciudad. Segundo, porque era simplemente una costumbre arraigada. Cuando la situación se hizo insostenible, las leyes operaron con soluciones parciales, ordenando demoliciones o reglando para lo sucesivo un determinado espacio de separación, pero sabemos que la fuerza de la inercia fue siempre superior a cualquier intervención imperial, por meditada que fuese, y es por ello

que asistimos a la reiteración constante de análogos contenidos legislativos. No obstante, las razones aducidas desde el poder imperial, al menos, desde el punto de vista formal, sí difieren: unas veces se invoca la necesidad de conservación de un adecuado aspecto estético de la ciudad; otras, sin embargo, se invoca la necesidad de preservar la seguridad pública de sus habitantes.

1.2. Distancias entre determinados edificios públicos y edificios privados.

1.2.1. Almacenes públicos y C.Th.15,1,4

IDEM A. HAVE, FELIX, CARISSIME NOBIS. Omnis intra centum pedes vicinitas, quantum ad horrea pertinet, arceatur ac si quid constructum fuerit, diruatur, quoniam experimentis nuperrimis palam factum est aedificiorum, quae horreis adhaerebant, incendiis fiscales copias laborasse. Quod si quis aedificandi amore publica damna neglexerit, non solum quod construxit, sed omnes res eius et quidquid in suo iure habuit, fisco adiudicari praecipimus. DAT. XI KAL. AUG. SIRMIO CONSTANTINO A. IIII ET CONSTANTIO C. CONSS.

“Todo el espacio de cien pies adyacente a los almacenes debe mantenerse libre y si algo ha sido construido, debe derribarse, pues experiencias recientes han demostrado que los aprovisionamientos fiscales han padecido incendios de edificios contiguos a los almacenes. Y si cualquiera, en su pasión por construir, no se preocupa de los posibles perjuicios públicos, nosotros ordenamos adjudicar al fisco no solamente lo que haya edificado, sino todos sus bienes y todo lo que esté en su posesión”.

Estamos ante una constitución imperial muy importante que revela datos significativos y que, por tanto, conviene analizar pormenorizadamente. Ante todo, la autoría es indubitada, pues corresponde a Constantino el Grande, pero no ocurre lo mismo en relación a su fecha de publicación. En efecto, las conjeturas son múltiples y variadas pero, en cualquier caso, podemos sostener plausiblemente que fue emanada por el Emperador entre los años 321 y 326 d. C. Con todo, creemos que tal dificultad no obsta a nuestro principal propósito, ya que pretendemos destacar otros aspectos de la ley más atractivos. Por ejemplo, la transmisión de una noticia expresa y certera que se relaciona con el acaecimiento de algún incendio reciente que, sin más, provoca la promulgación de la nor-

ma²². Por decirlo exactamente – y esto parece ser una constante en el conjunto de las fuentes jurídicas relativas al urbanismo –, la disposición imperial no es fruto de planificación urbanística alguna, sino producto de la circunstancia o la casualidad. No obstante, cuesta pensar en la improvisación como motor impulsor de las sucesivas ordenaciones urbanas que existieron; de hecho, tanto fuentes literarias, como, más limitadamente, algunas jurídicas, atestiguan la existencia de cierta legislación *de modo aedificiorum*, cuyo contenido específico es todo un enigma. En efecto, sabe-

²² Todos sabemos que el más famoso incendio acaecido, esta vez, en Roma, fue el del año 64 de nuestra era, bajo el imperio de Nerón. A propósito de las medidas adoptadas por el citado emperador se pronuncia detalladamente el historiador Tácito, *Annales* 15,43. El pasaje en cuestión resulta enormemente ilustrativo por su exhaustividad pero, además, por las noticias que proporciona acerca del incendio de los galos, un desastre de dimensiones magníficas que, en opinión de Tácito, parece que no fue aprovechado para reconstruir la ciudad ordenadamente, dado que las casas destruidas fueron reedificadas sin orden ni concierto. Las prescripciones urbanísticas promulgadas por Nerón se insertaban en una amplia gama, pero procede recordar ahora sólo las que pretendían evitar otros incendios en lo sucesivo, o al menos, minimizar sus perniciosos efectos sobre la ciudad. Nos referimos, concretamente a éstas: *additisque porticibus, quae frontem insularum protegerent. Eas porticus Nero sua pecunia exstructurum purgatasque areas dominum traditurum pollicitus est...aedificiaque ipsa certa sui parte sine trabibus saxo Gabino Albanove solidarentur, quod is lapis ignibus impervius est y iam aqua, privatorum licentia intercepta, quo largior et pluribus locis in publicum flueret, custodes*. Como bien puede leerse, debían erigirse galerías o pórticos como elemento de protección en la fachada de las casas (los famosos bloques de pisos conocidos como *insulae*), prometiendo, además, que él mismo (Nerón) correría con los gastos. Es más, Suetonio, *Ner.* 16,1 relata que no fue una disposición caprichosa, sino que, más bien servía para apagar con relativa comodidad el fuego: *et ut ante insulas ac domos porticus essent, de quarum solariis incendia arcerentur*. Por otra parte, el emperador ordenaba, asimismo, emplear piedra refractaria en los edificios, con el fin de sustituir la inveterada utilización de otros materiales constructivos inflamables o combustibles, fundamentalmente, madera. Finalmente, era importante que los particulares no interceptaran las aguas públicas, para impedir lo cual ordenó que un cuerpo de inspectores realizara tareas de vigilancia y custodia. A estas tres disposiciones que presentan un diáfano objetivo de prevención de incendios puede añadirse aún otra más: aquélla que ordenaba construir las casas separadamente, es decir, *nec communione parietum, sed propriis quaeque muris ambirentur* y esto, a pesar de que Tácito menciona explícitamente que, además de útiles, eran disposiciones que proporcionaron gran belleza a Roma.

Pues bien, si comparamos las mentadas disposiciones del año 64 con las promulgadas varios siglos más tarde con ocasión de otros incendios y, naturalmente, para impedir que acaeciesen más, podemos concluir que resultan bastante parecidas, por no decir idénticas; de hecho, ya hemos comentado el asunto de los pórticos, como elemento estructural de enorme utilidad para extinguir las llamas. También hemos citado ya el asunto de las piedras refractarias y cómo no, la prohibición de adosar las casas a los edificios públicos, con el fin de impedir la propagación del fuego.

mos que fueron promulgadas en épocas distintas, varias leyes *de modo aedificiorum* pero desconocemos sus particulares detalles, sobre los cuales sólo cabe hacer conjeturas. Por el contrario, sí parece constatado que, en ningún caso, sería de aplicación general a todas las ciudades del Imperio, a excepción, quizás, de C.8,10,13²³. Es por ello que algún autor habla expresamente de ausencia de directivas comunes en Derecho urbanístico²⁴. Pues bien, aquella normativa enigmática, que no ha llegado más que por tradición indirecta, es citada en algunos textos literarios. Por ejemplo, Estrabón, 5,3,7, atribuye a Augusto la promulgación de una *lex de modo aedificiorum urbis*, mediante la cual sancionó un determinado límite en la altura de las casas y cuya *ratio*, según el geógrafo, fue *praevidens contra incendia, ruinis quoque subventurus*. Sin embargo, ya durante la República, sabemos que fue emanada cierta legislación que reglamentaba el *modus* de los edificios y que el mismo Augusto cita como antecedente histórico y fuente inspiradora de su propia intervención; así nos lo hace llegar Suetonio, *Divus Augustus* 89,2, refiriéndose al 105 a.C., siendo cónsul Rutilio Rufo²⁵. Quizás a Augusto se refiera D.39,1,1,17 (*Ulp. 52 ad Ed.*), cuando bajo la rúbrica *de operis novi nuntiatione*, alude a ciertas *leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt*. A estas noticias que explícitamente hablan de la forma o modo de construir los edificios, pueden añadirse otras que mencionan *leges publicae* promulga-

²³ En el año 531, Justiniano promulga la constitución allí contenida con el específico propósito de aclarar definitivamente las dudas referidas al ámbito de aplicación de la muy conocida reglamentación emanada por un emperador anterior, llamado Zenón, que disciplinó minuciosamente el *modus* obligado de los edificios privados de Constantinopla, mediante una ley imperial, inserta en C.8,10,12. En efecto, Justiniano calificaba como algo indigno de la modernidad de su tiempo el hecho de que la capital bizantina se rigiese por un régimen normativo y en las ciudades de provincias se aplicase otra legislación, la local; en consecuencia, para lograr cierta homogeneidad, dice lo siguiente: *sancimus eandem constitutionem* (la de Zenón) *in omnibus urbibus Romani imperii obtinere*. Sobre la constitución de Zenón y la posterior de Justiniano, puede verse MALAVÉ, *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón*, Málaga, 2000, en especial, p. 154 ss. Cfr. CIMMA, *La Costituzione di Zenone* PERI KAINOTOMIUN, *Ivris Vincula, Studi in onore di Talamanca*, 2, Napoli, 2001, p. 171 ss.

²⁴ Por ejemplo, RAINER, *Bau-und nachbarrechtliche Bestimmungen in klassischen römischen Recht.*, Graz, 1987, p. 28 ss.

²⁵ *...Etiam libros totos et senatui recitavit et populo notos per edictum saepe fecit, ut oraciones Q. Metelli "de prole augenda" et Rutilii "de modo aedificiorum", quo magis persuaderet utramque rem non a se primo animaduersam, sed antiquis iam tunc curae fuisse....*

das sobre el mismo asunto, tal es el caso de Vitruvio²⁶, Plinio²⁷ y más tardíamente, Amiano Marcelino²⁸. Más allá de estos testimonios sólo encontramos referencias limitadas por ser de aplicación local, ya fuese a Roma, ya a municipios y colonias. Siendo obvio que, aún así, tienen una tremenda importancia para conocer los entresijos del urbanismo romano, debemos decir que sólo el Derecho justiniano tuvo en esa materia vocación de generalidad y uniformidad²⁹, pero – y esto es realmente curioso – tal vocación fue articulada declarando la obligatoria aplicación de una ley urbanística anterior, posiblemente del 476 d.C., a todas las ciudades del Imperio, sin distingos. Es claro que nos referimos a la constitución de Zenón *de aedificiis privatis*³⁰, promulgada *a priori* para Constantinopla y, sin embargo, elevada a ley de aplicación global por Justiniano en el año 531 (C.8,10,13).

Tras este inciso y volviendo de nuevo a C.Th.15,1,4, en definitiva, si por ventura no hubiese existido el incendio³¹ que menciona Constan-

²⁶ *De Archt.* 2,8,17: *Leges publicae non patiuntur maiores crassitudines quam sesquipedalis constitui loco communi; ceteri autem parietes, ne spatia angustiora fierent, eadem crassitudine conlocantur.* Al parecer, según el erudito aquellas leyes públicas no precisadas también imponían un determinado grosor en los muros de los edificios, concretamente de sólo un pie y medio.

²⁷ Asimismo, Plinio NH 35,49, alude al grosor obligado de las paredes, en idénticos términos que Vitruvio: *Romae non fiunt talia aedificia, quia sesquipedalis paries non plus quam unam contignationem tolerat, cautumque est, ne communis crassior fiat, nec intergerivorum ratio patitur.* Más adelante, en 36,55, añade Plinio: *... In antiquorum aedium legibus invenitur, ne recentiore trima uteretur redemptor; ideo nullae tectoria forum rimae foedavere.*

²⁸ *Rer. Gest.* 27,9,10, cuyo contenido nos proponemos analizar en breve.

²⁹ Tan sólo creemos que puede equipararse la intervención normativa de Trajano, que ha trascendido gracias a Aurelio Víctor, *Ep. de Caes.* 13,13: *eo tempore multo perniciosus quam sub Nerva Tiberis inundavit magna clade aedium proximarum, et terrae motus gravis per provincias multas atroxque pestilentia famesque et incendia facta sunt.* Quibus omnibus Traianus per exquisita remedia plurimum opitulatus est, statuens ne domorum altitudo sexaginta superaret pedes ob ruinas faciles et sumptus, si quando talia contingerent, exitiosos. Como puede comprobarse, una interpretación literal del pasaje sugiere que la normativa sobre altura máxima permitida era de aplicación a Roma y a las ciudades de provincias; en consecuencia, consideramos que Trajano promulgó leyes generales sobre urbanismo.

³⁰ Inserta, como sabemos en C.8,10,12.

³¹ Además de los incendios, que resultan mencionados en las fuentes de manera reiterativa, también otros sucesos ocasionaron múltiples desgracias, tanto en Roma, como en provincias. No olvidemos que tales sucesos llevan aparejadas múltiples consecuencias perniciosas para la salubridad pública, conformando una singular espiral de calamidades. *Vid.* a propósito, Aurelio Víctor, *Ep. de Caes.* 13,13: inundaciones del

tino, quizás nunca habría dictado una prescripción ordenando dejar libre un determinado espacio alrededor de los almacenes. Sea como fuere, lo cierto es que la ley 4 constituye la norma más antigua entre las que establecen cierto espacio de separación respecto a un determinado tipo de edificio público que, ciertamente, era presa común y fácil de las llamas; nos referimos, obviamente a los almacenes públicos, llamados en latín *horrea fiscalia*³². Las fuentes confirman una enorme variedad de almacenes, en función, sobre todo, de las mercancías, objetos y especies de toda índole que albergaban³³, pero a nosotros nos interesa matizar alguna cuestión sobre el *horreum* desde el punto de vista estrictamente urbanístico o, por decirlo exactamente, desde el punto de vista arquitectónico. Acerca de la edificación en sí misma considerada, es sabido que su planta y estructura no era siempre idéntica, aunque sí parece una constante que la construcción se acomodara a proporciones gigantescas³⁴. Su carácter de edificio compacto se halla fuera de duda, como también que, a menudo, se tratase de un conjunto de edificaciones más o menos anejas, excepción hecha de los *granaria*, que también eran almacenes pero de dimensiones más pequeñas³⁵. Los *horrea fiscalia* eran de titularidad estatal y en ellos se contenían todos los productos cuyo tráfico y abastecimiento monopolizaba el Estado para garantizar así el abastecimiento a la población, como la sal o las especias; en definitiva, estaban adscritos al servicio de la *Annona*. No huelga advertir que estos almacenes se contaban entre las pocas edificaciones cuya construcción *ex novo* se hallaba permitida desde instancias imperiales e incluso podría afirmarse que su alzamiento y conservación fue, en cierta medida impulsado estatalmente. Junto a ellos, también los *stabula*³⁶

Tíber, terremotos e incendios propiciaron cierta intervención legislativa del emperador Trajano, quien limitando la altura de los edificios, pensó solucionar tales problemas.

³² Vid. C.Th.15,1,12.

³³ Plinio NH 13,23; 13,27, alude a los *horrea chartaria* destinados a contener el papel importado desde Egipto. Dióncasio 72,21, cuenta que Domiciano mandó construir los *horrea candelaria* y los *horrea piperataria*.

³⁴ Vid. las descripciones aportadas, entre otros, por ROMANELLI, *Horrea, Diz. Ep.*, 3, 1922, p. 967 ss. y THÉDENAT, *Horreum*, DS, 3,1, 1969, p. 268 ss.

³⁵ Tanto Plinio, NH 18,73, como Varrón, *De re rust.* 1,57 y Vitruvio, *De Archt.* 6,9, mencionan las diferencias entre *horrea* y *granaria*. Éstos últimos tenían una apariencia más ligera, tanto por el empleo de multitud de vanos, como por el uso de postes de madera, mediante los cuales se suspendía la construcción en el aire, preservando de esa manera las especies de la temida humedad y facilitando la correcta ventilación por los huecos aludidos.

³⁶ En C.Th.15,1,35 se mencionan conjuntamente.

estaban exceptuados de la conocida prohibición de construir un edificio público nuevo antes de proceder a su reparación o restauración, según nos consta por cierto número de disposiciones tardo imperiales contenidas en el *de operibus publicis* del Libro decimoquinto del Código Teodosiano. En último término, parece lógico que el Estado permitiera y fomentara su construcción mediante la concesión de subvenciones, habida cuenta de su naturaleza eminentemente utilitaria y funcional, exenta del cariz que presentaban otros edificios públicos, más bien relacionados con el ocio o el recreo de los ciudadanos³⁷. Precisamente, las mencionadas singularidades arquitectónicas del *horreum* que lo hacían prácticamente inexpugnable, no lograron impedir, sin embargo, que padecieran incendios; en consecuencia, la ley 4 de Constantino inaugura una política legislativa cuya *ratio* inspiradora parece ser su prevención y, por ende, el adecuado mantenimiento de la seguridad pública en la ciudad.

Y ya a propósito del destinatario, debemos precisar que en C.Th.15,1,4 no se identifican explícitamente sus funciones, pero sí parece que Constantino estaría pensando en la capital, dado el carácter expeditivo de la norma y la amplitud de la medida en pies que se ordena. En efecto, la ley inserta en su primer párrafo la obligación ineludible de dejar libre todo el espacio que esté dentro de una franja de cien pies circundante a los almacenes públicos, añadiendo, además, que serán derribadas cualesquiera obras (privadas, se entiende) construidas en el mentado espacio. Por un lado, sorprende el elevado número de pies al que alude la norma y que contrasta sensiblemente con el ínfimo espacio ordenado en otras constituciones imperiales, aunque sostenemos que ello viene justificado por la peculiaridad del edificio público de que se trata; no olvidemos que ciertas mercancías eran especialmente inflamables, añadiéndose además, la amplia capacidad que, de ordinario, tenía el edificio para albergar numerosas especies que, sin duda, harían el incendio largo y penoso. De acuerdo con la equivalencia aproximada de un pie en nuestro sistema métrico decimal, que ya hemos descrito, sólo queda hacer una sencilla operación aritmética para calcular cuántos metros eran cien pies romanos; nada menos que 29 metros con 42 centímetros. Y siendo el resultado abru-

³⁷ Pueden leerse las reflexiones de MALAVÉ, C.Th.15,1 y la interdicción de obra nueva respecto a los edificios públicos, Cuadernos informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, 19-20, 1996, especialmente, p. 5389 ss.

mador, debemos pensar que Constantino imaginaba una ciudad de proporciones magníficas, como sabemos que fue Constantinopla. Tengamos en cuenta, si nos referimos a España, que sólo Madrid o Barcelona pueden enorgullecerse de tener algunas avenidas o calles de tal anchura.

Por otro lado, siguiendo con la sanción, debe observarse que se ordena la demolición de todo lo que ya esté construido en la mencionada franja de cien pies que siempre deberá permanecer libre. Esto es, el carácter retroactivo de los derribos ordenados parece claro, sobre todo, teniendo en cuenta que, además, a diferencia de otras leyes imperiales, el texto no incluye expresiones del tipo “en adelante,...”. Siguiendo con la sanción, el tenor del segundo párrafo, es decir, desde *quod si quis* hasta el final, resulta sugestivo en varios sentidos: ante todo, se ordena que para lo sucesivo deberá adjudicarse al fisco no sólo la construcción ilícita, sino también el entero patrimonio del contraventor. Es evidente que la ley imperial no resulta explícita en este punto, o al menos, no tanto como hemos deducido de una interpretación lógica del texto. En efecto, si para las construcciones ya existentes en el citado espacio se prescribe la demolición, debemos interpretar que, implícitamente, respecto a las edificaciones aún no erigidas se establece un régimen sancionador distinto. Es decir, para el supuesto en que el privado constructor no pueda reprimir su *amor aedificandi* – una expresión de tono sarcástico, pero ya empleado en otras leyes urbanísticas bajoimperiales –, o lo que es igual, cuando el impulso por construir junto a los almacenes públicos impida al constructor evaluar el eventual perjuicio público, causado, según el legislador, por algún hipotético incendio que pueda acontecer, se ordena que sean confiscados y adjudicados al fisco tanto la edificación ilícita como los demás bienes del infractor. Naturalmente, la edificación ilícita es aquella levantada dentro de la franja de cien pies que, en todo caso, debe permanecer libre, pero como en esta ocasión, la norma no alude expresamente a demolición alguna, debemos pensar que el fisco, asumiría la obligación de hacerlo, pues la severidad de la reglamentación así lo sugiere. De hecho, enseguida comprobaremos – y en cierta medida, ya se ha puesto en evidencia – que, ciertas leyes posteriores sobre la misma materia resultaron indudablemente más suaves.

1.2.2. Almacenes públicos y C.Th.15,1,38

IDEM AA. EUTYCHIANO P. P.O. *Excellens eminentia tua cuncta privata aedificia, quae coniuncta horreis publicis esse cognoverit, dirui ac demoliri praecipiet, ita ut ex quattuor lateribus privatorum consortio separata sint ac libero spatio sacernantur, ut a principio fuerant fabricata.* DAT. V NON. JUL. CONST. P. HONOR. A. III ET EUTYCHIANO CONSS.

“Vuestra distinguida Eminencia verá bien ordenar que sean destruidas y demolidas todas las construcciones privadas de las cuales se sepa que han sido adosadas a los almacenes públicos, de forma que éstos últimos sean separados en sus cuatro lados de toda conjunción con los particulares, y que estén aislados por un espacio libre tal y como fueron contruidos en origen”.

A sólo dos años del comienzo de una nueva centuria, Arcadio promulga una constitución imperial, dirigida al prefecto del pretorio de Oriente, con el mismo propósito que, en su momento, animó a Constantino. En efecto, podemos decir que, tanto Constantino, como esta vez, Arcadio, en el año 398, emanan una norma cuyo fin primordial es que ningún privado construya nada junto a los *horrea*. Ahora bien, la ley 38 refleja algunas particularidades que es necesario revelar: en primer lugar y esto es algo común a toda la reglamentación sobre el asunto, la sanción aplicable se hace constar al inicio del texto, de tal forma que el legislador ordena *dirui ac demoliri* los edificios privados que estén *coniuncta* a los almacenes. Si comparamos la primera expresión, conformada por dos verbos sinónimos y aquella contenida en la ley 46, que, como recordaremos, rezaba *destrui tollique*, advertimos ahora un auténtico pleonismo, pues con uno sólo de los verbos la frase hubiese alcanzado un sentido cabal y completo. Por decirlo en otros términos, el legislador ordena derruir y demoler la construcción erigida por el contraventor particular y es claro que hubiese bastado una sólo de las expresiones. En definitiva, nos encontramos ante otra muestra más del estilo retórico de las constituciones imperiales, muy denostado por algunos autores³⁸, pero tremendamente sintomáti-

³⁸ Ya GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, p. 677 y 733, pensaba que el estilo de las leyes bajoimperiales evidenciaban la formación eminentemente retórica del *quaestor sacri palatii*. En nuestra opinión no le faltan razones al ilustre au-

co del estado de cosas reinante. De hecho, parece que el legislador esté consternado por incumplimientos reiterados y diciendo *dirui ac demoliri* pretenda conferir más fuerza a la sanción.

En segundo lugar, el supuesto fáctico era idéntico a los anteriores: había edificios privados, cuya especie no se explicita, levantados al amparo de los almacenes públicos, apoyados o unidos a éstos. Es cierto que en esta ocasión se habla de edificios *coniuncta* en lugar de *adiectio* (o cualquiera de sus derivados) o *adhaerentia*, sin embargo, el sentido es idéntico, pues revela cierta unión íntima respecto al edificio público que no puede virtualizarse más que por medio de una maniobra de apoyo total, adosando la construcción privada a la pública. A este respecto, algún romanista francés hace una certera y sagaz apreciación, al afirmar que no puede hablarse en absoluto de medianería, pues, desde el punto de vista jurídico, ésta es una situación que entraña la copropiedad, normalmente, de un muro, que es objeto de obligaciones comunes precisas, como por ejemplo, su adecuado mantenimiento, entre los copropietarios vecinos³⁹. Por otra parte, se observa en el texto un vocablo empleado por vez primera en el conjunto de las constituciones que comentamos; nos referimos a *consortio* que significa, como sabemos, compartir una suerte común, ser consortes en definitiva, en referencia, naturalmente, a los almacenes públicos y los edificios privados de que se traten. Precisamente para los últimos, se establece la sanción de demolición sin ambages, pero es cierto que no se impide construir en los aledaños o dentro de una franja de *vicinitas*, que interpretamos debería ser siempre *ulterior*, aunque no podemos determinarla con exactitud más que por vía de conjetura. *Aspectu primo*, la ley 38 es de tenor más lato y flexible que la ley 4 de Constantino, pues una interpretación literal de su texto sugiere que la prescripción consiste exclusivamente en dejar el almacén libre por sus cuatro costados u orientaciones geográficas, esto es, por todas sus fachadas: principal, posterior y ambas laterales (*ex quattuor lateribus privato*

tor, pero también creemos que las reiteraciones son, a menudo, un modo de conferir fuerza coactiva a las normas, especialmente, a las urbanísticas, en las que el grado de incumplimiento era elevado por motivos de diverso calado.

³⁹ *Vid.* la amplia argumentación de JANVIER, *La Législation*, cit., p. 74 ss., de la que nos gustaría reproducir un significativo párrafo: «Le droit privé des Romains n'a certe pas ignoré la mitoyenneté, mais il tombe sous le sens que, dans les lois rassemblées ici, il n'a pas pu être question de mitoyenneté entre un édifice public, propriété de l'Etat, et les bicoques particulières adossées à lui ultérieurement en vertu d'une simple tolérance impériale que, précisément, plus d'un de nos textes a pour objet de révoquer».

rum consortio separata sint). Definitivamente, parece que el legislador pretende hacer del *horreum* una isla, es decir, pretende que los almacenes públicos estén siempre separados de las demás construcciones por una franja de espacio sin construir a su alrededor. Sin embargo, Arcadio no especifica distancia alguna intermedia; en consecuencia, nos preguntamos si quiso en realidad dulcificar la reglamentación constantiniana. Quizá la clave esté en la frase final de la disposición: *ac libero spatio sacernantur, ut a principio fuerant fabricata*. Como puede leerse, el legislador alude a un régimen constructivo inicial que, naturalmente, contemplaba la obligación de dejar un *libero spatio*; la cuestión estriba ahora en determinar si Arcadio se estaba refiriendo a la medida de cien pies establecida por Constantino o por algún otro emperador. Que sepamos, sólo se han transmitido dos fuentes jurídicas que reglamentan la forma en que puede edificar un particular en las inmediaciones de los *horrea* y es por ello plausible que Arcadio se refiera implícitamente a la medida de cien pies. Sin embargo, tenemos dudas por varios motivos: ante todo, el *a principio* del texto nos parece determinante, pues no parece que aluda al reinado de Constantino, sino a épocas más pretéritas, tal vez cuando comenzaron a construirse esas auténticas moles que fueron los *horrea*. Por otra parte, al citar el legislador los cuatro lados de los almacenes y el espacio libre que debe aislarlos, parece que nos está remitiendo de nuevo al antiquísimo *ambitus* que, de vez en vez, resurgía de las cenizas. Partiendo de ambos argumentos, pensamos que Arcadio quiso reinstaurar la reglamentación de Constantino, desde la perspectiva de su *ratio* inspiradora, atenuando, sin embargo, su rigidez en cuanto a la distancia concreta de separación. Es muy probable que, en el 398, y ante el fracaso de su aplicación en la práctica, Arcadio sólo pretendiese que los almacenes públicos estuviesen razonablemente distanciados de las edificaciones privadas. Esta interpretación casa mejor con la política urbanística posterior del mismo Arcadio, ya que, en efecto, sólo ocho años más tarde, el mismo emperador emana la ley 46, según la cual, el espacio de separación debía ser – recordémoslo – de quince pies.

1.2.3. Templos: Amiano Marcelino, *Rerum Gestarum* 27,9,10

Namque et Maeniana sustulit omnia, fabricari Romae priscis quoque vetita legibus, et discrevit ab aedibus sacris privatorum parietes, eisdem inverecunde conexos, ponderaque per regiones instituit universas, cum aviditati multorum, ex libidine trutinas componentium, occurri nequiret.

“En efecto, suprimió todos los balcones, cuya construcción estaba prohibida en Roma por las leyes antiguas y separó las paredes de casas particulares de los edificios sagrados, pues estaban unidas impúdicamente a éstos...”.

Hemos traído a colación un texto literario extraído de las *Rerum Gestarum* de un historiador llamado Amiano Marcelino, coetáneo de Constantino II y Juliano. Pese a su parquedad, el pasaje resulta sintomático de la situación urbanística de Roma en la segunda mitad del siglo IV; un siglo verdaderamente decisivo en el ámbito de la administración en general y para el Derecho urbanístico en particular. Es evidente que la letra del texto no contiene referencia alguna al nombre del autor de la decisión, sin embargo, lo conocemos gracias a que el literato lo menciona en 27,9,9; se trataba de *Praetextatus*, prefecto de Roma en el 367, de quien fue contemporáneo Amiano Marcelino⁴⁰. La noticia es reveladora respecto a dos aspectos: por un lado, la orden de demolición de los balcones (*maeniana*) que promulgó el prefecto, dado que estaba prohibido construirlos en Roma *ab antiquo*, por esta razón ya citamos esta fuente al hablar de ciertas leyes *de modo aedificiorum* no transmitidas. Los balcones y las terrazas siempre fueron motivo de preocupación para el legislador, así como objetivo primordial de distintas reglamentaciones⁴¹. Solían adornar las fachadas de las *domus* y de las *insulae*, sobrevolando la línea de fachada en distintas proporciones. Los problemas que ocasionaban entonces y ahora son múltiples y variados: entorpece la óptima ventilación en las calles; las instaladas en las primeras plantas de los bloques pueden obstaculizar la adecuada circulación de carruajes con carga; facilita el acceso a las viviendas desde la calle para cometer robos y, por supuesto, constituye un vehículo óptimo de propagación de los incendios⁴². Por todo ello, se ordenó la anchura máxima que los particulares podían dar al vuelo de sus balcones y hasta se disciplinó dimensiones máximas permitidas, así como la obligatoria construcción alternada en calles estrechas⁴³. Pero no son los balcones ahora el motivo de nuestra comentario, sino más bien el otro

⁴⁰ El buen hacer del prefecto queda testimoniado por el historiador en estos términos: *...et adulescebat gloria praeclari rectoris, plura et utilia disponentis*.

⁴¹ C.8,10,11 y C. 8,10,12,5.

⁴² *Vid.* C.8,10,11: *... in his vero locis, in quibus aedificia privatorum horreis publicis videntur obiecta, obstructione maenianorum*.

⁴³ Más bien se trataba de los llamados *solaria* o terrazas.

aspecto que toca la norma: *et discrevit ab aedibus sacris privatorum parietes, eisdem invecunde conexos*, es decir, el prefecto, máxima autoridad en la ciudad y supervisor último de la planificación urbanística, ordenó que los templos estuviesen aislados de cualquier conexión con edificios particulares. La decisión tomada evidencia que el fenómeno del parasitismo no tuvo paliativos; ni siquiera los edificios sagrados quedaron a salvo de aquella costumbre, tolerada y padecida desde el poder imperial que, a lo visto, asistía impávido a la instalación de habitáculos privados de toda índole junto a los templos, sin poder remediar eficaz y definitivamente la situación. Esta vez, el historiador emplea el vocablo *conexos* para revelar de nuevo la idea de contigüidad, de apoyo y endose sobre los edificios públicos, pero, además, añade una apreciación personal que le lleva a calificar el hecho como *invecunde*, mediante el cual expresa su más enérgica repulsa. Finalmente, cabe hacer una reflexión: si ni siquiera los templos eran respetados en su privacidad y tranquilidad, como lugares de culto y reposo espiritual que son, ¿qué estaba ocurriendo? ¿Era Roma el caos que parecen traslucir estas fuentes? ¿Cómo es posible que las autoridades no tomaran una determinación firme al respecto? ¿Era la necesidad de espacio habitable tan acuciante como se insinúa? Todas son conjeturas, pero lo cierto es que la insistencia en el mismo asunto resulta bastante sintomática, como hemos dicho.

2. Emplazamientos públicos ocupados ilícitamente por particulares

2.1. El Palacio imperial de Constantinopla y C.Th.15,1,47 = C.8,11,17

IMPP. HONOR. ET THEOD. AA. MONAXIO P.U. *Quicumque locus in palatio huius urbis privatis aedificiis incommode occupatus est, is quam primum subrutis omnibus quae in eo sunt aedificiis palatio reformetur. Quod privatorum non est parietibus coartandum, nam imperio magna ab universis secreta debentur: ut hi tantum locum habeant habitandi, quos legitimus maiestatis nostrae usus et rei publicae disciplina delegit, in futurum etiam universis ab huiusmodi usurpatione prohibendis.* DAT. VIII KAL. MAR. CONSTAN. P. HONOR. VIII ET THEOD. III AA. CONSS.

“Si algún emplazamiento del Palacio imperial de esta Ciudad ha sido ocupado indebidamente por edificios privados, todos ellos que

hayan sido situados en tal lugar serán derribados tan pronto como sea posible y el lugar, devuelto al Palacio, porque el palacio no debe ser agobiado por los muros de casas privadas. Para la residencia imperial se necesitan grandes extensiones que estén separadas de las otras, de tal manera que los terrenos serán morada sólo de aquellas personas que hayan sido seleccionadas por las legítimas necesidades de Nuestra Majestad y el gobierno establecido del Estado. A todas las personas se les prohíbe desde este momento llevar a cabo tales usurpaciones”.

Se trata de una constitución imperial fechada en el año 409, promulgada por Teodosio II y dirigida a Monaxio, *praefectus urbi* de Constantinopla, con ocasión de reglamentar el plano urbanístico de todo el emplazamiento en que estaba ubicado el Palacio imperial. La ley es interesante desde varios puntos de vista y es que, en efecto, evidencia de nuevo la difusión de un fenómeno urbanístico, cuando menos curioso: al parecer, resultaba habitual construir casas junto al Palacio imperial, entendido, creemos, como conjunto de edificaciones en las cuales residía el emperador y se desarrollaban sus labores de gobierno y dirección del Imperio. Sin embargo, todo parece indicar que el supuesto de hecho contemplado en la norma es distinto a los anteriores; de ahí que hayamos decidido incluir ésta y otras leyes en un epígrafe final diverso. En efecto, la ley 47, reproducida fielmente en C.8,11,17, alude a *quicumque locus in palatio occupatus est por privatis aedificiis*, es decir, el legislador se refiere a casos de ocupación ilícita de terrenos pertenecientes al complejo urbanístico residencial en el cual se ubica el Palacio imperial de Constantinopla, algo que el legislador decide describir como *huiusmodi usurpatione*. Otro dato viene a confirmar nuestra opinión y es que la ley no menciona ya expresiones imbuidas por la idea de contigüidad, conexión, apoyo o adosamiento entre Palacio imperial y construcciones privadas. Por concretar aún más, esta vez no parece tratarse de edificaciones particulares destinadas a operaciones comerciales rutinarias, esto es, no se trata de tiendas o puestos de venta, sino más bien de construcciones erigidas con la intención de vivir en ellas⁴⁴. Tal interpretación se deduce de la siguiente declaración impe-

⁴⁴ Cfr. C.11,77,1, fechada posiblemente entre los años 426 y 429, es decir, sólo una veintena de años más tarde que la ley anterior 47, promulgada por el mismo emperador Teodosio II y dirigida al *Comes rerum privatarum*. El tenor de la ley no deja de ser tajante, a pesar de su carácter escueto: *Consecratas nobis Aedes, id est inclita palatia, ab omni privatorum usu et communi habitatione excipimus*, es decir, “los edifi-

rial: *ut hi tantum locum habeant habitandi, quos legitimus maiestatis nostrae usus et rei publicae disciplina delegit*, y es que, como vemos, la ley permite que sólo habiten en los mencionados terrenos las personas que, por su oficio, vayan a desempeñar servicios al Palacio. En definitiva, podemos afirmar que ni siquiera el Palacio quedaba indemne de aquella costumbre inveterada, consistente en alzar viviendas particulares al amparo de edificios públicos de toda índole.

Para solucionar el problema, también como en otras ocasiones, se prescribe la inmediata demolición de todos los edificios privados construidos en los terrenos pertenecientes al Palacio, permitiendo en cambio que allí se instale únicamente el personal asignado al servicio del emperador, en calidad de máximo jerarca de la pirámide administrativa. La razón aducida es clara y se relaciona con las funciones propias del gobierno de un Estado: no es conveniente que a la residencia imperial se le entorpezca ni se le obstaculice con edificaciones de particulares, que levantan sus casas junto al palacio, porque la máxima instancia de poder tiene derecho a desarrollar sus tareas sin riesgo de interferencias y con la máxima garantía de privacidad. Para quedar a salvo de eventuales inmisiones privadas, el legislador inserta esta locución: *nam imperio magna ab universis secreta debentur*. En consecuencia y por todo lo expuesto quizá, en este caso, se entienda mejor que en ninguno, tanto la sanción establecida, como la prohibición pergeñada por el legislador para el futuro, expresada justo en la última frase de la ley 47. Es decir, quizá para el Palacio Imperial esté plenamente justificado tanto lo uno como lo otro, aunque sólo sea por motivos de estricta seguridad y confidencialidad; ahora bien, si esto es así, no entendemos cómo se permitió un estado de cosas diametralmente opuesto a lo que hubiese sido conveniente y lógico desde siempre. En efecto, mientras que, en la constitución anterior, se prescribe que los almacenes queden exactamente igual que en origen, es decir, circundados por una franja de terreno libre y si edificar, en la ley 47 nada se dice respecto al Palacio y sus inmediaciones, excepto que queda prohibido a los particulares instalarse allí en lo sucesivo, de lo cual se deriva – y esto es bastante verosímil – que toda la ubicación destinada al Palacio y sus edificios anejos estuviese atestada de viviendas particulares. Quizá ello nos sirva para formarnos una idea aproximada de

cios que nos han sido consagrados, es decir, los de los ilustres Palacios, quedan excluidos de cualquier utilización por los particulares y de toda habitación ordinaria”.

cómo se hacían las cosas desde la perspectiva urbanística: la fuerza de la costumbre, unida a la escasez de espacio habitable, más la relajación imperial habían provocado una situación bastante especial, extraña a los problemas urbanísticos suscitados hoy día o, al menos, así nos parece⁴⁵.

La constitución del 409 que acabamos de comentar puede ser relacionada por analogía con las siguientes dos fuentes jurídicas:

2.2. C.8,11,6

Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Ad Proculum. Praescriptio temporis iuri publico non debet obsistere, sed nec rescripta quidem. Atque ideo diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes vel in foro vel in quocumque publico loco contra ornatum et commodum ac decoram faciem civitatis extructa noscuntur. D. III id. Iun. Constantino-poli Merobaude II et Saturnino cons.

“No debe oponerse al Derecho Público ni la prescripción del tiempo, ni tampoco rescriptos. Por tanto, deben ser demolidas todas las obras que se sabe que han sido construidas en algunas ciudades,

⁴⁵ Los complejos residenciales en que consistían las dependencias palaciegas también fueron contemplados urbanísticamente desde otra óptica, distinta a la de la seguridad del emperador y sus colaboradores, y diversa también de la comodidad y tranquilidad que parecen reclamar para los quehaceres propios del gobierno, tanto C.Th.15,1,47 como C.11,77,1. En efecto, existe una ley imperial del año 396, dictada por Arcadio y contenida en C.Th.15,1,35, dirigida al Prefecto del Pretorio de Oriente, con un específico propósito: ordenar la restauración de todas las estructuras constructivas que hubiesen caído en ruina en los Palacios imperiales, las dependencias pretorianas de los magistrados, los almacenes, los puestos de correos y establos de animales del Estado. Es más, las mencionadas obras de reparación o restauración, según los casos, correrán por cuenta de los gobernadores provinciales; en consecuencia, la ley también tiene su interés desde el prisma jurídico financiero. Como hemos visto, el texto alude a *palatium* pero es claro que debe entenderse en toda su extensión, es decir, la casa misma del emperador, pero también los edificios destinados a alojar sus servicios dependientes. Las cuatro edificaciones que menciona el texto son, es obvio, eminentemente utilitarias, y es lógico que deban permanecer en perfecto estado de conservación para alcanzar una adecuada funcionalidad; es por ello que el legislador obliga a realizar las obras, pero a expensas de ciertos gobernadores, quedando vinculados únicamente aquellos que hayan ejercido su mandato desde el primer consulado de Teodosio I, año 380, hasta el momento de la promulgación de la ley, año 396.

tanto en el foro, como en otro lugar público cualquiera contra la ornamentación, la comodidad y el aspecto decoroso de la ciudad”.

Nos encontramos ante una constitución, fechada en el año 383, promulgada por Teodosio I en Constantinopla y dirigida a Próculo, *Comes Orientis*. Además, disponemos de otra versión distinta de la ley, contenida en C.Th.15,1,22, cuya redacción excluye la locución más significativa, ya que encierra el motivo inspirador de la intervención legislativa; nos referimos a *contra ornatum et commodum ac decoram faciem* que, en breve analizaremos. Pero, en primer lugar, digamos algo sobre las edificaciones objeto de sanción. Ante todo, la norma menciona genéricamente diversos núcleos de población, pero sí explícita, en cambio, que tanto en sus foros, sobre los cuales no es necesario extenderse, como en otros sitios públicos se habían erigido *omnia exstructa*. Ya que la ley no alude explícitamente a *aedificiis privatis*, podemos cuestionarnos a qué edificios se refería el legislador, siempre teniendo en cuenta que lo que se ordena es su inmediata demolición. Son varios los motivos que nos conducen a interpretar que no puede tratarse más que de edificaciones construidas por particulares para su uso privado: en primer lugar, ciertas traducciones críticas autorizadas así lo sugieren⁴⁶ y, por otra parte, la alternativa resultaría absurda por razones obvias, ya que es un contrasentido ordenar que sean derribadas las obras públicas instaladas en los foros u otros lugares similares. Pero, además, el inciso referido a la buena imagen urbana y el decoro público, que cierto autor considera reintegración en lugar de interpolación⁴⁷, revela sin duda alguna que la sanción se aplicaría a edificios privados ilícitamente ubicados en lugares públicos, que además del foro, podían ser galerías porticadas, emplazamiento con acceso al Palacio imperial o, incluso, pasajes o callejuelas, pues tales eran las edificaciones públicas mencionadas en las constituciones imperiales que disciplinan la cuestión de la ocupación ilegítima de sitios públicos. Finalmente, en cuanto a la frase probablemente inserta en la redacción original, reconstruida por los compiladores, debemos decir que muestra cierta preocupación alejada en este caso de la seguridad

⁴⁶ Por ejemplo, la de PHARR, *The Theodosian Code, cit.*, p. 425, n. 51, quien refiriéndose a las construcciones erigidas, añade como comentario, lo siguiente: “by private persons for their own use”. Asimismo, JANVIER, *La Législation, cit.*, p. 185 ss. interpreta la ley en idénticos términos.

⁴⁷ Concretamente, se trata de JANVIER, *La Législation, cit.*, p. 187, n. 1.

pública, toda vez que se menciona el ornato, entendido como el conjunto de elementos que embellecen la ciudad o la adornan; el decoro, creemos que en el sentido de dignidad del aspecto externo de la urbe y, asimismo, la comodidad, referida a la ausencia de molestias u obstáculos. En consecuencia, cualquier edificio privado que suponga un atentado contra la buena imagen de la ciudad sería derribado, bien entendido, además, que podrían ser de variada tipología: casas, tiendas⁴⁸, talleres, bares, etc...

2.3. C.8,11,20

Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Cyro pu. Qui sine auctoritate divine rescripti ad iudicium tuae celsitudinis destinandi angiportus integros vel partes suis domibus incluserint seu porticus usurparint, procul dubio iura pristina sacratissimae reddere civitati iubemus: multa auri quinquaginta librarum non defutura, si quis posthac in similem audaciam prodire temptaverit. D. K. Nov. Theodosio A. XVII et festo cons.

“Mandamos que, sin la autorización de un rescripto destinado al tribunal de tu alteza, aquellos que incluyeron en sus casas callejuelas enteras o parte de ellas, o usurparon pórticos, devuelvan sus antiguos derechos a la muy sagrada ciudad, sin que falte una multa de cin-

⁴⁸ Respecto a las tiendas instaladas en el foro de Constantinopla, todavía un siglo más tarde, el emperador isáurico Zenón dictaría ciertas prescripciones relativas a sus dimensiones estructurales y materiales de ornamentación en C.8,10,12,6, dado que, al parecer, la antigua costumbre de abrir las tiendas en el foro tanto de Roma como de Constantinopla y otras ciudades del Imperio, en realidad, nunca cayó en desuso. Tengamos en cuenta que la ley imperial citada es probablemente, del 476, y éstas son las frases que nos interesan: *sed eiusmodi domus non excedere latitudinem sex pedum cum parietibus versus plateam, altitudinem vero pedum septem...*, esto es, podían tener de ancho seis pies como máximo y de alto, sólo siete; además, el emperador se refiere a *Milio quod vocatur usque ad Capitolium*, es decir, a una parte precisa de Constantinopla, pues en cuanto a las demás, el legislador autoriza expresamente al prefecto Adamancio que disponga lo que estime pertinente (*quae vero in aliis urbis partibus Inter columnas tabernae constituuntur, quemadmodum urbi conducere iudicaverit tua magnificentia quoad mensuram et modum, extrui sancimus...*). Por lo que respecta a la decoración de las tiendas, también Zenón estableció la obligación de adornarlas con mármoles en su exterior para que hermosearan la ciudad y los ciudadanos se recrearan viéndolas: *exornari etiam eiusmodi aedificia sive tabernas marmoribus extrinsecus, ut et decori sint urbi et oblectamento praeteruntibus*.

cuenta libras de oro, si alguien intentara en lo sucesivo atreverse de tal modo”.

Se trata de una constitución imperial bastante tardía, pues está fechada en el año 439, promulgada por Teodosio II. Su texto resulta bastante curioso pues transmite una última muestra de las variopintas artimañas y fraudes que solían idear los particulares al construir sus casas. En efecto, la cuestión no se ciñe ya a la ocupación ilícita de los terrenos públicos o al menos, no en estricto rigor; más bien parece que nos encontramos ante otra modalidad de la misma especie de maniobra: había particulares que, al construir sus casas, se apropiaban de pequeñas calles, ya fuese en su totalidad o en parte y, por otro lado, también habla la norma de usurpación de pórticos, creemos que, asimismo, al edificar sus casas. Ante todo, resulta conveniente clarificar el primer supuesto, es decir, aquél en que el legislador menciona *angiportus*, es decir, calle estrecha, callejón o callejuela, con o sin salida, cuyo sentido equivale al de *vicus angustus*⁴⁹. En el otro extremo del vocabulario oficial de la red viaria se encuentra la *via* en Roma o la *platea* en Oriente⁵⁰, pues ambas son palabras que se emplean para denominar las calles anchas y espaciosas, como las modernas avenidas. A continuación, la ley habla de usurpación de pórticos, entendemos que, atribuyendo una parte al edificar para así ganar más espacio en la vivienda. Desde el punto de vista arquitectónico, todos sabemos qué es un pórtico o, en su caso, galería porticada, si es que se trata de varias casas alineadas protegidas en su fachada frontal por esa especie de construcción que avanza hacia fuera con una cubierta, sostenida, nor-

⁴⁹ En efecto, *angiportus* es producto de la combinación de dos términos; por un lado, el primitivo *angus* o el más reciente *angustus* que imprime un sentido de estrechez y, por otro, *portus*, de *porto*, que significa llevar o transportar. En definitiva, *angiportus* puede traducirse como paso o calle estrecha. Léanse a continuación, las siguientes fuentes literarias: Festo, *de verb.sign.* 16,10: *angiportus iter compendiarum in oppido, eo quod sit angustus portus, id est aditus in portum*. Varrón, *de ling. Lat.* 5,145: *angiportum, sive quod id angustum, sive ab agenda et portu*. En 6,4, añade otro posible origen, pero insistiendo en la dificultad para pasar: *quia vix agi potest; hinc angiportum, qua nil potest agi; hinc angulus, quod in eo locus angustissimus, cuius loci is angulus*. Respecto a la desaparición de su uso en época imperial y sustitución por *vicus* puede consultarse ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, París, 1979, s.v. *angiportus*, aunque es obvio que no estamos de acuerdo.

⁵⁰ Su etimología griega ya fue puesta de manifiesto por Isidoro, *Etym.* 15,2,23: *Plateae prepetuae ac latieres civitatum viae sunt; iuxta proprietatem linguae Graecae a latitudine nuncupatae...*

malmente, por columnas y por donde la gente circulaba libremente en dirección hacia el foro, espacio expedito que quedaba en el centro. De hecho, por poner un símil, en muchas ciudades españolas, fundamentalmente de la meseta central, todavía se conservan este tipo de construcción que va rodeando una plaza. Tengamos en cuenta que en C.8,11,6, se hablaba de foros y otros lugares públicos no explicitados, sin embargo, ya en C.8,11,20, resultan expresamente mencionados con su nombre algunos de ellos; precisamente, los pórticos causaban verdaderos conflictos, fundamentalmente, por la masificación.

Para el contraventor, la ley establece una sanción consistente en la obligación de *reddere iura pristina sacratissimae civitati* y el pago de una multa ciertamente significativa. En relación a lo primero debemos decir que difícilmente se restituyen sus derechos a la ciudad sin mediar demoliciones, así pues, pensamos que la ley ordena, en realidad, derribar la parte de la casa que ilícitamente ha incluido el *angiportus* o el *porticus*, devolviéndolo a la ciudad, para que todos puedan hacer uso de ellos. Las cincuenta libras de oro que habrán de pagarse en concepto de multa obedecen a la consideración de audacia o atrevimiento del incumplidor; es más, otras leyes añaden incluso a *audaciam* un epíteto: *sacrilegam*⁵¹. Pese a todo, la norma contempla una excepción que puede pasar inadvertida, pero en la cual vamos a detenernos un poco. Se trata del rescripto mencionado al inicio de la ley. En efecto, Teodosio II admite sin obstáculo que la sanción establecida se aplicará en caso de que no pueda invocarse ningún rescripto que autorice al particular a añadir a la superficie de su casa un callejón, de lo cual se extrae que en el siglo V, los rescriptos podían ser aducidos para eludir lícitamente el tenor de la ley⁵². Por otro lado, la norma

⁵¹ Vid. C.Th.15,1,27, del año 390: ... *sequestrata condemnatione librarum auri decem, quae plectet sacrilegam contemnentis audaciam*. La mencionada norma, dirigida al prefecto de Roma, establece la obligación de restaurar los edificios públicos deteriorados antes de construir nuevos edificios superfluos. Es más, aquél que impute a una caja pública los gastos derivados de la construcción de un edificio nuevo, contravieniendo la prohibición deberá devolverlos de su propio bolsillo y además, pagará una multa que, en este caso es de diez libras de oro. Respecto al inciso final *sacrilegam contemnentis audaciam*, se pronuncia, entre otros, ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, p. 258, quien habla de una obvia intención del legislador en configurar los abusos cometidos por los magistrados como *crimina maiestatis*.

⁵² Parece que el objeto de los mismos era la enajenación de edificios o terrenos públicos, aunque en ciertas normas se invalidan expresamente, como la contenida en C.Th.15,1,22, ya comentada.

nos parece de tenor más restringido si la comparamos con la anterior, pues habla exclusivamente de casas de particulares, fundamentalmente creemos que *domus* y no, en cambio, bloques de pisos o *insulae*, por las singulares características del supuesto contemplado. En consecuencia, deben entenderse excluidas del ámbito de aplicación de la ley, al menos en teoría, otras especies de construcciones privadas no destinadas a vivienda. Finalmente, en esta ocasión, no alude el legislador a la dignidad y buena imagen de la ciudad, sino a un fenómeno distinto que, sin duda, también resta honorabilidad a la misma; nos referimos a que la constitución trata de preservar aquello que pertenece a todos, castigando las atribuciones ilícitas de suelo público para ganar espacio habitable y confortabilidad en las casas privadas.

No queremos terminar aún sin matizar algo. La constitución inserta en C.8,11,20 puede ser considerada como precedente jurídico transmitido más próximo a la famosa prescripción de Zenón, contenida en C.8,10,12,3, quien, alrededor de cuarenta años después, contempló idéntico supuesto, a propósito del espacio obligado que debía separar las casas⁵³. En efecto, si por ventura la calle medía más de doce pies (concebida por el legislador como un mínimo infranqueable), nadie podía, al construir, ocupar parte de la calle y añadirla a su edificio, adueñándose del exceso, aduciendo, además, que la ley estaba siendo celosamente cumplida, pues Zenón quería conservar las calles más anchas de Constantinopla, si por suerte, excedían la medida mínima legal. Es posible que a Zenón le constase el ardid empleado por los constructores, así que, mediante la citada disposición, lograba ponerles sobre aviso, anticipándose de esa forma a sus consecuencias nefastas⁵⁴.

Tras comentar estas constituciones, sólo queda ya hacer una reflexión final. Como se habrá podido observar, existe una tenaz reiteración de la prohibición de levantar un edificio privado junto a uno público y esto sugiere cierto grado de contumacia por parte de los particulares. Parece que la seguridad pública o una estética adecuada a la

⁵³ C.8,10,12,3: *Nemini autem qui domum aedificat, interiacente angiporstu vel platea latiore duodecim pedibus, ea de causa liceat partem plateae vel angiporstu occupare suoque aedificio attribuire. Non enim u te a quae rei publicae sunt laedantur et aedificantibus adsignentur, duodecim pedum spatium interdomos esse definivimus, sed ut ne sint angustiora Inter. domos spatia, et sicubi sit spatium quod statutum modum excedat, id Cervantes neque angustius fieri permittentes, ut civitati sua iura conserventur.*

⁵⁴ En efecto, la redacción del precepto zenoniano inserta varias expresiones del todo coincidentes con las empleadas por Teodosio II en C.8,11,20.

dignidad de las ciudades no era suficiente; es más, ni siquiera la privacidad y confidencialidad propias de las funciones de gobierno eran respetadas, pues había casas al lado del Palacio imperial. Por otra parte, la ordenación urbanística de la ciudad era continuamente violentada, mediante la usurpación de calles, pórticos y otros lugares públicos, sin el más mínimo recato y, sin embargo, se observa no ya tolerancia, sino hasta cierta complacencia extraña por perpetuar este fenómeno. No olvidemos que tanto Roma, como Constantinopla y otras urbes importantes estaban superpobladas, sobre todo, en su centro histórico y aledaños, donde se desenvolvía el frenético ritmo de vida cotidiano y diario. Naturalmente, siempre era preferible vivir al amparo del edificio público, en lugares estratégicos de la ciudad, que en el extrarradio o los suburbios, pero aún quedará en incógnita saber si se trataba de una mera praxis urbanística o si, en cambio, no había otra opción. Sí es seguro que la población creciente necesitaba cada vez más espacio habitable; de hecho, todos sabemos que la elevación en altura de los bloques de pisos fue un recurso practicado *ab antiquo*, en consecuencia, la costumbre de adosar los edificios a las obras públicas pudo estar propiciada por la misma necesidad acuciante. No obstante, tenemos la sospecha de que en todos los casos no fue así. Técnicamente podemos decir que este problema urbanístico fue abordado por el legislador desde el prisma de la pura circunstancialidad, e incluso la improvisación, pues las disposiciones acordadas no forman parte de plan integral alguno.

BARBARA SABRINA DEBORAH MARINELLI

LA POLITICA DEL COLONIALISMO ITALIANO
NEI LIMITI DELLO STATUTO ALBERTINO:
DALLA SUA NASCITA FINO ALLA PRIMA GUERRA MONDIALE
(DAL 1848 AL 1914)

SOMMARIO

1. *Introduzione e breve riferimento al periodo storico ad oggetto.* 2. *La politica del colonialismo e l'esigenza di adeguamento alle altre potenze coloniali; le singole colonie italiane.* 3. *Il colonialismo attraverso le disposizioni normative dello Statuto albertino.* 4. *La politica coloniale: legittima?* 5. *Conclusioni.* 6. *Cenni bibliografici.* 7. *Appendice n. 1: Carta storica dell'Africa, del 1895.* 8. *Appendice n. 2: Legislazione comparata Art. 5 (Belgio, Francia, Inghilterra).* 9. *Appendice n. 3: Dichiarazione del ministro degli esteri, Mancini, alla Camera dei deputati sulla politica italiana nel Mar Rosso (27 gennaio 1885).*

1. Introduzione e breve riferimento al periodo storico ad oggetto

Per colonialismo intendiamo una politica di legittimità in conformità delle disposizioni costituzionali del periodo interessato. Infatti la finalità di questo studio è quella di cercare, attraverso una disamina delle singole disposizioni normative (ex art. 5 e ss.), di dare una valutazione il quanto più possibile oggettiva, sulla legittimità di quella linea di condotta della politica estera conosciuta con il nome di *colonialismo*.

Politica tenuta in conformità di quella che era la situazione italiana ed europea all'epoca.

Il periodo storico ad oggetto del mio studio è quello di fine ottocento, primo decennio del novecento.

Periodo volutamente delineato in pochi decenni per cercare di focalizzare quello che è stato il punto di partenza della politica coloniale, quale nocciolo della politica estera italiana e suo sviluppo iniziale. La fine ottocento, successiva alla oramai raggiunta unità d'Italia, conseguita solo a seguito di un lungo procedimento di annessione, è un periodo che vede a livello istituzionale un cambio di governo, con il passaggio dalla destra alla sinistra storica.

Una crisi politica-istituzionale (con una esigenza sentita di ritorno

allo Statuto¹, con quella forma di governo costituzionale puro², così come prevista dal testo stesso).

Nel periodo suindicato, la politica estera si presenta con maggiore sensibilità ed attenzione al contesto internazionale, poiché intesa come passo successivo ai raggiunti obiettivi di politica interna dei decenni precedenti. Realizzazione dei sentimenti nazionalisti dell'800. Idea di "nazione" raggiunta; così come a livello teorico concepita.

In generale, si rende necessario il confronto con le altre potenze europee, in particolare con la successiva individuazione dei singoli motivi che hanno spinto alla realizzazione ed affermazione di tale politica.

I vari paesi³ presentano differenze sostanziali che ne rispecchiano la singolare individualità.

Colonialismo visto come linea di condotta della politica estera, intrapresa però non solo sotto il profilo dell'ambizione di estensione e/o di occupazione e annessione di nuovi territori, ma anche concettualmente, come adeguamento a quelle che sono le linee guida dello scenario di politica internazionale. La politica estera si presenta con maggiore sensibilità ed attenzione al contesto internazionale.

Al riguardo, meritano considerazione anche i rapporti instaurati tra le altre potenze e gli altri Stati⁴.

Il periodo che va dal 1861 al 1914 vede tra gli obiettivi della poli-

¹ S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova Antologia*, 1 gennaio 1897, vol. 151, pp. 9-28; "Ritorno allo Statuto", riportato anche in B. CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari 1966; anche F. FONZI, *Africa*, in *Il Parlamento Italiano, Storia parlamentare e politica dell'Italia 1861-1988*, vol. 6 (1888-1901), *Crispi e la crisi di fine secolo*, p. 160, infine F. GAETA, *Proposta di Sonnino*, in *Storia d'Italia* diretta da G. Galasso, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Torino 1982, pp. 53-56. L'Autore aveva già richiamato precedentemente Sonnino alle pp. 45-46, mentre poi definisce "il famoso articolo di Sonnino, fu il manifesto più celebre del conservatorismo italiano alla fine dell'Ottocento", p. 50, e sempre F. GAETA, "Che fare?" di Sonnino e la replica di Giolitti in *Storia d'Italia*, diretta da G. Galasso, pp. 99-103.

² In specifico sulla forma di governo cfr. L. CASANOVA, *Diritto Costituzionale*, Lezione XVIII – *Della Monarchia Costituzionale*, Genova 1859, p. 33 ss. L'Autore, in particolare evidenzia la crescita della libertà favorita da questa forma di governo, espressa a p. 37.

³ P. VILLANI, *Trionfo e crollo del predominio europeo*, Bologna 1983. Capitolo quinto: *L'esplosione imperialistica: Dal liberismo al protezionismo*, p. 111.

⁴ Per un approfondimento sull'argomento, in merito ai singoli rapporti nazionali, si rinvia ad A. ACQUARONE, *Bibliografia dell'Età del Risorgimento*, Firenze 1974, pp. 54 ss.

tica estera italiana, proprio l'inserimento della stessa penisola nel gioco delle grandi Potenze, per cercare così di acquistare un pò di spazio ed una posizione quanto più definita, dell'ambito sole africano⁵.

Anche l'Italia è inserita in un contesto internazionale, così si affermò proprio alla Camera dei Deputati che "*possiamo noi, grande potenza, rimanere assolutamente indifferenti di fronte allo sviluppo coloniale delle altre grandi potenze?*"⁶.

Infatti, furono stipulati diversi accordi bilaterali tra le potenze per il mantenimento dell'equilibrio e dello *status quo* nel Mediterraneo⁷.

In particolare, "*l'Italia era minacciata di trovarsi fra i due fuochi di una Francia clericale e di un'Austria espansionistica*"⁸.

Si sottolineò che "*l'espansione europea in Africa fu lenta a causa principalmente delle difficoltà di accesso alle coste di quel continente (per la sicurezza di porti naturali), e delle difficoltà di comunicazione nell'interno (per l'esistenza di foreste tropicali, deserti, ecc.)*"⁹.

Precisando come solo nel IX secolo l'espansione dei popoli europei si sia spinta verso l'interno dell'Africa, fino ad allora sconosciuta.

La colonia si presenta così come un nuovo centro di vita economico-politico-sociale; una nuova entità con interessi e problemi propri. Dotata di una propria fisionomia, non assume però una posizione autonoma. Lo stesso ordinamento giuridico della colonia dipende dall'ordinamento giuridico proprio del popolo colonizzatore, pur rimanendone autonomo¹⁰.

⁵ F. CURATO, *Introduzione in Bibliografia dell'Età del Risorgimento*, Firenze 1974, La politica estera, p. 13.

⁶ Camera dei deputati, *discussione del bilancio degli affari esteri pel 1885*, 3 aprile 1884, riportato in A. BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, Torino 1897, p. 425.

⁷ GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, p. 366 ss; inoltre tra i vari rapporti mantenuti tra Crispi con le altre Potenze, si v. G. SALVEMINI, *La politica estera di Francesco Crispi*, Roma 1919. Capitolo secondo: Il "grande ministero", pp. 33-77.

⁸ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. *Il Congresso di Berlino*, p. 8. L'Autore, riportando il testo del diario di Crispi, riporta che "*Ora la nostra politica è di pace. Vogliamo star bene coi vicini, stabilire accordi sulla base degli interessi e rispettare i trattati. Non attaccheremo, ci difenderemo, se fossimo attaccati*". Il riferimento era qui a proposito di Fiume, p. 25, nota 1.

⁹ CURATO, *op. cit.* p. 63, nota 5. *La politica estera - Introduzione*, p. 17.

¹⁰ G. AMBROSINI, voce *Colonie (Diritto internazionale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Utet 1967, p. 530.

La colonizzazione si realizza mediante le forme dell'assoggettamento, dell'autonomia e dell'assimilazione¹¹; invece, per quanto riguarda il modello italiano, viene identificato con il dominio diretto.

Se quella che emerge dopo il 1876 è, per dirlo proprio con le stesse parole di Benedetto Croce che *"poco o niente che l'Italia contava nel mondo"*¹², è pur vero che bisogna ritenere che il nostro Paese ha contribuito notevolmente alla politica coloniale del continente africano.

Sarà infatti lo stesso Autore a sostenere la situazione africana, quale *"europeizzazione dell'Africa"*¹³.

¹¹ I. ROSONI, *L'organizzazione politico-amministrativa della prima colonia Eritrea (1880-1908)*, in *Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33-34, Tomo II, 2004/2005. *L'assoggettamento*, pp. 1043-1046; *L'autonomia*, pp. 1046-1050; *L'assimilazione*, pp. 1050-1055. In specifico, l'assoggettamento *"è il sistema di governo coloniale più antico ... che caratterizza i primi secoli della colonizzazione. La potenza coloniale considera la colonia come una cosa propria, un oggetto di dominio che può organizzare e di cui può disporre come meglio crede sia in relazione al territorio sia in relazione alle popolazioni native"*, p. 1043. Inoltre tale principio *"comporta: l'accertamento del potere nelle mani di una unica autorità, il ministro delle Colonie o il governatore Coloniale"*, p. 1044; mentre l'autonomia, è il sistema che connota la politica coloniale della Gran Bretagna, pp. 1046 e 1048, così *"una costante della politica coloniale inglese fu quella di privilegiare l'indirect rule, un sistema di governo che lasciava larghe autonomie amministrative alle popolazioni soggette"*, p. 1048.

Questa dà alla colonia la *"forma di organizzare politico-amministrativa che la rende in grado di limitare l'autorità della madrepatria"*, p. 1046. Anche se *"non bisogna tuttavia pensare che la coalizione del sistema della autonomia liberi la colonia della soggezione alla metropoli"*, p. 1047. Infine l'assimilazione, *"tende a creare, nella colonia, una società più somigliante possibile a quella della metropoli, nella lingua, nelle tradizioni, nella cultura, nel diritto, nelle istituzioni, nelle forme economiche. Secondo i suoi fondatori la colonia dovrebbe diventare una seconda madrepatria"*, p. 1050; al contrario, questa forma di governo coloniale *"è tradizionalmente identificato nella politica coloniale delle genti latine (es. largamente praticata nelle colonie francesi delle Indie Occidentali)"*, pp. 1050-1051.

A differenza di quanto sostenuto fino ad ora, *"assimilazione nega la mancata fusione, che noi invece abbiamo affermato, tra la colonia e la metropoli (...). Finché essa (la colonia) esiste, non può evidentemente essere assimilata in tutto e per tutto alla metropoli"*, p. 1053, nota 28 già S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma 1918, p. 33.

È in un certo senso naturale, ritenere che *"la contrapposizione dei sistemi, (...) alimentò le polemiche tese alla ricerca del modello ideale della buona amministrazione"*, p. 1056.

¹² CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *La politica estera (1871-1887)*, p. 115.

¹³ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *La politica interna e la guerra libica*, p. 284.

2. La politica del colonialismo e l'esigenza di adeguamento alle altre potenze coloniali; le singole colonie italiane

Il colonialismo che ci vede in ambito internazionale, alle prese di compromessi ed accordi non sempre favorevoli con gli interessi delle altre nazioni; alla ricerca del perseguimento di quella politica sullo scenario internazionale, del giusto equilibrio.

“Un rapporto con l'Europa che si era costituito all'atto stesso della nascita del nuovo Regno”¹⁴, segnando l'importanza dello sbocco nel Mediterraneo¹⁵.

A riguardo si parlerà anche di vere e proprie ambizioni del Paese, in ambito internazionale.

La linea di politica tenuta in conformità di quella che era la situazione italiana ed europea all'epoca, dimostrò come lo stesso *colonialismo* sottendeva l'emigrazione non solo dall'ambiziosa conquista da parte dello Stato (madrepatria), ma anche quello di trovare occasioni di lavoro anche al di là degli oceani¹⁶, per i singoli cittadini (o emigranti).

È in questo contesto che sarebbe necessario l'intervento dello Stato; in particolare per contestare gli effetti dell'emigrazione¹⁷. La realtà dell'emigrazione italiana era molto umile, con esigenze concrete ed im-

¹⁴ C. MORANDI, *La politica estera dell'Italia*, Firenze 1968. *Introduzione*, p. XVI; importanza delle “missioni”, v. p. 9.

¹⁵ P. P. RAMPAZZI, *A. Costa e il problema coloniale*, in *Storia e politica*, rivista trimestrale, anno VII - Fasc. IV - Ottobre-Dicembre 1968, Milano, p. 653. Considerazioni in merito alla campagna d'Africa, pp. 654-655.

¹⁶ F. BOIARDI, *Il problema coloniale*, in *Il Parlamento Italiano, Storia parlamentare e politica dell'Italia 1861-1988*, vol. 5 (1877-1887), *La sinistra al potere*, p. 595 ss; cfr. anche BRUNIALTI, *op. cit.* p. 63, nota 6. Dove l'Autore a p. 265 individua proprio gli elementi della “vocazione” coloniale italiana.

¹⁷ Sull'emigrazione si veda: A.A. MOLA, *Il dibattito sull'emigrazione nel primo '900*, in *Il Parlamento Italiano 1861-1988*, vol. 7 (1902-1908) – *L'Età di Giolitti*, pp. 155-156. Si sostiene che “la colonizzazione italiana è sempre stata libera e indipendente (...)”. È proprio durante il periodo giolittiano che l'emigrazione registrò un aumento, p. 155; v. anche A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa Orientale*, Roma-Bari 1985, vol. 2. La spedizione di Massaua, dove l'Autore rileva la crescente emigrazione italiana, p. 182, argomento emigrazione cfr. anche P. SALVETTI, *La legislazione italiana sull'emigrazione e il Commissariato generale dell'emigrazione*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, vol. 8 (1909-1914). Da Giolitti a Salandra, la Libia e l'interventismo, pp. 109-110. L'Autrice descrive il periodo dell'Italia postunitaria in cui il fenomeno dell'emigrazione non assume dimensioni rilevanti.

mediate di occupazione ed esigenze di far fronte ai propri bisogni giornalieri.

È del periodo la migrazione estera voluta in particolare dagli Stati Uniti, successivamente alimentata dall'esigenza di non "disperdere" la forza lavoro, ma di impiegarla in una colonia, considerata propria dello Stato italiano, non autonomo Stato straniero¹⁸.

Si legge che "*da popolo di emigranti, gli italiani dovevano diventare una nazione di colonizzatori*"¹⁹. Si arriva anche a sostenere che "*se si è ben disposti nei confronti della politica coloniale anche il problema della emigrazione si avvia a soluzione*"²⁰.

Nella conduzione della politica coloniale si distinguono esploratori, missionari, ingegneri e intellettuali, abili conoscitori del territorio straniero e di supporto notevole a tutta l'attività di governo.

Il colonialismo rappresenta così attenzione sia sul versante storico-politico, che su quello economico, per l'incremento e la crescita della ricchezza apportata direttamente anche alla madrepatria.

È con il governo Crispi, a seguito dell'insuccesso di Adua e successivamente con il governo Giolitti a proposito della guerra di Libia che si deve intendere che la politica estera abbia avuto un ritorno immediato per l'intera attività governativa.

A seguito di ciò, le dimissioni presentate per gli insuccessi esteri riportati quale conseguenza della guerra, *extrema ratio*, come conseguenza successiva della diplomazia.

Le colonie italiane contemporanee, oltre alla questione Creta e la questione Tunisi sono Eritrea, Etiopia, Libia e Somalia.

• **Questione Creta:** siamo nel 1896, avviata con l'insurrezione dei greci contro il dominio turco²¹. Avvenimenti concitati e nel contempo aggravati nel successivo 1897, che vennero seguiti con interesse particolare proprio dall'Italia.

¹⁸ GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, pp. 486-487.

¹⁹ GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, p. 487.

²⁰ Editorialista della Nuova Antologia, in *Spirito coloniale ed emigrazione*, qui in A. MOLA, *op. cit.* p. 65, nota 17, p. 156.

²¹ G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna VII, 1896-1914. La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Milano 1974, p. 69. In generale sulla questione di Creta, pp. 69-72; sul problema di Creta, cfr. anche GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, p. 370; v. anche MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14. *La politica estera dell'Italia*, p. 280 e p. 284.

Da qui non solo si organizzarono e partirono reparti di volontari per combattere contro i turchi; ma anche lo stesso governo italiano partecipò all'intervento militare per cercare di evitare lo scontro tra le forze militari avversarie²².

I negoziati per il Trattato di commercio italo-francese furono portati a termine soltanto nel 1898. Quest'ultimo favorì l'esportazione di alcuni prodotti agricoli italiani in Francia e di alcuni prodotti industriali di qualità, provenienti dalla Francia verso l'Italia²³.

La questione di Creta trova le stesse potenze che sembrano trovarsi in posizioni avversarie, in realtà nella conduzione di una linea diplomatica amichevole²⁴, di interesse comune;

• **Eritrea:** Crispi fu persuaso alla campagna d'Africa per rafforzare la propria posizione²⁵. La campagna d'Africa si apre con l'arrivo ad Assab, allora porto mercantile. La prima legge coloniale italiana fu quella del 5 luglio 1882, n. 857 sui provvedimenti per Assab, con la determinazione della condizione giuridica degli indigeni²⁶. Fu proprio con l'occupazione di Massaua²⁷, sul Mar Rosso, che impropriamente si fa iniziare la politica coloniale italiana del 1885. Si dice che "*il 5 febbraio 1885, l'Amerigo Vespucci, il Gottardo e la Garibaldi sbarcavano a Massaua un battaglione di bersaglieri ed una sezione d'artiglieria, e la*

²² CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21, p. 69. sulla questione di Creta ed in particolare ai rapporti tra Italia, Inghilterra e Francia si veda anche CROCE, *op. cit.* p. 2, nota 1.

²³ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21, pp. 70-71.

²⁴ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. Capitolo terzo: *Il ravvicinamento franco-italiano. La Questione di Creta*, pp. 39-40.

²⁵ GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 47; inoltre G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Milano 1967. Capitolo quarto: *Contraddizioni e corrosione del regime*, pp. 201-205; cfr. anche MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14. *Introduzione*, p. XIX-XX; e F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana*, Bari 1951, vol. 1. L'Autore traccia un profilo sul Crispi sia per la politica interna che per quella estera alle pp. 600-601; successivamente, continua sulla sua politica interna ed estera, pp. 606-607; e pp. 611-616; in particolare sul suo pensiero sull'Europa, p. 611; infine anche p. 699; su Crispi, cfr. anche E. SERRA, *Appunti sulla politica estera di Crispi*, in *Storia e politica*, rivista trimestrale, Milano 1968, pp. 357-360. Crispi viene descritto come personaggio contraddittorio e uomo impulsivo, p. 357.

²⁶ R. SERTOLI SALIS, *La giustizia indigena nelle colonie*, Padova 1932, vol. 8°. *Il rispetto del diritto indigeno. Colonie italiane - Eritrea*, p. 32. Anche la iniziale legislazione di Assab verrà poi ricompresa nei provvedimenti riguardanti tutta la colonia Eritrea.

²⁷ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 193.

sera stessa i giornali che interpretavano il pensiero del Governo vantavano il primo felicissimo passo della nostra nuova politica coloniale”²⁸.

Per giustificare la presenza italiana si tenta una successiva espansione nel retroterra²⁹, che condurrà poi alla sconfitta di Dogali (1887)³⁰.

La decisione del governo che intanto dal Depretis era passato al Crispi fu quella non soltanto di restare in Africa, ma ove possibile di estendere la nostra presenza³¹.

Se si considera che “fino al 1890 la colonia aveva costituito solo un buco nel bilancio dello Stato italiano”³², sarà proprio il 5 gennaio del 1890, che i possedimenti italiani nel Mar Rosso prendono il nome di Colonia Eritrea³³: dove Baratieri fu il governatore³⁴. Il modello coloniale in questo territorio fu essenzialmente di dominio diretto, frutto di scelte politiche³⁵.

• **Etiopia:** è con il negus Menelik che si concluse il Trattato di Ucciali (1 marzo 1889)³⁶, con il quale venivano fissati i limiti della colonia italiana stabilendo così una specie di protettorato italiano sull’Etiopia, che successivamente prese il nome di Eritrea³⁷.

²⁸ BRUNIALTI, *op. cit.* p. 63, nota 6, p. 433; posizione antimilitarista di A. COSTA in merito alla nostra presenza a Massaua, RAMPAZZI, *op. cit.* p. 65, nota 15, p. 649.

²⁹ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 191.

³⁰ G. EINAUDI, *Storia d'Italia*, vol. 4°, *Dall'Unità ad oggi*, Torino 1976. *L'Età crispi*, p. 1751; cfr. anche RAMPAZZI, *op. cit.* p. 65, nota 15, p. 648. È nella seduta della Camera del 3 febbraio 1887 che si chiede il ritiro delle truppe dall’Africa.

³¹ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1, dove l’Autore descrive l’occupazione di Massaua e l’estensione all’interno del territorio prima a p. 121, poi a p. 136 sostiene che “l’Italia si trovò a dover allargare la sua occupazione dalla costa verso l’interno a rivolgere le sue forze verso l’Abissinia, e seguì l’eccidio di Dogali”.

³² ROSONI, *op. cit.* p. 64, nota 11. *L’istituzione della Colonia Eritrea*, p. 1083.

³³ FONZI, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 160. Cfr. anche CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *Il periodo crispi*, p. 192; inoltre, cfr. ROSONI, *op. cit.* p. 64, nota 11. *Dopo Dogali*, p. 1083. “La Colonia Eritrea, finalmente istituita, non dipendeva direttamente da nessun ministero e dipendeva un po’ da tutti”, p. 1085.

³⁴ G. ROCHAT, *Il colonialismo italiano*, Torino 1974. 1 – *La prima guerra d’Africa*. Documenti: *Scambio di telegrammi tra Crispi, presidente del Consiglio, e Baratieri, governatore dell’Eritrea, nell’aprile 1895*, p. 49; v. anche ROSONI, *op. cit.* p. 64, nota 11, *Il quadriennio del governatore Baratieri*, pp. 1089-1096.

³⁵ ROSONI, *op. cit.* p. 64, nota 11, *Il modello italiano: il dominio diretto*, p. 1067, nota 47 cita GHISALBERTI, *Per una storia delle istituzioni coloniali italiane*, cit., p. 381.

³⁶ ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34. *La prima guerra d’Africa*, p. 113; *La guerra d’Etiopia e l’impero*, pp. 115-117;

³⁷ ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34. I – *La prima guerra d’Africa*. Documenti: *Le*

Nel 1893 nasce un contrasto proprio fra il governo italiano e il negus Menelik per via dell'interpretazione dello stesso testo normativo.

Le relazioni diplomatiche precipitarono e dal contrasto si passerà presto alla dichiarazione di guerra aperta; mentre si arrivò all'occupazione di Adua e gli italiani arrivarono fino alle città, all'Endertà, a Macallé, all'Amba Alagi, si inviarono in Eritrea i rinforzi per far fronte all'incalzare e al precipitare degli eventi.

Per l'Italia, tra la scelta di attaccare o ripiegare prevalse la prima *chance*, fu questa la situazione che portò alla battaglia di Adua³⁸.

Quest'ultima rappresentò la più grande battaglia coloniale del XIX secolo.

Subito dopo i primi anni dalla battaglia di Adua, si alimentò e diffuse negli ambienti politici italiani l'idea che fosse occupazione italiana al territorio di Massaua e alla sola zona costiera³⁹.

A proposito, si ritenne che ci fu "*poca conoscenza dei luoghi, nei quali il corpo d'operazione italiano doveva muoversi ... condussero alla disfatta di Adua*"⁴⁰.

Gli eventi si conclusero nel 1896 con la pace di Addis Abeba con il negus, con la quale si fissarono i confini con l'Eritrea e prevedendo inoltre l'abbandono italiano del protettorato sull'Etiopia, con la rinuncia anche del Tigrai.

Il Trattato di pace di Addis Abeba del 26 ottobre annullò il precedente Trattato di Ucciali; mediante lo stesso l'Italia riconobbe l'impero etiopico come vero e proprio Stato sovrano ed indipendente⁴¹;

• **Libia:** la conquista della Libia trovò l'appoggio della stampa e delle forze politiche⁴² borghesi. Si ritenne che la stessa potesse offrire

aspirazioni italiane verso l'Etiopia, secondo uno schema preparato dal ministro degli esteri Blanc (18 gennaio 1896), pp. 52-54.

³⁸ ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34; anche GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 47.

³⁹ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La crisi di fine secolo*, p. 64; v. anche ROSONI, *op. cit.* p. 64, nota 11. *Dopo Adua: la nuova politica coloniale*, pp. 1097-1098.

⁴⁰ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *Il periodo crispino*, p. 211.

⁴¹ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La crisi di fine secolo*, p. 64; v. anche GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, p. 367; anche EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30. *La crisi di fine secolo*, p. 1831.

⁴² F. MALGERI, *La stampa cattolica a Roma dal 1870 al 1915*, Brescia 1965, p. 148; conferma anche GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, p. 396. Dove l'Autore arriva a scrivere di una vera e propria "febbre libica" per cui la diplomazia

una sicura sistemazione a tutta l'emigrazione italiana⁴³; oltre sicuramente a restituire all'Italia forza e prestigio in ambito internazionale.

I presupposti della guerra furono la politica estera condotta fino al 1911 e la crisi internazionale che portò alla seconda crisi marocchina.

Le trattative diplomatiche sviluppatesi dal 1887 al 1909, portarono alla conclusione di una serie di accordi volti al conseguimento dell'occupazione libica proprio da parte dell'Italia⁴⁴. Dal momento che la situazione internazionale non presentava gravi ostacoli all'occupazione della Tripolitania⁴⁵ ebbe inizio la guerra che portò a garantire all'Italia una posizione nel Mediterraneo.

Posizioni differenti animavano i dibattiti nell'intero Paese (diviso tra cattolici e socialisti)⁴⁶. Inoltre, *“le due tendenze del progredire e del conservare sono innate nell'uomo”*⁴⁷.

In Italia i sostenitori della guerra ritenevano che l'impresa libica sarebbe dovuta essere una impresa facile, in quanto gli arabi, secondo loro, avrebbero accolto gli italiani come liberatori⁴⁸.

Si avvertirono sin da subito, le differenze tra le due popolazioni.

Qui la società era organizzata in tribù, articolate in assemblea dei capifamiglia, dei guerrieri o degli anziani⁴⁹.

Successivamente, *“Giolitti con il suo spirito sobrio e la sua ferma mano condusse l'impresa in fondo, e ne ricavò prestigio e forza, dove*

italiana non poteva essere vana, p. 396; anche GHISALBERTI, *op. cit.* p. 68, nota 35; e MARANINI, *op. cit.* p. 67, nota 25. *Ripresa giolittiana del regime e suo esaurimento*, p. 234.

⁴³ ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34.

⁴⁴ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 312 ss.; in particolare v. anche CROCE, *op. cit.* p. 60, nota 1. La politica interna e la guerra libica. L'Autore precisa, infatti, come “gli italiani non avrebbero in nessun caso tollerato che la Tripolitania e la Cirenaica fossero occupate da altre potenze”, p. 282; sugli accordi bilaterali, con cui si riconoscevano agli italiani i diritti sulla Libia, si v. ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34.

⁴⁵ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra Libica*, p. 314. L'Autore desume anche quali sono i motivi essenziali che porteranno alla decisione italiana di conquistare la Libia, p. 315.

⁴⁶ ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34; CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 320.

⁴⁷ GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 42.

⁴⁸ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 323. Scrive l'Autore che gli arabi si allearono con i turchi per far fronte al nemico comune, cristiani, p. 323; MALGERI, *op. cit.* p. 69, nota 42; la resistenza degli Arabi suscitò una reazione emotiva violenta in Italia, p. 146.

⁴⁹ ROCHAT, *op. cit.* p. 68, nota 34, *La guerra di Libia. Introduzione*, pp. 66-67.

Crispi aveva solo maturato i frutti amari della disfatta militare e soprattutto politica"⁵⁰.

Solo successivamente, Giolitti sottopose all'approvazione delle Camere la richiesta di annessione alla Libia⁵¹, che sarà poi acquistata dall'Italia con il Trattato di pace di Losanna del 18 ottobre 1912, che sanzionò la fine della guerra dichiarata un anno prima con la Turchia.

Si riteneva che *"l'Italia agogna Tripoli, terra mediocrementemente ricca, ma in una seducente posizione"*; mentre a più riprese, già nel 1884 e successivamente nel 1888, da parte della Francia, con una politica più realistica, veniva offerta all'Italia l'occupazione della Tripolitania⁵².

Fu nell'estate del 1898 che si stabilì una linea di confine tra le zone di influenza inglese e quelle di influenza francese in Africa.

Questa riguardava l'Egitto per l'Inghilterra e le zone della Tripolitania e Cirenaica per la Francia.

Quest'ultima non voleva oltrepassare i limiti dell'accordo e l'Italia si riservava il diritto di estendere la sua influenza sulla Tripolitania-Cirenaica⁵³.

La sovranità italiana sulla stessa Libia fu dichiarata con decreto reale fin dal 4 novembre 1911⁵⁴, confermata dalla successiva pace di Ouchy, detta anche pace di Losanna nel 1912⁵⁵.

Si ritenne che la guerra di Libia servì al popolo italiano non solo per i successi militari e diplomatici conseguiti, ma anche perché il paese maturò consapevolezza della situazione internazionale⁵⁶.

⁵⁰ MARANINI, *op. cit.* p. 67, nota 25. Capitolo quinto: *Ripresa giolittiana del regime e suo esaurimento*, p. 234.

⁵¹ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 318; v. anche MARANINI, *op. cit.* p. 67, nota 25. È lo stesso Autore a ricordarci che *"la guerra di Libia fu aperta senza voto del parlamento, durante una vacanza parlamentare di sette mesi e mezzo"*, p. 240.

⁵² CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 135; *sulla Tripolitania, come possibile conquista italiana o accordo con la Francia*, v. MALGERI, *op. cit.* p. 67, nota 42. La vera Roma, pp. 204-205, nota 10.

⁵³ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La politica estera*, p. 280.

⁵⁴ EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30. *Nuovi equilibri di potere*, p. 1947.

⁵⁵ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 328; sul decreto reale del 1911 e la proclamazione della sovranità italiana sulla Libia cfr. anche CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *La politica interna e la guerra libica*, p. 285; v. anche MALGERI, *op. cit.* p. 69, nota 42, p. 148. Nella stessa pagina, si precisa come la penetrazione in quei territori *"fu possibile solo durante il fascismo"*; richiamo alla pace di Losanna del 17.10.1912, anche in SERTOLI SALIS, *op. cit.* p. 67, nota 26. *Tripolitania e Cirenaica: i primi provvedimenti*, p. 186.

⁵⁶ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *La politica interna e la guerra libica*, p. 286; v.

Se l'occupazione a Tripoli e dintorni era proseguita molto lentamente; al contrario, in Cirenaica gli italiani erano sulla difensiva e non riuscivano a penetrare all'interno del territorio⁵⁷. Non vi fu una propria cessione della Libia all'Italia, ma più semplicemente una rinuncia del sultano all'amministrazione e occupazione militare di questa.

Nel 1913-1914 l'Italia estese la propria occupazione a quasi tutta la Tripolitania, alle principali oasi del Fezzan, limitandosi invece in Cirenaica data la resistenza dei Senussi⁵⁸. Anche se il rispetto delle istituzioni locali in Libia è del 30 luglio 1912⁵⁹, sarà istituito nel 1913 l'ordinamento giudiziario libico;

- **Somalia:** è del 1879 che viene compiuta la prima ricognizione *in loco* (nella zona della costa somala da Berbera ad Alula); di questo paese, all'inizio degli anni '80 si hanno ancora notizie imprecise⁶⁰.

Anche se *“la decisione di agire anche in Somalia viene quindi presa verosimilmente nella seconda metà del 1884”*⁶¹; sarà solo nel 1889 che si rinviene la formazione dell'altra colonia italiana, la Somalia, con i relativi protettorati sui sultanati di Obbia e dei Migiurtini e con l'acquisto del Benadir⁶².

Reale e direi quasi suggestiva, la descrizione dello storico Angelo De Boca, che a proposito del territorio della Somalia, che così scrive *“l'immagine di questo immenso territorio, che ha i suoi confini a nord con il deserto dancaleo ed a sud con le savane del Tanaland, appare perciò in Italia estremamente sfocata e, proprio per le sue incognite, decisamente tentante”*⁶³.

anche CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 324. L'Autore cita regio decreto del 5 novembre 1912, che assegnò *“sotto la sovranità piena ed intera del Regno d'Italia”*, Tripolitania e Cirenaica.

⁵⁷ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, p. 324 e 326.

⁵⁸ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La guerra di Libia*, pp. 328-329; anche ROCHAT, *op. cit.* p. 9, nota 34;

⁵⁹ SERTOLI SALIS, *op. cit.* p. 67, nota 26. *Colonie libiche*, pp. 37-40.

⁶⁰ DEL BOCA, *op. cit.* p. 65, nota 17. Capitolo X.

⁶¹ DEL BOCA, *op. cit.* p. 65, nota 17. Capitolo X: *Le basi per una nuova colonia: la Somalia*, p. 234.

⁶² CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. Il periodo crispino, p. 192; cfr. anche FONZI, *op. cit.* p. 60, nota 1, in *Il Parlamento Italiano*, p. 160.

⁶³ DEL BOCA, *op. cit.* p. 65, nota 17. Capitolo X: *Le basi per una nuova colonia: la Somalia*, p. 233.

La Somalia italiana venne costituita nel 1890⁶⁴, anche se l'amministrazione della stessa direttamente dal governo italiano, fu assunta nel successivo 1905⁶⁵.

Il principio della personalità della legge assume qui con decreto ministeriale 24 febbraio 1905, pieno riconoscimento nel primo ordinamento organico della colonia⁶⁶;

• **Questione tunisi:** brevemente affrontata, poiché considerata importante ed iniziale punto di partenza di tutta la diplomazia italiana, nonché *“la prima mira dell'Italia, la Tunisia”*⁶⁷.

Questione che occupa l'attenzione dei ministri e parlamentari italiani, per vari anni.

Carlo Cattaneo, già nel 1862 si occupò in un suo studio della Tunisia ed un suo amico, di estrema sinistra nella seduta del 12 maggio 1864 affermò alla Camera dei Deputati che *“la Tunisia veramente si può considerare come un riflesso, una propaggine, od un altro lembo d'Italia”*, sentendosi rispondere dal ministro degli esteri che *“nessun avvenimento importante nella Tunisia poteva rimanere estraneo agl'interessi della politica italiana”*⁶⁸.

Si presenta l'esigenza di proteggere l'incolumità della colonia italiana ed i suoi interessi economici, sottesi⁶⁹.

Così, se nel 1881 le fu portata via dalla Francia⁷⁰, tale questione,

⁶⁴ M. BRIGNOLI, *L'impresa d'Africa e la sconfitta di Adua*, in *Il Parlamento Italiano 1861-1988*, vol. 6 (1888-1901), p. 235;

⁶⁵ CANDELORO, *op. cit.* p. 66, nota 21. *La pace con l'Etiopia*, p. 65; sull'amministrazione della Somalia, si veda anche CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1; EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30. *Un riformismo senza riforme*, p. 1889.

⁶⁶ SERTOLI SALIS, *op. cit.* p. 67, nota 26, pp. 35-36. Poco dopo viene espresso il riconoscimento del diritto indigeno somalo, pp. 36-37; L'ordinamento attuale, pp. 181-183.

⁶⁷ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 134; sulla questione tunisina, v. anche CHABOD, *op. cit.* p. 67, nota 25. Capitolo III: *Grande politica o politica della tranquillità?*, pp. 602-604.

⁶⁸ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. Capitolo primo: *La politica estera della Destra: 1871-1876. La questione di Tunisi*, p. 174.

⁶⁹ F. CURATO, *La questione di Tunisi dall'Unità alla fine del secolo XIX*, in *Il Parlamento Italiano, Storia parlamentare e politica dell'Italia (1861-1988)*. Vol. 5 (1877-1887) – *La sinistra al potere*, pp. 236-238.

⁷⁰ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. La politica estera, p. 118; cfr. anche MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14. *Introduzione*, p. XIII e XV.

riemersa nel 1890⁷¹, rimase successivamente aperta fino al 1901 e venne risolledata dopo, per rimanere all'attenzione fino al 1943.

Mentre la questione tunisina servì a portare l'Italia nella Triplice, quest'ultima portò successivamente l'Italia ad una guerra commerciale con la Francia che si concluse poi, nel 1896 con le trattative che portarono alla stipulazione di un accordo italo-francese sulla Tunisia⁷².

Di due anni dopo, nel 1898 il Trattato commerciale con la Francia⁷³ anche se ancora nel 1901-1902 si parlerà di stringere più solidamente i legami tra Francia e Italia⁷⁴.

Si parlò anche di colpo di *timone*⁷⁵ dato dall'Italia con la questione tunisina.

Se fu con Benedetto Croce che rileva l'opinione comune tra gli storici che in questa campagna d'Africa furono commessi diversi errori; è con l'economista Giovanni Stuart Mill, che il profilo economico viene considerato di rilievo per l'intera umanità, fenomeno influente non solo sul problema della distribuzione della ricchezza, ma anche di un vero e proprio impiego di tutte le forze produttive in esso coinvolte⁷⁶. Reciproco l'arricchimento tra colonia e madrepatria⁷⁷.

⁷¹ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. Capitolo secondo: *Il fallimento*, p. 73.

⁷² CANDELORO, *op. cit.* p. 63, nota 21. *La crisi di fine secolo*, p. 68; v. anche GAETA, *op. cit.* p. 62, nota 1. *L'impresa libica*, p. 369 ss. L'Autore descrive proprio l'accordo raggiunto e "la piena libertà di navigazione e di commercio tra Italia e Tunisia" sancita p. 369. Rapporti con la Francia, argomento inoltre già esaminato nel mio testo, in merito alla questione di Creta, p. 17.

⁷³ EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30. *La crisi di fine secolo*, pp. 1833-1884; sul ravvicinamento italo-francese, v. anche SALVEMINI, *op. cit.* p. 61, nota 7.

⁷⁴ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. Capitolo quinto: *Il rinnovamento del 1902. L'accordo mediterraneo italo-francese*, p. 81; Accordo tra Francia e Italia che deve mantenersi anche nei Balcani, p. 82. Inoltre l'Italia si impegna a non partecipare a nessun patto internazionale contro la Francia, p. 83.

⁷⁵ CURATO, *op. cit.* p. 73, nota 69, p. 238; per questo motivo cfr. SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7; cfr. anche MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14. *Introduzione*, p. XVIII.

⁷⁶ BRUNIALTI, *op. cit.* p. 63, nota 6, pp. 5-6.

⁷⁷ ROSONI, *op. cit.* p. 62, nota 11. L'Autore sostiene che "... le amministrazioni coloniali si rivelarono un partner della madrepatria attivo ed efficiente", p. 1041; inoltre "... La natura e qualità dei rapporti politici che legavano la colonia alla madrepatria", pp. 1042-1043; dello stesso Autore, riporta una definizione data del S. Romano, secondo cui "le Colonie sono paesi che posti sotto la sovranità dello Stato, a titolo di possedimenti, non costituiscono parti integranti dello Stato medesimo", p. 1067, vedi anche nota 49 cfr. S. ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, Milano 1988, p. 431.

3. Il colonialismo attraverso le disposizioni normative dello Statuto albertino

Si deve riconoscere che l'apertura internazionale è stata voluta anche con la concessione dello Statuto albertino.

È da leggersi in quest'ottica la esplicita previsione di poter stipulare e concludere i trattati internazionali, inclusa nell'art. 5 dello stesso testo normativo.

In primis, è già nell'art. 3 del Proclama costituzionale dello Statuto del Regno 8 febbraio 1848, pubblicato in Torino il 12 febbraio che si dispone “*Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo supremo dello Stato. Egli comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra; fa i trattati di pace, d'alleanza e di commercio; nomina a tutti gli impieghi e dà tutti gli ordini necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne o dispensarne l'osservanza*”.

L'esplicito richiamo della norma citata è proprio diretto alla Costituzione francese⁷⁸.

Prerogative successivamente recepite nello stesso Statuto albertino del 4 marzo 1848, n. 674, al centrale art. 5, che così recita: “*Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare: dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazioni di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere*”.

Chiave di lettura, nonché articolo centrale di tutto il testo sabaudo è sicuramente la previsione dell'art. 5.

È proprio tale norma che riflette lo spirito di autodelimitazione, nonché di passaggio dal pieno assolutismo alla forma monarchico costituzionale pura.

Pertanto la Carta, pur essendo stata una concessione del sovrano, mantiene quelli che sono i capisaldi del regime monarchico adeguandolo a quelle che erano ormai le esigenze di maggiori garanzie, alimentate ed attese già in campo europeo e qui italiano.

Alla lettura specifica di quelle che vengono indicate come preroga-

⁷⁸ F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno. Annotato*. Vol. I (Dall'art. 1 all'art. 23), Torino 1909, p. 289.

tive regie, si capisce come l'impostazione dell'ordinamento voluta dal sovrano sia comunque centralizzata nella sua persona⁷⁹.

È nella persona del Re che nello Statuto albertino confluiscono l'essere a Capo dello Stato, il potere esecutivo, nonché la possibilità di ingerenza nel potere legislativo attraverso le "*informate*" di senatori quali uomini di Sua fiducia.

Al contrario, l'art. 5, dello Statuto albertino richiama l'art. 68 della Costituzione belga (1831)⁸⁰; data la peculiarità della stessa norma che per prima si occupò di fare una distinzione tra le diverse tipologie di trattati che necessitano il consenso parlamentare⁸¹.

È considerazione importante, al fine di creare una indispensabile interrelazione tra il potere esecutivo e quello legislativo; uniti poi *super partes* dalla stessa figura del sovrano e centralizzata nella sua persona⁸².

A questo proposito sarà quindi legittima la presunzione dell'esistenza e del mantenimento di rapporti e relazioni instauratesi con gli altri Stati.

In particolare poi, saranno i singoli trattati specificamente richiamati, qui di onere alle finanze o di variazione del territorio a necessitare per divenire giuridicamente efficaci, dall'assenso delle stesse Camere.

Dal punto di vista giuridico non si contesterebbe la validità di diritto, propria del trattato posto in essere nella sua interezza già nel momento della sua stipulazione; ma solo la successiva possibilità di

⁷⁹ CASANOVA, *op. cit.* p. 62, nota 2; l'Autore, a p. 48 elenca esplicitamente i due casi in cui il Re agisce personalmente e come capo supremo dello stato. Successivamente lo stesso indica, a p. 50, i casi in cui è previsto obbligatoriamente il caso di concorso dei ministri a pena di nullità. Così, al punto 2 vengono indicati, proprio i trattati di pace, di commercio, di alleanza ed altri.

⁸⁰ MARANINI, *op. cit.* p. 67, nota 25. Capitolo terzo: *Formazione del regime pseudoparlamentare*, p. 140. L'Autore sostiene che "nella sua struttura originaria e nella linea subito palese della sua evoluzione, la costituzione belga anticipava aspetti fondamentali della vita storica dello statuto albertino", p. 140. Inoltre, "modelli della costituzione erano stati in primo luogo le carte della Francia e del Belgio", p. 145.

⁸¹ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78, p. 289. In particolare si veda anche la nota I.

⁸² CASANOVA, *op. cit.* p. 62, nota 2. L'Autore, a p. 48 elenca esplicitamente i due casi in cui il Re agisce personalmente e come capo supremo dello Stato. Successivamente lo stesso indica, a p. 50, i casi in cui è previsto obbligatoriamente il caso di concorso dei ministri a pena di nullità. Così, al punto 2 vengono indicati, proprio i trattati di pace, di commercio, di alleanza ed altri.

poter compiutamente dispiegare i propri effetti giuridici nell'ordinamento statale.

Anche se lo Statuto, deve riconoscersi sicuramente come il raggiungimento di una vera e propria conquista; nella previsione in cui, una delle due Camere del Parlamento, qui in specifico la Camera elettiva, i cui rappresentanti sono scelti direttamente dal popolo, è diretta portavoce ed espressione di garanzia di quelle che sono le esigenze e gli interessi comuni.

Per la politica estera è attraverso il Parlamento subalpino (italiano poi), che si raggiunge la puntuale previsione dell'art. 5 del testo costituzionale. Il trattato rimane sempre un *atto dell'Esecutivo*.

Le costituzioni non sono tutte unanimi in proposito.

Particolare attenzione è data alla materia internazionale della stipula dei trattati, quali patti di maggiore importanza politica o quelli che hanno ad oggetto rapporti vari e diversi⁸³.

Viene prevista la comunicazione quale atto unilaterale propria del Re e in conseguenza della quale si perfeziona la conclusione dei trattati nel rispetto della politica estera dello Stato.

Trattati quali atti di politica internazionale quindi (*in generis* di pace, di alleanza, ...), a differenza delle convenzioni, degli accordi, dei protocolli o delle dichiarazioni; denominati *patti* in virtù del rapporto bilaterale che ivi si istaura.

Quindi una previsione implicita di comprensione della politica estera già *in primis* con la concessione dello Statuto.

Giuridicamente non si contesterebbe la validità di diritto, propria del trattato posto in essere nella sua interezza già nel momento della sua stipulazione; ma solo la successiva possibilità di poter compiutamente dispiegare i propri effetti giuridici nell'ordinamento statale.

Infatti, è per l'efficacia giuridica di questi ultimi, che si demanda alla specifica approvazione delle Camere.

Diversa invece è la situazione delle colonie, pur rientrando sempre

⁸³ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. Dove gli Autori sostengono che sono "trattati quei patti che rivestono grande importanza politica o, che abbracciano rapporti vari e diversi", p. 285.

sotto il Governo dello Stato; si sostenne infatti che “grave è la questione per i trattati dell’acquisto delle colonie”⁸⁴.

È poi nella previsione dell’art. 17 dello stesso trattato che è disposto il riconoscimento di un protettorato del regno d’Italia sull’Abissinia⁸⁵. Quest’ultimo inteso in particolare sull’Etiopia, quando ai possedimenti italiani in Mar Rosso fu dato il nome di Eritrea, proprio perché Eritreo era l’antico nome di questo mare⁸⁶.

“Venendo ad esaminare in ispecie l’azione presente dell’Italia, crede che non si spiegherebbe una nostra spedizione nel Mar Rosso, se di là non si dovesse intravedere un lembo del Mediterraneo”⁸⁷.

Che si arrivò a garantire “L’interesse tutelato dal trattato è sempre un interesse dello Stato”⁸⁸ mentre “la Camera approvò sempre ciò che il potere esecutivo aveva ormai fatto”⁸⁹.

Notevole interesse e rilevanza per l’intero sistema giuridico dello Stato è dato proprio alla stipula e conclusione dei trattati.

È attraverso la conclusione di questi che si considera compiuta l’attività fondamentale di espressione della singola politica estera statale.

Il trattato si sostanzia giuridicamente in una promessa che uno Stato fa all’altro⁹⁰ che viene poi tradotta in un atto giuridico, qui chiamato *patto* data la presenza di più parti nella sua formazione e conclusione delle trattative intercorse.

Dal punto di vista giuridico la stipulazione dei trattati è compiuta mediante un unico procedimento articolato in più fasi.

Si inizia con la fase della negoziazione, considerata propriamente quale fase costitutiva, che si conclude con la sottoscrizione e l’apposizione dei sigilli da parte dei rappresentanti dei vari paesi e la successi-

⁸⁴ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. *Diritto di concludere i trattati*, p. 293.

⁸⁵ FONZI, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 159.

⁸⁶ BRIGNOLI, *op. cit.* p. 73, nota 64, p. 235.

⁸⁷ A.P., tornata 17 marzo 1885, p. 1 (v. Appendice n. 3).

⁸⁸ G. ARANGIO RUIZ, *Diritto Costituzionale italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913, p. 576.

⁸⁹ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1905, p. 209.

⁹⁰ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. *Diritto di concludere i trattati*, p. 287.

va ratifica, quale fase postuma di regolarizzazione, che deve essere fatta proprio dal Capo dello Stato.

In dottrina si elaborano schemi più o meno complessi sul tema; infatti se la classificazione più semplice è data da Racioppi-Brunelli⁹¹ (trattata sopra) più complessa è quella fornita da S. Romano, che riconosce tra le fasi ritenute come momenti fondamentali per giungere alla stipulazione di un trattato: “1. *la negoziazione, che è condotta dai c.d. plenipotenziari o da altri organi, cui se ne dà incarico*; 2. *la conclusione, che consiste nell'accordo che si consegue fra i negoziatori e che, nonostante il suo nome, non è ancora l'atto che dà vita al trattato*; 3. *la ratifica, che rientra nella competenza del tutto discrezionale, del Re e costituisce la stessa volontà dello Stato di porre in essere il trattato*; 4. *la stipulazione, che ha luogo con lo scambio delle ratifiche o col loro deposito presso uno degli Stati contraenti, che sia stato incaricato di riceverle*.”

*Il compimento di tutti questi atti è affidato ad organi del potere esecutivo, ed alle Camere basta dare notizia dei trattati stipulati, che non siano segreti, appena l'interesse e la sicurezza dello Stato ciò permetta-no”*⁹².

Tra tutte queste fasi l'ultima, cioè quella della ratifica è considerata uno dei momenti che completano la formazione di un trattato; precisamente, il momento del perfezionamento dello stesso. L'importanza è da ricondurre agli effetti propri, rilevanti in ambito internazionale.

La ratifica è la conclusione del trattato, attraverso il quale il Re attesta la conformità al proprio volere, assumendone con la medesima sottoscrizione la conseguente responsabilità.

Anche se la firma del sovrano equivale a controfirma, essendoci sempre quella propria del ministro responsabile⁹³.

Il successivo scambio di ratifiche è previsto come forma di pubblicità, effettuato tra il nostro ministro degli affari esteri e il rappresentante dell'altro Stato, o viceversa tra il rappresentante del nostro Stato e il ministro degli esteri dell'altro Stato contraente.

Inoltre, per la recezione del trattato stesso all'interno dell'ordina-

⁹¹ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. *Diritto di concludere i trattati*, pp. 285-286.

⁹² ROMANO, *op. cit.* p. 64, nota 11. In ordine alle relazioni internazionali, pp. 282-283.

⁹³ G. URTOLLER, *Lo Statuto fondamentale del Regno d'Italia annotato*, Firenze 1888, p. 196.

mento nazionale, sarà necessario, affinché i cittadini osservino i principi ivi statuiti, un apposito ordine tradotto in una legge o un decreto; sarà proprio direttamente dalla previsione di tale ordine di conformità al trattato che nasce l'obbligo di adeguamento per i cittadini.

Adesso, dopo essermi soffermata sull'articolato procedimento iniziato con la negoziazione e che porterà alla fine alla conclusione (realizzata nel momento della stipulazione dello stesso) sarà opportuno esaminare il tempo e il modo⁹⁴ in cui l'approvazione parlamentare si concretizza.

In primis, per quanto riguarda il tempo, esso viene rassegnato alle Camere prima della ratifica regia.

Il riconoscimento del trattato è dato dall'ordinamento nazionale nel momento della ratifica, fino a quel momento il trattato non esiste, quindi non produrrà alcun effetto giuridico rilevante per l'ordinamento stesso.

Nella prassi i trattati sono presentati prima alla Camera elettiva, ex art. 10 dello Statuto, obbligatoriamente per le materie finanziarie e facoltativamente per le altre materie, successivamente al Senato.

Contra, per quanto riguarda il modo, le Camere possono approvare o respingere in blocco il testo del trattato. Quando una Camera lo ha approvato, il testo viene sottoposto alla visione ed approvazione dell'altra Camera, per poi venire sottoposto alla conclusiva ratifica regia.

In questo modo, "*questo è dunque un vero caso di legge di approvazione*"⁹⁵.

Gli effetti del trattato saranno giuridicamente rilevanti solo dopo l'emanazione della successiva legge di approvazione (che consentirà l'attuazione ed esecuzione dello stesso). L'approvazione riguarderà la eseguibilità del trattato e quindi la sua produzione di effetti giuridici propri⁹⁶.

Questo comporta comunque che il trattato sia già di per sé giuridicamente valido al momento della sua conclusione.

I trattati possono inoltre riguardare e regolare vari settori dei rapporti giuridici.

⁹⁴ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78, pp. 296-297.

⁹⁵ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. *Tempo e modo dell'approvazione legislativa*, p. 298.

⁹⁶ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78, pp. 298-299.

Tenendo sempre presente lo Statuto come punto di riferimento, si indicano di seguito i vari trattati che uno Stato può stipulare:

– “**fa i trattati di pace ...**”, qualche Costituzione ne prevede l’approvazione delle Camere anche per questa tipologia, il nostro Statuto, al contrario, ne lascia ampia autonomia al governo responsabile, non dimenticando peraltro che a lui è lasciata la facoltà di dichiarare la guerra in persona del Re, quale suo massimo rappresentante.

Rimangono di competenza all’Esecutivo “*quei soli trattati di pace i quali pongano termine alle ostilità e le tregue che sospendono le ostilità senza mettervi fine*”⁹⁷;

– “**... d’alleanza**”, qui è più difficile riconoscerne la competenza esclusiva; però se non fosse data questa facoltà, il Paese sarebbe escluso dalla politica internazionale.

A pregiudizio anche della stessa arte della diplomazia; visto che questo tipo di trattati è ritenuto essere “*un mero impegno fra i Governi*”⁹⁸;

– “**... di commercio ed altri ...**”, solo successivamente (nel 1850) si stabilì che fossero sottoposti all’assenso delle Camere poiché importavano propri oneri finanziari. Ora è disposta la loro approvazione direttamente per legge”⁹⁹;

– “**ed altri**”, tra i quali rientrano i singoli trattati di **navigazione** e di **cabotaggio**;

– “**protettorato**”, essi si fanno rientrare nella libertà di azione del Governo¹⁰⁰ salvo richiesta di approvazione quando anche loro siano da sottoporre all’applicazione di oneri finanziari.

Possiamo perciò concludere dicendo, in generale che, per quanto riguarda i trattati, questi possono essere conclusi dal Re, ma sono sot-

⁹⁷ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. *Tempo e modo dell’approvazione legislativa*, p. 298.

⁹⁸ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78. *Trattati d’alleanza*, p. 304.

⁹⁹ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78, p. 306.

¹⁰⁰ RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78, p. 308.

toposti a condizione sospensiva¹⁰¹ richiedendo sempre e necessariamente il consenso del Parlamento, quali quelli che comportano la predisposizione e successiva applicazione degli oneri finanziari o delle variazioni di territorio, questi vanno dal medesimo, oltretutto approvati anche eseguiti.

Situazione diversa è affrontata per tutti gli altri trattati che verranno eseguiti dal Re o da organi a lui subordinati, se rientranti nella normale competenza del potere esecutivo; necessiteranno ovviamente di apposita legge di esecuzione se sarà oltrepassata la sua competenza.

La difficoltà è riscontrata ancor più quando si tratta di dare un giudizio, come in questo caso sulla politica coloniale rimanendo ancorati a quelli che sono i principi cardini dettati nello Statuto e quelle che sono le fonti storiche del periodo che ovviamente sono per la maggior parte, se non quasi esclusivamente italiane.

Così, per conoscere un contesto si dovrebbero avere a disposizione strumenti tali che permettano sull'argomento una conoscenza con la portata 360°.

Dovrei essere in grado di avere un quadro d'insieme che mi consentisse di sapere anche come potesse essere vista la nostra presenza dal contesto internazionale, o ancor di più come è stato vissuto direttamente dai popoli colonizzati il nostro arrivo e permanenza in quei territori.

Mi rendo conto però che se non mettessi dei rigorosi limiti al lavoro, lo stesso sarebbe troppo vasto e da occupare forse più il posto di una tesi di dottorato, che il lavoro di un più semplice contratto di ricerca.

Dal momento che io mi devo comunque attenere solo al testo statutario, dando al limite una considerazione sulle discussioni accese in Parlamento, che in teoria mi dovrebbero aiutare nel capire ancor meglio le aspettative ed aspirazioni di quel periodo, cercherò di essere quanto più attendibile e rigorosa nei riferimenti.

Sicuramente ciò che traspare già da una semplice prima lettura,

¹⁰¹ Sulla condizione che sospende la validità dei trattati, fino a quando il Parlamento non ha dato l'assenso, cfr. oltre ARANGIO RUIZ, *op. cit.* p. 78, nota 88; anche ORLANDO, *op. cit.* p. 78, nota 89, p. 208. Anche il successivo trattato di pace concluso con l'Etiopia il 26 ottobre 1896, fu comunicato il 24 maggio 1897 per notizia al Parlamento (vedi RACIOPPI-BRUNELLI, *op. cit.* p. 75, nota 78, p. 304).

letterale ed interpretativa delle norme dello Statuto è l'apertura statale anche verso la politica estera.

Quest'ultima considerata tra le fondamentali prerogative statali, allora regie.

Il colonialismo, quindi, è stato un modo attraverso il quale la politica estera si è compiuta.

Le norme giuridiche puntualmente richiamate, nulla dicono di specifico sui modi in cui tale politica possa divenire operativa.

Ovviamente si limitano a descrivere e prevedere quello che è il compimento in tale sede di atti, qui patti giuridici.

Sono questi che assumono rilevanza per l'ordinamento giuridico e ne producono effetti all'interno.

In dottrina è proprio il prof. Gaetano Arangio Ruiz a rilevare che *"Il re rappresenta lo Stato all'estero (...) e che la politica estera si impernia in lui"*¹⁰².

È sempre il Re, unico competente a concludere i trattati¹⁰³.

Lo Statuto deve riconoscersi sicuramente come il raggiungimento di una vera e propria conquista (dell'ordinamento, dello Stato, etc. ...). Sarà legittima la presunzione di condotta e relazione con gli altri Stati. Conformata in un riconoscimento intrinseco di parità internazionali.

Realizzata nella sua legittimità in quelle che sono considerate le prerogative regie.

In particolare sono i singoli trattati di onere alle finanze o di variazione del territorio a necessitare per divenire giuridicamente efficaci, l'assenso delle stesse Camere.

Possono essere conclusi dal Re, ma sono sottoposti a condizione sospensiva dell'assenso delle Camere; anche se il Trattato di Ucciali

¹⁰² ARANGIO RUIZ, *op. cit.* p. 78, nota 88, p. 567. Sull'art. 5 per la specifica prerogativa regia sulla stipula e conclusione dei trattati, si veda anche CASANOVA, *op. cit.* p. 62, nota 2, pp. 89-92; nonché URTOLLER, *op. cit.* p. 79, nota 93, p. 188 ss.; A. BRUNIALTI, voce *Re*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XIV - parte I, pp. 248-251.

¹⁰³ ARANGIO RUIZ, *op. cit.* p. 78, nota 88. Controverso se può delegarne la conclusione, p. 571.

del 2 maggio 1889, che stabiliva i confini tra l'Etiopia e la Colonia Eritrea, fu comunicato alle Camere solo per semplice notizia¹⁰⁴.

È nella versione italiana dell'art. 17 dello stesso trattato che è disposto il riconoscimento di un protettorato del regno d'Italia sull'Abissinia¹⁰⁵.

Quest'ultimo inteso in particolare sull'Etiopia, quando ai possedimenti italiani in Mar Rosso fu dato il nome di Eritrea, proprio perché *Eritreo* era l'antico nome di questo mare¹⁰⁶.

Dal punto di vista del rapporto giuridico posto in essere, esso si realizza attraverso la stipula e conclusione del trattato solitamente nel rispetto di una posizione di inequivocabile parità delle parti.

Non si dimentichi che "*L'interesse tutelato dal trattato è sempre un interesse dello Stato*"¹⁰⁷ e che "*la Camera approvò sempre ciò che il potere esecutivo aveva ormai fatto*"¹⁰⁸.

Quindi è di notevole interesse e rilevanza per l'intero sistema giuridico dello Stato lo spazio dato alla stipula e conclusione dei trattati. Sia per la loro segretezza nei negoziati, sia per la loro influenza sulle condizioni economiche di un popolo; nonché sull'enorme peso per il suo progresso civile e politico¹⁰⁹.

L'equilibrio raggiunto, sarà messo in discussione con la prima guerra mondiale (c.d. *grande guerra*)¹¹⁰, durante la quale l'alleanza italiana con gli Imperi centrali sussisteva "*per forza d'inerzia*"¹¹¹.

Sulle motivazioni che hanno portato alla nostra entrata in guerra e sulle posizioni del paese, si veda articolata ricostruzione storica¹¹²; te-

¹⁰⁴ ARANGIO RUIZ, *op. cit.* p. 78, nota 88, pp. 573-574. Cfr. anche BRUNIALTI, *op. cit.* p. 83, nota 102, p. 251, dove afferma che "*si richiede l'approvazione del Parlamento per tutti i trattati che implicano variazioni di territorio*"; principio che ha trovato ampia applicazione proprio a seguito della politica coloniale".

¹⁰⁵ FONZI, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 159.

¹⁰⁶ BRIGNOLI, *op. cit.* p. 73, nota 64, p. 235.

¹⁰⁷ ARANGIO RUIZ, *op. cit.* p. 78, nota 88, p. 276.

¹⁰⁸ ORLANDO, *op. cit.* p. 78, nota 89, p. 209.

¹⁰⁹ URTOLLER, *op. cit.* p. 79, nota 93. Sui trattati, pp. 199-202.

¹¹⁰ G. BOLLATI, *Introduzione* alla Parte terza, in EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30.

¹¹¹ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1. *La neutralità e l'entrata dell'Italia nella guerra mondiale (1914-1915)*, p. 293.

¹¹² EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30. I *perché di una guerra*, pp. 1961 ss. A proposito dell'entrata in guerra dell'Italia, si è parlato di "*quarta guerra d'indipendenza*", p.

nendo presente che per la politica estera italiana, sono stati decisivi gli anni precedenti¹¹³.

Concludendo, infine, non possono fare a meno di riportare che “*il primo problema politico che si presentò dopo la conquista e la occupazione dell’Africa (che si consumò nell’arco di qualche decina di anni, fra il 1880 e il 1914) fu quello della amministrazione dei nuovi territori*”¹¹⁴.

4. La politica coloniale: legittima?

Saranno qui affrontate generali e brevi considerazioni in merito a quanto esposto che poi verranno richiamate nelle conclusioni. Punto di partenza è sempre il testo costituzionale, da dove dovrei trarre il profilo sostanziale, per una presunta legittimità o meno del colonialismo stesso.

Si arrivò a ritenere che “*l’impresa d’Africa era andata come era andata senza la piena partecipazione del parlamento, spesso senza sua saputa o contro l’indirizzo da esso approvato*”¹¹⁵.

Dalla discussione in Parlamento, del 6 marzo 1890, emerge che “*dal momento in cui l’on. Crispi ha preso in mano le redini del governo, la questione estera, e specialmente la questione africana, ha proceduto di successo in successo*”¹¹⁶.

Chiave di ampia lettura in merito ai nostri interessi sul Mediterraneo è il discorso di Mancini al Parlamento: “*Voi temete ancora che la*

1962; mentre sulla posizione della stampa cattolica italiana, contraria alla nostra partecipazione, cfr. MALGERI, *op. cit.* p. 69, nota 42. *Fede e lavoro*, p. 337.

¹¹³ EINAUDI, *op. cit.* p. 68, nota 30. *I perché di una guerra*, p. 1963. Rafforzamento delle nostre posizioni sul Mediterraneo, condizione necessaria per la nostra entrata in guerra, p. 1964. Inoltre il nostro intervento dettato dalla paura che altre potenze potessero rafforzare la propria influenza nelle zone di nostro interesse, quali l’Austria con i Balcani ed Inghilterra e Francia nel Mediterraneo, pp. 1965-1966.

¹¹⁴ ROSONI, *op. cit.* p. 64, nota 11. *I modelli di amministrazione coloniale*, pp. 1040-1041.

¹¹⁵ CROCE, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 214.

¹¹⁶ FONZI, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 160. È lo stesso Autore che scrive che largo è il consenso all’indirizzo della politica coloniale italiana in Africa di Crispi, sempre a p. 160. Per ribadire poi alla pagina successiva che Crispi può contare, per la sua politica, di un largo consenso.

*nostra azione nel Mar Rosso ci distolga da quello che chiamate il vero e importante obbiettivo della politica italiana, che deve essere il Mediterraneo. Ma perché, invece, non volete riconoscere che il Mar Rosso, il più vicino al Mediterraneo, possiamo trovare la chiave di quest'ultimo, la via che ci riconduce ad un'efficace tutela contro ogni turbamento del suo equilibrio?"*¹¹⁷.

Infine, in merito alla politica estera, è lo stesso Crispi a sostenere che *"nulla si è fatto senza l'ordine del Parlamento"*¹¹⁸.

Dando uno sguardo alla cartina storica dell'Africa del periodo 1848-1914, possiamo constatare che il continente era così suddiviso dalla presenza di colonie portoghesi, olandesi, spagnole, francesi, inglesi e italiane¹¹⁹ (v. Appendice n. 1: Carta storica dell'Africa, del 1895).

Mi rendo conto, che è oggettivamente molto difficile dare un giudizio netto e definitivo a riguardo di una linea di condotta della politica estera italiana di quel periodo storico; situazione che se da un lato si presenta come più tranquilla per il raggiungimento del primario obiettivo dell'unificazione, resta però ancora particolarmente convulsa.

Dalle norme dello Statuto si evince, comunque, un'apertura statale anche verso la politica estera; quest'ultima considerata tra le fondamentali prerogative statali, allora regie nonché vera espressione e manifestazione del potere statale.

Per questo, si deduce che il colonialismo è stato un modo attraverso il quale la politica estera si è compiuta.

Le norme giuridiche puntualmente richiamate, nulla dicono di specifico sui modi in cui tale politica possa divenire operativa.

Si può ritenere che una buona condotta di politica estera avrebbe sicuramente aiutato a compattare gli animi anche a livello nazionale, portando benefici anche alla posizione interna dello Stato.

A proposito della nostra presenza nel Mar Rosso, risponde Mancini, ministro degli esteri: *"Sarebbe un delitto ed un abuso della colonizzazione penetrare fra genti barbara a turbare le credenze, le costumanze,*

¹¹⁷ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 195.

¹¹⁸ FONZI, *op. cit.* p. 62, nota 1, p. 161.

¹¹⁹ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 4.

le tradizioni che non offendano i principi di giustizia e di umanità, come la schiavitù, e la sanguinaria crudeltà verso innocui viaggiatori"¹²⁰.

Il Parlamento si riduce così ad assolvere un compito di controllo più che una vera e propria funzione direttiva¹²¹.

5. Conclusioni

Riflessioni e considerazioni personali, maturate alla fine del lavoro. Studio delicato e intessuto di particolari motivazioni ed esigenze non solo univoche, ma già considerate eterogenee e bilaterali nel suo tempo.

L'argomento è oggetto di una posizione delicata e porta delle difficoltà nel prendere nette ed estreme posizioni che non permettano o non rendano possibile di comprendere le esigenze particolaristiche di entrambi le parti (quali la madrepatria, in questo caso il nostro paese, e le singole colonie) e dei loro relativi ed eterogenei interessi in gioco.

*"Il colonialismo è uno degli elementi dominanti della politica internazionale"*¹²²; in specifico, *"I punti nodali della nostra politica estera fra il 1870 e la prima guerra mondiale non sono stati sufficientemente messi in luce"*¹²³, così scrive lo storico Morandi.

L'Europa ha conosciuto, così, un periodo di relativa pace; infatti nel periodo, le grandi potenze furono occupate in Africa.

È l'epoca del capitalismo e delle lotte per la conquista delle materie prime, dei mercati di sbocco e delle vie di traffico¹²⁴.

Pertanto, dal 1895 al 1914 l'espansione economica assume un ritmo più intenso e continuo¹²⁵; aumenta il proletariato industriale e diminuisce la classe rurale¹²⁶.

Da una parte quindi l'interesse a regolare e stabilizzare il fenome-

¹²⁰ A. P., tornata 17 marzo 1885, p. 1.

¹²¹ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 7.

¹²² MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 17.

¹²³ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14. *Introduzione*, p. XIII; sul colonialismo stesso Autore, *Introduzione*, p. XIX.

¹²⁴ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 4.

¹²⁵ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 15.

¹²⁶ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, p. 17.

no dell'emigrazione e di accrescere quindi il benessere dello Stato e degli emigranti proprio attraverso la crescita del livello economico; dall'altro quello della singola colonia a non vedere cancellata la propria identità.

Il tutto valutato ed esaminato in una ottica di sincerità e chiarezza, nelle considerazioni degne di studio e attenzione.

Maturità dimostrata sicuramente nel tentativo di "gestire" al meglio la politica che ha condotto all'occupazione della Libia (in quanto cronologicamente successiva), considerando le precedenti esperienze coloniali che hanno segnato negativamente il corso della nostra politica estera.

Quindi nella considerazione del contesto nel suo insieme, non può non tenersi conto dei singoli interessi contrapposti delle differenti posizioni.

È fin troppo facile assumere posizioni estreme senza considerare però i numerosi fattori che confluiscono e sottendono le premesse e i presupposti in un contesto simile.

Ciò senza voler però arrivare all'estremo opposto di voler perciò giustificare *in toto*, tutto il contesto in esame.

Anche se mi trovo a dover evidenziare il fatto che la posizione in materia non era univoca, anzi per dirlo con le parole di A. Costa, *"l'impresa africana è un'impresa non nobile"*.

Infatti, secondo lui *"l'Italia che lavora, che produce, l'Italia operaia, oso dire l'Italia vera non vuole la politica coloniale"*¹²⁷.

Alla luce di quanto studiato, sembra accettabile e condivisibile l'interpretazione che vuole la legittimità del colonialismo quale linea di condotta della politica estera italiana, ricavabile proprio dall'intrinseca lettura dell'art. 5 dello Statuto albertino, che prevede la prerogativa internazionale dei trattati. Questo presuppone che vi siano dei rapporti a livello internazionale tra le altre potenze.

Dal momento poi che è prevista una intera tipologia di trattati, si deduce che il colonialismo si ricava anche proprio attraverso la loro stipulazione e sottoscrizione.

¹²⁷ RAMPAZZI, *op. cit.* p. 65, nota 15, p. 650. Lo stesso Autore vede la politica coloniale come un tema complesso, che comprende questioni di ordine economico, politico e morale, p. 651. Si richiede e pretende il rispetto verso i popoli meno civili, p. 652.

È evidente che se nella chiave della stipulazione di un trattato le parti sottoscriventi sono equipollenti o quanto meno stessi soggetti di diritto internazionale; le stesse parti non siano però tutte indistintamente uguali per la loro nascita e per la loro successiva evoluzione storica.

Per il nostro Paese la situazione di fine ottocento si presenta estremamente difficile e ricca di eventi rivoluzionari già sul piano interno. Si pensi all'Istituto dello Stato d'assedio, cui si ricorrerà per ripristinare l'ordine violato.

Così, essere riusciti a mantenere una posizione anche a livello internazionale, non è da sottovalutare.

Infatti, se per la nostra politica interna il momento richiedeva una posizione coerente del governo, è pienamente condivisibile che la rivoluzione non si combatte con la forza, e come è risaputo che la violenza alimenta altra violenza.

Invece, la politica estera ci voleva più accondiscendenti, pronti a decisioni veloci e repentine, nonché alle volte tolleranti. Potremmo definirla, seppur in generale, come una politica del compromesso e del quieto vivere.

Basti pensare alla posizione del nostro paese, alla nostra necessità di rafforzare e mantenere rapporti di buon vicinato; la posizione di mediatori alle volte assunta per cercare di trovare pronte soluzioni per i vari interessi in gioco, nonché la nostra posizione di quasi centralità geografica nel Mediterraneo e i vari interessi che questo alimentava.

Si pensi alla nostra presenza nella Triplice (accanto ad Inghilterra, Austria e Germania) e dall'altra, ai nostri accordi e rapporti separati mantenuti con la Francia¹²⁸.

Il tutto cercando sempre di non compromettere interessi in gioco o situazioni in atto.

Inoltre, non mi risulta infatti una nostra condotta come politica del voltafaccia, ma sempre attenta alle situazioni contingenti che si andavano maturando.

Ovviamente si può muovere qualche critica sul nostro arrivo nel continente africano, inizialmente dettato dalla nostra inesperienza nell'affrontare una situazione che ci ha portato in contatto con culture, ambienti e luoghi totalmente diversi dal nostro paese. Non si può fare

¹²⁸ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. *Gli accordi coloniali italo-francesi*, pp. 69-72.

a meno di constatare che in generale è la storia, anche quella contemporanea, ad insegnarci che purtroppo non sempre si riesce con l'arte della diplomazia a sedare animi di rivoltosi ribelli e a ripristinare l'ordine e la sicurezza pubblica.

Sul terreno politico, la classe dirigente considerava ogni impresa coloniale come una pericolosa avventura.

A tal proposito, si sostenne che l'Italia dovesse procurarsi “*colonie commerciali e non territoriali*” come le antiche colonie genovesi e veneziane del XIII secolo. La politica coloniale doveva così essere per gli italiani la politica dell'avvenire¹²⁹.

La diplomazia richiede non solo interlocutori che condividano tale *modus* di fare politica, ma anche dei tempi a volte molto lunghi che non sempre il contesto nazionale o internazionale riescono a permettere. Oltre a richiedere inevitabilmente e per potere conseguire gli obiettivi proposti tanta coerenza, permettendo poi di instaurare rapporti fiduciari tra i vari rappresentanti dei paesi. Questo spiega i differenti rapporti e accordi raggiunti con le nazioni.

Infatti si tenga presente che se con l'Inghilterra si parla proprio di un vero e proprio rapporto di amicizia, così non sarà per la “collega” Germania o la “rivale” Francia.

L'Inghilterra è forse l'unica tra le grandi potenze con la quale non avevamo interessi comuni¹³⁰ o che avrebbero potuto creare direttamente attrito; ciò ha sicuramente favorito una diplomazia più coerente e lineare. Anche la diversa posizione geografica con apertura dei due paesi su zone omogenee differenti ne ha permesso e facilitato un accordo di un certo tipo.

La Germania per noi “collega” per l'appartenenza alla Triplice, per il resto più volte si è visto prendere distanze ed alimentate diffidenze nei nostri confronti.

Con la Francia invece dovevamo mantenere rapporti di buon vicinato che, alle volte sono quelli che comportano maggiore difficoltà, proprio in quanto i più diretti.

¹²⁹ MORANDI, *op. cit.* p. 65, nota 14, pp. 194-195, nota 1 C. CARACCILO DI BELLA, *Dieci anni di politica estera*, Città di Castello, 1888, pp. 486-487 e p. 499.

¹³⁰ SALVEMINI, *op. cit.* p. 63, nota 7. *Le basi dell'intesa italo-inglese*, p. 87. Si legge infatti che “*l'Inghilterra non ha nessun disegno su Tripoli*”, p. 87.

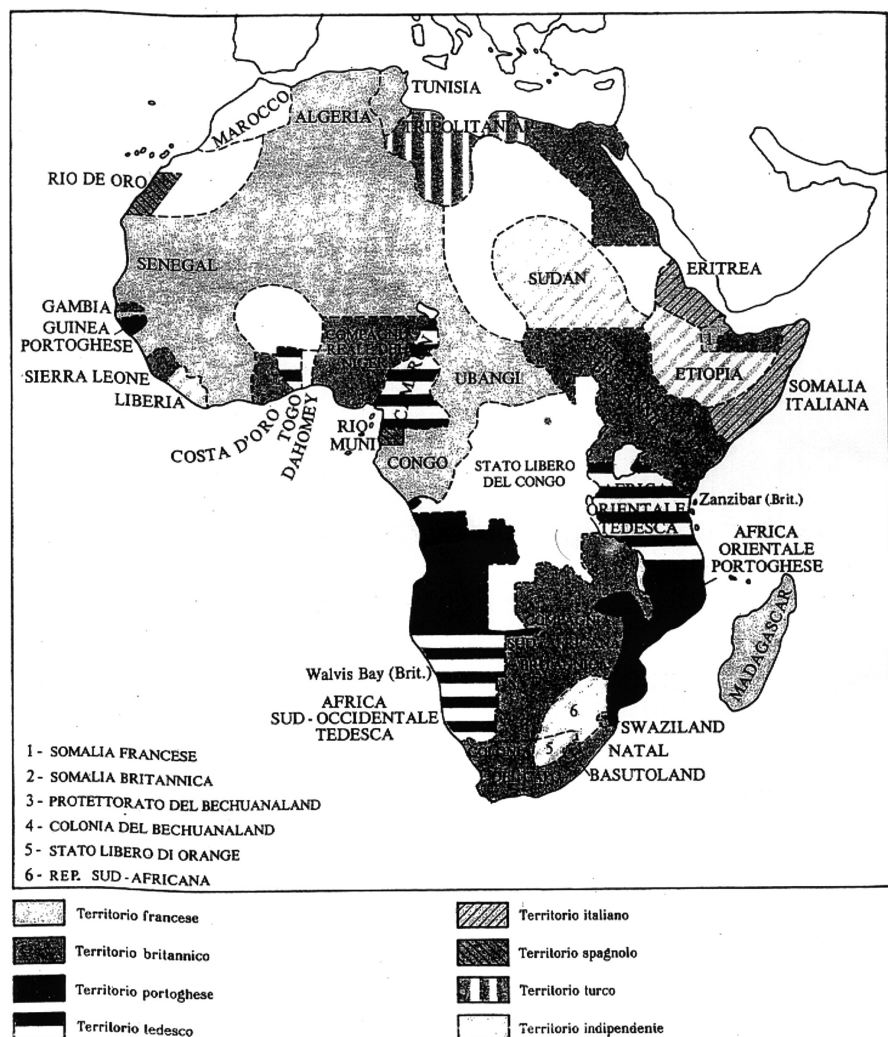
Anche qui interessi in gioco alle volte comuni, forse non tanto per scopo, ma proprio per ritorno immediato di vicinanza.

Pertanto, se in merito alla nostra azione in Africa risultò confermato che l'Italia non ebbe una adeguata preparazione, né politica né militare; fu riconosciuta una nostra bravura, se di una bravura si può parlare, e qui devo ammettere è proprio da riconoscere nel sapersi gestire e districare con tutti; tenendo conto dei relativi piani di confronto.

6. Cenni bibliografici

- ACQUARONE, A., *Bibliografia dell'Età del Risorgimento*, Firenze 1974.
ARANGIO RUIZ, G., *Diritto Costituzionale italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913.
BRUNIALTI, A., *Le colonie degli italiani*, Torino 1897.
CANDELORO, G., *Storia dell'Italia moderna. VII: la crisi di fine secolo e l'età giolittiana (1896-1914)*, Milano 1974.
CASANOVA, L., *Diritto Costituzionale*, Genova 1859, vol. II.
CHABOD, F., *Storia della politica estera italiana*, Bari 1951, vol. 1.
CROCE, B., *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari 1928.
DEL BOCA, A., *Gli italiani in Africa Orientale*, Roma-Bari 1985, vol. 2.
GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari ristampa 1993.
LABRIOLA, A., *Scritti di dieci anni 1899-1909*, Milano 1975.
MARANINI, G., *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Milano 1967.
MORANDI, C., *La politica estera dell'Italia*, Firenze 1968.
ORLANDO, V. E., *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1905.
RACIOPPI, F. - BRUNELLI, I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino 1909.
ROCHAT, G., *Il colonialismo italiano*, Torino 1974.
SALVEMINI, G., *La politica estera di Francesco Crispi*, Roma 1919, vol. 8°.
SALVEMINI, G., *Scritti di politica estera*, Milano, vol. 8°.
SERTOLI, S., *Nozioni di diritto coloniale*, Roma 1918.
SERTOLI SALIS, R., *La giustizia indigena nelle colonie*, Padova 1932, vol. 8°.
URTOLLER, G., *Lo Statuto fondamentale del Regno d'Italia annotato*, Firenze 1888.
VILLANI, P., *Trionfo e crollo dei predominio europeo*, Bologna 1983.

7. Appendice n. 1: Carta storica dell'Africa, del 1895



8. Appendice n. 2: Legislazione comparata art. 5 (Belgio, Francia, Inghilterra)

BELGIO – Cost. accen. Tit. III

Art. 20 Al Re appartiene il potere esecutivo, quale è regolato dalla Costituzione.

Art. 68 Il Re comanda le forze di terra e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace, di alleanza e di commercio. Egli ne dà conoscenza alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato lo permettano, ed aggiungendovi le comunicazioni opportune.

I trattati di commercio e quelli che possono gravare lo Stato o legare individualmente i Belgi non hanno effetto se non dopo aver ricevuto il consenso delle Camere. Nessuna cessione, nessuno scambio, nessun ingrandimento di territorio può avere luogo se non in virtù di una legge.

In niun caso gli articoli segreti di un trattato possono essere distuttivi degli articoli palesi.

FRANCIA – Legge costituzionale del 16 luglio 1875, riguardante i rapporti dei poteri pubblici.

Art. 8 Il Presidente della Repubblica negozia e ratifica i trattati. Egli ne dà conoscenza alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato lo permettano.

I trattati di pace, di commercio, i trattati che impegnano le finanze dello Stato, quelli che sono relativi allo stato delle persone ed al diritto di proprietà dei Francesi all'estero, non sono definitivi se non dopo essere stati votati dalle due Camere. Nessuna cessione, nessuno scambio, nessuna aggiunta del territorio può avere luogo se non in virtù di una legge.

INGHILTERRA – I diritti del Re o della Regina riguardo all'amministrazione interna dello Stato sono assai estesi.

Il Re, sacro ed inviolabile, è Capo Supremo dello Stato, della Chiesa, dell'armata, della marina; egli ha il potere d'inviare e ricevere ambasciatori, di dichiarare la guerra, e di fare la pace, di negoziare i trattati e battere moneta per l'uso dei suoi sudditi.

9. Appendice n. 3: Dichiarazioni del ministro degli esteri, Mancini, alla Camere dei deputati sulla politica italiana nel Mar Rosso (27 gennaio 1885), da G. ROCHAT, Il colonialismo italiano, Torino 1974, pp. 35-38

Riproduciamo ampi estratti di un discorso del ministro Mancini in cui sono chiaramente illustrate le cause e le ambizioni della politica coloniale italiana alla vigilia dell'occupazione di Massaua (al momento del discorso la spedizione militare era già in viaggio).

Il discorso terminava con un brano (qui non riportato per motivi di spazio) in cui Mancini sosteneva che nel mar Rosso sarebbero state trovate le chiavi del Mediterraneo, inserendo così le conquiste in Africa orientale in un più vasto piano imperialista, per altro assai demagogico ed approssimativo.

Il testo del discorso negli Atti Parlamentari, Discussioni alla Camera, 27 gennaio 1885.

Le condizioni del mondo moderno, o signori, sono profondamente mutate.

Nelle colonie, che oggi si vagheggiano, non si deve mantenere la schiavitù, né il suo infecondo lavoro; non introdurre il monopolio commerciale colla madre patria; si proscrivono anche diritti differenziali sopra merci e bandiere delle altre nazioni, e vi si proclamano la libertà di navigazione e di commercio, il libero accesso in queste colonie a tutte le bandiere, a tutte le nazioni civili (...).

In secondo luogo noi non possiamo dimenticare che l'Italia è una delle grandi potenze commercianti e marittime, e che il segreto del suo avvenire è riposto appunto nello sviluppo di questa fonte di dovizia e di potenza.

Ora, come potrebbe essa sola, con una completa astinenza, emanciparsi dall'esempio di tutte le altre nazioni, che ebbero una grande storia marittima ed una vigorosa vita commerciale? (...)

Una terza considerazione s'impone altresì al nostro esame. Si è molto parlato dagli onorevoli interroganti del fatto periodico, costante, progressivo della nostra emigrazione, e si è detto che bisognava raffrenarla, e perciò era necessario migliorare le condizioni interne dell'Italia e della nostra agricoltura.

Signori, il governo ha vivissimo desiderio di ricorrere a tutti quei provvedimenti, i quali possano essere veramente utili a conseguire un sì benefico scopo.

Ma credete voi, che somiglianti riforme sieno l'opera di un voto e di un giorno?

Sono lente e laboriose modificazioni, che richiedono anni ed anni per produrre un movimento progressivo nelle condizioni economiche di un paese, senza il quale sarebbe vano lusingarsi di raggiungere la sospinta meta.

Or bene, se l'emigrazione esiste, se questo fatto non si può impedire, dappoiché sacra è la libertà dell'uomo, e prima fra tutte le libertà, quella di vivere dove meglio piace a ciascuno; ebbene, o signori, sarà più vantaggioso che questa emigrazione si disperda sulla faccia del globo; che vada a caso in lontane ed ignote regioni, dove l'aspetta il disinganno, e talora la morte; che non vi sieno paesi le condizioni dei quali sieno già bene conosciute, dove il suo lavoro possa essere con certa e propizia utilità esercitato, e dove sventoli la bandiera nazionale, che tuteli e protegga le industrie degli emigranti italiani, anziché essi siano costretti a mendicare sicurezza e protezione da governi stranieri?

Si è osservato, non potersi fare assegnamento sopra guadagni economicamente remuneratori nelle intraprese coloniali; che i loro risultati sono sterili; che specialmente nel continente nero deve sgomentarci la povertà dei commercianti africani, non incontrandosi colà che popolazioni quasi selvagge, con pochissimi bisogni, e non abituate a consumare i nostri prodotti.

È vero ciò; ma lo scopo di questi tentativi coloniali è quello appunto di convertire questi vasti territori in larghi mercati e centri novelli di consumazione.

Quando in quelle ora deserte contrade il contatto di colonie italiane verrà mutando usanze e tenore di vita, e vi saranno introdotte le istituzioni e le abitudini dell'Europa, gl'indigeni, invece di cibarsi malamente di un po' di dura, e di coprirsi di pochi cenci, cominceranno a sentire novelli bisogni, e diverranno consumatori utili dei prodotti europei, per le esigenze create dal sole della civiltà.

D'altronde, dovunque l'uomo incivilito porta con sé in mezzo a popoli di civiltà inferiore capacità intellettuali, cognizioni tecniche, capitali, e lavoro, è impossibile economicamente, che non produca e non accresca valori e ricchezze.

Quando volgiamo uno sguardo al rapido e crescente progresso delle nostre colonie commerciali dell'America del Sud, o vediamo da quei paesi, dapprima poco popolati relativamente e men colti, venire alla madre patria in ogni anno trasmesse dai nostri coloni ed emigranti somme considerevoli, che rappresentano il loro risparmio; quando vediamo taluni fra essi

ritornare in patria con cospicue ricchezze legittimamente acquistate per godervi una felice vecchiaia; a noi è lecito domandare se si possa in modo così assoluto sentenziare, che qualunque tentativo coloniale non potrà che essere sterile di profitti economici.

Ma la spesa da sostenersi? Si osserva. Non sarò io colui che non accordi a quest'obiezione la massima importanza, quando veramente si trattasse di gravi ed esorbitanti spese, non rimborsabili mai alla madre patria, e che dovrebbero gravitare sul bilancio dello stato.

Ma anzi tutto rispondo, che prima condizione dev'essere quella di non impegnarsi in tentativi folli, ed in sacrifici pecuniari che non siano corrispondenti ai mezzi di cui si può disporre.

Non debbono arrischiarsi che spese moderate, non eccessive, proporzionate alle forze; del resto simili spese per la loro natura e scopo debbono essere necessariamente limitate (...).

Un'ultima considerazione, o signori.

E come potremmo noi chiudere gli occhi a questa gara generosa, che ormai si manifesta fra tutte le grandi nazioni di Europa, per associarsi in una specie d'impresa comune e solidale di mondiale incivilimento, in un'alta missione educatrice di tanta parte del genere umano che abita il vasto continente africano? (...)

(...) Riassumerò le condizioni, che nella mente del governo sono repute essenziali per una saggia politica coloniale.

La prima è che sia anzitutto dimostrata l'utilità economica, ovvero politica attuale, o almeno certamente futura, di qualunque intrapresa di questo genere, di ogni determinata iniziativa coloniale che potesse da noi venir tentata. Occupare un territorio, e piantarvi la nostra bandiera soltanto per apparenza, per pompa, per il piacere di far parlare di una occupazione italiana, è il sistema che non sarà mai adottato e seguito dal ministero; potete esser certi che se ne asterrà anzi scrupolosamente (Movimento).

Seconda condizione è il rispetto dei diritti degli altri stati e che questa politica coloniale non abbia mai ad esporre il paese a pericoli di complicazioni e di conflitti (Mormorio).

Sarebbe altamente colpevole quel governo il quale, non per i bisogni essenziali del paese, non per tutelare la sua indipendenza, o per difendere la sua esistenza, il suo onore o i suoi vitali interessi, ma solamente per ambizione di occupare un qualche territorio oltre i confini esponesse il paese a disastrose avventure.

Una terza condizione è poi, agli occhi del governo, di una importanza massima (Movimenti d'attenzione). Si richiede, o signori, che in que-

ste intraprese concorra l'attività privata e commerciale del popolo italiano.

La creazione di stabilimenti e d'intraprese commerciali non può, non deve essere l'opera del governo.

Il governo non si fa speculatore, non può divenire commerciante e industriale.

Non bisogna dimenticare quali sono le funzioni proprie dello stato, né debbono confondersi e scambiarsi col compito esclusivamente riservato all'iniziativa e all'industria dei privati.

Funzione dello stato in questa materia è anzitutto preparare e facilitare; creare i mezzi, promuovere le esplorazioni, i viaggi, le scoperte; raccogliere tutte quelle notizie che possono servire di utile guida ed incitamento al nostro commercio e ai privati capitalisti: in secondo luogo, moltiplicare gli scali, i depositi, gli sbocchi, i mercati, i centri di consumo, e rimuovere poi gli ostacoli, con opportune stipulazioni internazionali, alla libertà della navigazione e dei commerci, d'accordo colle altre nazioni civili.

Finalmente è funzione, è debito del governo coprire della propria efficace protezione e tutela gl'interessi nazionali, quando siano stati creati dalla libera attività del popolo italiano, in paesi o territori stranieri (...).

Rimane, o signori, ancora da aggiungersi un'ultima condizione non meno essenziale, ed è che questi tentativi, quando possono farsi col concorso degli accennati criterii, debbano tuttavia per noi cominciar sempre modesti; debbano essere, per ora almeno, contenuti in tali limiti, che siano proporzionati ai nostri mezzi finanziari, si ché non possa mai in avvenire farsi rimprovero al governo di aver cagionato, per somiglianti iniziative, lo squilibrio delle nostre finanze, e un pericolo pel nostro credito, che abbiamo bisogno di rendere sempre più solido (...).

Dunque, o signori, conchiudiamo.

L'Italia, secondo i convincimenti del ministero, non può escludere interamente dal suo programma una saggia e moderata politica coloniale; deve bensì intraprenderla non con vani e pomposi tentativi, ma consigliati da fondate speranze di utilità economiche; deve farla serbando rispetto ai diritti degli altri stati, senza eccedere i limiti delle funzioni proprie dello stato, né invadere il campo dall'attività privata, e da ultimo aborrendo da ogni dispendiosa avventura, dall'espore il paese a complicazioni, a conflitti, al di squilibrio delle sue finanze, alla rovina del suo credito (...).

EDUARDO ROZO ACUÑA

INELEGIBILIDAD E IRRELEGIBILIDAD EN EL DERECHO PUBLICO LATINOAMERICANO¹

SOMMARIO

1. *Preliminares sobre el tema en América Latina.* 2. *Inelegibilidad e irrelegibilidad en México y Centroamérica;* 2.1. México. 2.2. Costa Rica; 2.3. El Salvador; 2.4. Guatemala; 2.5. Honduras; 2.6. Nicaragua; 2.7. Panama. 3. *Inelegibilidad e irrelegibilidad en los Países de la Comunidad Andina;* 3.1. Venezuela; 3.2. Colombia; 3.3. Ecuador; 3.4. Perú; 3.5. Bolivia. 4. *Ineligibilidad e irrelegibilidad en los Países del Mercosur;* 4.1. Argentina; 4.2. Brasil; 4.3. Chile; 4.4. Uruguay; 4.5. Paraguay. 5. *Conclusiones.*

1. Sin tener que entrar en los temas de los conceptos y de la evolución² de las instituciones de la inelegibilidad³, irrelegibilidad⁴ y de la incompatibilidad⁵ porque ya han sido tratados, en forma exhaustiva y de gran manera y contenido, en el texto guía del Seminario preparado por el Prof. Eloy García, *Irregibilidad, Inelegibilidad e Incompatibilidad Parlamentaria: consideraciones acerca de los artículos 23 y 70 de la Constitución y de las razones políticas de la prohibición de ser reelegido*, y considerando que muy probablemente el prof. Giuseppe Cordini se ocupará del tema según la experiencia constitucional de la República Italiana, este borrador trata de presentar la actual situación de la temática en el constitucionalismo vigente de América Latina. Más específicamente se trata de hacer ver como son las tendencias más recientes del derecho público latinoamericano en cuanto se refiere al tema de la elección y prohibición de reelección para cargos de representación popular en el subcontinente americano.

De entrada hay que precisar que estas consideraciones se hacen en relación con el Jefe de Estado y de Gobierno – Presidente de la República – y de las Instituciones Legislativas nacionales – Congreso o

¹ Ideas presentadas en el Seminario INEGIBILIDAD Y PENSAMIENTO REPUBLICANO: EL PROBLEMA DE LA IRREGIBILIDAD, Vigo-Bayona, 20 y 21 de Octubre 2006, organizado por el Prof. Eloy García de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Vigo.

² Ver texto guía del prof. Eloy García pp 1 a 5.

³ ELOY GARCÍA, *idem*, pp. 7 a 11.

⁴ ELOY GARCÍA, *idem*, pp. 14 a 16.

⁵ ELOY GARCÍA, *idem*, pp. 11 a 14.

Asambleas Nacionales Legislativas – de los sistemas presidenciales en América Latina. En este contexto, seguramente hay que considerar no la tendencia sino las dos últimas tendencias iuspublicistas, pues es demostrable que buena parte de países latinoamericanos, después de haber resurgido del período de los regímenes dictatoriales militares y civiles de los años 70s e 80s del siglo XX, plasmaron en sus constituciones normas muy rígidas contra la reelección presidencial, como lo demuestran los textos constitucionales de los años 90s o sus reformas. En la actualidad, los mismos países experimentan un período de regreso a la constitucionalización de la reelección especialmente presidencial, como lo indica el caso colombiano del 2004-06. Pero es oportuno pasar más concretamente al tema en el área de México y Centroamérica, y luego a la de los países de la Comunidad Andina de Naciones y del Mercosur.

2.1. México

Como se sabe de la historia constitucional, los Estados Unidos Mexicanos desde su Constitución de 1917⁶, después de largas experiencias de presidentes rielectos que desembocaban generalmente en regímenes autocráticos, ha reafirmado la prohibición permanente de reelección del Presidente de la República. En otros términos constitucionalmente está prescrito que quien haya ocupado o desempeñado, a cualquier título, la Presidencia de la República no podrá jamás volverla a ocupar o desempeñar. En efecto según la Constitución mexicana en vigencia desde 1917 prevede que el Presidente sea elegido por sufragio popular directo y a una sola vuelta para un período de 6 años y que el ciudadano que haya desempeñado dicho cargo, elegido popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo pueda volver a desempeñar ese puesto (art. 83). Un mandato relativamente largo – seis años – es suficiente e consentir la reelección sería según la experiencia mexicana volver a abrir las puertas a experiencias dictatoriales tristemente famosas. Para la opinión docta y pública, la defensa a ultranza del derecho electoral ciudadano pasivo no justifica el riesgo de acabar con la democracia, al menos de aquella formal, electoral e consecuentemente se practica la no elegibilidad del funcionaria que ya ha ocupado el cargo.

La misma prohibición existe para los miembros del Congreso de la

⁶ Última reforma incorporada: DOF 27 de Septiembre de 2004.

República solo que en esta ocasión la prohibición es solo para el período o mandato inmediatamente sucesivo: los senadores y diputados al Congreso de la Unión, que duran en sus cargos respectivamente seis (6) y tres (3) años, no pueden ser reelectos para el período inmediato. Los suplentes pueden ser reelectos para el período inmediato siempre que no hubiesen estado en ejercicio; pero los senadores y diputados propietarios no podrán ser electos para el período inmediato con el carácter de suplentes (art. 59). Con esta norma constitucional de absoluta no reelección de parlamentarios para el período siguiente, ni siquiera como suplentes, se está de frente a una posición de doctrina constitucional y de opinión política que considera inoportuna y desaconsejable la reelección parlamentaria porque es fuente más de poder de, por y para el reelegido que de poder del, por y para pueblo.

Según el contexto histórico, social y político en el cual se aplican estas normas de inelegibilidad e irrelegibilidad presidencial y parlamentaria, la mayor parte de mexicanos consideran que se deben seguir practicando, lo contrario llevaría a una mayor disfuncionalidad del actual sistema político.

Vale la pena recordar que la Constitución mexicana prohíbe también la reelección para el mandato sucesivo de los Gobernadores y de los miembros de los Congresos – representantes – de los Estados federados (art. 116).

2.2. Costa Rica

La Carta constitucional costarricense en vigencia desde 1949⁷, prevé, primero que todo, un órgano legislativo monocameral cuyos miembros, los diputados, son elegidos directamente por el pueblo para un mandato de cuatro años y no pueden ser reelegidos en forma sucesiva (art. 107).

En lo que se refiere al Presidente de la República la misma Constitución prescribe su elección, para un mandato de cuatro (4) años, popular directa y por una mayoría que supere el 40% del total de los sufragios válidamente emitidos, contrariamente se repite la elección. Al mismo tiempo la Carta prohíbe para siempre la reelección de Presidente

⁷ Con las Reformas de 1954, 1956, 1957, 1958, 1959, 1961, 1963, 1965, 1968, 1969, 1971, 1975, 1977, 1981, 1982, 1984, 1987, 1989, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.

para quien haya ejercido la Presidencia a cualquier título y durante cualquier lapso de tiempo y de Vicepresidente para quien hubiese ejercido la Vicepresidencia en los doce meses anteriores a la elección (art. 132). En el caso de Costa Rica teóricamente quien haya sido Presidente de la República podría ser candidato a los demás cargos de elección popular, pues no existe la prohibición constitucional.

Del mismo modo hay que señalar, a diferencia de la experiencia mexicana, que los Alcaldes y Regidores municipales si pueden ser reelectos sucesivamente pues no existe prohibición constitucional.

Es posible que el constitucionalismo mexicano haya ejercido una cierta influencia en la materia en la región centroamericana, como en el caso de Costa Rica y de otras experiencias del área, como adelante se comprobará. Es cierto que hasta la fecha no se ha presentado ningún tentativo o propuesta de cambiar las mencionadas disposiciones constitucionales, lo que parece significar que la opinión pública y los partidos políticos, especialmente, no sienten la necesidad de aportar cambios al respecto.

2.3. *El Salvador*

Según la Constitución de este país, promulgada en 1983 y en vigencia actualmente con las últimas reformas de los años 90s (la última es del año 2000), los miembros del legislativo monocameral, Asamblea Legislativa, los diputados, son elegidos directamente por el pueblo para períodos de tres años y con posibilidad de ser reelegidos.

En cambio, en lo que concierne al Presidente de la República, la elección es popular directa y con el sistema de mayoría absoluta o a doble turno, para un período de cinco años, y existe la prohibición constitucional de la reelección presidencial: no puede ser candidato a Presidente de la República quien haya desempeñado por más de seis meses consecutivos, o durante el período inmediatamente anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial (art. 152). La norma deja de este modo abierta la puerta a la reelegibilidad de los expresidentes o de quienes hayan ejercido tales funciones pero solo después de que haya pasado otro mandato constitucional de cinco años.

2.4. República de Honduras

El Texto Constitucional de esta República⁸ prevé que la elección de los diputados miembros del Congreso, como se llama el órgano legislativo monocameral, sean elegidos por sufragio universal directo para un período de cuatro (4) años y que puedan ser reelectos sin ninguna limitación.

En cuanto al Jefe del Poder Ejecutivo, el Presidente de la República, está prevista su elección popular directa y, a diferencia de las anteriores experiencias, no se requiere la mayoría absoluta o la doble vuelta sino que se hace según el sistema electoral de mayoría simple de votos. Honduras en la materia de estudio no se aparta de los ordenamientos constitucionales anteriores y va más allá ya que no consiente y prohíbe de la manera más radical la releabilidad del Presidente de la República y castiga duramente hasta la propuesta de reforma constitucional en esta materia: El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que la apoyen directa o indirectamente cesarán inmediatamente en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedará inhabilitado por diez años para el ejercicio de toda función pública (art. 239). Como se puede apreciar, la norma constitucional de la no releabilidad del Presidente de la República es parte no reformable de la Constitución.

2.5. Guatemala

También este país centroamericano, según su Carta Fundamental del 1985 y la principal reforma de 1993⁹ tiene un legislativo monocameral, el Congreso de la República, cuyos miembros, los diputados, son elegidos por el voto popular directo para un período de cuatro años y posibilidad de ser reelegidos sin limitación.

En cuanto se refiere al Presidente de la República, es elegido direc-

⁸ La Constitución hondureña es de 1982 pero ha tenido muchas reformas en los períodos de 1982 al 1989; de 1990 a 1999 y del 2000 al 2005. En total se le han hecho 22 enmiendas, prácticamente una cada año con la excepción de 1983.

⁹ En 1998 se hizo una gran reforma constitucional que fue sometida a referéndum popular con resultado negativo de tal manera que ha quedado en vigor la Constitución del 85 hasta la reforma del 93.

tamente por el pueblo según el sistema de mayoría absoluta o doble vuelta, para un mandato de cuatro (4) años que no es prorrogable. Al igual que en la experiencia analizada de El Salvador, la persona que ejerza la Presidencia o Vicepresidencia al momento de hacerse la elección para dicho cargo no puede optar al cargo de Presidente de la República o de Vicepresidente. Tampoco quien la hubiere ejercido durante cualquier tiempo dentro del período presidencial en que se celebren la elecciones (art. 186). Es muy probable que las experiencias constitucionales en materia de irrelegibilidad presidencial de México y los otros países del área aquí considerados, hayan marcado la experiencia guatemalteca.

2.6. República de Nicaragua

Según la Constitución de este país en vigencia desde 1987¹⁰, el Poder Legislativo está representado por una institución monocameral, como en las otras experiencias centroamericanas, llamada Asamblea Nacional y sus noventa diputados son de elección popular directa para un período de cinco (5) años y posibilidad de reelección sin algún límite.

El Presidente de la República de elección popular directa, según el sistema electoral de mayoría de no menos del quarenta y cinco por ciento (45%) de la totalidad de los votos válidos emitidos, lo que quiere decir que en la práctica se aplica el doble turno o ballotage. La prohibición de la reelegibilidad es muy clara como en todas las anteriores experiencias. En efecto, la Constitución prescribe que no pueden ser candidatos a Presidente ni a Vicepresidente de la República el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúan la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales. El Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiese ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente (art. 147). La prohibición constitucional de reelegibilidad presidencial del Nicaragua en parte es igual a la de otros países analizados, con la excepción de México, Honduras, Guatemala y Costa

¹⁰ Hasta la Ley No. 520 de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 18 de febrero de 2005.

Rica¹¹, pues admite la relegibilidad de quien haya sido Presidente de la República pero solo después de haber transcurrido un mandato presidencial. Sin embargo se aparta pues prohíbe la posibilidad de reelección por más de dos veces en la vida. Este ordenamiento muestra la influencia, pero solo en la prohibición de más de dos mandatos presidenciales, de los Estados Unidos¹².

2.7. La República de Panamá

Su Constitución del 1972 con las reformas del 1978, 1983 y 1994, también prevé un legislativo monocameral, la Asamblea Legislativa, cuyos miembros son elegidos para períodos de cinco años y con posibilidad de reelección sin límites.

En cuanto al Presidente de la República, elegido también directamente por el pueblo para un mandato de cinco años y según el principio de mayoría simple. A diferencia de todas las experiencias anteriores, la Constitución panameña prescribe la relegibilidad para el mismo cargo de todo ciudadano que haya sido elegido Presidente o Vicepresidente de la República en los dos períodos presidenciales inmediatamente siguientes. Esta norma recuerda la que se aplicó en Venezuela de 1961 a diciembre de 1999, que disponía que los ex Presidentes podían ser nuevamente elegidos Presidentes pero dejando pasar dos mandatos presidenciales

Como se ha podido demostrar en México y toda América Central se prohíbe la relegibilidad de los expresidentes: en México y Costa Rica de por vida, en las demás experiencias solo después de haber dejado pasar un mandato presidencial o dos como en el caso de Panamá. Para los legislativos se admite la reelección con excepción de las experiencias de México y Costa Rica.

3. Los Países de la Comunidad Andina han reformado profundamente sus Cartas Constitucionales en la década de los 90s, hasta el

¹¹ Los ordenamientos jurídicos de estos países la excluyen para los expresidentes de la manera más absoluta: de por vida.

¹² En los Usa se admiten solo dos mandatos seguidos, en Nicaragua los dos mandatos consentidos constitucionalmente no pueden ser seguidos sino intercalados y nunca más de dos.

punto que en algunos casos han cambiado completamente sus constituciones, como ha sucedido en la experiencias de Colombia de 1991 y Venezuela de diciembre de 1999. Entre los cambios constitucionales realizados en la Comunidad Andina de Naciones ciertamente está la parte importatísima, objeto del seminario que nos reúne en la histórica ciudad de Bayona, y que son tema de estos comentarios, la inelegibilidad y la errelegibilidad de los cargos de representación popular, más precisamente la Jefatura del Estado y del Gobierno y los Congresos o Asambleas Legislativas.

3.1. La República Bolivariana de Venezuela¹³, como ya anotado cambió completamente su Constitución de 1961 por un nuevo texto redactado por una Asamblea Constituyente y aprobado con referendun por el pueblo venezolano en diciembre de 1999. Este texto, en la materia de discusión, comportó algunas reformas. En primer lugar y en lo que se refiere al Presidente de la República, en la Constitución de 1961 se disponía que este alto funcionario, elegido directamente por el pueblo, según el principio de mayoría simple o a una sola vuelta, para un período de cinco años, no podía ser reelegido ni desempeñar dicho cargo dentro los diez (10) años siguientes a la terminación de su mandato, es decir, después de dos mandatos presidenciales. (art. 185).

La nueva Constitución, en vigencia desde diciembre 1999, en esta materia no modificó la elección según el principio de la mayoría simple o a una sola vuelta, pero sí cambió la duración del mandato que de cinco pasó a seis (6) años. También modificó la norma de la irrelegibilidad durante los diez años siguientes al ejercicio del mandato, disponiendo la posibilidad de la reelección para el período inmediatamente siguiente y por una sola vez (art. 230). Salta a la vista la conexión que sin duda hubo entre el tipo de gobierno – Chavista – y el tipo de reforma efectuada en la materia. En otras palabras, por cerca de cuarenta años, en Venezuela no se sintió la necesidad de aumentar el mandato presidencial – cinco años ya eran suficientes y superiores a la media de los mandatos presidenciales en Sur América – y mucho menos de constitucionalizar la reelección inmediata. Subiendo Chávez a la Presidencia, sin duda alguna un líder populista, de inmediato propuso y propició, con éxito, como era previsible, estos cambios. Chávez ya fue obviamente reelegido una vez y como la Constitución excluye la reelegibilidad por

¹³ Este es el nuevo nombre que la Constitución da al país, recordando, rescatando y reafirmando el legado iuspolítico de Simón Bolívar.

más veces, parece que se estudia la posibilidad de reforma constitucional en esta materia.

En lo que respecta a la Institución legislativa, el texto de 1961 preveía un Congreso bicameral – Senado y Cámara – elegido popularmente para períodos de cinco años e posibilidad de reelección sin límites de veces (art. 148, 151 y 135). La nueva Constitución ha instituido una legislativo monocameral, la Asamblea Legislativa, sin modificar la elección popular, ni el mandato quinquenal, pero si modificando la reelección sin límites de veces. En efecto la nueva norma dispone que los Diputados, miembros de la Asamblea Legislativa, no pueden ser reelegidos por más de dos (2) períodos o mandatos consecutivos – art. 192 –.

Se note la disparidad de tratamiento que la Constitución da al Presidente y a la Asamblea Legislativa. Por lo general, el mandato de las cámaras o de aquella de representación popular, tiene la misma duración del mandato presidencial, como era también en Venezuela hasta 1999. Ahora el mandato del Presidente es de un año más largo, con todo lo que implica en cuanto al poder presidencial para influir en las nuevas elecciones legislativas. La no reelección de los diputados de la Asamblea Legislativa por más de dos legislaturas es decir diez años contrasta también con la reelección del Presidente que en suma puede ejercer el cargo por 12 años seguidos.

3.2. La Republica de Colombia tuvo una Constitución que duró de 1886 a 1991, obviamente con sus diferentes reformas, pero en lo esencial un solo texto. Esta Carta consentía la reelección presidencial. En efecto, el Presidente era elegido directamente por el pueblo según el sistema mayoritario simple para un mandato de cuatro (4) años con posibilidad de ser reelegido indefinidamente, como los senadores y representantes a la Cámara (art. 94 y TítuloXI dedicado al Presidente). Históricamente se puede constar que la reelección indefinida de Cámara y Senado lo mismo que de Presidente produjo en Colombia una élite política muy cerrada, prácticamente una oligarquía. Esta situación llevó a que los Constituyentes de 1991 pensaran por lo menos en cambiar la norma de la reelección presidencial, pues senadores y representantes siguen siendo reelegibles indefinidamente para períodos de cuatro años (art. 132). El texto del 1991¹⁴, como se decía, modificó la reelegibilidad presidencial prohibiéndola en modo permanente e imponiendo la mayo-

¹⁴ Que ha sido reformado en 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

ría absoluta o la doble vuelta para ser elegido Presidente: El Presidente de la República es elegido para un período de cuatro (4) años (al igual de la cámaras), por la mitad más uno de los votos válidos de los ciudadanos (art. 190). No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiese ejercido la Presidencia. La prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante su cuatrenio (art. 197).

La anterior norma de prohibición de la reelegibilidad presidencial duró hasta el 2004, es decir hasta cuando un presidente populista y por lo tanto con aspiraciones a permanecer en el poder, propuso la reforma constitucional de la materia y no para que entrara en vigencia después de su mandato sino para ser aplicada inmediatamente en su caso personal, como en efecto lo fue en el 2006¹⁵. El nuevo artículo 197 ha quedado así: Ninguno puede ser elegido Presidente de la República por más de dos mandatos.

3.3. Ecuador tiene vigente su constitución, también redactada por una Asamblea Constituyente, desde 1998, con la última reforma del 2002. En lo relacionado con el tema, este texto prevé la elección popular de miembros del Congreso, órgano compuesto de una sola cámara, cuyos miembros son los diputados, que tienen un mandato de cuatro (4) años y son reelegibles indefinidamente (art. 127).

El Presidente de la República ecuatoriano, es elegido directamente por el pueblo con el principio de la mayoría absoluta o doble vuelta¹⁶, para un mandato de cuatro años, ésto es, igual que el Congreso. Contrariamente a lo previsto actualmente en la mayor parte de constituciones latinoamericanas, en Ecuador no existe la prohibición de la reelección presidencial, ni siquiera después del segundo mandato, pu-

¹⁵ El Presidente Alvaro Uribe se posesionó por primera vez en agosto del 2002 y según el artículo constitucional 197 no podía ser reelegido. Como presidente hizo aprobar la reforma constitucional del mencionado art. 197 para permitir la reelección, Acto de reforma no. 2 del 2004 y en agosto del 2006 volvió a jurar por segunda vez como presidente de Colombia. Ya en estos días se comienza a insistir en la necesidad de otra reforma constitucional, de parte del gobierno, para volver a cambiar el art. 197 en el sentido de borrar el impedimento de la reelección por segunda vez y consentir a Uribe una tercera presidencia.

¹⁶ La segunda elección no es necesaria si el candidato con más votación obtiene más del 40% de los votos válidos y una diferencia mayor de diez (10) puntos sobre el segundo.

diéndose afirmar que su ordenamiento ha seguido fiel a la tendencia constitucional latinoamericana anterior a la época de las dictaduras.

3. 4. La República de Bolivia presenta una Constitución en vigencia desde 1967 pero con varias reformas, siendo la última la del año 2005¹⁷. Según este texto, el poder legislativo le corresponde al Congreso, que en esta experiencia es bicameral: Senado y Cámara. Sus miembros, Senadores y Diputados, son elegidos por votación popular directa para un período de cinco años (arts. 60 y 65) y son reelegibles indefinidamente (art. 57).

El Presidente de la República es elegido por sufragio popular directo por cinco años, como el Congreso, y su mandato no es prorogable. En otros términos, está prohibida la reelección presidencial pero no de manera permanente, como era en Colombia antes de la reforma de Uribe del 2004, sino solo para el mandato presidencial inmediatamente sucesivo. Transcurrido por lo menos un mandato, los ex presidentes pueden volver a ser elegidos presidentes (art. 87).

3.5. La República del Perú durante el gobierno de Fujimori en 1993¹⁸ cambió la Constitución de 1979 y en la materia de este estudio dispone un Legislativo, el Congreso que es monocameral, cuyos cientoventa miembros son popularmente elegidos para un período de cinco años. Esta prevista la reelección de los congresistas en forma indefinida (art. 90)

El Presidente de la República peruana es actualmente elegido por sufragio universal y directo según el principio de la mayoría absoluta o doble vuelta. Su mandato es de duración igual a la del Congreso, cinco (5) años, y sin posibilidad de reelección inmediata. Transcurrido otro período presidencial, como mínimo, los ex presidentes pueden volver a buscar la reelección.

Este cambio corresponde a la reforma del año 2000¹⁹, pues el texto de 1993 consentía la reelección para el período presidencial adicional inmediatamente sucesivo, luego del cual se debía dejar pasar un

¹⁷ Actualmente se encuentra en labores de reforma constitucional una Asamblea Constituyente elegida por el pueblo a mediados del 2006 y se espera que antes de terminar el año presente un texto constitucional nuevo para ser sometido a referendun popular.

¹⁸ La Constitución peruana de Fujimori de 1993 ha tenidos importantes reformas en el 2000, 2002 y en el 2005.

¹⁹ Ley constitucional N° 27.365 del 5 de noviembre de 2000.

mandato presidencial, como mínimo, para poder ser nuevamente reelegido (viejo art. 112).

4. Los Países del Mercosur reciben este nombre no solo por estar situados en el sur del subcontinente americano sino por hacer parte de la organización de países que aspiran a lograr su integración económica y política, según el modelo inicial del Mercado Común Europeo, y que precisamente se llama Mercosur.

4.1. La República Argentina hizo en 1994 una gran reforma de su antigua Constitución de 1853 y como se puede constatar también comprendió los temas de la religibilidad e ineligibilidad. En la parte del Poder Legislativo, representado por el Congreso bicameral, Senado y Cámara de Diputados, con mandatos o períodos diferentes considerando el carácter federal del Estado argentino. En efectos los senadores reciben con la elección un mandato de seis años y los diputados uno de cuatro. Tanto los unos como los otros son reelegibles en forma indefinida (arts. 50 y 56).

Tanto el Presidente como el Vicepresidente de la República son elegidos directamente por el pueblo con mayoría absoluta o doble vuelta, pero si la fórmula más votada en la primera vuelta obtiene el 45% de los votos válidos emitidos, es declarada vencedora de la Presidencia y de la Vicepresidencia sin necesidad de segunda vuelta. Igualmente si obtiene más del 40% y una ventaja sobre la segunda fórmula de 10% (arts. 94 y 96). En cuanto a la reelección presidencial el texto del 1994 reformó el sistema vigente hasta entonces²⁰, disponiendo que tanto el Presidente como el Vicepresidente son reelegibles y pueden sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargo, sino en el intervalo de un período (art. 90). Con esta norma, quien es presidente pueden se-

²⁰ Históricamente el orden constitucional argentino había dispuesto que el Presidente y el Vicepresidente tuviesen un mandato de seis años sin poder ser reelegibles sino con un intervalo de un mandato o período. El gobierno Menem en 1994 cambió el sistema reduciendo el mandato a cuatro años y permitiendo la reelección inmediata. Como nota al margen, se puede recordar que en el federalismo de Argentina las constituciones de los Estados federados no admiten la reelección de los gobernadores ni de los vicegobernadores pero después de la reforma constitucional nacional de 1994 hay una cierta tendencia hacia su aceptación.

guir siendolo con una reelección y quienes han sido reelegidos si dejan pasar un mandato pueden volver a ser elegidos.

4.2. La República Federal de Brasil supera el largo y duro período de la dictadura militar con la elección democrática del Presidente Tancredo Neves, quien murió antes de tomar posesión del cargo, tomando su puesto el Vicepresidente Jose Sarney quien hizo posible la elección de una Asamblea Constituyente que redactó una nueva Constitución que fué promulgada en 1988 y sigue en vigencia hasta nuestros días²¹. Según este texto, el poder legislativo se encuentra representado por el Congreso Nacional, formado por la Cámara de Diputados, elegidos popularmente para mandatos de cuatro (4) años y por el Senado Federal cuyos senadores son elegidos en número de tres por cada Stado federado y por el Distrito Federal con un mandato de ocho años. Tanto los senadores como los diputados son reelegibles en forma consecutiva e indefinidamente (arts. 44-46).

El Presidente – con el Vicepresidente de la República – es elegido directamente por el pueblo según el sistema de mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos o doble vuelta o elección en caso de que ningún candidato la obtenga. Con la reforma constitucional de 1994²², el mandato del Presidente fue disminuído de cinco (5) a cuatro (4) años con la prohibición de la reelección para el período subsiguiente (art. 82). Esta prohibición fué cancelada con reforma constitucional²³ y actualmente el mandato presidencial, siempre de cuatro años, es renovable por una sola vez y en forma consecutiva

4.3. La República de Chile no obstante la dictadura de Pinochet del momento, puso en 1980 en vigencia su nueva constitución que todavía hoy permanece vigente²⁴. Según este texto, la rama legislativa del poder la representa el Congreso bicameral, Senado y Cámara de Diputados. Los senadores son elegidos popularmente para un manda-

²¹ Con las reformas de 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

²² Enmienda constitucional de revisión n° 5, de 1994.

²³ Enmienda constitucional n° 16, de 04 de junio de 1997: “§ 5° O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente”.

²⁴ Con las Reformas de 1989, 1991, 1997, 1999, 2000, 2003 y 2005.

to de ocho (8) años²⁵ y los diputados por cuatro (4), con la posibilidad de ser reelegidos indefinidamente.

Según el texto de Pinochet, el Presidente de la República es elegido por votación popular directa y con mayoría absoluta de los votos válidos y si ningún candidato obtiene dicha mayoría se repite la elección entre los dos candidatos que hayan obtenido más votos – ballottage –. El mandato presidencial hasta el 2005 era de seis (6) años y no podía ser reelegido para el período presidencial sucesivo. Con la Ley constitucional 20.050 del 2005, el período presidencial fué disminuído a cuatro (4) años pero se mantuvo la prohibición de reelegibilidad para el mandato inmediatamente sucesivo (art. 25).

4.4. La República Oriental de Uruguay tiene hoy vigente su Constitución de 1967²⁶. El poder legislativo lo representa el Congreso compuesto de Cámara de Diputados y de Senadores y sus miembros, elegidos directamente por el pueblo, reciben un mandato igual de cinco (5) años y pueden ser reelectos indefinidamente.

Por lo que respecta al Presidente de la República – y el Vicepresidente –, la Carta constitución prevé su elección popular directa a mayoría absoluta de votos y en su defecto, la segunda vuelta o elección entre los candidatos que recibieron más votación. El período presidencial es de cinco años y no puede ser renovado sucesivamente, en otras palabras, la Constitución prohíbe la reelección para el mandato inmediatamente sucesivo de manera que los expresidentes deben dejar pasar cinco años para poder volverse a presentar como candidatos presidenciales y eventualmente ser nuevamente elegidos Presidentes de la República (art. 152).

4.5. El Paraguay tiene su última Constitución vigente desde 1992 que, en cuanto al poder legislativo se refiere, instituye un Congreso bicameral, Cámara de Senadores y Cámara de Diputados, elegidos directamente por el pueblo para un período de cinco (5) años y con reelegibilidad ilimitada (art. 187).

El Presidente de la República y el Vicepresidente también son ele-

²⁵ El Senado se renueva alternadamente cada cuatro años, una vez los que representan las regiones impares y la siguiente aquellos de las regiones pares y de la Región Metropolitana.

²⁶ Incluyendo las reformas aprobadas por referendun el 26 de Noviembre de 1989; 26 de Noviembre de 1994; 8 de Diciembre de 1996 y 31 de Octubre de 2004.

gidos popular y directamente, con mayoría simple o a una sola vuelta, para un mandato improrogable de cinco (5) años (art. 229). No pueden ser relectos in ningún caso. El Vicepresidente puede ser elegido Presidente para el período sucesivo, solo si renuncia a su cargo seis meses antes de las elecciones generales, pero quien haya ejercido la Presidencia por más de doce meses no puede ser elegido Vicepresidente de la República ni, obviamente, Presidente (art. 229).

Se nota en el texto paraguayo la influencia de la Constitución colombiana de 1991, pero a hoy existe una gran diferencia: que los paraguayos no han modificado la norma de la irrelegibilidad presidencial, como si lo hicieron los colombianos en el 2004.

5. Conclusiones

5.1. En primer lugar hay que precisar que el o los problemas de la inelegibilidad e irrelegibilidad del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno se presentan especialmente en los sistemas presidenciales, no solo porque en estos sistemas la organización del poder ejecutivo es monocrática, es decir, un solo funcionario es titular de las dos jefaturas, sino, además, porque este funcionario es de origen electoral popular directo. Este alto dignatario del Estado es el Presidente de la República. Sin embargo, hay que anotar lo sin que tenga influencia en el tema de estas consideraciones, el Presidente en los sistemas presidenciales también puede ser elegido popularmente en forma indirecta, como sucede en los Estados Unidos de América. En estas condiciones por fuerza, al teminar el mandato para el cual fué elegido el Presidente, se presenta la cuestión de la reelegibilidad o elegibilidad, es decir, la proroga o la posibilidad de revocación del mandato presidencial. Como se ha podido comprobar anteriormente con los casos analizados, en el derecho público se pueden presentar cuatro formas de solución de la cuestión: a) se admite la reelección inmediata e indefinida; b) se admite la reelección inmediata por una sola vez; d) se admite la reelección per no inmediata sino después de haber dejado transcurrir el mandato sucesivo; e) se prohíbe terminantemente la reelegibilidad o elegibilidad por más de un mandato.

En los sistemas parlamentarios el ejecutivo es bicrático, bifurcado, bifronte o bicéfalo, es decir, existen bien distintos y separados dos funcionarios: el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno. Los problemas de la inelegibilidad e irrelegibilidad del Jefe de Estado y del Jefe de

Gobierno en el parlamentarismo se presentan casi exclusivamente con el primero, el Jefe del Estado, pero sólomente en las Repúblicas parlamentarias. En este caso, el Presidente de la República-Jefe de Estado puede ser – la actual tendencia es a que lo sea – elegido directamente por el pueblo, aunque en algunos países, como Italia, es elegido en forma indirecta por un colegio electoral compuesto por los miembros del parlamento y por electores en representación de las entidades territoriales. La tendencia constitucional en el parlamentarismo es a consentir la reelegibilidad o elegibilidad del Jefe de Estado, aunque el mandato sea casi siempre largo, como en el caso de Italia que es de siete años.

Obviamente si el parlamentarismo funciona en un contexto de monarquía constitucional, el Jefe de Estado es el monarca y en este caso el problema en estudio no se presenta por el carácter hereditario y vitalicio de la institución.

Con relación al Jefe de Gobierno el problema no se presenta, pues como se sabe, en el parlamentarismo, los primeros ministros o presidentes de los consejos de gobierno no son elegidos por votación directa del pueblo, sino que son los jefes del partido, o de la alianza de partidos, que detenta más de la mayoría absoluta de votos en el parlamento en sus dos cámaras, si hay bicameralismo y este es perfecto, o en la cámara política, es decir en la que decide sobre el voto de confianza al gobierno. El Gobierno, y su Jefe, en el sistema parlamentario no tiene un mandato fijo o perentoriamente fijado por las normas o, por lo menos, tiene un mandato que no solo puede durar todo el período del Parlamento – generalmente cinco años – sino que al renovarse este órgano, si el mismo partido o alianza de partidos mantiene sus mayorías parlamentarias, el Gobierno y su Jefe prorogan su mandato *ipso facto*, como históricamente nos lo enseñan, hasta la fecha, las esperiencias parlamentarias europeas occidentales de la segunda postguerra.

5.2. Los sistemas presidenciales de América Latina presentan una variedad de soluciones constitucionales al problema de estudio, como en efecto se ha podido constatar en la reseña que antecede a estas conclusiones, de México a la Argentina, pasando por Centro América, por el Istmo de Panamá y por los países Andinos. Como ya dicho, se encuentran todas las cuatro formas de solución del problema:

a) Se admite la reelección inmediata e indefinida, así sea en un solo caso que es el de la Constitución de la República del Ecuador.

b) Se admite la reelección inmediatamente consecutiva por una sola vez, como en gran parte de las experiencias constitucionales consideradas, como actualmente sucede en Colombia, Venezuela, Argentina, Brasil.

c) se admite la reelección pero no para el período sucesivo inmediato sino después de haber dejado transcurrir el mandato sucesivo, como previsto por las constituciones de Bolivia, Chile, Uruguay, Panamá y Perú.

d) se prohíbe terminantemente la releabilidad o elegibilidad por más de un mandato, como en las importantes experiencias constitucionales de México, Costa Rica, Guatemala y Paraguay y como lo fué en la Constitución colombiana de 1991 al 2004-06. Mas aún, la experiencia de Honduras va más allá, como ya indicado pero que merece ser repetido por ser verdaderamente singular, ya que no consiente y prohíbe de la manera más radical la releabilidad del Presidente de la República y castiga duramente hasta la propuesta de reforma constitucional de esta materia. En efecto, la Carta prescribe que el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado y quien quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que la apoyen directa o indirectamente cesarán inmediatamente en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedará inhabilitado por diez años para el ejercicio de toda función pública.

5.3. Respecto del poder legislativo la mayor parte de los casos analizados admiten la reelección de los miembros de las cámaras con las excepciones de México, desde 1917, Costa Rica desde 1943 y Venezuela con la entrada en vigencia de la Constitución de diciembre 1999, cuyos ordenamientos constitucionales prohíben la releabilidad de los legisladores para el período inmediatamente sucesivo.

5.4. Las experiencias constitucionales comparadas aquí, no han sido el fruto de la casualidad o del deseo de seguir una moda, sino que han respondido de manera directa y precisa a la historia política y social de los respectivos países. Si México persiste todavía hoy desde 1917 en la absoluta no releabilidad del Jefe del Estado y del Gobierno es debido en gran parte a que en el pasado vivió las esperanzas de presidentes que usaban el poder para perpetuarse en él, rompiendo de esta manera los principios fundamentales de la alternación, del cambio y renovación de la clase política, sin los cuales no es posi-

ble la democracia, por lo menos la electoral o formal. Pero además, en México la prohibición absoluta de la reelegibilidad presidencial y sucesiva o inmediata de los miembros del Congreso se debe al fenómeno de la corrupción. Como es conocido, el poder es utilizado no solo para el logro de los fines del Estado sino que, de manera frecuente, sirve para fines personales, familiares y de grupo, particularmente para aumentar las propias riquezas personales. México, en este contexto, ha visto en la no reelección de sus presidentes un instrumento para lograr que el tiempo que tienen a su disposición para acrecentar sus fortunas personales sea el menor posible, el mínimo, es decir, un solo mandato, en modo tal que las posibilidades de corrupción también sean bien limitadas en el tiempo.

No es muy traído de los cabellos pensar que los argumentos y explicaciones de la no reelegibilidad de presidentes y miembros del Congreso de México también sean los mismos de aquellos países que, como se ha visto no son pocos, han decidido encontrar medios normativos, constitucionales porque son más difíciles de cambiar, para impedir la reelección de sus ejecutivos gobernantes.

5.5. Las razones de los constituyentes colombianos de 1991 para prohibir la reelección en manera permanente, hay que buscarlas en el inmediato pasado histórico de los años 50s a la fecha de la nueva constitución, que muestra una élite política apropiada del poder político en forma absoluta mediante pactos de alternación en el poder y distribución paritaria de todos los cargos públicos. No admitir la reelegibilidad en cierto modo era romper con ese poder cerrado de la élite. Sin embargo, como ya explicado, esta experiencia de no inelegibilidad de los expresidentes duró un poco más de un decenio, en concreto solo tres mandatos presidenciales, pues ahora vuelve a quedar en vigencia la reelegibilidad del Presidente.

5.6. La lucha contra el caciquismo y el clientelismo, causas primarias de muchos de los males que se padecen en en la mayor parte del subcontinente americano, han justificado y explicado la tendencia constitucional a prohibir la reelección presidencial. Es cierto que esta medida no es suficiente, ya que debe ser acompañada de otros cambios fundamentales, como por ejemplo, la construcción de un verdadero sistema de carrera administrativa y judicial que esté basado en el mérito, en el conocimiento y profesionalización de las funciones. Sin embargo, la irregibilidad e inelegibilidad pueden ser un paso impor-

tante hacia mayor garantía de la regla de oro de la democracia que es la igualdad de oportunidades. Cuando el Presidente en ejercicio es candidato, en verdad, gran parte de la igualdad ciudadana queda sin vigencia.

5.7. En el período histórico que sigue al de las dictaduras, es decir de los años 90s a hoy, en América Latina, en general, se vive una tendencia constitucional de limitaciones del presidencialismo tradicional, que concretamente se ha realizado dando más poderes de control al legislativo sobre el ejecutivo, como lo demuestra el hecho que en la mayor parte de las constituciones vigentes se haya previsto el voto de censura contra los ministros y contra el gobierno; la limitación temporal y en la materia de los poderes extraordinarios del ejecutivo; la prohibición de la delegación de poderes legislativos al ejecutivo y hasta la revocación del mandato presidencial, como previsto en el texto venezolano de 1999. Dentro de esta tendencia, una forma de aplicar limitaciones y controles al ejecutivo ha sido ciertamente la prohibición de la releabilidad y elegibilidad de los expresidentes o de manera absoluta o para el período sucesivo, como se ha podido comprobar en la mayor parte de las experiencias constitucionales analizadas en estas observaciones.

5.8. Con base en las consideraciones anteriores es difícil ser contrarios o estar en desacuerdo con la funcionalidad, conveniencia y oportunidad de las normas constitucionales que prescriben la irrelegibilidad y la inelegibilidad de los presidentes, de los jefes del poder ejecutivo, particularmente en el contexto histórico, político, social y económico de América Latina.

FABIO SCIGLIANO

SPUNTI PER UNA RICONSIDERAZIONE
DEL PRINCIPIO CANONISTICO
“EX NUDO PACTO ORITUR ACTIO”

SOMMARIO

1. Status quaestionis relativo ai semplici accordi negoziali. 2. L'affermazione del principio ex nudo pacto oritur actio nell'ordinamento canonico. 3. Patto o promessa? Il fondamento dell'obbligo. 4. Il problema della causa. Obbligatorietà intrinseca o fattori esterni? 5. (segue) La promessa fra diritto e morale: inseparabilità dell'obbligazione di coscienza dall'obbligazione giuridica. 6. Il rimedio processuale. 7. Considerazioni conclusive.

In un recente saggio dedicato al rapporto tra finzioni, metafore e linguaggio, si legge che «“dare la parola” è una metafora del linguaggio comune, non una finzione. Il fenomeno esiste, esso avviene nel mondo delle cose e nel mondo del diritto»¹.

Tale metafora, che si colloca sul piano di una impossibile fisicità, vede nella parola una cosa assimilabile all'oggetto di una dazione². Pertanto, la promessa, quale impegno della propria condotta³, sembra postulare che in essa qualcosa venga data: la parola⁴. «Nel “dare la parola” è allora la antichissima struttura culturale della consegna di un simbolo di se stessi; il *verbum* esce dalla mia bocca e reca con sé lo spirito di chi ha parlato. Il *pneuma* dei Greci è spirito, ma è anche fiato. Dando la parola do me stesso, do me stesso in pegno, dunque mi impegno. La parola data è nuda [...] questa nudità ne segna, al tempo stesso, la forza e l'intima fragilità»⁵.

¹ M. LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni: la «parola data»*, in *Rivista di diritto civile* 2002 (XLVIII), p. 582. L'autore giunge a questa affermazione partendo dalla constatazione empirica che le parole esistono solo nell'attimo in cui sono dette e che se ne possono fermare gli effetti nel tempo in tre modi: pronunciandole dinanzi a dei testimoni; legandole a una forma documentale; semplicemente con il “dare la parola” (p. 579-580).

² Ivi, p. 580-581.

³ A. DI MAJO, *Promessa Unilaterale (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, p. 33.

⁴ “Il pegno certamente è oggetto di un dare. [...] La correlazione fra pegno e impegno postula che nell'impegno qualcosa venga dato: la parola”, M. LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni* cit., p. 582.

⁵ *Ibidem*.

Queste considerazioni dimostrano come la tematica della promessa e del patto rimane, sotto diversi aspetti, un'ipotesi di studio ancora interessante⁶; ma, soprattutto, suggeriscono quanto ancora si possa riflettere e indagare all'interno della promessa per coglierne il suo significato più intimo. In questa direzione, una più attenta considerazione della teoria canonistica sulle obbligazioni da promessa può rappresentare un prezioso contributo in ragione di quella logica dell'«impegno» di cui si è evocata la portata⁷.

⁶ Ne è convinto, per esempio, E. CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, Milano 2002, il quale pur riferendo questa osservazione, in particolare, alla promessa unilaterale, afferma che “nuova, o per meglio dire, inedita ne è semmai la collocazione sempre più centrale tra i congegni dell'autonomia privata per il governo di rapporti di contenuto patrimoniale” (p. 11). Fra le ricerche più recenti si possono citare da un lato quella di P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano 1997, il quale sottolinea sotto il profilo filosofico l'importanza del concetto di promessa presente almeno nel suo aspetto metagiuridico e sociale in tutte le società organizzate; dall'altro suscita maggiore interesse il lavoro di A. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Milano 1992, il quale osserva attentamente che in tutti gli ordinamenti, anche quelli che storicamente hanno conosciuto un importante sviluppo del valore della promessa – come quello canonico – nonché i sistemi di *common law*, considerano la promessa obbligatoria giammai in virtù di una sua qualità intrinseca ma, piuttosto, per effetto di un elemento estrinseco che si aggiunge ad essa conferendole, nella prospettiva di un dato ordinamento, forza obbligatoria. Più di recente sono stati pubblicati due importanti studi riguardanti lo sviluppo della dottrina sui patti nella tradizione romanistica del diritto intermedio: R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano 2001, che, nell'analizzare lo sviluppo del fenomeno pattizio nel “sistema” di diritto comune esula dal considerare le teorie che negli stessi anni furono avanzate dalla dottrina canonistica e, da ultimo, E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»: l'elaborazione medievale in materia di «pacta»*, in *Rivista di Diritto Romano*, II, 2002, p. 441-482, il quale, prendendo spunto dal lavoro del Volante, analizza attentamente gli spunti della dottrina medievale classica che portarono, in seguito, a ridosso del cinquecento, alla formazione delle categorie generali negoziali quali la causa. In particolare, lo stesso Stolfi, nel soffermarsi sulla portata del titolo del volume di Volante, in cui sono evocati concetti che non appaiono compiutamente trattati nell'opera, rileva come la richiamata idea di “sistema” non pare ancora attuale nel periodo storico analizzato mentre del “diritto comune” appare omessa nella sua trattazione una sua componente fondamentale: il diritto canonico (cfr. p. 477-479).

⁷ I primi studi sulle obbligazioni da promessa in diritto canonico risalgono alla fine dell'ottocento (L. SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nordlingen 1881; C. KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock 1882) per poi proseguire a ridosso degli anni '30 del secolo scorso (F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris 1928; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*,

1. Status quaestionis relativo ai semplici accordi negoziali

In diritto romano i *pacta* non rientravano nello schema delle *causae obligationum* e la loro inefficacia era sancita dal principio *ex nudo pacto actio non nascitur* (principio che rende meglio l'idea nella formula *nuda pactio obligationem non parit*)⁸.

Questa regola, che vide attenuarsi nel tempo la sua rigidità⁹, nel-

Paris 1933; M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935); ma il merito più grande nell'avere individuato i profili essenziali della regola canonica "*ex nudo pacto oritur actio*" così come delineati dalla dottrina classica, spetta sicuramente al FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1937, p. 115-200 e allo stesso BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano 1964.

⁸ "Il principio fondamentale del sistema contrattuale romano [...] è che *ex nudo pacto non oritur actio*, intendendo per *nudum pactum* quello che non sia stato versato in una *stipulatio*, né integri, sul piano del *ius civile*, una delle fattispecie tipiche di contratto, né rientri nei casi in cui il pretore concede un'*actio honoraria*", M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990², p. 607.

Pertanto, l'efficacia obbligatoria era riconosciuta soltanto ai "contratti" in quanto rispondenti a una causa tipica e per ciò tutelabili per mezzo di un'azione (cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1962, p. 183-187; G. DIÓSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema* in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, LXXIV (1971), p. 89-106; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 501 e ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1992⁹, p. 769 e ss.; A. BURDESE, *Patto (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, p. 708-711; C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, in *Opere*, III, Milano 1929; E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit.).

Tuttavia il termine *contractus* utilizzato dai Romani non deve far pensare a una sua assimilazione al moderno concetto di contratto. La parola *contrahere* esprime il fatto di obbligarsi e, cioè, il contrarre l'obbligazione, intesa, però, quest'ultima non come assunzione di un obbligo nei confronti di qualcuno a compiere una data prestazione ma come *iuris vinculum*, come uno *status* caratterizzato dalla privazione della libertà personale (in senso astratto). Esso valeva, dunque, in una accezione negativa che indicava la cessazione di uno stato di libertà preesistente. Il senso tutto romano di *obligatio*, rilevante sotto il duplice profilo del debito e della responsabilità, è riassunto nella nota definizione di Fiorentino "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*"; per un'attenta trattazione del tema cfr. E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955.

⁹ Una prima attenuazione della regola in questione si ebbe in età classica con l'intervento del diritto pretorio che prevedeva una tutela più o meno ampia per determinate figure pattizie (*pactum de non petendo*; *pacta adiecta*). In un certo senso queste figure negoziali potevano ritenersi progressivamente tipizzate per effetto di un ricono-

l'età di mezzo rimase pressoché inalterata anche se, con la nascita dello *studium* bolognese, la dottrina civilistica rielaborò il principio sulla base di nuove premesse. Si cominciò a vedere il patto non più come una figura negoziale posta al margine dell'autonomia privata ma come il prototipo generale di accordo che, a seconda degli elementi estrinseci che lo rivestivano e della causa che lo assisteva, assumeva una determinata efficacia giuridica¹⁰.

Nella stessa epoca il contributo della canonistica rappresentò un fondamentale momento di continuità e di grande innovazione nello svolgimento dei patti nudi e, più in generale, delle obbligazioni da promessa¹¹. In questa fase storica lo sviluppo del concetto dell'obbligazione na-

scimento da parte del *ius honorarium* il quale andava allargando le ipotesi di tutela a partire dal celebre editto che così sanciva: "*Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebis scita, senatus consulta, decreta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*" (Ulpiano, D. 2, 14, 7, 7). Sul punto cfr. C. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta in Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Verona, 27-28-29 IX 1948, III, Milano 1951, p. 333 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 606 e ss.; A. GUARINO, *Diritto privato* cit., p. 941 e ss.

In seguito, in età giustinianea, le costituzioni imperiali sancirono l'efficacia giuridica delle *conventiones legitimae* (*pactum dotis, pactum donationis, compromissum*) così denominate nella giurisprudenza medievale (D. 2, 14, 6, Paul. 3 *ad ed.*: "*Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur*"). Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 607.

¹⁰ In questa evoluzione dottrinale trovarono spazio le teorie sul concetto di "causa" che vedevano un suo svolgimento sia in senso statico (*causa naturalis/causa civilis*) sia in senso dinamico (*causa impulsiva/causa finalis*) nonché, in considerazione della riconosciuta valenza centrale del patto quale mero accordo di volontà, l'elaborazione dell'idea del "patto causale", cioè del negozio che per essere tale e per produrre un minimo di effetti sul piano giuridico doveva sempre essere assistito da una causa. Queste teorie furono ulteriormente affinate e portarono, successivamente, all'articolazione di un apparato di *vestimenta*, espressione della *causa civilis*, comprensivi, oltre che delle originarie quattro *causae obligationis*, anche della *cobaerentia contractus* e dell'*interventus rei*. Per un approfondimento di questa tematica si segnalano F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959, p. 213-310; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano 1962, p. 183-255; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico della cultura privatistica moderna. Il Cinquecento*, Torino 1997, p. 31-94; R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico* cit., p. 21-55, 99-194, 294-313; E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 441-461.

¹¹ Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 261 e ss.

turale svolse un ruolo determinante nell'affermazione del principio canonistico della piena efficacia del patto nudo e della promessa. La *ratio peccati* e la *ratio scandali* rappresentavano per i canonisti i motivi centrali nell'efficacia dei patti nudi: essi consideravano, infatti, il dovere di osservare la promessa non semplicemente come dovere morale ma come autentica regola giuridica¹². In virtù di questa costruzione venne concessa al patto nudo (non più così inteso in senso acausale ma in senso antiformalistico)¹³ un'azione o, più esattamente, l'azionabilità¹⁴ come sembrava suggerire il brocardo *ex nudo pacto oritur actio*.

Con questa formula la tradizione storica del diritto canonico ci ha tramandato un principio contrapposto a quello vigente in diritto civile che, invece, tutelava solo quei patti che, muniti di un *vestmentum*, erano assistiti da una *causa civilis*. Secondo il diritto canonico, dunque, non importava che un patto fosse o meno provvisto di una *causa civilis*; ogni accordo, ogni promessa era espressione di un'obbligazione naturale e questa rappresentava una ragione sufficiente perché nell'ordinamento canonico venisse accordato a sua tutela uno strumento processuale diretto¹⁵.

Le ragioni indicate dalla storiografia moderna a sostegno della supposta contrapposizione fra il principio civilistico e quello canonisti-

¹² Chi non osservava i patti commetteva peccato, comprometteva la salute spirituale della propria anima (*ratio peccati*) e turbava l'equilibrio morale della società dei fedeli (*ratio scandali*); ma, in ultima analisi, violava un precetto di diritto divino naturale che imponeva di essere fedeli alla parola data. Cfr P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 149-152; P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 154-156.

¹³ E. CORTESE, *La norma giuridica* cit., p. 196-199; A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 120.

¹⁴ In diritto canonico non era necessaria l'*editio actionis*, né nel libello, né successivamente in corso di causa ("nos autem secundum canonicam aequitatem incedentes dicimus quod nec in libello, nec in processu necesse est exprimere actiones", *Liber Extra*, de *appellationibus*, II, 28) ma si riteneva sufficiente la semplice esposizione del fatto, ovvero, della *causa agendi* quale equipollente dell'*actio* ("*actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur [...] sed secundum canones exponimus actiones id est causam*", *Liber Extra*, II, 1, 6). Cfr. P. S. LEICHT, *Il nome dell'azione nei decretisti e nei decretalisti*, in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, II, Milano 1949, p. 383-392.

¹⁵ In tal senso, particolarmente preziosa appare l'osservazione di Santi Romano che, di fronte alla tendenza ad assimilare l'obbligazione naturale al dovere morale, intende recuperare la sua originaria concezione non confondibile con l'obbligazione morale. L'obbligazione naturale, egli afferma, "è un'obbligazione giuridica perfetta e completa, qualora la si valuti rispetto ad un suo proprio ordinamento, mentre, quando la si trasporta nell'ordinamento civile, questo non la riconosce se non parzialmente", SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, p. 155-159.

co sono diverse e appaiono a volte in contrasto fra loro. Esse vanno dalla reazione del diritto canonico al formalismo negoziale romano¹⁶ alla valutazione dell'ingresso dei motivi etici e religiosi in materia negoziale¹⁷; dalla valutazione di fattori che vedevano nell'interessamento della Chiesa alla materia in questione e ai rapporti temporali in genere un tentativo di correzione *de iure canonico* del diritto secolare¹⁸ al semplice rilievo che la scienza canonica aveva elaborato una teoria coerente con le caratteristiche proprie e con i principi dell'economia spirituale della Chiesa¹⁹.

Nell'ottica di queste interpretazioni sembrano cadere in secondo piano le premesse extragiuridiche, peculiari del diritto canonico, che hanno determinato l'obbligatorietà della promessa²⁰. In tal senso, lo

¹⁶ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 20.

¹⁷ F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 263-264; P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 149. In tal senso il Roberti vede nel pensiero patristico il contributo determinante per lo sviluppo successivo del principio canonistico (*L'influenza cristiana* cit., p. 95).

¹⁸ P. BELLINI, *L'obbligazione da promesse* cit., p. 374-391. Nel sostenere il nuovo principio i canonisti non volevano rinnegare la regola affermata dai civilisti e, quindi, contrapporsi ad essi; soltanto hanno voluto dimostrare la possibilità di tutelare, nell'ambito del *foro ecclesiae*, con determinati strumenti processuali, certe pretese negoziali basate sulla sola obbligazione naturale. Il tutto nell'ottica della complementarità del diritto canonico rispetto all'ordinamento secolare, espressione, essa, di quell'unità e armonia caratterizzante l'ordine – e non il sistema – giuridico medievale. Sotto questo profilo si rivelano illuminanti le considerazioni di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari 1995, il quale parla del medioevo giuridico come “esperienza giuridica unitaria [...] che nutre nel suo seno una infinità di ordinamenti, dove il diritto – prima di essere norma e comando – è ordine, è ordine sociale [...]. Dunque, una esperienza giuridica per molteplici ordinamenti giuridici, dove la dimensione giuridica è tanto forte e centrale da rappresentare l'autentica costituzione dell'universo medievale”, p. 29-35.

¹⁹ F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 276-277; P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 172, 175, 183.

²⁰ Non a caso Andrea D'Angelo afferma che la promessa non è mai in sé efficace ma necessita dell'ausilio di un elemento ulteriore ed estrinseco (D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 189 e ss.); allora può essere utile e chiarificatore indagare fino in fondo quali sono le “ragioni” che hanno determinato il principio della obbligatorietà della semplice promessa; ragioni che andranno ricercate non solo nelle elaborazioni della dottrina classica ma anche e soprattutto negli argomenti del pensiero teologico medievale. Si tratta di una necessità avvertita di recente da E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 478-479, il quale, circa l'indagine su questo tema, richiama l'attenzione per una sua ampia contestualizzazione storica in cui si dia il giusto rilievo ai “rapporti con la teologia e la logica coeva [e] alla relazione fra certe scelte di fondo e gli orientamenti che andavano delineandosi nell'ambito del diritto canonico”.

stesso Bellini, in un'importante ricerca monografica del 1964, aveva denunciato l'insufficienza della dottrina moderna nella definizione del significato del principio canonistico "*ex nuda promissione oritur actio*". A suo parere non sarebbero stati differenziati sufficientemente gli aspetti giuridici da quelli etici; non si sarebbe valutato fino in fondo il ruolo del diritto divino naturale nel suo sviluppo e, di conseguenza, non sarebbero stati chiariti i problemi del fondamento e della sanzione dell'obbligazione da promessa²¹.

Nelle pagine seguenti si cercherà di approfondire gli aspetti del fondamento dell'obbligatorietà giuridica della promessa e del rimedio processuale per la realizzazione di essa, riconducendone l'efficacia ai principi dell'ordinamento della Chiesa. A tal fine sembra necessario non limitarsi all'analisi delle dottrine dei principali canonisti del periodo classico ma risalire agli spunti che le fonti bibliche e il pensiero patristico fornivano loro.

2. L'affermazione del principio *ex nudo pacto oritur actio* nell'ordinamento canonico

Mentre il diritto romano-civile continuava ad affermare la regola della inefficacia delle obbligazioni da semplice promessa (nel senso che derivando da esse una obbligazione naturale si poteva concedere soltanto una tutela processuale negativa per mezzo di una *exceptio*), fra i canonisti trovavano spazio argomentazioni che portarono ad affermare, specialmente nella decretalistica, la regola "*ex nudo pacto oritur actio*".

La sua genesi, però, non appare come un fenomeno improvviso né, del resto, come una presa di posizione o, quanto meno, una reazione agli insegnamenti – apparentemente antitetici – della dottrina civilistica ma, piuttosto, trovava un antecedente storico già nella patristica che, pur non occupandosi in termini giuridici e formali della realizzazione della promessa, si interessò direttamente e specificamente del "dovere" di tener fede alla parola data in osservanza ai vari precetti biblici²².

²¹ Si vedano le considerazioni introduttive di P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 1 e ss.

²² Il dovere di osservare il voto o promessa fatta a Dio e la condanna della men-

Fra i Padri della Chiesa che si occuparono di questo tema dal punto di vista evidentemente morale si può ricordare Clemente Alessandrino che negli *Stromati* affermava: “il giusto non ha bisogno di confermare col giuramento la parola data, poiché per il cristiano è un obbligo assoluto di mantenere coi fatti quanto è stato pattuito e convenuto, altrimenti sarebbe spergiuro e mentitore”²³; sulla stessa linea si pongono altri autori cristiani come Atanasio, Giovanni Crisostomo, Tertulliano, Cipriano, contrari all’uso di confermare col giuramento la promessa, pratica questa del tutto inutile poiché, secondo l’insegnamento cristiano – in particolare, secondo l’insegnamento evangelico di Matteo – la parola deve essere comunque mantenuta²⁴.

Il dovere di mantenere la semplice promessa è sostenuto, inoltre, da Ambrogio quando afferma che “*non solum itaque in contractibus, sed etiam generaliter in omnibus dolus abesse debet, aperienda simplicitas, intimanda veritas est*”²⁵. A questo dovere egli ammette solo una deroga quando la causa della promessa sia turpe: “*Purum igitur ac sincerum oportet esse affectum [...] nihil promittat inhonestum, ac si promiserit tolerabilius est promissum non facere, quam facere quod turpe sit*”²⁶.

Anche Agostino si pone sulla linea della patristica tradizionale, ma oltre a considerare il *mendacium* quale effetto della mancata osservanza della parola data, alla base del dovere di osservare la promessa pone il concetto di *fides*, fino ad affermare, nel *De Mendacio*, “*Fides*

zogna sono temi ricorrenti in vari passi della Bibbia che rappresentano un importante momento di riflessione del pensiero patristico. Alcuni di questi passi biblici si riferiscono specificamente al *votum* (*Numeri*, XXX, 3-13; *Deuteronomium*, XXIII, 24; *Psalmi*, LXXXVIII, 35); altri, invece, fanno esplicito riferimento alla promessa di Dio (*Genesis*, XVII, 2-9; *Deuteronomium*, IV, 13; *Deuteronomium*, VII, 9; *I Regum*, VIII, 23-24); altri ancora alla menzogna (*Psalmi*, V, 6-7; XI, 3-4; *Sapientia*, I, 11). Merita, infine, di essere indicato un celebre passo del Vangelo di Matteo che tratta del giuramento (*Matthaeus*, V, 33-37). Cfr. ROBERTI, *L'influenza cristiana* cit., p. 102-109. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 118 e ss., 123-125, sostiene che l'affermazione (o, meglio, il riconoscimento) del nuovo principio non ebbe nessun fondamento legislativo ma fu opera della dottrina canonica.

²³ CLEMENTE ALESSANDRINO, *Stromati*, VII, 8, 51 in MIGNE, P.G., IX, p. 471.

²⁴ S. ATANASIO, *De Passione et Cruce Domini* (MIGNE, P.G., 28, c. 188); G. CRISOSTOMO, *Comm. in S. Mathaei Evangelium*, 17, c. 5, v. 37 (MIGNE, P.G., 57, col. 261); TERTULLIANO, *De idolatria*, II (MIGNE, P. L., I, col. 751); *Apologeticum*, 28 (MIGNE, P.L., I, col. 499); CIPRIANO, *Test. adv. Jud.*, II, 12, (MIGNE, P. L., 4, col. 770).

²⁵ *De officiis ministrorum*, 3, 10, in MIGNE, P. L., XVI, 173.

²⁶ *Ibidem*, 3, 12.

enim appellata est in lingua latina ex eo, quia fit quod dicitur"²⁷. Il dovere di fedeltà alla parola data si fonda in Agostino sull'esempio di Dio fedele alla sua promessa: "*Deus tibi dicit: non te delinquam, non te deseram. Deus promittit et dubitas? Promisit, scripsit, cautionem fecit: esto securus*"²⁸.

Il dovere di mantenere la promessa deve essere osservato benché il suo oggetto sia di poco valore, come si evince dal *De Bono Coniugali*: "*Etsi enim esigua palea prae multo auro pene res nulla est; fides tamen cum in negotio paleae, sicut in auro sincera servatur, non ideo minor est quia in re minore servatur*"²⁹.

Come si può agevolmente osservare, a sostegno della promessa veniva invocato nei Padri della Chiesa un motivo di ordine morale che non corrispondeva a un semplice sentimento di dovere, ad un astratto dovere di coscienza, ma a una ragione di ordine spirituale che trovava il suo fondamento nella Scrittura e, quindi, nella legge rivelata da Dio. Anche se esulava dalla Patristica il compito di affermare l'obbligatorietà della promessa attraverso un vero e proprio principio giuridico non può nemmeno negarsi che queste argomentazioni abbiano influito sullo sviluppo della tradizione romanistica in materia di patti contribuendo a un progressivo sgretolamento del formalismo negoziale e della stessa regola "*ex nudo pacto nulla oritur actio*"³⁰.

²⁷ *De Mendacio*, 20, 41, in MIGNE, P. L., 40, 515.

²⁸ S. AGOSTINO, *Sermones*, 177. "*Fiat ergo quod promissum est et infirmorum corda sanentur*" si afferma solennemente nell'*Epistola* 126, dove Agostino ricorda a Pliniano la santità del giuramento esortandolo ad adempierlo (*Epistolae*, 126, n. 14).

²⁹ S. AGOSTINO, *De Bono Coniugali*, 4, in MIGNE, P. L., vol. 40, col. 376.

³⁰ Il che giustificerebbe in parte la progressiva attenuazione dell'originaria regola romanistica e l'ammissione, soprattutto per intervento delle costituzioni imperiali, di nuove figure pattizie, in età giustiniana, assistite da una tutela processuale piena. Cfr. ROBERTI, *L'influenza cristiana* cit., p. 88-89; C. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta* cit., p. 335 e ss.

In verità, la dottrina dei Padri della Chiesa ebbe un ruolo determinante non solo nello sviluppo di molteplici istituti del diritto canonico fra cui, appunto, il diritto delle obbligazioni, ma si inseriva fortemente nel quadro delle stesse fonti del diritto canonico. Numerosi frammenti patristici sono direttamente inseriti già nelle prime collezioni canoniche e, in particolare, nel *Decretum* di Graziano che considerava l'opinione dei Padri equipollente a quella dei papi e dei concili; ma anche nel panorama del nuovo diritto delle Decretali la dottrina patristica continuava a caratterizzare le fonti non più direttamente ma attraverso l'influenza esercitata sull'opera del legislatore e del giudice. Cfr. G. LE BRAS, *La doctrine, source des collections canonique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gényn*, I, Paris, Librairie du Recueil Sirey 1935, p. 69-76.

Di autentico principio giuridico nel diritto della Chiesa si può parlare solo a partire dall'XI secolo, in concomitanza con lo sviluppo di una scienza del diritto canonico. Essa, infatti, poteva giovare sia del contributo delle argomentazioni giuridiche offerto dalla glossa civilistica, sia delle importanti innovazioni che la scienza teologica aveva apportato allo sviluppo del pensiero medievale³¹. In particolare, attraverso un proprio apparato di fonti tradizionali costituito dal *Decretum* di Graziano e dal nuovo diritto del *Liber Extra* di Gregorio IX³², si poté

³¹ Soprattutto in termini di metodo scientifico. Sulla riscoperta del metodo dialettico da parte di Abelardo e della sua applicazione alla scienza dei canoni da parte di Graziano cfr. C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003², p. 90-100; A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio, diritto e natura nel secolo XII*, Torino 1997, p. 91 e ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma 1997, p. 197-200; D. COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, in *Studia Gratiana*, II, 1954, p. 155-156.

³² Nel *Decretum* alcuni canoni richiamavano i temi della promessa e del giuramento e affermavano il dovere e la necessità di adempiervi: "*Quicumque suffragio cuiuslibet aliquid ecclesiasticae utilitatis providerint, et pro eo quodcumque commodum in remuneratione promiserint, promissi solutionem eos absolvere oportebit, ita ut ad concilium comprovinciale deferatur, ut forum conventu confirmetur, quia (sicut Paulus ait) dignus est mercenarius mercede sua*" (Ca. XII, qu. 2, c. 66); "*Quia Iohannes quondam decessor tuus sepius a nobis expetit, ut ea, que in monasterio illo contulerat, quod iuxta ecclesiam S. Apollinaris ipse construxerat, nostra debuissimus auctoritate firmare, et hec facturos nos esse promisimus, fraternitatem vestram necessarium previdimus adhortandam, ut nichil de his, que illic contulit atque constituit, aliquo modo patiatur inminui, sed omnia firma stabilitate studeat servari. Huius igitur monasterii et collectarum illic rerum quia in testamento, quo condidit, fecisse noscitur mentionem, sciendum vobis est, non voluntatem, sed quia hoc ei (sicut diximus) viventi promisimus. Hec itaque omnia sic sollicitate fraternitas vestra implere festinet, quatinus et que in suprascripto monasterio constituit et a nobis sunt firmata servantur, et illa, que in dampno dari vel fieri per testamentum suae decreverit ecclesiae nullam, prohibente lege, obtineant firmitatem*" (Ca. XII, qu. 5, c. 3); "*Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quo verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, divini iudicii pena dampnatur, dicente Scriptura: Os, quod mentitur, occidit animam. Quisquis ergo verum loquitur, iurat, quia scriptum est: Testis fidelis non mentitur*" (Ca. XXII, qu. 5, c. 12).

Nel *Liber Extra*, invece, compare un apposito titolo dedicato ai patti (TITULUS XXXV, DE PACTIS) in cui assumono particolare rilevanza i seguenti capitoli: "*Antigonius episcopus Madaurensis dixit: Gravem iniuriam patior, et credo, dolere sanctitatem vestram contumeliam meam et computare communem iniuriam. Optantis quum se repraesentaret, pactum mecum habuit et divisimus [plebes; manuscriptiones nostrae tenentur et pittacia. Contra hoc pactum circuit plebes mihi attributas, et usurpat populos, ut*

operare una sintesi fra le forme e strutture giuridiche di derivazione romanistica e i contenuti dell'etica cristiana che tanto caratterizzava la società di quei tempi³³.

Il principio in esame si trova affermato già nella decretistica: in progressione graduale Paucapalea, Ugucione da Pisa e Giovanni Teutonico, nel commentare i passi del *Decretum*, sostenevano la giuridicità del dovere di osservare la promessa e individuavano in maniera univoca uno strumento processuale di tutela anche se non assimilabile a un'*actio*³⁴.

*illum patrem, me vitricum nominent. Gratus episcopus dixit: Factum hoc dolendum est] ut in se illicitat populorum imperitorum animas contra disciplinam, contra evangelicam traditionem, contra pacis placita. Nam si id sibi posse contingere arbitraretur, numquam profecto in fratrem aliquis deliquisset. Unde aut inita pacta sua obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohiberit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur" (X, I, 35, c.1); "Qualiter in Sardinia [minores vel pauperes ab eis, qui illic maiores sunt, opprimantur, reverendissimi fratris nostri Dominici Carthaginensis episcopi atque eminentissimi filii nostri Innocentii praecepti epistolae testantur, a quibus, ut quae nobis scripta sunt noveritis, ipsarum vobis epistolarum exemplaria praevidimus transmittenda. Et ideo quia ea, quae petenda sunt, offerentur]. Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur" (X, I, 35, c. 3); "Pactiones factae a vobis, ut audivimus, pro quibusdam spiritualibus obtinendis, quum in huiusmodi omnis pactio omnisque conventio debeat omnino cessare, nullius penitus sunt momenti. Quod etiam de aliis est dicendum, quae observatae vergunt in animae detrimentum. Nam etiam iuxta legitimas sanctiones pactum turpe, vel rei turpis aut impossibile de iure vel de facto, nullam obligationem inducit" (X, I, 35, c.8). Come ha opportunamente osservato il Fedele, "la semplice lettura di questi testi fa subito manifesto, a chiunque la compia senza pregiudizi di sorta, che la idea di una obbligazione perfetta, munita, cioè, di azione, nascente da nudo patto, è del tutto ignota al diritto canonico" (P. FEDELE, *Considerazioni cit.*, p. 123).*

³³ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale cit.*, p. 109 e ss.; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, p. 161 e ss.

³⁴ Paucapalea, nel commentare il canone *Iuramenti*, non si discosta particolarmente dal testo che, anzi, sembra riferire pedissequamente e non pare andare oltre l'affermazione del dovere di osservare la promessa: "*Iuramenti huiusmodi causa est quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quo verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, id est vult, ut verum et iustum loquamur ac iuremus. Verum loquitur iurat id est: ita iustam locutionem ut iustum iuramentum debet servare*" (*Summa*, 99). Ugucione da Pisa sostiene, invece, con maggiore decisione l'idea dell'obbligatorietà della semplice promessa non solo attraverso il richiamo della *ratio peccati* quale fondamento dell'obbligo ma anche ponendo l'attenzione dell'interprete sull'aspetto sanzionatorio; a tal proposito, considerando la regola civilistica della non azionabilità dei patti nudi, giunge a sostenere per il diritto canonico non la necessità di un'azione ma la possibilità di dedurre il fatto oggetto di controversia e invocare l'intervento del giudice (*imploratio officii iudicis*). Si legge, in-

Successivamente i decretalisti svilupparono con maggiore precisione il suddetto principio, anche con uno sguardo più attento alla posizione dei civilisti³⁵, al punto che cominciava a delinearsi in seno ad essa una *communis opinio*³⁶. Fra questi canonisti interessante si rivela

fatti, nella glossa *Oportebit absolvere* al canone *Quicumque suffragio*: "*Licet stipulatio non intervenerit obligatur enim nuda promissione saltem et si non civiliter unde tenetur ad promissum persolvendum. [...] Nota quod observantiam Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel aliter firmatam promissionem [...]. Sive ergo interveniat stipulatio sive non, promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum, si potest. Et est argumentum contra episcopos qui beneficia promittunt quibusdam clericis et postea conferunt illa aliis. Sed numquid de tali nuda promissione potest clericus conqueri episcopo? Et dic quod sic nisi forte notetur ambitionis. Sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio? Sed non exigitur ut semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis ut ille cogat adsolvendum promissum*" (testo riportato in ROUSSIER, *Le fondement* cit., Appendice I, p. 237). Infine, Giovanni Teutonico sostiene l'idea di una vera e propria obbligazione nascente dalla promessa a tutela della quale ipotizza la possibilità di esperire la *condictio ex canone Iuramenti* e l'*imploratio officii iudicis* (glossa *Promissi solutionem* al canone *Quicumque suffragio*: "*Obligatur ergo quis nudis verbis promittendo... Sed numquid cui promittitur agere potest. Sic, condictione ex illo canone iuramenti vel proponat factum et imploret iudicis officium*"). Tuttavia, egli ritiene che l'ipotesi contemplata dal canone commentato non configurasse un patto nudo bensì un patto vestito (il che dimostra la sua conoscenza della teoria civilistica dei *vestmenta*) il cui *vestmentum*, espressione della *causa promittendi*, era costituito dalla *remuneratio laboris*, ovvero, dall'avvenuta prestazione di una parte secondo lo schema dell'*interventus rei* ("*Immo haec non habent hic locum quia hic sufficit causa promittendi et vestitum fuit pactum*"). Questo, dunque, il *vestmentum* cui il Teutonico, probabilmente, si riferiva, come sembra suggerire la glossa *Quicumque* all'omonimo canone: "*Aliqui sustinuerunt labores pro ecclesia aliqua: praelatus illius ecclesiae promisit aliquid illis pro remuneratione laboris sui: terram scilicet vel aliquid aliud: postea volebat solvere promissum: unde quaesitum fuit in Concilio Toletano utrum ad hoc possit compelli de iure*", (glossa pubblicata in J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., Appendice II, p. 239).

³⁵ Com'è noto, molti decretalisti erano anche dottori di diritto civile, come Baldo degli Ubaldi e lo stesso cardinale Ostiense. Cfr. J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, II, p. 123-129.

³⁶ Sulla *communis opinio canonistarum* cfr. P. G. CARON, *La "communis sententia doctorum" nel diritto canonico*, Camerino 1972 (estratto da *Annali della facoltà giuridica*, Camerino, vol. 38, 1972); P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 145-152; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 172-174.

Tuttavia, non meno suggestive si rivelano le teorie di canonisti più "moderati", come Sinibaldo de' Fieschi, che proponevano soluzioni più aderenti alla tradizione delle fonti canonistiche. Così, il Roussier annovera fra i primi Goffredo da Trani, Bernardo da Parma, Vincenzo di Beauvais, l'Ostiense, Guido da Baisio, Giovanni d'Andrea; fra gli altri, Abbas Antiquus, lo Zabarella, Vincenzo di Spagna e Giovanni da Imola (*Le fondement de l'obligation* cit., p. 172-174); analogamente il Fedele, dopo

la posizione espressa, anche per la sua particolare autorità, dal Cardinale Ostiense³⁷.

Nella sua trattazione, i temi del peccato e dell'obbligazione naturale costituiscono ancora il nucleo centrale della teoria canonistica sul principio *ex nuda promissione oritur actio*³⁸. Dal patto nudo e dalla

aver indicato alcuni autori appartenenti alla *communis opinio* ritiene appartengano al secondo filone canonisti come Innocenzo IV, lo Zabarella e Giovanni da Imola (*Considerazioni* cit., p. 153-167).

³⁷ Canonista di fama indiscussa e civilista allo stesso tempo, Enrico da Susa acquistò una preparazione profonda in ogni campo della scienza giuridica che gli valse il titolo di *monarcha iuris utriusque*. Inoltre, nella sua opera [*Summa Aurea*] egli non si limita a riproporre quanto affermato dalle diverse dottrine ma compie una sintesi di esse mostrando maggiore chiarezza e distinguendo elementi fino ad allora confusi. Cfr. P. G. CARON, *Ostiense (Enrico da Susa)* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, p. 283-285; J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen* cit., vol. II, p. 123-124; K. PENNINGTON, *Enrico da Susa* in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XLII, 1993, p. 758-763. Il pensiero dell'Ostiense si caratterizza nel panorama canonistico classico per la sua particolare autorità, come confermato da Guglielmo Durante il quale nel *proemium* allo *Speculum Iudiciale* riferisce al cardinale Ostiense e a Innocenzo IV il merito di aver portato alla perfezione la *teorica iuris* (V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli 1969, p. 121-122).

³⁸ Nel commento ai capitoli del titolo *De Pactis* l'Ostiense richiama spesso il tema del peccato: "[...] *Etenim in psalmista. Quae procedunt de labis tuis non facies irrita. Quia inter simplicem loquelam et iuramentum non est differentia apud Deum, xxvj, q. v. iuramenti [...]*" (In *primum Decretalium librum Commentaria*, tit. *De Pactis*, cap. *Antigonus*, n° 2, Venetiis 1631, f. 177); "[...] *Tamen secundum canones etiam ex nudo pacto datur actio ar. hic et XII, q. II quicunque suffragio et q. V quia Ioannes [...]* quia non debes etiam contra simplex verbum tuum venire XXII q. I praedicandum nec et aliud gerere in corde et aliud exprimere in ore XXIII di. Psalmista. Unde sit sermo tuus est est, non non [...]" (tit. *De Pactis*, cap. *Qualiter in Sardinia*)... Sullo sviluppo della *ratio peccati* e del *periculum animae* nel pensiero dell'Ostiense cfr., inoltre, C. LEFEBVRE, "*Aequitas canonica*" et "*periculum animae*" dans la doctrine de l'*Hostiensis*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, VIII, 1952, p. 305-321.

Cfr. P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 167-171; anche BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., si sofferma sulla centralità di questi due argomenti nella teoria della promessa ma, piuttosto che considerarli in maniera organica, li analizza come due aspetti separati. Infatti, egli accusa la moderna canonistica di non aver distinto la questione morale da quella propriamente giuridica e di aver, così, fatto una commistione di elementi etici e di elementi giuridici (p. 7-10); sussisterebbero, in altri termini, due obbligazioni parallele – una di coscienza e l'altra sociale e giuridica – che qualificerebbero rispettivamente la inosservanza della promessa come peccato e come violazione di una obbligazione naturale (p. 17 e ss.). Allora, secondo l'autore, mentre "l'argomento del peccato è addotto a sostegno della obbligatorietà della promessa ... si può dire da tutti i canonisti del periodo [classico]: ed esso è certo di per sé un argomento di squisito rilievo teologico-morale" (p. 84), "il dovere di mantenere i propri impegni ... [costitui-

semplice promessa sarebbe derivata un'obbligazione naturale che, per il diritto canonico, era pienamente efficace e la cui tutela non poteva essere limitata a una semplice eccezione processuale³⁹. Il diritto divino naturale, infatti, fonte del diritto a tutti gli effetti, sanciva l'obbligo di osservare le promesse e i patti, quantunque nudi; in altri termini, di essere fedele alla parola data. Questo era, in buona sostanza, il contenuto del precetto divino la cui trasgressione comportava la commissione di un peccato⁴⁰: chi violava un'obbligazione naturale non si pone-

sce] un'obbligazione anche giuridica ... in ragione, in primo luogo, della qualificazione di diritto naturale. Alla obbligazione di coscienza di osservare la promessa, scaturente dalla norma morale «*non mentieris*», si affianca, cioè, una parallela obbligazione naturale" (p. 65-66).

³⁹ Si legge nel commento del cap. *Antigonus* al n. 5 (*Commentaria* cit., 177r): "*Sed cum omnino deficit [ratio specialitatis] maxime in usuris et nautico foenore, dicamus sicut et ipsi [legistae] dicunt quod naturalis obligatio inde nascitur [...] naturalis ex qua secundum canones dabimus actionem*". Cfr. T. BLANCO, *La noción canónica de contrato. Estudio de su vigencia en el CIC de 1983*, Pamplona 1997, p. 107-108. Sull'efficacia dell'obbligazione naturale in Santi Romano, cfr. *supra* alla nota 15.

⁴⁰ Alla luce della suddetta distinzione fra obbligazione di coscienza e obbligazione giuridica, il Bellini non riconosce la connessione fra obbligazione naturale e peccato. Quest'ultimo, invero, discenderebbe dalla violazione del solo precetto morale avente, del resto, efficacia meramente infrasubiettiva (*L'obbligazione da promessa* cit., p. 19-29). La norma di diritto naturale, invece, avrebbe un'efficacia intersoggettiva o, se si preferisce, sarebbe una norma di relazione avente ad oggetto il rapporto fra consociati (p. 79-80); sicché ad essa sembrerebbe poter essere ricondotta la *ratio scandalii* (cfr. p. 8: "[...] nei giuristi e nei teologi del tempo è ben precisa la distinzione [...] fra valutazione etica di rilevanza infrasubiettiva [...] e valutazione giuridico-canonica di rilevanza intrasubiettiva [*sic*] rispondente a una ragione sociale: alla esigenza, cioè, del mantenimento e della restaurazione della *quies fidelium* avverso gli attentati che possono a questa derivare dalla notizia o dalla visione del peccato [...]") ma non anche la *ratio peccati*. Tuttavia, come si avrà modo di approfondire in seguito, Bellini sembra ricondurre alla obbligazione naturale non il problema della "relazione spirituale" fra i fedeli ma quello, invece, della tutela dell'interesse patrimoniale del promissario ("La regola morale *alterum non laedere* si converte sul piano dei rapporti intersoggettivi in un correlativo precetto di diritto naturale, bensì enunciabile negli stessi termini ma del quale è oggetto non più l'interesse spirituale del *praestans* a non trarre impedimento alla propria celeste salvezza, ma quello temporale del *recipiens* a non essere frodato e deluso nella propria aspettativa", p. 82-83). Questa ricostruzione, tuttavia, sembra lasciare dei dubbi: in primo luogo, circa le ragioni della distinzione fra norma morale e norma giuridica all'interno di un ordinamento propriamente unitario e che per giunta si propone istituzionalmente di condurre i fedeli alla salvezza ultraterrena. Inoltre, qualche perplessità sorge in ordine all'affermazione secondo cui l'obbligazione naturale attiene esclusivamente all'aspetto dell'interesse patrimoniale ma che questo, tuttavia, riceve una tutela solo in via indiretta ed eventuale. Portando alle estreme

va, dunque, soltanto in conflitto con il destinatario del suo comportamento ma si allontanava da Dio, avendo trasgredito un suo precetto⁴¹.

Tuttavia, l'inosservanza del precetto divino finiva per avere degli effetti più ampi rispetto alla relazione «Dio – trasgressore/peccatore – *deceptus*»: il peccato, infatti, costituiva un fatto antisociale, sicché la *ratio scandali* imponeva di ristabilire l'ordine turbato⁴². L'esigenza di redenzione del peccatore in funzione della salvezza della sua anima e quella di eliminazione dello scandalo e del fatto nutritivo di peccato in funzione della tutela della *quies fidelium* potevano essere realizzate attraverso il pentimento del peccatore stesso che doveva essere, così, favorito dall'intervento della comunità⁴³. Tutto ciò configurava, in generale, il compito istituzionale della Chiesa il cui obiettivo consisteva, appunto, nella salvaguardia della *salus aeterna animarum fidelium*⁴⁴.

Quanto allo strumento processuale attraverso cui il diritto canonico poteva realizzare questi scopi, sembra che non tutti in dottrina fossero concordi nel riconoscere l'operatività di un'*actio* sul modello del diritto civile. Di certo, non sembra essere in discussione il fatto che le

conseguenze tale ragionamento, infatti, si potrebbe giungere alla conclusione che abbia maggiore pregnanza la regola morale rispetto a quella giuridica o che, addirittura, l'ordinamento canonico si ridurrebbe ad un semplice sistema di precetti morali.

⁴¹ Sul punto il Fedele non sembra del tutto convincente. Egli ritiene che la violazione del precetto divino costituisca violazione di un obbligo morale e non giuridico ("l'obbligazione morale di mantenere la promessa trova fondamento sulla considerazione che colui il quale viene meno alla sua promessa mentisce e chi mentisce commette un peccato e compromette la salute della sua anima [...] la violazione di una promessa suona menzogna, la menzogna è peccato e deve essere punita" *Considerazioni* cit., p. 119). Questa opinione sembra essere confermata più avanti, laddove si legge che "il nuovo principio non poteva in nessuna guisa essere avallato sul terreno giuridico. Verso l'affermazione del nuovo dogma spingevano unicamente ragioni facenti capo all'equità e all'etica cristiana"; e alle p. 178 e ss. dove si sostiene esplicitamente la mancanza di un fondamento giuridico del principio "*ex nudo pacto oritur actio*" (Ivi, p. 149).

⁴² P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 8, 153 e ss. "Il fatto del peccato [...] oltre che portare la perdizione del colpevole, si può tradurre in motivo di errore per gli altri consociati, in *offendiculum* sul cammino degli *homines viatores in veritate fidei deambulantes*" (p. 154-155). Per questo motivo "i relativi interventi delle autorità ecclesiastiche non soddisferanno una esigenza di fòro interno incentrata nell'attuazione dell'interesse spirituale dello stesso peccatore; ma appagheranno l'esigenza di fòro esterno, o semplicemente giuridica, della restaurazione [...] delle condizioni estrinseche più favorevoli alla operatività in *Ecclesia Christi* del precetto morale" (p. 158).

⁴³ Ivi, p. 195 e ss.

⁴⁴ *Ibidem*.

semplici promesse e i patti nudi trovassero finalmente tutela sul piano giuridico; che poi lo strumento accordato fosse la *imploratio officii iudicis* o la *denunciatio evangelica* o la *actio* (magari una *actio canonica*) questa fu, si può dire, una questione interna al dibattito canonistico del tempo⁴⁵.

Nondimeno, in questo sviluppo della *ratio peccati* e della *ratio scandalis*, quali effetti della violazione del precetto di diritto divino naturale, poteva trovare spazio la tutela dell'interesse, anche patrimoniale, del promissario, seppure in via indiretta ed eventuale⁴⁶. Infatti, attivando i rimedi processuali che l'ordinamento della Chiesa offriva, il promittente infedele era costretto ad adempiere la promessa altrimenti non avrebbe potuto riscattarsi. Così, indirettamente ma anche in via eventuale, l'interesse patrimoniale del promissario trovava realizzazione.

3. *Patto o promessa? Il fondamento dell'obbligo*

Sebbene la moderna storiografia abbia delineato i profili dell'efficacia delle obbligazioni da promessa nei termini esposti nel paragrafo precedente alcuni aspetti meritano ancora oggi una maggiore considerazione in una prospettiva di ricerca delle ragioni ontologiche poste alla base del principio in esame⁴⁷. In particolare, sembra opportuno verificare se l'obbligatorietà sia riferibile propriamente al *pactum* ovvero già alla promessa *tout court*; se la stessa obbligatorietà sia legata a

⁴⁵ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 95-175; P. FEDELE, *Considerazioni* cit., 171-179. Sul problema del rimedio processuale cfr. il paragrafo 6 del presente lavoro.

⁴⁶ Ivi, p. 162-164; P. BELLINI *L'obbligazione da promessa* cit., p. 303, ravvisa nella tutela dell'interesse patrimoniale del soggetto *cui promittitur* il senso dell'obbligazione naturale.

⁴⁷ Questa prospettiva è suggerita da una lettura dell'opera di A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (trad. it. di Daniela Falcioni, presentazione di Bruno Romano), Milano 1990. L'Autore, nel tentativo di costruire una *teoria a priori del diritto*, parte dalla premessa che la *fenomenologia* è un metodo che consente di distinguere il fenomeno, inteso in modo acritico come ciò che si dà a vedere, dal fenomeno inteso fenomenologicamente come ciò che è il senso ed il fondamento di quanto si dà a vedere; tale metodo consentirebbe di scoprire "l'essere dell'ente, il suo senso", cioè di "sformalizzare il fenomeno portando alla luce il suo senso". La ricerca fenomenologica consentirebbe di cogliere l'essenza di un determinato principio giuridico attraverso l'individuazione di *relazioni di essenza evidenti e necessarie* sottese al principio stesso (cfr. presentazione di Bruno Romano).

fattori esterni alla promessa o sia una qualità intrinseca della stessa; se sia possibile, infine, separare l'obbligazione giuridica da quella di coscienza⁴⁸. Si tenterà di cogliere, in tal modo, una regola in ultima istanza ascrivibile ai principi dell'ordinamento della Chiesa.

Un primo punto che non sembra del tutto chiaro è quello se la regola “*nudum pactum obligationem parit*” sia riferita al patto, come suggerisce il tenore letterale della formula, o alla promessa in quanto tale, intesa come impegno di un soggetto.

Nella tradizione romanistica la giurisprudenza, nell'affermare l'inefficacia delle semplici convenzioni, ha sempre parlato di patto e non di promessa; ha sempre dato maggiore rilievo alla struttura bilaterale del negozio, alla corrispondenza di esso a una determinata forma tipica senza, sostanzialmente, considerare la promessa in quanto tale come atto capace di generare una obbligazione⁴⁹.

Questo aspetto assume maggiore rilievo nel medioevo quando il patto non è più considerato un negozio giuridico residuale posto a margine dell'autonomia privata ma uno schema generale che, affiancato da una causa, generava efficacia obbligatoria⁵⁰.

⁴⁸ In relazione alla promessa il già ricordato Reinach individua una legge universale e in sé evidente per cui “nessuna pretesa, nessuna obbligazione cominciano ad esistere o si estinguono senza ragione”. In particolare, “una causa che può generare una pretesa e un'obbligazione è proprio la promessa” non essendo altrimenti possibile comprendere la loro esistenza in modo autosufficiente; “una pretesa che nasce da una promessa esiste proprio attraverso questa”. In altri termini, “la promessa è un atto che ha un'identità propria” e, pertanto, “le pretese e le obbligazioni che derivano da essa si fondano sull'essenza di questo atto” (p. 21-40).

⁴⁹ Mentre il patto appariva come lo schema negoziale per antonomasia, la promessa in quanto tale, intesa come negozio a struttura unilaterale, assumeva un ruolo assolutamente marginale. La *pollicitatio* e il *votum*, infatti, venivano in considerazione non tanto per la loro capacità oggettiva di impegnare una condotta e generare, così, un obbligo ma per la loro corrispondenza a uno schema tipico e consolidato. Considerati, ormai, degli istituti di diritto pubblico davano luogo a una obbligazione perché espressione di una forma di tipicità. Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., p. 962-963. Secondo il VOLANTE, *Il sistema contrattuale* cit., p. 39-40, essendo il patto dotato “della generale capacità di costituire fonte di obbligazione”, si configurava la “struttura pattizia [...] come archetipo della fattispecie obbligatoria”.

A. D'ANGELO, *Promessa* cit., ritiene, infine, che “a differenza del patto, la nuda promessa, la *pollicitatio* non è considerata sufficiente a produrre neanche una *obligatio naturalis*, talché il fondamento di questa [*obligatio naturalis*] appare risiedere nel consenso di promittente e promissario” (p. 117).

⁵⁰ Era ormai la causa tipica che attribuiva efficacia ad un negozio. Del resto, l'attrazione, nella teoria dei Glossatori, del patto alla dimensione dell'*aequitas* (intesa

Nella stessa epoca, invece, l'attenzione dei canonisti si sposta dal patto alla promessa; essi, nell'affermare la regola "*ex nudo pacto oritur actio*", sembrano aver riferito l'efficacia non già al patto nudo ma alla promessa pura e semplice. Un punto, questo, che merita maggiore approfondimento⁵¹.

come "giuridicità fattuale", cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale* cit., p. 58. Cfr. anche la nota 53 del presente lavoro) aveva determinato uno "scarso approfondimento del confronto tra *pactum* e *pollicitatio*" e un prevalere del primo sulla promessa al punto che attraverso lo schema pattizio si realizzavano anche i c.d. *pacta tacita*, ovvero "atti di disposizione per loro natura unilaterali". Sul punto cfr. E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 448-449.

⁵¹ Sul punto Bellini rileva come "la maggioranza dei canonisti fosse contraria a riconoscere alla *pollicitatio* lo stesso valore vincolante del *pactum*" sicché della promessa meramente unilaterale si attenuava la rilevanza sociale del negozio. Pur ritenendo che "il principio della realizzabilità canonica delle obbligazioni di coscienza e naturali da promessa si sia sviluppato indipendentemente da tale distinzione [*pollicitatio* e *pactum*]" al punto che nella dottrina classica si affermava "*ex nuda promissione* (e non soltanto *ex nudo pacto*) *oritur actio*", l'Autore asserisce che "la fonte dell'obbligazione è riposta sempre nel fatto della promessa prestata dal soggetto [...] solo che tale obbligazione resta condizionata al fatto [...] della accettazione del *recipiens*"; "l'obbligazione da patto, vale a dire, resta sempre, in questo schema, una obbligazione da promessa unilaterale, condizionata dal promittente ad un comportamento del promissario" (P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 147-148). Tale ricostruzione dell'illustre canonista non appare del tutto convincente: sicuramente condivisibile è l'affermazione secondo cui l'obbligazione da patto resta comunque una obbligazione da promessa; qualche dubbio può sorgere, tuttavia, in relazione all'assunto secondo cui essa risulterebbe condizionata dal promittente ad un comportamento del promissario (accettazione). Cosa, questa, che in ultima analisi potrebbe portare a configurare l'obbligazione *de qua* comunque come "obbligazione da patto". Piuttosto, come si tenterà di dimostrare in seguito, nello schema dell'obbligazione da promessa canonica non sembra porsi il problema dell'accettazione giacché il vincolo troverebbe le sue ragioni non tanto nella dinamica di proposta e accettazione o, addirittura nell'accordo delle parti, ma nell'impegno che il soggetto assume con la promessa (intesa in senso lato) verso il prossimo e, infine, verso Dio. Anche J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., ritiene che *pollicitatio* e *pactum* non avessero lo stesso valore vincolante, sebbene il termine promessa venisse inteso in senso ambivalente ("Les canonistes ne confondent pas en règle générale la *pollicitatio* avec le *pactum*, bien que le terme de promesse fût amphibologique", p. 178). Inoltre, Roussier afferma che "la pollicitation n'est qu'un embryon de contrat qui ne saurait obliger" (il che farebbe dedurre che, secondo questa ricostruzione, l'accettazione del promissario trasformerebbe la *pollicitatio* in *pactum* o, addirittura, in contratto) e che solo in due casi eccezionali essa comportava il sorgere di una obbligazione: "la promesse à Dieu" [*votum*] e "la promesse à la cité" [*pollicitatio*] (p. 179). Non sembra, tuttavia, che la *pollicitatio* potesse configurarsi, in diritto canonico, come un "contratto allo stato embrionale" incapace di obbligare, né che tale capacità le fosse attribuita in via eccezionale. La "promessa alla

L'idea della "promessa" intesa come impegno e come concetto comune sia alla figura della *pollicitatio* sia a quelle del *pactum* e della *stipulatio* appare chiara nell'Ostiense che così scrive nella *Summa Aurea*: "[*pactum*] differt a *pollicitatione* quae est solius offerentis promissio; [...] *promissio* autem non solum potest referri ad *pollicitationem* sed ad *nudum pactum* et ad *stipulationem*"⁵².

Nei *Commentaria*, al capitolo *Pactiones* del titolo *De pactis*, invece, l'Ostiense non parla esplicitamente di promessa ma trattando direttamente dei patti non dà di essi una definizione (rimandando, evidentemente, a un concetto ormai consolidato: valga la definizione comune ulpiana di "*duorum pluriumve in idem placitum consensus*") e si limita a distinguerli dalle *conventiones*⁵³.

Colpisce, però, il fatto che l'Ostiense, pur parlando sempre in termini espliciti di patto, sembra rivolgere la sua attenzione non tanto alla struttura bilaterale del negozio determinata dalla accettazione del promissario ma, piuttosto, al momento iniziale di esso, cioè alla promessa. In tutti i casi in cui nella trattazione si riporta una ipotesi specifica esemplificativa, la riflessione sembra rivolta quasi esclusivamente al comportamento del promittente: segno evidente, questo, che per il

città" (*pollicitatio*) e la "promessa a Dio" (*votum*) erano figure negoziali tipiche già conosciute dal diritto romano, per cui i canonisti, quando parlavano di *pollicitatio* non si riferivano alla promessa pura e semplice contrapposta al patto e avente rispetto a esso una minore rilevanza sociale ma, piuttosto, intendevano un negozio tipico di diritto romano che generava una obbligazione civile. Il termine promessa poteva forse riferirsi in modo ambiguo a *pollicitatio* e *pactum*, ma di certo promessa e *pollicitatio* non erano sinonimi. Si legge, infatti, nella *Summa Aurea* dell'Ostiense: "*promissio, autem, non solum potest referri ad pollicitationem sed ad nudum pactum et stipulationem*" (*Summa Aurea, de pactis, quid sit*, col. 363, Venetiis 1574).

⁵² *Ibidem*.

⁵³ HOSTIENSIS, *In Decretalium libros Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas 1581 (ristampa anastatica Bottega d'Erasmo, Torino 1965), tit. *de pactis*, cap. *pactiones*, 1, addito a: "*Hic differentiam inter pactiones et in conventiones: nomen pactio est specialis, conventio est generalis*".

L'assenza della definizione di *pactum* e il rimando alla definizione ulpiana ("*Pactum autem a pactione dicitur ... et est pactio quorum pluriumve in idem placitum [et] consensus*", D. 2. 14. 1. 1-2) è un dato che caratterizza anche la scienza dei Glossatori i quali, mostrando maggiore interesse per l'approfondimento della dimensione equitativa di esso, sottraggono la definizione di *pactum* ad una autentica *interpretatio* e accolgono dello stesso una "percezione atecnica" come "fatto normativo", ossia come accordo vincolante le parti. Sul punto cfr. E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 448.

canonista è il momento della promessa che ha maggiore rilievo nel patto.

Un esempio può servire a chiarire l'affermazione. Ai numeri 4, 5, e 6 del capitolo *Pactiones* l'Ostiense considera la liceità o meno di un patto quasi esclusivamente in riferimento al momento del promettere e a prescindere dal comportamento effettivo del promissario:

*"Pactum rei turpis est ut si dicam promitto tibi quod interficiam talem. Pactum vero turpe, id est turpiter vel sub turpi conditione interpositum, est quando id quod promittitur licitum est sed ratione adiuncti turpe redditur, ut si dicam promitto tibi dare X si talem interfeceris. Nam prima pars per se licita est et onesta; seconda vero conditio apposita turpis est et ideo ratione adiuncti totum turpe censetur"*⁵⁴.

Nella prima ipotesi di patto illecito (*rei turpis*) la illiceità dipende esclusivamente dal comportamento del promittente, giacché la promessa in sé è illecita per via del suo oggetto (*"... est pactum turpe quantum in se ut in primo exemplo ..."*)⁵⁵: in questo caso si dice che il patto è illecito *ex parte promittentis*.

Nella seconda ipotesi di patto illecito (*pactum turpe*), la illiceità si configura solo considerando l'intero negozio; la promessa in sé sarebbe lecita ma, essendo illecita la condizione apposta, questa travolge la promessa stessa (*"... pactum est turpe propter rem turpem, ut in secondo exemplo ..."*)⁵⁶. In questo caso si dice che il patto è illecito *ex parte recipientis*.

Distinguendo, così, le due ipotesi di illiceità del patto, l'Ostiense finisce per verificare se in un caso o nell'altro la promessa possa essere valida ed efficace.

Nell'ipotesi di *pactum rei turpis* la promessa è assolutamente invalida poiché *turpis ex parte promittentis*, al punto che neanche un eventuale giuramento può determinare effetti obbligatori⁵⁷.

Nell'ipotesi, invece, di *pactum turpe* la promessa in sé (primo momento del negozio) è valida ma condizionata nella sua validità *ex parte recipientis*. Tuttavia, a conferma della validità in sé della promessa, il canonista osserva che se interviene giuramento questo sarà obbligatorio per il promittente (è lecita la precedente promessa quale suo

⁵⁴ HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 178.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *"Item pactum aut continet turpitudinem utriusque, tam promittentis quam recipientis, et tunc etiam si iuramentum interveniat nulla tenus est servandum"* (*Ibidem*).

presupposto) essendo il patto originario (e non anche la promessa) vietato solo *ex parte recipientis*; il promissario, invece, sarà obbligato a restituire quanto ottenuto dal promittente in forza del giuramento mancando una causa (il patto era, appunto, invalido) che giustificava un'attribuzione patrimoniale a suo favore⁵⁸.

Da questo punto di vista, la differenza fra diritto civile e diritto canonico circa la materia in analisi risiede proprio in questo: per i civilisti il problema dell'efficacia ruotava attorno al concetto di patto e alla corrispondenza di esso a uno schema tipico, a una causa tipica⁵⁹, senza che il momento della promessa assumesse un rilievo centrale (questa, infatti, rimaneva assorbita nel patto e ne seguiva le sorti riguardo all'efficacia); i canonisti, invece, non si ponevano tanto un problema di patto e di corrispondenza dello stesso ad uno schema causale determinato, ma ritenevano esistere una certa preminenza del valore della promessa in sé.

Un diverso modo, dunque, di intendere l'origine del vincolo: il riferimento al patto implicava un'idea del vincolo basato comunque sul consenso delle parti⁶⁰, mentre il concetto di promessa (*rectius*, atto di volontà unilaterale) implicava l'idea di un vincolo nascente in forza del solo impegno del soggetto⁶¹.

⁵⁸ "[pactum est turpe] ex parte recipientis tantum et tunc est iuramentum servandum, licet postea id quod traditur repetatur" (*Ibidem*).

⁵⁹ Sul punto A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 62, riportando il pensiero di Astuti, osserva che è "una fondamentale esigenza, valida in ogni ordinamento giuridico", che il vincolo obbligatorio sia ricondotto ad "elementi oggettivi, sostanziali o formali" in difetto dei quali il consenso non può produrre l'obbligazione.

⁶⁰ Cfr. A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 117.

⁶¹ Da questa considerazione nuova luce può gettarsi sulle conclusioni di A. D'ANGELO, *Promessa* cit., in base alle quali la promessa non è mai in sé obbligatoria e il vincolo deriva, piuttosto, da fattori esterni ad essa. Ciò sembra potersi affermare, almeno in parte, in riferimento all'esperienza del diritto civile, che ha ricondotto l'efficacia della promessa alla sua corrispondenza ad uno schema negoziale tipico e, comunque, alla sussistenza di una causa tipica. Più difficile appare poter riferire l'assunto al diritto canonico in cui la promessa trova in sé stessa le ragioni del vincolo e, quindi, in un fattore intrinseco; non c'è una causa esterna che determina, come nel diritto civile, il sorgere del vincolo ma le ragioni di questo appaiono risiedere nella promessa stessa concepita, nella dottrina cristiana, impegnativa per l'uomo.

4. Il problema della causa. Obligatorietà intrinseca o fattori esterni?

Mentre i glossatori consideravano l'efficacia del patto in relazione alla concorrenza di *causa naturalis* e *causa civilis*⁶², i canonisti affermavano il principio dell'efficacia della obbligazione da promessa in virtù della sola obbligazione naturale da essa derivante. In altri termini, la giuridicità della promessa si riconduceva, nella prospettiva canonistica, alla sussistenza della *causa naturalis*⁶³.

Se, dunque, è chiaro che l'efficacia della promessa discendeva, sul piano delle fonti, dal diritto naturale (*rectius*, diritto divino naturale) non altrettanto univoca appare la definizione di esso e del suo contenuto anche presso gli stessi canonisti⁶⁴.

Questa la sostanziale differenza sul punto fra diritto civile e diritto canonico: entrambi gli ordinamenti riconoscevano una *causa naturalis* quale elemento fondante l'efficacia di un negozio solo che, in quello civile, essa comportava una giuridicità unicamente fattuale e, quindi, una efficacia limitata tutelabile per mezzo di una *exceptio* processuale⁶⁵; in quello canonico, invece, determinava una efficacia giuridica piena giacché esprimeva sufficientemente il senso dell'economia della

⁶² Le due cause dovevano sussistere entrambe perché un negozio fosse perfetto. La realizzazione di una soltanto delle *cause obligationis* dava vita a una fattispecie negoziale imperfetta: la sola *causa civilis* (es. *stipulatio*) dava luogo all'istituto dell'indebito mentre il compimento della sola *causa naturalis* comportava la *soluti retentio*. Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 221-222; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale* cit., p. 98-102.

⁶³ Cfr. P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 65 e ss.

⁶⁴ Secondo il rilievo di Bellini, "delle obbligazioni naturali la dottrina giuridica della Chiesa [non aveva] una nozione dommatica precisa e unitaria" anche se "nella letteratura canonistica parrebbe potersene ricavare una del tutto peculiare dipendente in via immediata dalla interpretazione spiccatamente teologica che contraddistingue il pensiero dei grandi canonisti circa il diritto naturale"; quest'ultimo rappresenterebbe "un organico e completo sistema di precetti che la speculazione teologica cristiana riconduce materialmente alla ragione e formalmente alla volontà di Dio Legislatore". Infine, "la nuova accezione cristiana del diritto divino naturale s'era venuta tuttavia consolidando ... sulla base della celebrata definizione graziana" quale diritto "costituito dalle norme di contenuto necessario" (P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 67-72).

⁶⁵ Naturalmente, ciò nei casi in cui la fattispecie negoziale costituisse un patto nudo; altrimenti, nelle ipotesi di patti riconosciuti storicamente per effetto di costituzioni imperiali (*conventiones legitimae*) o di patti accompagnati da un *vestmentum*, operava la tutela ordinaria fondata sulla *actio*. Cfr. *supra* paragrafo 1.

Chiesa e consentiva, così, il ricorso ai rimedi processuali tipici del *forum Ecclesiae*.

Per il diritto canonico ogni promessa doveva essere mantenuta e, quindi, i patti rispettati perché per diritto naturale l'uomo deve essere fedele alla parola data come Dio è fedele alle sue promesse. È proprio per sua natura che l'uomo deve tener fede alle promesse: se egli è stato creato a immagine e somiglianza di Dio e Dio mantiene le sue promesse, conseguentemente non può venir meno ai suoi impegni perché commetterebbe un peccato e andrebbe contro la sua natura.

Questo motivo di fondo può essere colto nella speculazione dei canonisti che, commentando i passi del *Decretum* e delle *Decretales*, non mancano di richiamare continuamente i testi evangelici che raccomandano di non venir meno alle proprie promesse e di non spergiurare⁶⁶.

L'Ostiense, nel commento al capitolo III *Qualiter in Sardinia* del titolo *De Pactis*, afferma in tal senso, enunciandoli nel *summarium*, due principi fondamentali che esprimono il senso della promessa: "*Quis non debet contra simplex verbum suum venire*" e "*Non est gerendum aliud in corde et aliud exprimere in ore*"⁶⁷. Il commento che segue rivela la diversa prospettiva del diritto canonico rispetto al diritto civile, di cui si accennava sopra, secondo una comparazione riproposta dallo stesso Autore: il termine *Promittuntur* del capitolo *Qualiter* è inteso nel senso di ciò che è promesso "*per stipulationem secundum leges exceptis quibusdam casibus in quibus ex nudo pacto actionem dant*"⁶⁸. In altri termini, viene ribadito che in diritto civile l'efficacia della promessa rimane circoscritta ai negozi riconosciuti dall'ordinamento, mentre in diritto canonico essa ha una valenza più ampia che richiede l'osservanza di qualsiasi promessa ("*Tamen secundum canones etiam ex nudo pacto datur actio [...]*")⁶⁹. A tal proposito l'Ostiense, oltre a richiamare i canoni del *Decretum* che sanciscono l'efficacia della promessa⁷⁰, cita i passi biblici su cui la stessa, a suo avviso, si fonda⁷¹.

⁶⁶ Cfr. *supra* nota 22.

⁶⁷ HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 177.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ "[...] ar. hic et xii. q. ii. quicumque suffragio et q. v. quia Iohannes [...] xxii. q. i. predicandum [...]" (*Ibidem*).

⁷¹ "[...] Hoc etiam expresse probatur Gen. xxx. f. ubi dixit Laban. ad Iacob. Gra-

I principi riguardanti la promessa, indicati dall'Ostiense nel *summarium*, sono espressione di una vera e propria regola giuridica e non soltanto di un mero precetto morale, come dimostra la spiegazione di essi fatta dall'Autore⁷². Questi principi esprimono il senso di un precetto di diritto divino naturale che impone di non commettere peccato violando le promesse e di non turbare, così, l'equilibrio morale della *societas hominum viatorum*.

Ecco, allora, che i temi della *ratio peccati* e della *ratio scandali* non possono essere considerati fini a sé stessi come espressione, l'uno di una obbligazione morale in funzione infrasubiettiva, l'altro come espressione di una obbligazione giuridica in funzione intersoggettiva⁷³. Essi vanno insieme e, come espressione della *causa naturalis*, trovano la loro sintesi nella formula della *ratio aequitatis*.

Così intesa, la *causa naturalis* non appare come un elemento ulteriore ed esterno alla promessa che determina il vincolo obbligatorio⁷⁴ ma come forma di una qualità intrinseca della stessa: in un certo senso si potrebbe sostenere che la promessa è causa a sé stessa e trova in sé le ragioni della sua efficacia⁷⁵.

tum habeo, quod petis &c. quia non debes etiam contra simplex verbum tuum venire[...] nec et aliud gerere in corde et aliud exprimere in ore. xxiii. dixit Psalmista Unde sit sermo tuus est, est, non, non [...] (Ibidem).

⁷² Si noti la sincronia fra passi biblici e canoni del *Decretum* oltre, naturalmente, alla comparazione col diritto civile.

⁷³ In questo senso considera la questione P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 9-10. Cfr., inoltre, paragrafo successivo.

⁷⁴ L'idea della *causa* quale elemento esterno alla promessa e fonte del relativo vincolo obbligatorio è fortemente ribadita dal D'Angelo secondo il quale "una volta riconosciuto che la semplice promessa ed il semplice consenso non costituiscono esaurienti requisiti e ragioni del vincolo giuridico, se ne svaluta il significato fino a proporre una configurazione di *promises as admissions* che pone il fondamento esclusivo dell'obbligazione al di fuori della promessa e tende ad assegnare sempre a quest'ultima un ruolo meramente ricognitivo" (A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 204. Cfr. anche p. 115-125).

⁷⁵ Questa sembra essere l'opinione comune dei canonisti. Isolata appare, invece, la ricostruzione di Baldo degli Ubaldi che tenta di esteriorizzare la *causa naturalis* quando, tentando di applicare al diritto canonico la teoria dei *vestimenta*, individua nel *vestimentum roboris* la causa dell'efficacia della promessa; un elemento esterno, appunto, determinerebbe la sanzione del vincolo ("*Sed ubi habet causam extrinsecam, ut liberalitatis, pacis, et concordiae, tunc pactum est omnino servandum, ut hic praeterea istud non est pactum nudum sed vestitum roborae canonicae sanctionis. Unde tu canonista addis ad vestimenta pactorum vestimentum quod appellatur vestimentum roboris*"). BALDO, *In Decretales Commentaria*, Venetiis 1571, fo. 202v.)

Per lo stesso motivo la nudità del patto è intesa in senso antiformalistico e non anticausalistico: essendo la promessa efficace per una sua naturale qualità intrinseca, essa reca sempre una causa (*naturalis*) e, quindi, la nudità non può che essere intesa come mancanza di forma⁷⁶.

5. (segue) La promessa fra diritto e morale: inseparabilità dell'obbligazione di coscienza dall'obbligazione giuridica

L'efficacia intrinseca della promessa, così come ricostruita nelle pagine precedenti, sembra contrastare con la distinzione e separazione di obbligazione di coscienza e obbligazione giuridica proposta da Bellini⁷⁷.

Questi, infatti, considera innanzitutto le due obbligazioni come distinte e parallele, operanti su due piani diversi e, in secondo luogo, riconosce la giuridicità della obbligazione da promessa alla sola tutela dell'interesse patrimoniale del promissario⁷⁸.

Invero, la distinzione proposta da Bellini sembra evocare, in ultima analisi, quella relativa al rapporto tra fòro interno e fòro esterno: sostenere che dalla promessa derivano due obbligazioni parallele e distinte, l'una di coscienza e l'altra sociale, sembra voler significare che vi è in essa un momento attinente al fòro della coscienza e un momento attinente al fòro delle relazioni esterne.

Tale distinzione, tuttavia, non sembra apparire del tutto netta nel momento in cui la dottrina canonica andava elaborando il principio dell'efficacia della promessa⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica* cit., p. 193-199; A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 92-93.

⁷⁷ Cfr. P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., in particolare, capp. 1 e 2 della prima parte.

⁷⁸ Come si è accennato in precedenza, il Bellini in una prima fase della sua analisi sembra ritenere che accanto ad una obbligazione morale che vieta di infrangere le promesse operi parallelamente una obbligazione sociale in funzione intersoggettiva che, nell'economia della Chiesa, è volta a tutelare la società dei fedeli dallo scandalo generato dall'altrui fatto di peccato (tutela di un interesse spirituale dei fedeli). In seguito, però, lo stesso Autore, affermando che la giuridicità della obbligazione da promessa dipende dalla qualificazione di diritto divino naturale, sembrerebbe ritrattare la sua stessa posizione ritenendo che l'obbligazione naturale attiene alla tutela dell'interesse patrimoniale del soggetto *cui promittitur*.

⁷⁹ Sul punto, cfr., in generale, G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno nel qua-*

Sin dall'epoca patristica non sempre è stata chiara la distinzione tra *peccatum* e *delictum*, tra *fòro interno* e *fòro esterno*. La definizione agostiniana di *peccatum* quale "*factum vel dictum vel concupitum ... contra legem aeternam*"⁸⁰ si prestava ad esprimere sia il senso teologico dell'offesa a Dio, sia quello giuridico del turbamento del rapporto del fedele con la Chiesa⁸¹; ne risultava la inidoneità di una distinzione tra i due *fòri* sicché predominava una concezione "pubblicistica" dell'istituto penitenziale⁸². Solo in una seconda fase, con Abelardo, si distingue, sotto un profilo teologico, il giudizio di Dio dal giudizio degli uomini, l'uno preordinato alla retribuzione della colpa, l'altro tendente a fini estrinseci alla colpa in sé considerata e finalizzato alla punizione delle opere dell'uomo⁸³. Una distinzione, questa, che per i decretisti passa in secondo piano sicché, sotto il profilo giuridico, i due *fòri* apparivano funzionalmente collegati e approntati alla realizzazione della giustizia nell'economia della Chiesa⁸⁴.

Del resto, la stessa distinzione agostiniana e graziana tra *forum poli* e *forum fori* non necessariamente sembra individuare i due termini come sinonimi di *fòro interno* e *fòro esterno*⁸⁵. In particolare, il *forum poli* non individuerrebbe esclusivamente il *fòro* della coscienza ma il diritto canonico nel suo complesso in contrapposizione al diritto secolare indicato, invece, con il termine di *forum fori*⁸⁶. Tale binomio

dro generale della giurisdizione della Chiesa, Padova 1961 (nuova ed. a cura di S. Gherro, Padova 2002).

⁸⁰ S. AGOSTINO, *Contra Faustum*, I, XXII, c. 27.

⁸¹ Cfr. G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno* cit., p. 65-68.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Ivi, 78 e ss. Per le stesse ragioni Abelardo ritiene che la *denunciatio evangelica* sia funzionale alle esterne esigenze di giustizia non alla retribuzione della colpa. *Ibidem*.

⁸⁴ "I decretisti ... videro nella giustizia penale, oltre l'utilitaria prevenzione dei delitti, anche la retribuzione, con giusta vendetta, del peccato" (Ivi, p. 81). Dunque, mentre i teologi intendevano il peccato semplicemente come "offesa a Dio", i canonisti avanzavano l'idea del peccato-delitto quale "offesa a Dio e alla Chiesa".

⁸⁵ Ivi, p. 33.

⁸⁶ Per il Ruffini tale "singolare contrapposizione" risalirebbe a Stefano di Tournay che, nel commentare il c. 2, C XXVII, q. 2 del *Decretum*, identifica il *ius poli* con il diritto canonico e con la *lex naturalis* ("*lex poli, id est canonum ... lex naturalis*"). Cfr. F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino 1882, p. 57. In merito Stephan Kuttner ritiene che la distinzione fra i due *fòri*, almeno fino agli inizi del XII secolo, non fosse del tutto netta ma funzionale al superamento dell'imperfezione umana a giudicare e alla realizzazione della giustizia divina nel mondo terreno. Per tale ragione, essa non deve essere enfaticizzata poiché è ricondotta ad unità nell'e-

“denuncerebbe una situazione di contrasto, non all’interno dello stesso ordinamento canonico, ma tra ordinamenti, l’uno all’altro esterni”⁸⁷; in questa dinamica il *forum poli* (*ius canonicum*) comprenderebbe tanto la *ratio peccati* quanto la *ratio scandali*: le due *rationes*, lungi dal rimanere separate e operanti su piani diversi, costituivano manifestazioni di quel diritto che governava l’uomo nella sua interezza⁸⁸.

6. Il rimedio processuale

Se unanime era stato l’orientamento dei canonisti nel riconoscere il fondamento della obbligazione da promessa nel *ius divinum naturale*, non altrettanto univoche apparivano le soluzioni proposte circa il pro-

nomia della Chiesa: “Sufficiat asserere, quod ius canonicum differentiam inter forum caeleste et forum terrenum admittebat quidem, sed tantum ratione imperfectionis inevitabilis humanae et semper intentum ad differentiam non nimis augendam. Haec intentio etiam in pensandam regula nostra, quod de occultis non iudicat ecclesia, respicienda est. Si enim per hanc regula peccata interiora et delicta latentia in foro iudiciali ecclesiae non iudicantur, hic defectus tamen corrigitur in foro poenitentiali, quod non in manifesta restrictum est, sed occulta etiam comprehendit. Quoniam enim ecclesia est ecclesia Dei, qui ei dedit potestatem ligandi et solvendi, quoniam in foro interno confluunt iurisdictio et sacramentum, ecclesia – at ea sola – fines humanae imperfectionis [...] transcendere et iudicio suo id assequi potest: ut repraesentet iustitiam Dei in hoc mundo” (S. KUTTNER, *Ecclesia in occultis non iudicat*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, III, Roma 1935, p. 245-246).

⁸⁷ G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno* cit., p. 35.

⁸⁸ “Il *ius poli* [...] non può non abbracciare tutto il complesso della legge canonica, tanto la parte che è destinata a regolare la coscienza, quanto la parte concernente gli atti esterni” (F. BRANDILEONE, *Perché Dante colloca in paradiso il fondatore della scienza del Diritto Canonico* in *Rendiconti della Classe di Scienze morali, storiche e filosofiche della Reale Accademia Nazionale dei Lincei*, 1926, sez. IV, vol. II, fasc. 3-4, p. 92). Sul punto cfr. G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno* cit., p. 18-19, 35-36.

Anche a voler disattendere, con il Saraceni, la tesi di Brandileone e, dunque, a voler considerare ormai acquisita, grazie al contributo di Tommaso d’Aquino, alla scienza del diritto canonico lo sdoppiamento tra fòro interno e fòro esterno, tuttavia, non può non tenersi conto del collegamento teleologico fra essi e della loro preordinazione alla realizzazione del bene dell’uomo e dei fini istituzionali della Chiesa che impedisce, in sostanza, di distinguere l’obbligazione giuridica da quella morale. Del resto, come ha osservato il Fedele, *Considerazioni* cit., p. 168-169, ciò che rileva nel diritto canonico delle obbligazioni è l’elemento del *peccatum*. Per cui, sia che si assuma rispetto ad esso la prospettiva interna della *ratio peccati*, sia che si assuma quella esterna della *ratio scandali*, il diritto canonico “di una cosa sola si preoccupa [...] di attuare il fine supremo per il quale vive la Chiesa, la salute dell’anima, e di reprimere ciò che alla realizzazione di questo fine si oppone, il peccato”.

blema dell'individuazione del rimedio processuale per la realizzazione della stessa obbligazione.

Gli strumenti processuali individuati andavano dalla *imploratio officii iudicis loco actionis* alla *condictio ex canone*; dalla *denunciatio evangelica* alla *imploratio officii iudicis in modum denunciationis* e, infine, a una vera e propria *actio canonica* sul modello del diritto civile⁸⁹.

Ma, in linea generale, i canonisti dell'epoca erano orientati verso due filoni contrapposti: uno era quello della *communis opinio* che sosteneva l'esperibilità di una vera e propria azione secondo il modello delineato da Giovanni Teutonico; l'altro, invece, più moderato, rifacendosi alla teoria di Sinibaldo de' Fieschi, optava per la *denunciatio evangelica*⁹⁰. In particolare, fra i sostenitori del primo orientamento viene comunemente citato il cardinale Ostiense.

In realtà, un'attenta analisi del commento al titolo *De Pactis* delle Decretali rivela come l'Ostiense sembri piuttosto appartenere a quel ramo moderato della canonistica classica che rifiutava l'idea dell'esperibilità di una *actio*. Nel capitolo *Antigonus* mostra una preferenza per la *denunciatio evangelica* (ovvero, la *imploratio officii iudicis in modum*

⁸⁹ L'*ordo iudiciarius* nel corso del XII secolo aveva assunto sempre più una tendenza non formalista sicché, ritenuto ormai superfluo l'onere di dare un *nomen* all'azione in base alla quale si procedeva, si ampliavano le possibilità di individuazione di uno strumento processuale con cui tutelare le obbligazioni da promessa. Fra i primi decretisti Uguccone da Pisa sostiene l'idea della realizzabilità della promessa permesso della *imploratio officii iudicis (loco actionis)* adattando, così, al diritto canonico uno strumento processuale di derivazione secolare. Successivamente Giovanni Teutonico, sulla scia di Uguccone, individua la *condictio ex canone iuramenti*, a imitazione della *condictio ex lege* dei civilisti, dapprima come alternativa alla *imploratio officii iudicis*, in seguito come rimedio unico. Attraverso questi strumenti processuali i decretisti, ponendo in secondo piano il punto di vista della morale e del peccato, intendevano accordare in favore del promissario una "action en exécution". Con la decretalistica e, in particolare, con Innocenzo IV la sanzione per l'inosservanza della promessa non è più identificata in una azione esecutiva della stessa ma in una pena canonica. In quest'ottica la *denunciatio evangelica* appariva lo strumento più adatto a realizzare la promessa, seppure in maniera indiretta, attraverso la minaccia di una sanzione spirituale. Essa, pertanto, mitigò il suo originario carattere di strumento caritativo e assunse progressivamente una veste giuridica per effetto della sua attrazione all'*ordo iudiciarius* e della sua qualificazione come *denunciatio iudicialis*. Sul punto cfr. J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 95-175. Inoltre, sull'evoluzione della *denunciatio evangelica* cfr. in generale P. BELLINI, *Denunciatio evangelica e denunciatio iudicialis privata. Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano 1986.

⁹⁰ P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 145-152; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 172-174.

denunciationis) e non per l'azione. Si legge: “Aut conventus, id est qui pacta non servat coram ecclesiastico iudice. Vel dic conventus, idem per ecclesiasticus iudicem monitus, is qui convenitur eo quod pactum non servat, premissa monitione illius cui iniuriatur [...] idem poenituerit et emendaverit et de coetero a talibus abstinerit [...]”⁹¹.

Analiticamente, vi è il contemporaneo richiamo alla struttura dell'*imploratio* (*conventus coram ecclesiastico iudice qui pacta non servat*), in cui il promissario si rivolge direttamente al giudice esponendo i fatti e chiedendo giustizia, e della *denunciatio* (*per ecclesiasticus iudicem monitus [...] premissa monitione illius cui iniuriatur*) in cui il promissario, premessa una ammonizione stragiudiziale privata, in caso di esito negativo conviene il promittente infedele davanti al giudice⁹².

Questa interpretazione non sembra stridente con la rubrica e con il prosieguo del commento dove, più volte, si legge “*actio [quae] ex nudo pacto oritur*”. La parola *actio*, probabilmente, non è utilizzata in senso strettamente tecnico, almeno quando riferita al diritto canonico⁹³, mentre il riferimento specifico ad un'*actio* nel senso proprio del termine può ritenersi fedele quando l'Ostiense espone sinteticamente la posizione del diritto civile che concedeva tale rimedio solamente nei casi determinati (“*legistae tamen dicunt quod ex nudo pacto nulla oritur actio ... sed cum nulla exceptio casibus ...*”)⁹⁴.

Che il termine *actio* sia stato utilizzato in modo atecnico trova conferma nel fatto che il cardinale Ostiense, dopo aver richiamato la procedura della *denunciatio evangelica*, attraverso la quale il promittente “*si se non cohibuerit ... idem poenituerit et emendaverit et coetero, ecclesiasticam sentiat disciplinam ... [idem] interdictum, vel suspensio-*

⁹¹ HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 176a.

⁹² Anche il Roussier sembra aver intuito un implicito riferimento dell'Ostiense alla *denunciatio evangelica* seppure, infine, ritiene che nel commento sopra citato il giureconsulto intendesse riferirsi all'*actio* e non la *denunciatio*. Cfr. J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 158.

⁹³ “*Secundum canones non est curandum de nomine actionis: quia non debet edi actio*” (BALDO, *In Decretales Commentaria*, Venetiis 1571, I, fo. 202v). Cfr. sul punto J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 101 e ss.

⁹⁴ HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 177. In questo passo è riassunta la tesi civilistica sui patti che riconosce ad essi efficacia purché sorretti da una *ratio specialitatis*. Mancando questa si determina solo una obbligazione naturale “*ex qua secundum canones dabimus actionem*”. Viene, così, riconfermata la regola dell'efficacia dell'obbligazione naturale da promessa salvi i casi in cui le stesse promesse “*sunt contra leges, contra bonos mores et ... dolo sunt*”. In tali ipotesi – continua l'Autore – “*non est servandum pactum alii damnosum, captiosum [et] si vergunt in detrimentum animae*” (*Ibidem*).

nem, vel excommunicationem"⁹⁵, afferma che ciò deriva dal fatto che per il diritto canonico dal patto nudo deriva un'azione ("*sic patet quod in canones ex pacto nudo datur actio*")⁹⁶.

Si delinea, così, una sostanziale corrispondenza di *actio*, intesa dai decretalisti nel senso di *ius agendi*, con gli strumenti processuali tipici dell'ordinamento canonico. Del resto, sembrerebbe quantomeno strano che il cardinale Ostiense avesse potuto confondere gli strumenti di tutela secolari con i rimedi canonici, l'*actio* con la *denunciatio*, atteso che, essendo egli *Monarcha in utroque iure*, ben doveva conoscere i limiti che nei rispettivi ordinamenti presentavano i due *remedia*⁹⁷.

Nel commento alla *Novit ille*, infatti, non solo è richiamato il titolo *De Pactis*⁹⁸ – il che dovrebbe fugare possibili dubbi circa l'individuazione della *remedium evangelicum* quale strumento di tutela delle semplici promesse – ma è anche messa in risalto la funzione emendativa della *denunciatio* quand'anche assuma la forma della *denunciatio iudicialis*.

Che la violazione della promessa fosse ormai considerata come peccato-delitto trova un riscontro anche nel fatto che il promittente infedele aveva assunto la veste di *reus*⁹⁹, il destinatario della promessa infranta veniva indicato come *laesus*¹⁰⁰ e che la procedura evangelica richiedeva le preve ammonizioni volte a procurare l'emenda del colpevole senza dover eventualmente ricorrere all'intervento dell'autorità¹⁰¹. Queste ultime, in particolare, venivano attratte all'*ordo iudiciarius* quali condizioni di ammissibilità della denuncia di cui si richiedeva la *legitima probatio*¹⁰², ciò sebbene la *denunciatio iudicialis* avesse acquisi-

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ In questo senso, precisa, seppur sintetica, sembra l'esposizione, da parte dell'Ostiense, degli effetti che determina l'applicazione degli strumenti coercitivi ecclesiastici ("*interdictum, vel suspensionem, vel excommunicationem*") così come altrettanto analitica appare l'esposizione dei casi che nel diritto civile era attribuita un'azione al patto nudo ("*legistae tamen dicunt ...*"), *Ibidem*.

⁹⁸ "... *iudex ecclesiasticus hanc denunciationem ... debet admittere ... quando obligatio naturalis tantum est, super quod vide quod nota de pactis ...*", (HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit. II, *De Iudiciis*, *Novit ille*, n. 6, f. 5a).

⁹⁹ Cfr. Ivi, n. 11.

¹⁰⁰ "*Est et alia iudicialis quae laeso competit ratione interesse*", (Ivi, n. 4).

¹⁰¹ "*In foro autem canonico requiritur monitio*", (Ivi, n. 5).

¹⁰² "*Et ipsum solum: haec monitio probari non potest, nisi per solum iuramentum monentis, cum nec alius testis adhibeatur. Unum: hoc potest referri ad secundam monitionem quae potest probari per iuramentum monentis et testis adibiti. Vel duos: et hoc*

to una funzione contenziosa mediante il suo accomodamento alla realizzazione di un interesse temporale¹⁰³.

7. Considerazioni conclusive

Dalla ricostruzione comparata sembra, dunque, emergere una sostanziale divergenza fra diritto civile e diritto canonico quanto alla materia negoziale e, in particolare, quanto alle sorti della promessa unilaterale.

I civilisti, infatti, pur riconoscendo molteplici figure di atti unilaterali (*pollicitatio*, *pacta tacita*), le riconducevano, comunque, alla struttura e alla forma del *pactum*, di cui mantenevano la denominazione; il problema dell'efficacia, quindi, continuava a porsi in riferimento al *pactum* e alla causa che lo sorreggeva, sicché con il termine *pactum* si indicavano anche le promesse unilaterali.

I canonisti, invece, affrontarono la questione secondo una prospettiva diversa che teneva conto, anche nei patti veri e propri, del momento della promessa. In verità, non si posero tanto il problema di distinguere concettualmente il patto dalla promessa – al punto che, pur elaborando un principio di efficacia della promessa in quanto tale, formalmente lo espressero attraverso una formula che evidenziava il patto come principale ipotesi applicativa (del resto nel medioevo il *pactum* era negozio giuridico di generale applicazione che, a seconda della causa che lo assisteva, esprimeva il patto puro e semplice, il contratto e la promessa unilaterale; tutte le forme negoziali, insomma, attraverso le quali si compiva l'economia negoziale) – ma, considerando quest'ultima come il fulcro dell'autonomia privata, ne hanno individuato le ragioni determinanti la sua efficacia. La promessa è la fattispecie generale che, attraverso diverse forme, esprime la promessa unilaterale, il patto e il contratto; è l'elemento che accomuna tutti questi negozi e che determina la loro efficacia.

Nella dinamica della promessa, inoltre, i canonisti accolsero l'idea

potest referri ad tertiam monitionem in qua requiritur plena probatio quorum vel trium testium", (HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., Novit ille, n. 6). Cfr. P. BELLINI, *Denunciatio evangelica* cit., p. 172-173.

¹⁰³ Ivi, p. 79 e ss, 163 e ss.

di *obligatio* intesa quale dovere e il tema della *obligatio peccati*, mutuato dal pensiero teologico medievale¹⁰⁴.

Pertanto, mentre i civilisti pensarono al problema giuridico nei termini di una configurazione del *pactum* e della sua corrispondenza a una causa tipica, espressione del *iuris vinculum*, i canonisti, individuando nella promessa il momento centrale del negozio, esaltarono di essa il dovere di adempierla; dovere la cui inosservanza suonava come menzogna (o, nel caso di voto e giuramento, come spergiuro) e, quindi, come peccato. L'evocazione della *obligatio peccati* è confermata dalla scelta della *denunciatio evangelica* che prende atto della colpa del *praestans* (menzogna) e della pena a cui lo stesso è assoggettato (pena ecclesiastica volta alla sua redenzione).

Che poi tale strumento, volto ad attuare la dinamica della *obligatio peccati*, coinvolgesse in parte anche il *recipiens* dimostra come all'epoca si fosse accentuata "l'attitudine ad obiettivizzare l'evento del peccato per farne una sorta di fatto esterno illecito rilevante sul piano dei rapporti interindividuali"¹⁰⁵.

Sebbene la *denunciatio* si fosse di fatto trasformata in uno strumento in funzione contenziosa, il *recipiens* doveva dimostrare – quale *causa petendi* – di agire al fine precipuo di correggere il peccatore, onde la prova delle previe ammonizioni. Come dire che ad una concezione interioristica dell'atto morale, in cui il comportamento esterno era considerato moralmente irrilevante (Abelardo), era subentrata l'esigenza di qualificare in termini etici lo stesso fatto estrinseco del soggetto; Tommaso d'Aquino giudicava l'atto esterno *bonus* o *malus secundum se* quale elemento pertinente alla sostanza del peccato¹⁰⁶.

L'evoluzione dell'efficacia della promessa nella storia e nell'economia della Chiesa può essere così ripercorsa. Nel pensiero patristico

¹⁰⁴ Accanto all'originario concetto di *obligatio* come *iuris vinculum*, che vedeva il soggetto obbligato non come il soggetto attivo di un dovere di comportamento ma come l'oggetto dell'obbligazione stessa, emerge nella letteratura cristiana l'utilizzo del termine *obligatio* nell'accezione di "dovere" (Tertulliano) e in quella di "*vinculum peccati*" (S. Agostino). Tommaso d'Aquino riprese queste tematiche e, ancora nell'ottica del peccato, esaltava l'idea di dovere. L'ingresso di queste accezioni nel vocabolario del pensiero teologico ne ha comportato l'impiego nel dominio delle relazioni dell'uomo a Dio e alla sua legge con il dovere di obbedienza che ne derivava. Cfr. G. PIERI, *Obligation*, in *Archives de Philosophie du droit. Vocabulaire fondamental du droit*, 35, Paris 1990, p. 221-228.

¹⁰⁵ P. BELLINI, *Denunciatio evangelica* cit., p. 174-175.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

l'obbligazione da promessa fu configurata semplicemente come obbligo morale. Con lo sviluppo della scienza canonica, il pensiero teologico valorizzò il tema della *obligatio peccati* e l'idea dell'obbligazione intesa come dovere¹⁰⁷, sicché, in relazione alle promesse, gli stessi confini fra morale e diritto divennero piuttosto labili. I canonisti, dal canto loro, fondarono la giuridicità e l'efficacia della promessa sul contenuto della *obligatio peccati*.

Sotto il profilo sanzionatorio, invece, dopo un tentativo dei primi decretisti di attribuire all'azione la funzione di realizzare l'obbligazione da promessa, è la *denunciatio evangelica* che si presenta come maggiormente capace di realizzare questo scopo, sicché si assisteva a una sua attrazione all'*ordo iudiciarius* nella forma della *imploratio officii iudicis in modum denunciationis*.

La terminologia dei canonisti, che parlano esplicitamente di *actio*, non deve pertanto fuorviare. Sembra, infatti, che essi intendessero con questo termine uno strumento avente la forma e la struttura della *imploratio officii iudicis* – e, quindi, sostanzialmente di una azione – ma il contenuto della *denunciatio evangelica*.

¹⁰⁷ Ma si potrebbe interpretare la dinamica obbligatoria supponendo l'aspetto del dovere come presupposto dell'*obligatio peccati* in sé considerata. Se l'obbligazione da promessa richiedeva in primo luogo un “dovere” di fedeltà alla parola data, l'inosservanza di essa metteva in moto lo schema della colpa e della pena riassumibili nella formula della *ratio peccati* e realizzabili attraverso lo strumento della *denunciatio evangelica*.

