

Il concetto di "promulgatio" nella "Summa Theologiae" di San Tommaso D'Aquino. Dal Diritto Romano al Decreto di Graziano

Piero Pellegrino

Se affascinante e denso di allettanti prospettive che evidenziano l'ardua tematica e le non facili implicazioni connesse al procedimento nomogenetico quale risulta nella pur suggestiva concezione tomistica si presenta il tema relativo alla struttura interna della legge¹, un momento centrale costituisce indubbiamente per Tommaso D'Aquino il concetto di promulgazione, a proposito del quale la forza interpretativa della dottrina teologica e giuridica non sembra avere ancora penetrato a fondo il senso di una componente in cui, alla resa dei conti, si condensa un risvolto unitario di requisiti non sempre

1. In altra sede è stata evidenziata la struttura interna della legge, cioè la sua essenza, nell'*imperium mente retentum*, vale a dire nell'atto della ragione pratica, l'*ordinatio rationis* (SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, I, II, Q. 90, art. IV, resp.), ribadendo che tale definizione classica si attaglia perfettamente, non solo all'atto interno nel senso che essa appare perfettamente adatta a cogliere gli elementi essenziali e le componenti strutturali della sostanza interna della legge, ma anche all'atto esterno, alla legge cioè la cui interna struttura ha trovato adeguato assetto in una struttura esterna la quale rappresenta il dato formale ed esteriore che insieme con l'elemento interiore viene a costituire l'atto e struttura normativa nella sua unitaria composizione (P. PELLEGRINO, *Ratio e voluntas nel procedimento nomogenetico. Prospettive metodologiche nel diritto canonico*, in *Studi in onore di P. A. D'Avack*, vol. III, Milano, 1976, p. 527 ss.; IDEM, *Considerazioni sulla struttura interna della legge. Il primato della ragione sulla volontà*. Comunicazione al III Congresso internazionale di diritto canonico, Pamplona, 1976, ed ora in *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas*, vol. IV, 1977, p. 371 ss.; IDEM, *La struttura interna della legge. Contributo alla dottrina canonistica del procedimento nomogenetico*, Milano, 1978, p. 167 ss.).

ben individuati e definiti, i quali finiscono per identificarsi ed assumere, nella concezione elaborata dall'Angelico nella sua famosa *Summa Theologiae*, un carattere giuridico ed una funzione affatto particolari.

Sulla base del testo tomistico, la dottrina teologica e quella giuridica hanno cercato di affrontare e risolvere la questione che attiene alla natura giuridica, nonché quella relativa alla funzione della promulgazione nel diritto canonico; questione, peraltro, ritenuta di scarsa importanza pratica da una parte, sia pure autorevole, della dottrina canonistica².

Ed in effetti, la questione cardine si appunta sulla imprescindibile necessità di risolvere il problema se la promulgazione costituisca un elemento essenziale e costitutivo della legge, come ritiene una parte della dottrina teologica e canonistica, oppure se tale componente assuma consistenza di elemento estrinseco alla legge, cioè di elemento necessario *ad integritatem legis*, così come ritiene un'altra corrente della dottrina teologica e canonistica. Se alcuni autori ritengono, infatti, che, partendo dalla formula tomistica, la *promulgatio* assuma consistenza di *pars constitutiva legis canonicae*³, sicché si afferma espressamente che «*Tanta est in statuenda lege publicationis necessitas, ut Deus ipse cui rerum est summa potestas, non possit lege positiva ab eo data, contra eiusdem legis publicationem, aliquem*

2. In tal senso si esprime F. M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, vol. I, Romae, 1961, p. 65, osservando espressamente: *Quaestio proin, potius de verbis est quam de re.*

3. Senza riportare tutta una serie di autorevoli canonisti e teologi che sostengono questa tesi, è sufficiente riferire il pensiero di BARTHOLOMEUS DE MEDINA, *Expositio in primam secundae angelici Doctoris*, Venetiis, 1602, ad Q. 90, art. IV, p. 4: *Mihi tamen videtur quod sit de ratione, et de substantia, nam si non est intimatio, certe praecceptum non est intimatio ergo est de ratione legis, et haec intimatio non est applicatio, sicut quando ignis applicatur ad comburendum, sed est intimatio, applicatio legis veluti praeseferens imperium legis*; aggiunge quindi l'autore: *Praeterea, haec intimatio non est notitia legis, quae non est de essentia legis, sed est intimatio praecipientis et mandantis.* Cfr. anche GABRIEL VASQUEZ, *Commentaria ac disputationes in primam secundae*, Lugduni, 1631, T. II, Disp. 155, cap. 2, n. 16, laddove espressamente osserva che la promulgazione *non tantum esse conditionem requisitam ut lex applicetur, sed etiam esse aliquid pertinens ad essentiam et substantiam legis.* Analogamente vedi anche J. AZOR, *Institutionum moralium Quaestiones*, Pars Prima, Romae, 1600, L. IV, c. III, col. 452; M. BONACINA, *Opera moralia*, Lugduni, 1624, Disp. I, Quaest. I, Punctum II, il quale affrontando il problema, non esita ad affermare che, in effetti, *quae autem ponuntur in definitione, pertinent ad rei essentiam, nempe ad genus, vel differentiam: tum quia de ratione legis est, ut feratur ob commune bonum.* Più di recente cfr. anche Comte DE VAREILLES-SOMMIERES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, 1889, p. 15.

*ad illius observationem obligare*⁴, altri autori ritengono al contrario che tale componente, lungi dall'essere necessaria *ad rationem seu essentiam legis*, sia, al contrario, necessaria *ad perfectionem legis*⁵.

Ovvio punto di riferimento della *vexata quaestio* è, dunque, il passaggio della *Summa* dell'Angelico, in cui si accenna ad un concetto di promulgazione che, a primo acchito, sembra essere unitario nella sua scolpente lucidità e completezza. Del resto, la questione stessa *utrum promulgatio sit de ratione legis* viene affrontata dall'Aquinate con la sua consueta acutezza, prospettandosi l'autore tre fondamentali argomentazioni che sembrano invero ostare alla possibilità di considerare il requisito della promulgazione qual elemento che riguarda la *ratio legis*.

Ed in primo luogo sembra, in effetti, che la *lex naturalis*, pur presentandosi evidentemente quale vera e propria legge, non abbisogna, in definitiva, della promulgazione, con la conseguenza che *non est de ratione legis quod promulgetur*⁶. Ma non basta. Perché ancora un'argomentazione sembra essere stata posta contro la possibilità di considerare la *promulgatio* qual elemento che attiene *ad rationem legis*. In realtà, che la promulgazione della legge *non est de ratione*

4. ALPHONSUS DE CASTRO, *De potestate legis poenalis libri duo*, Parisiis, 1571, L. I, c. I, A, col. 1522.

5. Anche in riferimento a questa seconda soluzione avanzata da una parte, pure autorevole, della dottrina canonistica e teologica a proposito della natura giuridica della promulgazione, non è il caso di abbondare in citazioni spesso superflue, se è vero che gli autori ripetono, in sostanza, che la promulgazione non è un elemento che integra l'essenza della legge. Così I. B. GONET, *Clypeus theologiae thomisticae*, Burdigalae, 1659, Tract. 5, disp. I, art. 4, par. 1, n. 55 e 57. Ma soprattutto C. BILLUART, *Summa S. Thomae, Cursus Theologiae, Prima Pars*, Brixiae, 1836, *Tract. de legibus*, Diss. I, art. 3, si sofferma acutamente a considerare la legge da un duplice angolo visuale, osservando, invero, *legem posse considerari dupliciter, in actu primo prout est apta ad dirigendum et obligandum, et in actu secundo, prout de facto dirigit et obligat*; del resto, l'autore non esita subito dopo a precisare che, se da un lato *ad essentiam legis sufficit, quod habeat aptitudinem ad dirigendum et obligandum*, con la conseguenza che *lex ante promulgationem habet aptitudinem ad dirigendum et obligandum*, rilevando accortamente che non *ex promulgatione habet hanc aptitudinem, sed actualem directionem et obligationem tamquam a conditione*, finisce per concludere affermando *promulgationem esse conditionem necessariam, ut lex in actu secundo obliget*; nel senso che *promulgatio ponitur in definitione legis, non ut pars eius essentialis, sed ut conditio intrinseca et insupplebilis ut obliget actu...*

Più di recente cfr. sul punto in esame D. PRÜMMER, *Manuale theologiae moralis*. T. I, Friburgi im Brisgovia, 1935, p. 133, il quale così conclude: *Quamvis promulgatio verius non pertineat ad essentiam legis... tamen nulla lex humana actualiter obligat, antequam sit authentice promulgata*.

6. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, II, Q. 90, art. IV.

legis si poteva anche opportunamente desumere dall'assunto secondo cui *ad legem pertinet proprie obligare ad aliquid faciendum vel non faciendum*, laddove, peraltro, «*non solum obligantur ad implendam legem illi coram quibus promulgatur lex, sed etiam alii*»⁷. In terzo luogo poi, sulla base del testo contenuto nel C. I-14-17, secondo cui «*leges futuris negotiis necessitatem imponunt, ut iura dicunt*», teneva davanti a sé presente l'ultima obiezione in base alla quale la promulgazione non può considerarsi parte integrante della legge, in quanto *obligatio legis extenditur etiam in futurum*, laddove, invece, *promulgatio fit ad praesentes*, con la conseguenza che la promulgazione *non est de necessitate legis*⁸.

Ma quel che assume importanza fondamentale, a proposito del testo della *Summa Theologiae* che si riferisce alla promulgazione della legge, è il fatto che, dopo aver riproposto queste acute obiezioni che sostanziano inevitabilmente la tesi secondo cui alla promulgazione non può in alcun modo essere attribuito valore di elemento di perfezione della legge, cioè valore di elemento integrante l'essenza della legge, Tommaso D'Aquino fa esplicitamente riferimento ad un unico testo relativo al concetto di promulgazione, vale a dire al passaggio graziano, che viene, anzi, proposto per controbattere le argomentazioni che suffragano la tesi contraria alla concezione della promulgazione quale vero e proprio elemento costitutivo della legge⁹. Insomma, il passaggio contenuto nel Decreto di Graziano, secondo cui «*Leges instituuntur cum promulgantur*»¹⁰, costituisce e rappresenta, in sostanza, l'unica fonte cui accenna San Tommaso, al fine di affrontare successivamente e risolvere il tema che attiene alla natura giuridica e, quindi, a quello della funzione dell'istituto della promulgazione della legge¹¹.

Sembra a noi allora evidente che, al fine di affrontare e risolvere in qualche modo la questione relativa al carattere giuridico della promulgazione inquadrata nel pensiero più autentico dell'Angelico e al fine di individuare di tale componente la sua vera e propria natura giuridica, insomma, al fine di affrontare e risolvere in qualche

7. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, II, Q. 90, art. IV.

8. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, II, Q. 90, art. IV.

9. Vedi anche E. CORECCO, *Ordinatio rationis o ordinatio fidei*, estratto da *Strumento internazionale per un lavoro teologico. Communio*, 36, 1977, p. 7, nota 22.

10. C. 3, D. IV.

11. G. LE BRAS — C. LEFEBVRE — J. RAMBAUD, *L'age classique. Sources et théorie du droit*, Paris, 1965, p. 431. Vedi in proposito anche C. LEFEBVRE, *La notion de loi en droit canonique*, in *Rapports généraux au XII^e congrès international de droit comparé*, Uppsala 6-13 août 1966, p. 46 dell'estratto.

modo le questioni fondamentali che attengono alla «formalità» della *promulgatio legis*, così come è concepita dall'Angelico, non è in alcun modo possibile non rifarsi alla concezione che aveva Graziano della componente considerata in questa sede, se è vero che al monaco camaldolese deve attribuirsi anche il merito di aver innovato il sistema legislativo della Chiesa, nel senso che agli elementi essenziali della legge in precedenza evidenziati soprattutto da Isidoro di Siviglia, aggiunse il concetto di promulgazione che era completamente estraneo al diritto canonico in cui fino all'epoca di Graziano vigeva un concetto di legge le cui qualità si riassumevano nella famosa formula isidoriana, in cui si affermava che la legge deve essere *manifesta quoque*¹².

E' stato acutamente rilevato che Graziano innova il sistema legislativo fino ad allora vigente nella Chiesa, aggiungendo agli elementi precedentemente posti in rilievo, la promulgazione e consacrandola in una formula nella quale Tommaso D'Aquino riscontra e individua l'atto in forza del quale l'obbligazione viene imposta al *populus fidelium* che costituisce la comunità ecclesiale, vale a dire l'elemento da cui scaturisce la *vis coactiva* della legge stessa¹³. Sembra, peraltro, che non si debba neppure esagerare a proposito del merito che deve essere attribuito al monaco camaldolese, se è vero che ad un attento esame del problema relativo alla promulgazione della legge non può non sfuggire come in effetti egli abbia finito per trasportare nel diritto della Chiesa una costruzione concettuale propria al diritto pubblico romano. Ed è per questo che occorre affrontare il problema *ex abrupto* al fine di esaminare per quanto possibile a forze limitate i più reconditi risvolti e mettere in luce i dati salienti che contribuiscono alla soluzione della questione nella sua complessità.

Nel diritto pubblico romano, almeno per quanto concerne il periodo repubblicano, la promulgazione non aveva la funzione giuridica propria dell'odierna pubblicazione, nel senso che, se attualmente la pubblicazione ha la funzione di fare conoscere i termini della legge già perfetta nei suoi elementi costitutivi, presso i Romani, invece, la promulgazione non aveva altro scopo che quello di porre non la legge, bensì il progetto di legge dinanzi al popolo, al fine di sottoporre tale progetto alla sua cognizione, discussione, ed eventuale approvazione in quanto nell'età repubblicana, fase introduttiva

12. ISIDORI HISPALENSIS EPISCOPI, *Etymologiarum*, V, 10, in MIGNE, P. L., 82, 199.

13. LE BRAS — LEFEBVRE — RAMBAUD, *L'age classique*, cit., p. 431.

al procedimento di formazione della legge non era altro che la *rogatio* o proposta, fatta dal magistrato e per una vecchia consuetudine annunciata al popolo, un certo tempo prima della votazione¹⁴. In effetti, elemento centrale del governo della repubblica romana erano le assemblee popolari, dette *comitia*, se comprensive di tutti i *cives*; *concilia*, se comprensive della sola *plebs*: gli uni e gli altri erano convocati mediante editti e presieduti da un magistrato avente il *ius agendi cum populo* oppure rispettivamente il *ius agendi cum plebe*; nel senso che, se da una parte il diritto di

14. Sul problema della *rogatio* cfr. E. HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, Leipzig, 1884, T. I, p. 1106; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1885, T. I, p. 403. Vedi anche T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, T. III, Leipzig, 1887, pp. 370-371. Lo stesso autore peraltro in altra sede ammette espressamente che «la rogazione era proposta in scritto e recitata dalla tabella o dal codice, il che, se non per i comizi curiati, era di certo per i comizi centuriati e tributi, se non legge, almeno un'antichissima usanza osservata a guisa di legge» (*Sui modi usati dai romani nel conservare e pubblicare le leggi e i senatusconsulti*, in *Annali dell'Istituto di corrispondenza archeologica*, XXX, p. 185. La qualcosa ribadisce sostanzialmente anche L. LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, in *Atti e memorie della R. Accademia di scienze, lettere e arti in Padova*, vol. 12, 1896, pp. 16-17, il quale, dopo aver affermato che se «oggi promulgazione è un atto posteriore alla perfezione della legge, col quale le si dà effettiva efficacia; a Roma invece precedeva le eventuali discussioni e la necessaria votazione nel comizio, era anzi il primo di tutti gli atti preparatori nella procedura, se è lecita la parola, legislativa» (p. 134, nota 45).

Si osserva, a proposito della funzione che esplicava la *promulgatio* nell'età repubblicana, che la legge comiziale non abbisognava di alcun atto di pubblicazione al fine di entrare in vigore anche se, quando trattavasi di leggi di una certa importanza, i magistrati solevano incidere in tavole di bronzo tali leggi per esporle al pubblico in un luogo dal quale potessero facilmente venire lette: *unde de plano recte legi possit* (G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, Torino, 1918, p. 163, nota 224). Del resto non era mancato chi, come G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, p. 167, dopo aver affermato che il diritto pubblico romano non esigeva, agli effetti della entrata in vigore della legge, una formalità corrispondente all'attuale pubblicazione, conclude rilevando che a far conoscere il testo legislativo valeva la precedente formalità della *promulgatio* del progetto, il quale doveva restare esposto per lo spazio di un *trinundinum* e non poteva subire alterazioni. Che anzi, l'autore non esitava un sol momento nell'aggiungere che certamente anche questa pubblica affissione del progetto, che poteva benissimo in seguito venire ritirato, non garantiva una sufficiente sicura conoscenza delle leggi (p. 168). Sulla *rogatio* cfr. comunque anche S. DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, 1954, p. 13. Vedi ancora G. WESENER, voce *Promulgatio*, in PAULY WISSOWA, *Real Encyclopédie der klassischen Alterthumswissenschaft*, suppl. IX, 1962, col. 1239; J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris, 1967, p. 390. DULCKEIT-SCHWARZ, *Römische Rechtsgeschichte*, München, 1970, par. 10, p. 102; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, 1959, pp. 130 ss.; IDEM, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1975, p. 191.

convocare il comizio (*ius agendi cum populo*) non spettava che ai magistrati maggiori, consoli, pretori e dittatore, dall'altro il parallelo *ius agendi cum plebe* non spettava che ai soli tribuni¹⁵. Conseguentemente, l'iniziativa della legge spettava al magistrato, console o pretore, qualora si trattava di leggi portate davanti ai comizi del popolo, oppure al tribuno, qualora si trattava di leggi portate davanti ai concili tributi della plebe; e se le assemblee popolari erano elemento fondamentale del governo della repubblica romana, le deliberazioni di tali assemblee costituivano ovviamente vere e proprie fonti di diritto, sia quando assumevano la forma di *lex*, sia quando assumevano la forma di *plebiscita*¹⁶.

Del resto, con il termine *lex*, genericamente inteso, si indicava non soltanto la *lex* propriamente detta, cioè la deliberazione dei *comitia* su proposta del magistrato *cum imperio*, ma anche il *plebiscitum*, cioè la deliberazione del *concilium plebis* su proposta del tribuno; distinzione, che peraltro non aveva ragion d'essere dopo la *Lex Hortensia* del 287 a.C., con la conseguenza che dopo tale legge pure i plebisciti sono denominati *leges*, al punto che, dopo che la suddetta legge rese obbligatori per tutti i cittadini i *plebiscita*, la terminologia diventa sempre meno precisa e, nello stesso linguaggio ufficiale, l'endiadi *lex plebeivescitum* è usata al fine di indicare genericamente qualunque deliberazione popolare, dal momento che la distinzione fra *populus* e *plebs* finisce, a poco a poco, per obliterarsi, diventando più formale che sostanziale in conseguenza del fatto della decadenza e della *infrequentia* dei comizi¹⁷.

Le leggi comiziali erano, insomma, di regola, *leges rogatae* o *latae*, così dette perché consistenti in una proposta del magistrato, portata con l'*auctoritas patrum* all'approvazione del popolo, riunito nei *comitia centuriata* ed una volta poi che la legge veniva preven-

15. Tra l'altro, importanza essenziale assume quanto afferma P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, laddove osserva che la definizione di *lex* mette in chiaro rilievo la struttura della stessa *lex*, la quale è, nell'idea romana, un atto bilaterale che risulta dalla proposta del magistrato il quale presiede l'assemblea popolare e l'accettazione del popolo, convocato appositamente dai comizi. Vedi anche quanto, con accentuato vigore, rilevano G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1955, p. 219; GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., pp. 130 ss. e GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, cit., p. 389.

16. Cfr. in tal senso anche P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, 1962, p. 206.

17. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 40; DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, cit., p. 206; GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 131.

tivamente deliberata dal Senato, il progetto di legge doveva essere pubblicamente esposto nelle consuete *tabulae dealbatae* almeno tre settimane (*trinundinum*) avanti il giorno della votazione e la pubblicazione si denomina promulgazione¹⁸. Durante le tre settimane che intercorrono tra l'annuncio e la convocazione, il disegno di legge rimaneva esposto ed il popolo poteva essere riunito dal magistrato in adunanze non formali (*contiones*) per discuterlo nel detto intervallo; insomma, se la convocazione aveva scopo legislativo, era uso che il proponente o altro magistrato convocasse il popolo in concione al fine di affrontare le critiche che gli oppositori le muovevano. E tali riunioni si svolgevano in contraddittorio e in esse, ai discorsi favorevoli (*suasiones*) si contrapponevano i discorsi sfavorevoli che si denominavano *dissensiones*¹⁹. D'altra parte, con la convocazione si rende noto l'oggetto proposto alla deliberazione co-

18. AMBROSII THEODOSII MACROBII, *Saturnalia*, 1. 16. 34-35: «*Rutilus scribit Romanos instituisse nundinas, ut octo quidem diebus in agris rustici opus facerent, nono autem die intermisso rure ad mercatum legesque accipiendas Romam venirent et ut scita atque consulta frequentiore populo referrentur, quae trinundino die proposita a singulis atque universis facile noscebantur, unde etiam mos tractus ut leges trinundino die promulgarentur; ea re etiam candidatis usus fuit in comitium nundinis venire et in colle consistere unde coram possent ab universis videri. Sed haec omnia negligentius haberi coepta et post abolita, postquam internundino etiam ob multitudinem plebis frequentes adesse coeperunt; est etiam Nundina Romanorum dea a nono die nascentium nuncupata, qui lustricus dicitur; est autem dies lustricus quo infantes lustrantur et nomen accipiunt; sed is maribus nonus, octavus est feminis*».

Si vedano a tal proposito HERZOG, *Geschichte und system der römischen Staatsverfassung*, cit., p. 1092; KARLOWA *Römische Rechtsgeschichte*, T. I, cit., p. 389; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., T. III, p. 375. In altra sede, quest'ultimo autore precisa, d'altra parte, che era «in Roma costume antichissimo di intimare (*edicere*) pubblicamente non solo le concioni del comune, ma anche eziandio le materie che in ciascuna di esse dovevano essere decise, almeno ventiquattro giorni prima (*Trinum nundinum*)», con la conseguenza che «era quindi naturale, se leggi dovevano proporsi, dopoché era invalsa la regola di farne in iscritto la proposizione, di tenerle esposte durante il relativo spazio di tempo in un luogo generalmente accessibile ad una altezza che non impediva di leggerle dal piano suolo, scritte per lo più con colore nero su tavole imbianchite di legno» (*Sui modi usati dai romani*, cit., pp. 185-186). Cfr. in tal senso anche ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., pp. 167-168; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, cit., p. 217; GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 220.

19. Cfr. HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, cit., p. 1096; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit. T. I, par. 54, p. 403; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., p. 394; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, cit., p. 217; GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., pp. 220-221; DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, cit., p. 13; GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., p. 191

miziale, che non era altro, nei comizi legislativi, che il testo del progetto di legge la cui esposizione, cioè la *publica editio* del progetto di legge aveva il nome di *promulgatio*²⁰ ed avveniva nella forma consueta degli editti, cioè con la doppia forma dell'annuncio orale, in concione, e della pubblicazione su tavole di legno imbiancate²¹.

Una volta chiusa la *contio*, il giorno della riunione il magistrato presidente leggeva la proposta e interrogava il popolo con la consueta formula: «*Velitis iubeatis Quirites... ita vos, Quirites, rogo*»²². Formula questa, con cui aveva inizio la votazione con la quale le assemblee del popolo erano invitate a pronunciarsi sulla proposta, in ordine alla quale l'accettazione si esprimeva sempre votando *uti rogas*, laddove il rigetto si manifestava con la voce *antiquo*²³. Effettuato lo

20. Affermava FESTUS: *Promulgari leges dicuntur, cum primum in vulgus eduntur, quasi provulgari* (Ed. Müller 1839, p. 224 in BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 6 ed. Friburgo, 1883, II, p. 29).

21. Afferma il LANDUCCI che «la *promulgatio* per antica consuetudine doveva aver luogo per un periodo di tempo molto lungo, cioè almeno per 24 giorni, come ormai ammettono i più, o per 17 giorni, come era prevalente opinione prima» (*La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 136) precisando subito dopo che «l'intervallo per lo più nelle fonti è indicato con le parole *trinum nundinum*; se voleva dire 3 giorni di mercato, *nundinae*, che ricorrevano ogni otto giorni, il periodo sarebbe di 17 giorni; se tre periodi di otto giorni, in cui era diviso tutto l'anno anche nel calendario ufficiale, sarebbe di 24 giorni»; che anzi, a tal proposito, l'autore richiama l'opinione del MOMMSEN, ormai seguita dai più autorevoli scrittori, secondo cui, nonostante le imprecisioni delle fonti, la seconda opinione è preferibile e suffragata da argomenti che mi sembrano inconfutabili, se è vero che *nundinum* e più tardi *nundinium* indicava il periodo degli 8 giorni, come oggi settimana quello dei sette (*Römisches Staatsrecht*, cit., p. 375). E finiva col ritenere il LANDUCCI perfino che, anche qualora «la *promulgatio* dovesse aver luogo con un editto nulla toglie senza dubbio al suo carattere di pubblicità; anzi molto aggiunge, perché i romani non conoscevano modo più solenne e, se mi si passa la parola, più ufficiale di rendere noto alcunché al popolo, che l'editto dei magistrati» (*La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., p. 134, nota 46).

22. Con questa formula ricorda GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 221, come aveva inizio la votazione. Cfr. anche quanto affermato da DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, cit., p. 13, il quale osserva: «Le *leges* attendevano soprattutto a regolare la organizzazione dei pubblici poteri ed i rapporti dei singoli con lo Stato, mentre poco considerava i rapporti fra i privati cittadini e quasi sempre li riguardava per reprimere abusi invalsi nel costume e per apprestare nuove difese».

23. Vedi DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, cit., p. 13. In tal senso cfr. anche GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 222: «Il voto si dava... nei comizi legislativi con la formula *uti rogas* per l'approvazione, *antiquo* (A) per il voto contrario, *non liquet* (NL) per l'astensione». Aggiunge V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, p. 91, che per la votazione non possono essere scelti né i giorni giudiziari (*dies fasti* in senso stretto),

spoglio, si proclamava il risultato con la *renuntiatio*, che non era altro che l'approvazione della legge, votata dai comizi e, quindi, si aveva, al contempo, l'entrata in vigore della legge stessa; nel senso che il diritto pubblico romano non conosceva un istituto analogo a quello che per noi è il vero e proprio requisito della pubblicazione della legge, con la conseguenza che il fatto che il progetto era esposto attraverso la *promulgatio* e il fatto che la legge veniva in essere attraverso la partecipazione diretta del popolo che la votava, potevano ben far presumere la legge senz'altro nota, sicché la *renuntiatio* con cui si proclamava il risultato e si applicava quindi le legge implicava dunque l'immediata entrata in vigore della legge²⁴.

Questa è la tesi sostenuta dalla dominante dottrina romanistica la quale insegna che nell'antica Roma non era affatto necessario un atto apposito di pubblicazione, dato che le leggi entravano in vigore appena approvate, con le debite formalità dall'assemblea competente, tolto il caso che altrimenti disponessero esse medesime. Si affermava anzi dal Mommsen che era costume antichissimo in Roma di intimare (*edicere*) pubblicamente non solo le concioni del comune, ma anche le materie che in ciascuna di esse dovevano essere decise almeno ventiquattro giorni prima (*trinum nundinum*), con la conseguenza che era naturale tenerle esposte durante il relativo spazio di tempo in un luogo generalmente accessibile ad un'altezza che non impediva di leggerle dal piano del suolo, scritte per lo più con colore nero su tavole imbianchite di legno, così come ordinava la legge Cecilia-Didia del 98 a.C.; e si aggiungeva che da quel tempo in poi il proponente era legato al suo progetto, nel senso che, lungi dal poterlo modificare a suo arbitrio, poteva esclusivamente limitarsi a ritirarlo, presentando-

né i festivi o *nefasti* e si sogliono evitare anche i giorni di mercato e che «quanto al luogo, esso è per i comizi e concili tributati il Foro (e precisamente quella piazza che già in origine serviva ai comizi curiati, detta appunto *comitium*), per i comizi centuriati il Campo Marzio».

24. Una siffatta affermazione è stata fatta dai più insigni romanisti fra cui: F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, 1840, che qui si cita nella edizione ital. SCIALOIA, Torino, 1886, p. 325 ss. cfr. il RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, Lipsia, 1857, I, p. 18. A proposito della tesi di questo autore rileva il LANDUCCI che sia insostenibile riferire la legge *Licinia Junia* al deposito delle leggi incise in bronzo; nel senso che essa trattava probabilmente di ogni legge mentre in bronzo se ne scolpivano pochissime (*La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 120, nota 2). Analogamente si esprimeva il KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Lipsia, 1888, p. 18, il quale non fa che seguire pedissequamente l'opinione del MOMMSEN, *Sui modi usati dai romani nel conservare e pubblicare le leggi ed senatoconsulti*, cit., loc. cit., p. 181 ss.

ne un altro modificato e debitamente esposto durante il *trinundinum*²⁵.

Senonché, è stata sostenuta, in vivo e aperto contrasto con tale opinione, la tesi secondo cui a Roma la pubblicazione della legge finiva per avere consistenza di vero e proprio requisito di validità, precisandosi perfino che presso nessun altro popolo la pubblicazione si presentò con maggior rigore in tale veste di requisito di validità non soltanto per il tempo in cui aveva luogo, ma anche per le formalità che accompagnavano tale elemento²⁶. Secondo il Landucci, infatti, l'opinione dominante, secondo cui nell'antica Roma non era necessario un apposito atto di pubblicazione, dato che le leggi entravano in vigore appena approvate con le debite formalità dall'assemblea competente, si basa su di un equivoco di fondo, radicato su di una concezione ispirata a idee troppo moderne e su una errata interpretazione del passo principale delle fonti relative alla legge Licinia Iunia che introdusse o rese obbligatorio il vero modo di pubblicazione, cioè il deposito e la trascrizione all'*aerarium* del testo della legge votata²⁷. L'equivoco consiste, infatti, nel confondere la pubblicazione, atto destinato a far sì che ogni cittadino possa prendere conoscenza della legge, con una esposizione permanente in luogo pubblico ed in

25. MOMMSEN, *Sui modi usati dai romani nel conservare e pubblicare le leggi ed i senatoconsulti*, cit., loc. cit., p. 186, secondo cui «la costanza della legge vuole che il requisito formale della promulgazione riguardi, come il totale di essa, così anche ogni sua parte».

26. L'opinione meditata, ma che vivamente contrasta con tutta la più autorevole e classica dottrina romanistica, è del LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 119. Nell'opporci all'opinione dominante secondo cui nell'antica Roma le leggi entravano in vigore appena approvate dalla assemblea competente, osserva l'autore: «ho dovuto convincermi, che non soltanto a Roma fu estremo della validità della legge la pubblicazione, ma che presso nessun altro popolo lo fu con maggior rigore, sia per il tempo in cui aveva luogo, sia per le formalità che l'accompagnavano», nel senso che «essa infatti consisteva nella trascrizione del testo della legge nei pubblici registri all'*aerarium*»; ed aggiunge il LANDUCCI: «Secondo me questa era la sola e vera pubblicazione della legge; tuttavia mi preme dimostrare nel seguito di queste mie ricerche, che, anche non essendo persuasi, come non lo sono i miei contraddittori, della sua esistenza, non si potrebbe asserire che nell'antica Roma mancasse una conveniente giustificazione della presupposta conoscenza delle leggi» (p. 121, nota 8).

27. LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit. loc. cit., p. 122, il quale rileva anche che «il deposito all'erario, come credo che lo ordinasse la legge Licinia Giunia, aveva luogo appunto dopo la completa approvazione della legge, quindi corrispondeva perfettamente a questo concetto moderno» (p. 122, nota 10). Sul punto è acuta la critica mossa all'autore dal ROTONDI, il quale dichiara esplicitamente che non è convincente l'argomentazione diretta a dimostrare che la legge Licinia Giunia del 62 a.C., la quale stabili

una forma ed in una materia capaci di sfidare le ingiurie del tempo; consiste, anzi, nel credere, da parte dei moderni autori, che la pubblicazione non possa risultare che da un atto posteriore all'approvazione della legge ed estraneo all'approvazione dell'assemblea che lo approvò, con la conseguenza che si finisce per giungere ad una erronea interpretazione, riferendo la legge suddetta alla promulgazione, cioè all'esposizione del progetto di legge, invece, che alla pubblicazione della legge²⁸.

Sostiene l'autore che per i senatoconsulti, innanzi tutto, la pubblicazione era certamente obbligatoria, nel senso che dovevano essere depositati nell'erario per essere validi, cioè dovevano essere pubblicati, una volta esaurite tutte le formalità costituzionali necessarie alla loro approvazione perché avessero validità giuridica, con la ovvia conseguenza che è assurdo ammettere che un atto apposito di pubblicazione fosse richiesto qual elemento essenziale della validità dei senatoconsulti, semplici pareri, e non anche qual elemento necessario agli effetti della validità delle leggi, obbligatorie nel senso più rigoroso della parola²⁹. Rileva inoltre l'autore che, se anche il mondo romano

ne clam aerario legem ferre liceret (Marco Tullio Cicerone, Pro Sest. 64, 135), si riferisca alle leggi approvate e non piuttosto, come è generalmente ammesso, a progetti promulgati (*Leges publicae populi romani*, cit., loc. cit., p. 168).

28. LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 122. Aspra critica apporta, peraltro, il ROTONDI alla detta opinione acutamente che non sembra esatto l'appunto mosso dal Landucci all'opinione dominante in quanto essa ritiene la pubblicazione necessariamente posteriore alla approvazione; nel senso che nessuno disconosce la pubblicità data alle proposte prima del voto e la sua efficacia pratica, ma la promulgazione di un progetto non è la pubblicazione di una legge (*Leges publicae populi romani*, cit., p. 168).

29. Rileva il LANDUCCI che proprio quanto avveniva in ordine ai senatoconsulti, per i quali la pubblicazione era indubbiamente obbligatoria, dimostra che i romani avessero tutt'altro concetto dell'atto della pubblicazione e dei mezzi per tradurla in pratica (*La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 127). Del resto, il citato autore si dilunga nel ricordare che «Cesare introdusse l'obbligo di trascrivere i singoli senatoconsulti, insieme a tutto il processo verbale delle sedute in cui erano stati approvati, nei protocolli del Senato, e di renderli pubblici nel più ampio senso della parola», precisando, peraltro, che è molto disputabile se Cesare dichiarasse tale pubblicazione elemento della validità dei senatoconsulti, e osservando che quel che è certo è che «la sua innovazione non alterò lo stato precedente delle cose, vale a dire la necessità per la validità loro che fossero depositati all'erario di Saturno, allo scopo che chiunque potesse averne contezza» (p. 128). Prosegue, anzi rilevando l'autore che è disputa quando questo obbligo sorse; ma certo non si può negare che esistesse due secoli innanzi Cristo per la testimonianza esplicita di LIVIO XXXIX, 4; e dal momento che «non esiste alcuna fonte che lo neghi per i tempi precedenti, non sarebbe azzardato, secondo lo spirito e le vicende del

non avesse conosciuto alcun atto speciale di pubblicazione, tale atto si sarebbe potuto sostenere implicito nel voto stesso dei cittadini, nel senso che i tre comizi curiati, centuariati e tributi comprendevano tutti i cittadini, tutto il *populus*, il cui intervento era considerato un altro dovere morale, onde costituzionalmente non sarebbe stato illogico che si fosse presupposta la presenza di tutti e nel voto stesso si fosse considerata compresa la pubblicazione³⁰.

Osserva ancora il LANDUCCI che, comunque, nell'ordinamento politico romano, un modo sufficiente di pubblicazione era la *promulgatio* che designava a Roma la pubblicazione, per mezzo di un apposito editto, del progetto di legge (*rogatio repente sub unius tribuni nomine promulgatur*, come afferma Livio, XLIII, 16, 6) perché tutti i cittadini ne avessero contezza e potessero dare il loro voto con sicura coscienza, con la conseguenza che, dato che il progetto di legge doveva essere sottoposto al voto del comizio dal quale il «rogatore» lo aveva promulgato, non si può certo negare che la *promulgatio* fosse una forma di pubblicazione³¹; e conclude rilevando a questo proposito

diritto romano, asserire che fu sempre necessario, o almeno che la consuetudine ne sorse da tempi antichissimi» (p. 129). Del resto, conclude il LANDUCCI, osservando che, se i senatoconsulti, per essere validi, dovevano essere depositati all'erario, dovevano cioè essere pubblicati, dopo esaurite tutte le formalità costituzionali necessarie alla loro approvazione, perché avessero giuridica rilevanza, a maggior ragione le leggi dovevano essere pubblicate, se è vero che la legge obbligava i cittadini tutti, privati o rivestiti di pubblico ufficio che fossero, mentre i senatoconsulti non avevano alcun valore legislativo, essendo semplici consigli dati al magistrato relatore (p. 130).

In aperto contrasto con l'autore sopra citato, osserva criticamente il RONDONI che l'argomentazione desunta *a fortiori* dalle norme per la conservazione dei senatoconsulti non regge, nel senso che, a parte il fatto che in simili materie mal si argomenta per analogia, «parmi potersi osservare che l'obbligo di una pubblicazione si comprende meglio per le deliberazioni spesso immediatamente proposte e votate nel chiuso consesso del Senato che non per le votazioni comiziali» (*Leges publicae populi romani*, cit., p. 169).

Sul carattere normativo dei senatoconsulti, cfr. F. SERRAO, voce *Legge* (Diritto romano) cit., loc. cit., 1973, p. 815.

30. LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 132. Invero l'autore parte dalla ipotesi della pubblicazione insita nella presenza di tutti i cittadini nei tre comizi, per sostenere che, d'altra parte, non conviene insistere su tale ipotesi «sia perché la storia legislativa di Roma ci ricorda altri veri e precisi modi di pubblicazione, sia perché è opportuno evitare la grave obiezione, che la pubblicazione deve essere un atto indipendente dalle formalità essenziali, che costituiscono la legge, o almeno dal voto, che ne è la vera origine» (p. 133).

31. E' stato a questo proposito rilevante dal LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit. loc. cit., p. 134, nota 43, che se «oggi la promulgazione è un atto posteriore alla perfezione della legge, col quale le si dà effet-

che anche la *renuntiatio* potrebbe essere considerata, in definitiva, come una forma di pubblicazione, dato che essa consisteva nella lettura e proclamazione del progetto ormai divenuto legge nel comizio in cui era radunato tutto il popolo, tanto più che la *renuntiatio* sussegue a tutti gli atti preparatori o costitutivi della legge e ne è quasi il coronamento ed il suggello³². Peraltro, secondo l'autore, cade la necessità di ricorrere agli atti suddetti, dato che sussiste un fatto posteriore alla legge, vero e proprio esclusivo mezzo di pubblicazione, cui accenna la legge Licinia Iunia del 62 a.C., la quale trasformò in obbligo legislativo l'antica consuetudine di depositare le leggi all'erario, perché ne fosse sicuro il testo e chiunque potesse averne contezza, esaminarle e prenderne copia, imponendo di fare tale deposito con forma palese in modo da escludere ogni inganno e determinando non solo l'inefficacia della legge sino a che non fosse avvenuto tale deposito, ma anche la minaccia di un *iudicium publicum* contro chi non l'avesse eseguito³³; e si conclude osservando, quindi, che non

tiva efficacia; a Roma invece precedeva le eventuali discussioni e la necessaria votazione nel comizio, era anzi il primo di tutti gli atti preparatori della procedura, se è lecita la parola, legislativa»; aggiungendo che dato che era «indiscusso principio che il progetto di legge non si poteva alterare in alcun modo, doveva essere sottoposto al voto del comizio tal quale il proponente, o, come si diceva, il rogatore lo aveva promulgato» con la conseguenza che, stando così le cose, «non si può certo negare che la *promulgatio* fosse una forma di promulgazione, infatti per effetto di essa ogni legge era stata pubblicamente esposta con convenienti garanzie almeno per ventiquattro giorni; la mancanza di tale formalità non soltanto, ma anche qualunque alterazione del progetto dal momento della promulgazione a quello della votazione, avrebbe reso radicalmente nulla la legge» (pp. 137-138).

32. Così afferma sempre il LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., pp. 139-140, il quale anzi aggiunge che essa consisteva, «avvenuta la *relatio* o esposizione del risultato del voto, nella lettura e proclamazione del progetto ormai divenuto legge», precisando anche che, mentre «la *relatio* dell'esito della votazione delle singole divisioni del comizio era fatta dal magistrato presidente, la *renuntiatio* o proclamazione del risultato definitivo con la lettura del testo della legge avveniva per mezzo di un precone o pubblico banditore» (p. 139, n. 53).

33. Questo sembra essere il punto centrale e sostanziale della tesi mirabilmente sostenuta dal LANDUCCI, persuaso che, per questo motivo, cade la necessità di ricorrere agli atti che ho esaminato fin qui (*La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., loc. cit., p. 140-141), dal momento che, se per una consuetudine inveterata si depositavano all'erario, anche perché non ne mancasse una solenne pubblicazione, gli abusi erano molti, tant'è vero che «i questori o ne avevano avuta poca cura o avevano secondato biechi interessi non curando il deposito d'alcune o facendole scomparire o permettendone delle alterazioni o non confrontando a dovere la precisa corrispondenza loro con il progetto, che ne era stato promulgato ed approvato»; sicché dopo altri ten-

è possibile immaginare una notizia più esplicita, più chiara, e più sicura di questa, nel senso che le leggi, per consuetudine inveterata, si depositavano all'erario perché non ne mancasse una solenne pubblicazione e che con la suddetta legge si rendeva formula legislativa l'obbligo consuetudinario di depositare il testo della legge, dopo l'approvazione, nell'erario di Saturno, al fine di eliminare gli abusi dei questori in ordine al deposito delle leggi³⁴.

tativi di rimedi, secondo il LANDUCCI, per togliere di mezzo anche questi sconci Licinio Murena e Dec. Giunio Silano, nel 62 a.C. «proposero, essendo consoli, ed ottennero l'approvazione di una legge, con cui non soltanto esplicitamente si rendeva formula legislativa l'obbligo consuetudinario di depositare il testo della legge, appena approvata, nell'erario di Saturno, ma si imponeva anche di recarvelo con testimoni, di farne cioè il deposito con le debite garanzie, affinché avvenisse a dovere e non si potesse negare in alcun modo» (p. 144-145). Secondo il ROTONDI poi la copia del progetto depositato all'erario veniva, dopo l'approvazione, diffusa dagli scribi questori (Marco Tullio CICERONE, *De legibus*, III, 20, 46), mentre l'originale pare restasse al proponente (*Leges publicae populi romani*, cit., p. 170).

34. Così dice LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, cit., p. 145, il quale peraltro rileva che «il preconetto c'era ed era sorto per uno strano equivoco; poiché era insostenibile che d'ogni legge fosse obbligatoria una pubblica esposizione in tavole di bronzo» (OVIDIO, *Metam.*, I, 91), «si volle concluderne che mancava a Roma ogni modo di vera pubblicazione delle leggi, quasiché essa non potesse avvenire in altra maniera» (p. 145) La verità è, secondo il LANDUCCI, che il MOMMSEN e la dominante dottrina hanno sostenuto, sulla base di questo equivoco, la tesi secondo cui la legge Licinia Giunia non si riferiva alle leggi, ma ai progetti di leggi, o meglio alla promulgazione delle leggi e, basandosi sui famosi passaggi di CICERONE, *De legibus*, III, 20,46 e di SVETONIO, *Divus Iulius*, 28, finiva per affermare che tale legge faceva obbligo di depositare all'erario non la legge, ma il progetto di legge (p. 145-146). Secondo il LANDUCCI, invece, allorché SVETONIO affermava che «*Marcus Claudius Marcellus consul edicto praefatus, de summa se re publica acturum, rettulit ad senatum, ut ei succederetur ante tempus, quoniam bello confecto fas esset ac dimitti deberet victor exercitus; et ne absentis ratio comitiis haberetur, quando nec plebi scito Pompeio postea abrogasset. Accideret autem, ut is legem de iure magistratum ferens eo capite, quo petitione honorum absentis summovebat, ne Caesarem quidem ex ciperet, per oblivionem, ac mox, lege iam iis aes incisa et in aerarium condita, corrigeret errorem*», egli, lungi dal riferirsi al progetto di legge, si riferiva, invece, alla legge medesima, debitamente votata, con la conseguenza che, se il deposito all'erario era stato reso obbligatorio dalla legge Cecilia Didia per i progetti di leggi, la legge Licinia Giunia lo dichiarò obbligatorio anche per le leggi approvate e lo circondò di convenienti garanzie, ragion per cui la seconda disposizione «era veramente un corollario e un completamento di quella della legge Cecilia Didia, sicché, considerate nel loro insieme, le due leggi costituiscono nel diritto romano la legislazione sulla pubblicazione dei progetti di legge e delle leggi, riproduttrice d'antiche e ben pensate e ben coordinate consuetudini» (p. 146). Nel senso della dottrina dominante vedi anche GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 222.

Tale tesi, peraltro, non convince. La legge comiziale entrava in effetti in vigore nel momento stesso in cui il magistrato ne proclamava l'approvazione (*renuntiatio*) indipendentemente da un atto di pubblicazione, dato che la pubblicazione era in quel tempo superflua anche se, quando trattavasi di leggi importanti, i magistrati solevano farle incidere in tavole di bronzo per esporle al pubblico in un luogo dal quale potessero essere facilmente lette; conseguentemente, siffatta pubblicazione non aveva che un valore puramente di fatto, nel senso che l'entrata in vigore della legge non dipendeva assolutamente dalla sussistenza di siffatto requisito³⁵. E se è pur vero che la legge Licinia Iunia stabiliva delle pene contro i magistrati che tradivano l'obbligo loro imposto di deporre la *rogatio* nell'*aerarium*, è anche vero che non risulta affatto che tale disposizione legislativa faceva dipendere l'entrata in vigore di ogni legge dal fatto di essere stato esposto il progetto³⁶. D'altra parte, difficilmente criticabile appare la radicata e convincente dimostrazione del Mommsen, secondo cui la Legge Licinia Iunia, lungi dal riferirsi alla legge già votata, si riferiva al progetto di legge, e non aveva in tal modo altro scopo al di fuori di quello della conservazione del testo delle leggi, dalla quale non dipendeva, peraltro, teoricamente, la validità³⁷.

35. Cfr. in tal senso anche G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, Torino, 1918, p. 161, il quale, in aperto contrasto con il LANDUCCI, osserva che «altro è dire che a Roma la pubblicazione delle leggi (nel senso moderno) era superflua, in quanto che ai bisogni, cui essa provvede oggigiorno, si era data altrimenti soddisfazione, ed altro, è il dire che tale pubblicazione fosse realmente richiesta anche a Roma» e aggiunge subito dopo che si deve senz'altro ammettere che in Roma la pubblicazione delle leggi, in senso moderno intesa, era superflua, con la conseguenza che non si può considerare come atto di pubblicazione quei procedimenti che, come la *promulgatio* del progetto, la votazione del medesimo nei comizi, e la *renuntiatio*, rendevano praticamente superflua una vera e propria pubblicazione in senso moderno; concludendo, infine, che al LANDUCCI non solo non è riuscito di demolire la tesi del MOMMSEN, secondo cui la *lex Licinia Iunia* si riferisce al progetto di legge (*rogatio*) e non alla legge già votata, ma inoltre che lo stesso autore non ha ben compreso che la legge sopra citata aveva come suo scopo precipuo la conservazione del testo delle leggi, dalla quale peraltro non dipendeva affatto la loro validità.

36. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, cit., p. 163, nota 224.

37. E del resto la tesi del MOMMSEN, *Sui modi usati dai romani*, cit., loc. cit., p. 186, è suffragata dal famoso passaggio di MARCO TULLIO CICERONE che si riferisce al problema con una serie di domande e interrogativi retorici: «*Etiam hanc legem populus romanus accepit? quid? promulgata fuit? quid? non ante lata quam scripta est? ubi poena recenti lege Iunia et Licinia? Possunt ne hae leges esse ratae sine interitu legum reliquarum...?*» (Philippica, V, 3). E, d'altra parte, lo scopo della legge era quello di conservare il testo delle leggi e non condizionarne la validità, come afferma CICERONE in un altro famoso passaggio,

Sprovviste di pubblicazione erano, del resto, anche le costituzioni imperiali nell'età del principato, le quali erano atti emanati dall'imperatore e potevano essere fonti di diritto in quanto contenessero una norma giuridica innovatrice³⁸. In realtà, come la repubblica anteriore, il principato si fonda sulla sovranità del popolo, nel senso che il principe stesso non è che un magistrato, e un magistrato investito non da un potere che lo pone al di sopra della costituzione, ma di una competenza incorporata nelle istituzioni costituzionali e circondata da limiti fissi; conseguentemente fa parte dell'essenza del principato che il principe, essendo il primo dei cittadini, sia legato dalle leggi dello Stato, come tutti gli altri cittadini³⁹. Veramente la evoluzione lenta e senza apparenti scosse compiuta dalla costituzione romana nel passare dalla repubblica al principato non poté implicare un rinnegamento della tradizione repubblicana; anche quando l'attività comiziale era da tempo estinta, e la potestà legislativa assunta dal principe, non poche delle antiche leggi restano ancora in vigore⁴⁰.

Delle fonti nuove a partire dal 27 a.C., anno in cui s'inizia l'impero, cioè le *constitutiones* e i *senatus consulta*, le costituzioni imperiali costituivano, dopo l'inizio del principato, una sorta autonoma di diritto e il fondamento della loro autorità doveva essere ricercato nel potere

secondo cui «*Legum custodiam nullam habemus; itaque eaè leges sunt, quas apparitores nostri volunt, a librariis petimus, publicis literis consignatam memoriam nullam habemus*» (De legibus, III, 20, 46).

38. Così definitiva GAIUS le costituzioni imperiali: *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperum accipiat* (I, 5). Testo, quest'ultimo, in cui è chiaramente ed esplicitamente riconosciuta la potestà normativa degli imperatori ed anche se il citato testo risale al II sec. d.C., gli imperatori hanno in effetti emanato norme fin dal sorgere stesso del principato (In tal senso vedi VOET, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 44). D'altra parte è evidente quanto è disposto in D. 1. 2. 2. 11, cioè che conseguentemente «*constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset ratum esset*».

39. In tal senso le accorte e meditate considerazioni del MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., T. II, 2, p. 749. Se ne può anche consultare l'edizione francese *Le droit public romain*, Paris, 1896 (trad. P. F. GIRARD), pp. 158.

40. Cfr. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., p. 172. Precisa peraltro l'autore che certamente nel campo del diritto pubblico le nuove condizioni di fatto avevano eliminato l'applicazione di buona parte delle antiche disposizioni, ma se si guarda in modo principale, non però esclusivo, alle leggi di diritto privato e penale, esse di regola conservano piena efficacia; con la conseguenza che questo «valore spesso affettivo, talora anche solo nominale, unito al caratteristico rispetto per le antiche tradizioni assicurò la lunga conservazione di gran parte di quei testi» (p. 172-173).

dell'imperatore. D'altra parte, il nome di *constitutiones* non indicava una forma specifica, ma soltanto, con un riferimento sostanziale, quelle statuizioni che erano poste dal principe e che si ponevano attraverso i più diversi atti formali (*edictum, rescriptum, mandatum, decretum*)⁴¹. Il carattere legalmente obbligatorio di queste costituzioni non poteva essere revocato in dubbio, se è vero che esse non si distinguevano dalle leggi se non per il fatto che il principe poteva revocare le sue costituzioni in qualsiasi momento, senza violazione del diritto e per il fatto che le stesse costituzioni si dissolvevano di pieno diritto se non erano rinnovate dal successore⁴².

Quel che interessa rilevare in questa sede è che tali costituzioni erano ordinariamente sprovviste di pubblicazione e per conseguenza di presunzione legale di notorietà indispensabile al carattere legislativo⁴³. In effetti, gli atti ufficiali del principe, che non sono il prodotto di un'intesa con il popolo o con il senato, sono, dal punto di vista della forma, o degli editti portati attraverso la pubblicità a conoscenza di quelli che essi riguardano o delle costituzioni indirizzate agli interessati, per i quali non vi è pubblicazione ufficiale⁴⁴. La verità è che le costituzioni imperiali acquistarono importanza sempre maggiore con la pubblicazione dell'editto perpetuo e la decadenza del Senato, finché con Diocleziano, instaurata decisamente la monarchia assoluta e cessata anche l'attività giurisprudenziale, le *constitutiones* diventarono l'unica fonte del diritto, e venivano formalmente emanate dall'imperatore mentre venivano elaborate effettivamente dal *consilium* o *consistorium principis*, di cui facevano parte i più reputati giuristi del tempo⁴⁵. Nell'epoca del dominio, insomma, la trasformazione dello Stato importava anche una trasformazione della teoria delle fonti del diritto. Questa trasformazione si esprimeva sostanzialmente in una unificazione delle fonti e formalmente del nuovo significato della *lex* la quale veniva a designare la costituzione imperiale e veniva ad essere l'unica espressione viva, cioè creativa del *ius scriptum*⁴⁶. Fu appunto in questa epoca, allorché il potere legislativo

41. GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano*, cit., loc. cit., p. 410.

42. Vedi P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1898; e più di recente vedi B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 28.

43. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, cit., p. 914. Cfr. l'ed. francese *Le droit public romain*, cit., p. 196.

44. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, cit., p. 914.

45. In tal senso MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, cit., p. 917 ss. (Cfr. dell'edizione francese *Le droit public romain*, cit., pp. 913-915).

46. Così scrive acutamente il GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano*, cit., p. 462. In tal senso anche DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, cit., p. 489; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 25.

passò quasi completamente nelle mani dell'imperatore, che la promulgazione assunse la funzione di segnare il momento in cui la legge doveva entrare in vigore, vale a dire la funzione propria della pubblicazione⁴⁷. Le costituzioni aventi portata generale venivano discusse nel *consistorium* e, secondo una disposizione di Teodosio II, anche in Senato; il testo definitivo, dopo rilettura in consistorio e l'approvazione definitiva del sovrano, veniva sottoscritto da questo con inchiostro purpureo⁴⁸.

Il *consistorium principis*, da parte sua, trovava la sua origine nel consiglio di amici che assisteva il governatore durante l'età repubblicana⁴⁹; e se in molti casi era lo stesso Senato che fungeva da *consilium* era opera dello stesso magistrato che intendeva servirsene con una composizione assai variabile per numero e qualità delle persone⁵⁰.

Fu Augusto ad istituire il *consilium principis* che fu poi in modo

47. Cfr. in questo senso VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 40. Che nel diritto romano mancasse del tutto la *vacatio*, essendo disposto come regola generale che la legge entrasse in vigore il giorno stesso della sua promulgazione lo dice anche A. SANDULLI, voce *Legge* (Diritto costituzionale) in *Nuovissimo Digesto italiano*, vol. IX, 1963, p. 647.

48. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, cit., p. 490.

49. In tal senso cfr. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris, 1967, p. 480. In effetti nel mondo romano, quando il potere di prendere una decisione spettava ad un'unica persona, era uso di risalente tradizione che questa sentisse preventivamente l'opinione (*sententia*) di un certo numero di consiglieri autorevoli ed esperti. Che anzi, ad indicare l'insieme di costoro divenne tecnico il termine *consilium* che, se etimologicamente deriva da *consulere*, consultare, sembra indicasse anzitutto il luogo ove si deliberava, poi il corpo delle persone in esso riunite e solo per traslato l'*«aliud faciendi aut non faciendi excogitata ratio»*. Cfr. sul punto R. ORESTANO, voce *Consilium*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1968, p. 222; IDEM, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Torino, 1962, p. 52.

50. G. HUMBERT, voce *Auditorium principis* (*sacrum*) in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Paris, 1877, p. 549; IDEM, v. *Auditorium*, loc. cit., p. 549; IDEM, voce *Consilium*, loc. cit., pp. 1451-1452; IDEM, voce *Consilium principis*, p. 1452. Insiste con acutezza sul punto in esame MOMMSEN, *Le droit public romain*, cit., in T. MOMMSEN-J. MARQUARDT-P. KRUGER, *Manuel des antiquités romaines*, T. III, Paris, 1893, p. 279, il quale ritiene che ordinariamente Augusto e i suoi successori hanno consultato dei consiglieri. Cfr. J. CROOK, *Consilium principis*, Cambridge, 1955, pp. 4-7. Afferma il GROSSO che l'usanza di essere assistiti, specialmente da parte dei magistrati giudicanti da un *consilium* fu continuata da Augusto e dai suoi successori, formandosi in tal modo il *consilium principis* (*Lezioni di Storia del diritto romano*, cit., p. 398). Vedi ORESTANO, il quale afferma che una importanza nella storia dell'attività imperiale l'ha avuta quello speciale consesso che nel periodo classico veniva chiamato *consilium* e che sin dal tempo di Augusto assisteva gli imperatori nella loro opera di giudici, di interpreti e di creatori del diritto (*Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Torino, 1962, pp. 51-52).

differente organizzato da Adriano con il nome di *auditorium principis*⁵¹, distinto dal *consistorium principis* vero e proprio formato sotto l'imperatore Diocleziano e poi riorganizzato sotto Costantino⁵², in uno svolgersi lineare che evidenzia come da Augusto a Diocleziano, in effetti, il *consistorium principis* rivelava, pur attraverso composizioni

51. Le basi del *Consilium principis*, costituito da Augusto furono peraltro stabilite da Adriano (HUMBERT, voce *Auditorium principis*, cit., loc. cit., p. 549). Adriano fu in effetti il primo che dette una organizzazione ufficiale, stabile e regolare al *consilium* formato da Augusto.

Significativo è un passaggio della *Vita Adriani*, 18, laddove si legge: «*Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum, sed juris consultos... quos tamen senatus omnes probasset*». Vedi anche TACITO, 14, 62.

Secondo GROSSO si attribuisce appunto una riorganizzazione del *consilium principis* ad Adriano, con cui il detto *consilium* diventa un organo permanente di consulenza giuridica dell'imperatore, sia nell'attività giudiziaria, come in quella legislativa, e anche amministrativa (*Lezioni di Storia del diritto romano*, cit., p. 398). Afferma ORESTANO che con Adriano il *consilium principis* diventa un organo permanente ed è notevole a partire da questo imperatore la larga partecipazione di giuristi al *consilium*, perché se è errato ritenere che prima di allora i giuristi non ne avessero fatto parte in quanto tali; indubbiamente Adriano in ben più ampia misura che non i predecessori chiamò intorno a sé i massimi giureconsulti del suo tempo e si avvale dell'opera loro. D'altra parte «questo fatto appare del tutto naturale sol che appena si consideri il grande sviluppo e il deciso orientamento che l'attività imperiale prende con questo imperatore nel campo normativo e giurisdizionale» (*Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, cit., p. 53); e aggiunge quindi l'autore che «Salvo il crescere o il diminuire della proporzione fra senatori e altri membri e salvo la partecipazione più numerosa di giuristi da Adriano in poi, si può dire che il *consilium* abbia mantenuto in genere un carattere uniforme durante tutti i primi tre secoli dell'impero», concludendo, infine, quanto alla competenza di questo consesso che «non appare mai dalle fonti che sia stato affidata al *consilium* una competenza determinata e fissa, dato che esso ha tutte le competenze che ha l'imperatore, essendo appunto il suo compito quello di coadiuvare l'imperatore nello svolgimento di tutte le sue attività, politiche, finanziarie, amministrative, militari, legislative, giudiziarie, anche se mai tale *consilium* ha preso una decisione autonoma come entità distinta da quella dell'imperatore (pp. 53-54). Insomma, sotto Adriano, il *consilium* divenne un organo permanente di consulenza giuridica dell'imperatore, sia nell'attività giudiziaria, come in quella legislativa, e anche amministrativa (GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano*, cit., p. 398).

52. Sotto Diocleziano il *consilium principis* fu sostituito dal *consistorium principis* e subisce una nuova organizzazione in cui trova posto una gerarchia dei membri del consiglio, i *magistri scriniorum*, creando il *vicarius a consiliis sacris*. Insomma, Diocleziano avrebbe moltiplicato i *consilia sacra*, subordinando i consiglieri ai *magistri scriniorum* e mettendo il *vicarius* alla testa del *consilium*, i cui membri si dividono in consiglieri ordinari e straordinari (HUMBERT, voce *Consistorium principis*, cit., loc. cit., p. 1.453). In tal senso cfr. più di recente ORESTANO, voce *Consilium*, cit., loc. cit., p. 222. E' certo che, per quanto concerne le attribuzioni del *Consistorium*, esso aveva delle udienze solenni, so-

differenti, una continuità storica indiscutibile⁵³. Nella storia delle attività imperiali questo consesso, che nel periodo classico veniva chiamato *consilium* e che sin dal tempo di Augusto assisteva gli imperatori nella loro opera di creatori del diritto o di giudici o di interpreti ebbe una grande importanza⁵⁴. E, se è vero che i membri del *consilium* venivano nominati stabilmente, è anche probabile che la loro nomina stabile comportava una certa obbligazione di tenersi presenti al palazzo in vista del loro servizio, con la conseguenza che tale obbligazione finiva per fare di tali consiglieri dei membri della casa imperiale⁵⁵. Tale consesso era, peraltro, presieduto dall'imperatore in una sala particolare del palazzo denominata *auditorium* o *consistorium*, sicché i membri di questo consiglio ricevevano la denominazione di *proceres sacri palatii* oppure quella di *proceres consistorii*⁵⁶.

Il punto cruciale peraltro resta ancora quello concernente la de-

prattutto sui progetti di legge che gli erano sottomessi; sedute che si tenevano nel palazzo imperiale in una sala particolare generalmente denominata *consistorium* (C. 5. C. Th. XI. 9; c. 12. C. IX. 47; D. XXXVI. 1. par. 1; D. XLIX, 9), e che erano presiedute dall'imperatore in genere, o, in sua assenza, da un suo delegato (p. 1.453).

53. Infatti l'interesse fondamentale di questo consesso dell'imperatore si accentua nel periodo che va da Augusto a Diocleziano perché da tale periodo esso rivela una indiscutibile continuità sul piano storico-giuridico (ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, cit., p. 53).

54. Con la monarchia diocleziana-costantiniana, cioè alla fine del III secolo d.C. e agli inizi del IV secolo d.C., il *consistorium principis* si affermò come supremo consesso nelle varie partizioni dell'impero, sostituendo completamente l'antico Senato in una serie di funzioni (ORESTANO, voce *Consilium*, cit., loc. cit, p. 222). E' stato a questo proposito affermato, che la dottrina romanistica «ha da tempo posto nel dovuto risalto l'influenza profonda e vasta esercitata dal *consilium principis*, oltre che sull'attività politica, anche sull'attività normativa degli imperatori...» (G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano, 1963, p. 129). Sul punto cfr. anche J. CROOK, *Consilium principis*, cit., pp. 115-128.

55. MOMMSEN, *Le droit public romain*, cit., p. 281; IDEM, *Römische Staatsrecht*, cit., T. II, pp. 988-992. Rileva l'ORESTANO che tale *consilium* dovette esercitare una grande influenza sull'attività normativa e giurisdizionale degli imperatori, nel senso che era in esso che si formavano talvolta, attraverso ampi ed elevati dibattiti, nuovi principi che trovavano poi la loro formulazione nelle costituzioni imperiali (*Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, cit., p. 55).

56. Cfr. HUMBERT, voce *Consistorium principis*, cit., loc. cit., p. 1453. Nel *consistorium principis* entravano con i quattro *officia palatina* i più alti funzionari dell'impero, e il consesso interveniva in tutte le materie che gli erano sottoposte dall'imperatore (GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano*, cit., p. 452). Si rileva anche come la denominazione di *consistorium principis* derivasse dal fatto che tutti i membri restavano in piedi davanti alla sacra maestà (GUARINO, *Storia del diritto romano*, Roma, 1957, p. 525).

terminazione degli effetti in relazione con l'entrata in vigore delle *leges*, dato che qualche volta la connessione è presupposta, altre volte espressamente dichiarata⁵⁷.

Le più disparate tesi sono state, del resto, sostenute in ordine al problema della determinazione del momento a partire dal quale le costituzioni imperiali producevano effetti obbligatori nei confronti dei destinatari; problema, questo, col quale è inevitabilmente connesso quello della necessità del requisito della pubblicazione agli effetti della validità della legge⁵⁸.

Ebbene, nel diritto pubblico romano il momento costitutivo della

57. Così afferma DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, cit., p. 490. Secondo tale autore, peraltro, «la pubblicazione avveniva, di solito, mediante affissione, che, trattandosi di costituzioni generali, doveva essere fatta non solo nelle capitali ma anche nelle principali città delle provincie»; che anzi, «i funzionari destinatari delle costituzioni ricevevano di solito l'ordine di provvedere all'affissione e di curare che essa fosse eseguita anche dai funzionari loro subalterni», concludendo che la «pubblicazione non è richiesta per le costituzioni dirette al Senato, in quanto ne tengono luogo la lettura in Senato e l'inserzione negli atti di questo», precisando ancora che, se «la costituzione riguarda soltanto un gruppo di persone, la pubblicazione ne è di solito esclusa o tralasciata», e rilevando in conclusione che nulla sappiamo di preciso circa l'effetto della pubblicazione (Cfr. soprattutto p. 490).

Sul tema fondamentale vedi soprattutto le acute osservazioni di E. VOLTERRA, *L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'expositio*, in *Studi in onore di BESTA*, vol. I, Milano, 1939, p. 450, il quale conferma che l'opinione dominante nei lavori romanistici sostiene, al contrario, che la norma giuridica espressa in una costituzione, sia pure provocata da un caso particolare dovesse avere valore generale in tutto l'Impero. Il detto autore dall'epistolario di *Plinio* il giovane e precisamente dall'epistola LXV diretta a Traiano e dall'epistola LXVI che contiene la risposta dell'imperatore, osserva che il testo è decisivo per comprovare che le costituzioni, ove non fossero *generales*, non avevano valore fuori delle provincie per le quali erano state emanate.

Sul problema non è stata data sufficiente rilevanza dal NOODT, *Iulius Paulus sive de partu expositione et nece apud veteres liber singularis* (Opera, Lugduni Batavorum, 1724, T. I, p. 565 ss.); dall'ARMAROLI, *Ricerche storiche sulla esposizione degli infanti presso gli antichi popoli e specialmente presso i Romani*, Venezia, 1838, p. 112 ss.; dal COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino* (Rend. Acc. Bologna, Sez. I, t. IV, 1909-1910, p. 120; IDEM, *Storia del diritto romano privato*, Bologna, 1925, p. 73, n. 2; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. I, 1925, p. 8 ss.; MAROI, *Intorno all'adozione degli esposti nell'Egitto romano*, in *Scritti in onore di G. Lumbroso*, p. 390 ss.

Cfr. sul problema anche ORESTANO, *Gli editti imperiali. Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico*, Cortona, 1937, p. 22. Vedi anche F. VON SCHWIND, *Zur frage der Publikation im römischen Recht*, München, 1940, p. 128 ss.

58. Del resto, rileva il BONFANTE che la pubblicazione delle leggi è il lato più imperfetto del sistema legislativo romano (*Storia del diritto romano*, cit., p. 217).

legge si identificava, dal punto di vista cronologico, con il momento dell'efficacia giuridica, nel senso che, mentre la fase costitutiva della legge poteva da un punto di vista logico tenersi ben distinta dalla fase della efficacia giuridica della legge stessa, dal punto di vista cronológico, invece, le leggi ottenevano piena efficacia giuridica fin dal momento della loro costituzione che si verificava nell'ambito del *consistorium principis*. E se non si parte da questo presupposto di base si corre evidentemente il rischio di cadere nell'equivoco in cui è fatalmente incorsa quella parte della dottrina romanistica, la quale ha finito per ritenere che le leggi, come regola generale, non potevano che essere obbligatorie a partire dal termine di due mesi dalla loro pubblicazione⁵⁹, secondo quanto si ricava da un passaggio contenuto nella Novella 66 di Giustiniano che concerne la forma testamentaria⁶⁰. Che anzi, si può facilmente incorrere nell'errore in cui è caduta quella parte della dottrina romanistica, la quale, tenendo conto anche del fatto che, accanto alla disposizione di legge di cui alla Novella 66, sussiste anche un altro passaggio, quello che si riscontra nel disposto di cui alla Novella 116, secondo il quale la legge non entra in vigore se non *post mensis unius lapsum*⁶¹, ha finito per concludere che il momento precipuo produttivo dell'efficacia giuridica delle leggi non dipendeva, come regola generale, se non dalla *mera voluntas* del nomoteta⁶².

Orbene, tanto la prima opinione sostenuta da una parte della dottrina romanistica sul fondamentale presupposto ricavato dal

59. M. F. I. DUNOD, *Traité des prescriptions*, Dijon, 1730, p. II, c. II, p. 129.

60. Nov. LXVI. 1. 2: «Alteram vero novellam, quae inter constitutiones post Codicem posita est, decernentem quod filiis relinquatur, valere et in hac felicissima civitate et in provinciis post duos menses insinuationis, sicuti praediximus, eo quod factis a nobis uniformibus constitutionibus de mensura institutionis filiorum, alia quidem Graecorum lingua conscripta propter multitudinis frequentiam, alia vero latina, quae etiam firmissima propter reipublicae figuram est, illa quidem. Kalendarum Martiarum habet conscriptionis tunc diem, non autem insinuata tunc, alia vero latina voce conscripta ad Salomonem gloriosissimum apud Afros sacrorum praesulem tunc praetoriorum Kalendas Aprilis».

61. Nov. CXVI. 1. Tale testo dispone che: «Sint igitur omnes scientes qui militēs aut foederatos aliquos in suis habent domibus aut possessionibus aut qualiter cumque observantes et quasdam eis proprias implentes utilitates, quod nisi intra triginta dierum dilationem computatorum ab insinuatione per loca praesentis nostrae dispositionis eos expulerint, substantiae quidem habentium eos aut retinentium publicationi subiectae fisco applicabuntur, ipsi vero et dignitatibus et militiis quas habent expellentur, milites vero et foederati qui eis post dilationem observaverint non solum militia spoliabuntur, sed etiam ultima sustinebunt supplicia».

62. J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Lugduni, 1698, L. I, tit. III, n. 9, p. 16.

passaggio sancito e consacrato nella Novella 66, quanto la seconda tesi basata sulla discrepanza dei testi apportati in ordine al momento produttivo degli effetti obbligatori delle *constitutiones principis* debbono essere ovviamente scartate in quanto frutto di un equivoco incardinato su di una falsa interpretazione dei testi legislativi che avrebbero dovuto essere esaminati alla luce di una più convincente elaborazione. Ed in effetti, se si considera il testo del C.X.32. 65⁶³, si vede palesemente che l'imperatore Anastasio, parlando di una ordinanza emanata in precedenza dall'imperatore Zenone⁶⁴, dice espressamente che tale ordinanza deve essere immediatamente eseguita, cioè deve esplicitare la sua piena e completa efficacia giuridica dal giorno stesso della sua pubblicazione, cioè *ex die quo promulgata est suas vires obtinere*. Passaggio, questo, quant'altri mai significativo, in quanto offre la chiave di volta per dare una soluzione al problema della determinazione del momento relativo all'entrata in vigore delle costituzioni nel diritto pubblico romano, dettando la regola generale, secondo cui le costituzioni imperiali producevano la loro efficacia giuridica dal momento della loro promulgazione⁶⁵. E, dato che la promulgazione non era altro, in

63. Si chiama in causa il testo in C. X. 32. 65: «*Divae memoriae Zenonis sacratissimam constitutionem, quae de curialibus post certas excelsas administrationes seu dignitates condicionis nexu liberandis lata est, in hac tantummodo parte duximus corrigendam, qua cavetur eos etiam, qui ante eandem constitutionem, ab initio tamen eiusdem divae recordationis Zenonis imperii, comitis privatarum nostrae vel piissimae Augustae partis, seu comitis largitionum vel comitis domesticorum, quaestoris aut magistri officiorum licet ad actum administrationis gerendum proveci sunt, minime curialium munerum laqueos ob hoc evitare, sed obligatos cum liberis suis quandocumque progenitis et facultatibus suis post administrationem depositam curiae commoditatibus inservire, nisi forte aliis privilegiis super hoc legibus cognitis muniantur.*

His etenim, qui memoratas administrationes vel unam ex his peregerunt, nec non liberi et rebus eorum beneficium quod ante per illustrem administrationem peractam eis acquisitum est, intactum illibatumque iubemus servari ut relaxatione condicionis et munerum curialium per anteriores principales dispositiones sibi concessa tam ipsi quam liberi eorum post huiusmodi administrationem adeptam procreati una cum propriis substantiis patiantur, etsi contigit eos post divae memoriae Zenonis constitutionem sive per se sive per substitutos suos curiae competentia munera subisse: eadem videlicet constitutione divae memoriae Zenonis ex die quo promulgata est suas vires obtinere cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare».

64. C. X. 32. 64.

65. M. MERLIN, sulla base dei testi citati, ritiene che questa era la regola generale in relazione alla entrata in vigore della legge nel diritto romano, voce *Lois, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T. X, par. V, p. 196. Afferma infatti l'autore che l'imperatore Anastasio, nella citata legge 65 C. X. 32, riferendosi ad una ordinazione precedente emanata da Zenone, statuisce

definitiva, se non la struttura esterna delle costituzioni, la quale aveva come sua immediata funzione quella di attribuire una espressione solenne alla legge che veniva ad essere così costituita, promulgata, creata, cioè istituita nell'ambito del *consistorium principis*, è evidente che alla promulgazione spettavano anche il compito e la funzione di far conoscere i termini della legge agli effetti della produzione dell'efficacia giuridica. In altre parole, se la regola generale desunta dal passaggio che si riferisce alla costituzione dell'imperatore Anastasio era che l'efficacia giuridica della legge veniva prodotta dal giorno della promulgazione, è evidente che v'era un nesso tra la promulgazione e la produzione degli effetti giuridici; conseguentemente, dovendosi anche riconoscere l'esistenza di un nesso tra la promulgazione ed il momento costitutivo della legge, nel senso che la promulgazione della costituzione del *princeps* non era altro che il momento della costituzione stessa della legge, che avveniva nel *consistorium principis*, è evidente che cronologicamente parlando non può riscontrarsi una differenza tra il momento della costituzione della legge e quello della sua giuridica efficacia, dato che la legge produceva la sua efficacia giuridica dal momento stesso della sua costituzione effettuata nell'ambito del *consistorium principis*, in quanto la promulgazione esplicava nel diritto pubblico romano una duplice funzione fondamentale, quella cioè di esteriorizzare il contenuto della legge e quella di portare a conoscenza

che essa deve entrare immediatamente in vigore dal giorno stesso, cioè, della sua promulgazione e dettando quella che era in effetti la regola generale in riferimento al problema affrontato. Precisa anzi l'autore che la tesi di quanti ritiene di basarsi sul passaggio stigmatizzato nella Nov. 66, c. 1, par. 2 è caduta in un grave malinteso nel senso di fare assurgere al rango di regola generale una disposizione che non altra consistenza aveva, in effetti, se non quella di statuizione inerente ad un caso particolare e specifico; in altre parole, dal testo *Ut factae novae constitutiones* una parte della dottrina romanistica ha ritenuto di trarre lo spunto per sostenere che tale passaggio non si limitasse che a rappresentare semplicemente una disposizione meramente eccezionale. Il che viene acutamente confermato da D. DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, voce *Lois*, T. XXX, Paris, 1853, il quale, affrontando il problema centrale, conclude rilevando che il passaggio contenuto nella Nov. 66, c. 1, par. 2 acquista efficacia obbligatoria a partire da due mesi dalla promulgazione, ma esso, lungi dal costituire la regola suscettibile di completa e generale applicazione, si limita esclusivamente alle suddette questioni, dato che la regola generale relativa all'entrata in vigore delle costituzioni imperiali non può che ricavarci e desumersi da C. X. 32. 65, così come giustamente aveva intuito il MERLIN, restando sempre ben inteso che nel diritto romano il termine *promulgatio* finiva per confondersi e identificarsi, in ultima analisi, con il concetto di pubblicazione (p. 73).

dei destinatari i termini della legge, attuando il presupposto della pubblicità immediata della legge stessa.

Ed invero una differenza tra la fase costitutiva della legge e la fase della sua giuridica efficacia non poteva che riscontrarsi sul piano logico nel senso che solo logicamente si potevano individuare e, quindi, separare le due fondamentali fasi del procedimento nomogenetico nel diritto pubblico romano. Insomma, la promulgazione aveva così finito per assumere la funzione di segnare il momento in cui la legge doveva entrare in vigore, assorbendo, in sostanza, il compito vero e proprio della pubblicazione e identificandosi anzi con quest'ultima sì da presentarsi, al contempo, qual elemento di perfezione della legge, elemento sostanziale ed intrinseco della legge stessa, e quale componente relativa alla completezza e perfezione della legge.

Le altre opinioni avanzate dalla dottrina romanistica debbono essere rigettate come quelle che nulla hanno a che vedere con il sistema legislativo proprio del diritto pubblico romano, il quale veniva ad inquadrarsi nel suo ambito una precisa disposizione di legge che assumeva consistenza di vera e propria regola generale a proposito del momento in cui le leggi approvate entravano in vigore e quindi sortivano piena e perfetta efficacia giuridica. Tale momento era in effetti determinato e stabilito dalla regola generale consacrata e stigmatizzata dunque nel C.X.32.65, che, sancendo con estrema precisione il principio fondamentale e generale secondo cui nel sistema legislativo del diritto pubblico romano le leggi entravano in vigore nel momento stesso della loro promulgazione e quindi nel momento stesso della loro costituzione, in un ordine di idee secondo cui «*constitutiones principum a promulgatione solemniter facta, nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus*»⁶⁶, non può non riferirsi ad una logica connessione tra il momento della promulgazione e l'entrata in vigore della legge, almeno come regola generale. Il che ovviamente significa che alla promulgazione oramai era riconosciuta ed attribuita la stessa funzione che nei moderni ordinamenti civili esplica il fatto della pubblicazione, con la conseguenza che la promulgazione aveva finito pian piano per acquistare una consistenza ed una figura concettuale affatto diverse rispetto a quelle che presentava la promulgazione nell'epoca repubblicana. Nell'età repubblicana, infatti, la *promulgatio* non si riferiva che al progetto di legge, sicché non poteva in alcun modo presentare una connessione con l'entrata in vigore

66. C. I. 19. 12.

della legge e, quindi, con la sua efficacia giuridica, dato che la legge stessa non era stata ancora votata e approvata dall'assemblea. E' vero che la promulgazione nell'età della repubblica non poteva avere connessione alcuna con l'entrata in vigore della legge, in quanto essa aveva per oggetto soltanto il progetto di legge e non la legge definitivamente votata e approvata dall'assemblea; peraltro, è anche vero che fin da allora la promulgazione non poteva non esplicitare anche la funzione di fare conoscere al popolo i termini della legge qual era proposta dal magistrato, in quanto, pur presentandosi sotto veste di progetto, la legge proposta non poteva non identificarsi con la legge definitivamente approvata, se è vero che una nuova *promulgatio* appariva necessaria qualora il magistrato proponente s'induceva a fare degli emendamenti nel corso delle *con-tiones*, con la conseguenza che in tal caso egli doveva ripresentare *ex novo* il progetto.

Ma in prosieguo di tempo, avendo assunto un diverso significato e una diversa consistenza, la promulgazione finiva per costituire e rappresentare la forma stessa della legge, la struttura esterna, cioè, la quale peraltro non limitava la sua portata all'ambito proprio delle componenti essenziali della legge, bensì estendeva la sua consistenza anche sul terreno su cui operavano gli elementi qualificabili come requisiti di efficacia delle leggi. In altri termini, la promulgazione completava un *iter* che non si svolgeva, come nella precedente epoca repubblicana, tutto alla luce del sole, cioè nelle *con-tiones* e nei *comitia* secondo un ordine di idee che si atteneva al principio della massima pubblicità garantita e assicurata a tutto il procedimento nomogenetico fin dalla primordiale fase introduttiva della legge a il suo svolgimento successivo fino al momento della promulgazione nel *consistorium principis* sfuggivano all'esigenza di garantire la massima pubblicità all'*iter* legislativo, con la conseguenza che il momento della promulgazione della legge nel *consistorium principis*, finiva per assicurare in qualche modo e garantire il massimo di pubblicità al procedimento di formazione della legge, almeno nella fase fondamentale della sua costituzione. La promulgazione allora assume anche consistenza di requisito di efficacia della legge e adempie alla funzione di porre i termini della legge a conoscenza dei suoi destinatari.

Insomma, in queste ultime fasi del diritto pubblico romano, fase costitutiva e fase dell'efficacia giuridica della legge dal punto di vista cronologico si identificano, nel senso che tanto il momento costitutivo della legge quanto il momento della sua giuridica efficacia sono entrambi intimamente connessi alla componente della promulgazione la quale così, se dal lato strutturale segna il punto

di divergenza tra elemento intrinseco, elemento di perfezione della legge, e componente che assume consistenza di requisito di efficacia giuridica della stessa legge, dal lato funzionale costituisce e rappresenta il momento di verifica della duplice funzione ad essa stessa collegata.

Quando in sostanza si esamini con attenzione il problema dal punto di vista logico e formale, è evidente che una distinzione esiste e s'impone, sul terreno della fattispecie strutturale, tra la promulgazione qual elemento essenziale e parte costitutiva della legge e la promulgazione riguardata e considerata dall'angolo visuale dei requisiti di efficacia giuridica della legge; come pure è evidente che, sempre che si guardi la questione logicamente e formalmente, non si può non riscontrare e intravedere una netta distinzione tra la promulgazione nella sua veste di elemento di perfezione della legge avente la funzione primordiale ed essenziale di costituire l'espressione solenne della legge e la promulgazione nella sua consistenza di elemento che ha anche la funzione secondaria, ma non altrettanto fondamentale, di porre i termini della legge a conoscenza dei suoi destinatari. Se si considera, d'altra parte, il problema dal punto di vista cronologico e temporale, non è possibile, invece, riscontrare né una distinzione sul piano strutturale né una distinzione sul piano funzionale nell'ambito del concetto di promulgazione, nel senso che, dall'angolo visuale cronologico e temporale, strutturalmente e sostanzialmente, la promulgazione si presenta qual elemento essenziale della legge e, al contempo, quale requisito di efficacia della stessa legge, laddove dal lato funzionale, la promulgazione adempie ad una duplice funzione, quella primaria, cioè consistente nel rappresentare l'espressione solenne della legge, la sua struttura esterna che le consente di esistere sul piano del diritto, e quella secondaria, cioè consistente nel porre i termini della legge a conoscenza dei suoi destinatari.

Piano strutturale e piano funzionale della promulgazione vanno allora diversamente valutati a seconda che si proceda in definitiva dal punto di vista logico piuttosto che non da quello cronologico e viceversa. E la conclusione più ovvia che deve trarsene è che nel diritto pubblico romano quale s'era venuto a precisare a partire dall'età dell'impero, la promulgazione non era dunque che un concetto unitario il quale, almeno cronologicamente, poteva essere ricondotto alla sostanza della legge e, al contempo, alla sua giuridica efficacia. Nel momento stesso in cui la promulgazione veniva a rappresentare l'esteriorizzazione, la manifestazione della legge, tale elemento rappresentava, al contempo, il momento della potenziale efficacia giuridica della legge; e in presenza del presupposto fon-

damentale della pubblicità e informazione immediata, la dichiarazione o manifestazione di volontà esplicava automaticamente l'applicazione della modificazione dell'ordinamento giuridico, in quanto non era necessario alcun ulteriore atto-condizione o fatto-condizione suscettibile di mettere in giuoco il meccanismo che attiene all'efficacia attuale della legge in un ordinamento giuridico, come quello romano, in cui immediata appare l'efficacia giuridica della legge, conseguenza diretta della promulgazione della legge stessa.

La verità è che nel diritto romano, come regola generale, la promulgazione costituiva e rappresentava una condizione necessaria *ex parte legis*, nel senso che tale elemento era indispensabile agli effetti dell'obbligatorietà della legge e, al contempo, era una condizione necessaria *ex parte hominis* in quanto, sussistendo il presupposto fondamentale della pubblicità e dell'informazione, la promulgazione veniva a costituire, oltre all'elemento formale che attua e realizza l'esteriorizzazione della legge, anche l'elemento idoneo e suscettibile di portare a conoscenza dei destinatari dell'ordinamento giuridico i termini della legge con la conseguenza che la promulgazione costituiva e rappresentava anche una condizione necessaria e indispensabile *ex parte hominis* perché i suoi destinatari potessero essere obbligati e tenuti all'osservanza della legge.

A chi volesse approfondire la portata del concetto di promulgazione qual appare consacrato nel famoso passaggio contenuto nel Decreto di Graziano, secondo cui «*Leges instituuntur cum promulgantur*», balzerebbe subito in evidenza che la formula stigmatizzata nel *Decretum* del monaco camaldolese non faceva altro, in effetti, che riproporre lo stesso identico concetto che di quella componente era stato elaborato nel diritto pubblico romano; con la conseguenza che, da una parte è evidente che a Graziano deve attribuirsi il merito di aver innovato il sistema legislativo della Chiesa in quanto aveva egli compreso che agli elementi essenziali della legge era necessario aggiungere un concetto, quello di promulgazione, fino a quel tempo completamente estraneo al diritto canonico⁶⁷, il quale contemplava un concetto di legge le cui qualità erano sinteticamente riassunte nel ben noto passaggio dovuto all'insegnamento di Sant'Isidoro di Siviglia, che aveva richiamato l'attenzione sul requisito della esteriorizzazione del dato legislativo⁶⁸, offrendo in tal modo ad Haymo Catalaunensis Episcopus la

67. LE BRAS-LEFEBVRE-RAMBAUD, *L'age classique*, cit., p. 431; LEFEBVRE, *La notion de loi en droit canonique*, cit., loc. cit., p. 46.

68. ISIDORI HISPALENSIS EPISCOPI, *Etymologiarum*, V, 10, in MIGNE, P. L., 82, 199.

possibilità di ribadire con maggior precisione e convinzione che la legge canonica deve anche essere manifesta *ne aliquid per obscuritatem in captione contineat*⁶⁹.

E' anche evidente, peraltro, che occorre ridimensionare il merito di Graziano per quanto almeno attiene all'elaborazione del

69. HAYMO CATALANENSIS EPISCOPUS, *Summa decretorum*, Bibliothèque Nationale Paris, Latin, mn. n. 4377, f. 21 v., il quale ripete sostanzialmente quanto detto da Isidoro di Siviglia, osservando: «*Quod lex sit honesta, iusta, possibilis secundum consuetudinem patriae, loco tempore conveniens, necessaria, manifesta utilis...*». Sull'autore cfr. VAN HOVE, *Prolegomena ad codicem iuris canonici*, Mechliniae-Romae, 1945; vedi anche P. FOURNIER-G. LE BRAS, *Hist. des coll.* II, pp. 306-308; *Histoire littéraire de la France*, t. 12, 1896, p. 426-428.

Vedi anche PAUCAPALEA, *Summa über das Decretum Gratiani*, edit. F. von Schulte, neudruck der Ausgabe Giessen, 1891, Scientia Verlag Aalen, 1965, Dist. IV, p. 10, il quale ribadisce che la legge debba «*esse conscripta lex pro communi utilitate omnium civium nullo privato commodo, i. e. non pro utilitate unius tantum*». Su questo autore cfr. I. F. von SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur*, Stuttgart, 1875, Erster Band, pp. 114-118; S. KUTTNER, *Repertorium der Kano Prodrromus corporis glossarum*, I, Città del Vaticano, 1937, pp. 127-129.

La stessa espressione ripete in sostanza anche OMNIBONUS, *Abbrevisatio Decreti*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3886, f. 1 v.: «*manifesta quoque nè aliquid per obscuritatem in captione contineat, nullo privato commodo sed pro communi civium utilitate scripta*».

Su questo decretista che scrisse la sua opera subito dopo la pubblicazione di GRAZIANO, cfr. VAN HOVE, *Prolegomena*, cit., p. 441; cfr. anche VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur*, cit., pp. 119-121; KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 259-260.

Vedi anche *Die Summa Decretorum des Magister Rufinus*, ed. Singer, Paderborn, 1902, p. 14: «*manifesta quoque debet esse lex sapientioribus, ne per obscuritatem contineat aliquid in se ducens hominem in captionem, i. e. in laqueum erroris*». Vedi VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur*, cit., pp. 121-130; KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 131-132.

Vedi anche J. FAVENTINUS, *Summa super Decreta Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, mn. n. 14606, f. 3: «*manifesta etiam debet esse lex sapientioribus ne per obscuritatem inculcet aliquid in se ducens in captionem, i. e. in laqueum erroris*». Sul Faventino vedi VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur*, cit., pp. 137-140; KUTTNER, *Repertorium*, cit., pp. 143-146. Sul punto vedi anche SIMON DE BISIGNANO, *Abbrevisatio Decreti Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, mn. n. 3934 A, Dist. IV, f. 56 e sull'autore cfr. VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., pp. 140-142; KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 148-149; VAN HOVE, *Repertorium*, cit., p. 428 e 435.

Vedi analogamente SICHARDUS CREMONENSIS, *Summa iuris canonici*, Bibl. Nat. Paris, mn. n. 14996 al c. Erit, Dist. IV, f. 4 r. Cfr. VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., pp. 143-145; KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 150-153; VAN HOVE, *Prolegomena*, cit., p. 435.

Vedi anche MELENDUS HISPANUS, Bibl. Arsenal Paris, mn. n. 677, f. 17 v. Su questa glossa cfr. VAN HOVE, *Prolegomena*, cit., p. 428; KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, p. 11; VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., p. 151; F. GILLMAN, *Zur Inventarisierung der Handschriften aus der Zeit von Gratian bis Gregor IX* (Revidierter

concetto di promulgazione, dato che il monaco camaldolese non fece altro, in definitiva, che trasportare nel diritto della Chiesa una costruzione concettuale e ampiamente sviluppata nel diritto pubblico romano; nel senso che in conclusione anche la promulgazione di stampo graziano rappresenta e costituisce non solo un elemento di perfezione della legge, ma anche un requisito di efficacia della

Souder — Abdruck aus *Arch. für Katholische Kirchenrecht*, T. 118, 1938), pp. 57-58.

Cfr. in senso analogo la *Summa Coloniensis*, cioè la Somma «*Elegantius in iure divino vernantia*», Bibl. Nat. Paris, mn. n. 14997, f. 2. Su questa opera vedi soprattutto KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 170-172; VAN HOVE, *Prolegomena*, cit., p. 436, il quale afferma che questa opera scritta ed elaborata da un clerico germanico o gallo dipende dalla Summa di Ruffino e da quella di Stefano Tornacensis (p. 437). Cfr. J. F. SCHULTE, *Zur Geschichte der Literatur über das Dekret Gratians*, II, Beitrag, in *Sitzungsber der K. Akad. der Wiss.*, Phil. - hist. ce. t. 63, Wien, 1870, t. 64, p. 93-114; L. SALTET, *Les réordinations*, Paris, 1907, pp. 331-334; H. SINGER, *Beiträge zur Würdigung der Decretistenliteratur*, in *Archiv für Katholische Kirchenrecht*, t. 69, 1893, p. 440; F. GILLMAN, *Die Siebenzahl der Sakramente und der «Sakramentale Charakter» in der Summa Coloniensis*, in *Der Katholik*, 4 sér., T. 9, 1912, pp. 453-458.

Vedi *Summa «Tractatus Magister»*, Bibl. Nat. Paris, mn n. 15994 al c. *Erit Autem*, D. IV, f. 3 r.: «*manifesta quantum ad verba et quantum ad sententiam*». *Summa*, questa, inventariata nell Biblioteca Nazionale di Parigi come *Apparat de jean sur le Décret*; in tal senso KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 184-188. Vedi anche l'*Apparatus «Ecce vicit leo»*, Bibl. Nat. Paris, mn. n. a. l. 1576 (P), f. 21 v.; Cfr. poi la GLOSSA ANONIMA «*Ius naturale*» al Decreto di Graziano, Bibl. Mazarine Paris, mn. n. 1318, al c. *Erit autem*, f. 3 v.; cfr. anche l'esemplare della Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3909 (PI), al c. *Erit autem*, f. 1 v. Su questa opera che fu elaborata a Bologna all'inizio del XIII secolo vedi anche KUTTNER, *Repertorium*, cit., I, pp. 67-75.

Cfr. LAURENTINUS HISPANUS, *Apparatus in Decretum*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3909 al c. *Erit autem*, D. IV, f. 15 v. Vedi anche GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria al Decreto di Graziano*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3904, f. 2. Sull'autore cfr. VAN HOVE, *Prolegomena*, cit., p. 431; VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., pp. 172-175; KUTTNER, *Repertorium*, cit., pp. 93-94.

A proposito della voce *manifesta*, cfr. anche BARTOLOMEO DA BRESCIA, *Glossa sul Decreto di Graziano*, Bibl. Arsenal Paris, mn. n. 1183 al c. *Erit autem*, f. 3 r. Vedi PETRUS DE SALINIS, *Commentarius in Decretum Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3917; MARTINUS POLONUS, *Summa martiniana Decreti et Decretalium*, Bibl. Mazarine Paris, mn. n. 1316, voce *constitutio*, f. 44 v. e voce *Lex*, f. 126 v. Cfr. anche l'esemplare esistente nella Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 4133, voce *Lex*, f. 131 v. Su questo autore cfr. soprattutto VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., II, pp. 137-138.

Cfr. GUIDUS TERRENI-PERPINIANUS EPISCOPUS ELENENSIS, *Apparatus in Decretum Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3914, ad c. *Erit autem*, Dist. IV, f. 4. Vedi anche BRUNUS JOANNES DE DAVENTRIA, *Commentarius in Decretum Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3919, c. XXV, f. 3. Cfr. OURLIAC — GILLES, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident. La période*

legge, se è vero che per Graziano tale componente finisce per rappresentare non solamente un elemento necessario; ma anche un elemento essenziale della legge e adempie non solamente alla funzione primaria di esprimere e manifestare solennemente la legge, ma anche a quella secondaria che consiste nel portare a conoscenza dei destinatari i termini della stessa legge.

Conseguentemente, anche nel diritto canonico, qual era consacrato nel Decreto di Graziano, la promulgazione finiva per esprimere una duplice funzione, la cui differenziazione si poneva solo sul piano logico e formale, nel senso che la legge, in sostanza, non poteva che essere istituita nel *consistorium papae*, il quale era in pratica una ripetizione del *consistorium* di stampo romano, e nell'ambito del concistoro del papa, in cui la legge doveva essere discussa, occorreva evidentemente distinguere il momento che precedeva la costituzione della legge, così come afferma HUGUCCIO DA PISA, il quale, dopo aver chiamato in causa il c.4 *Apostolicae*, C. XXXV, q.IX, secondo cui «*Apostolicae sedis sententia tanta semper consilii moderatione concipitur, tanta patientiae maturitate decoquitur, tantaque deliberationis gravitate profertur, ut, nec immutari necessarium ducat, nisi forte sic prolata sit, ut retractari possit, vel immutanda secundum tenorem premissae condicionis existat*», non esita un sol momento nel rilevare che nel concistoro del papa, *possent alii contradicere*⁷⁰, precisando poi in altra sede che «*cum ergo Papa vult condere canones, episcopi possunt contradicere, et dicere quod, canon iste non convenit consuetudini regionis nostrae*»⁷¹. La qual cosa è confermata da BARTOLOMEO DA BRESCIA quando, dopo aver richiamato il c. 4 *Iuxta*, D. XCIII, secondo cui «*Iuxta sanctorum patrum et canonum instituta omnes episcopi, qui*

post-classique 1378-1500. I, La problématique de l'époque. Les sources, p. 122, nota 227. Vedi anche JOANNES ABBAS JUNCCELLENSIS (NIVICELLENSIS), *Memoriale Decreti*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3921, f. 217 v. Cfr. sull'autore citato OURLIAC-GILLES, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, cit., p. 125.

70. HUGUCCIO DA PISA, *Glossa in Decretum Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, mn. n. 3892, ad c. *In istis*, Dist. IV, f. 4 v.

71. HUGUCCIO DA PISA, *Commentaria al Decreto di Graziano*, Parisiis, 1550, al c. *In istis*, Dist. IV, f. 5, laddove egli osserva, commentando la parola *Iudicent*, «*cum ergo Papa vult condere canones, episcopi possunt contradicere, et dicere, quod canon iste non convenit consuetudini regionis nostrae*». Cfr. in tal senso anche LAURENTIUS HISPANUS, *Apparatus in Decretum*, cit., loc. cit., al c. *In istis*, D. IV, al commento sulla espressione *iudicare*. Così sembra anche affermare GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria al Decreto di Graziano*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3904, al c. *In istis*, commentando la parola *iudicent*.

*huius Apostolicae sedis ordinationi subiacent et qui propinqui sunt annue circa Idus Maii sanctorum principum Petri et Pauli liminibus praesententur omni occasione seposita. Qui vero de longinquo sunt, iuxta chirographum suum impleant. Qui autem huiusmodi constitutionis contemptor extiterit (praeterquam si aegritudine fuerit detentus) sciat se canonicis subiacere sententiis» e in cui si conclude rilevando che «Reliqui vero in ecclesia minores semper debent maioribus subesse, sicut in synodo sancti Sylvestri legitur» non esita a precisare nella sua Glossa *In istis* il suo concetto osservando che «cum ergo Papa vult condere canones, episcopi possunt contradicere, et dicere canon iste non convenit consuetudini regionis nostrae»⁷².*

Peraltro non esita a precisare subito dopo HUGUCCIO che «multa enim consilii moderatione et patientiae maturitate debet discuti vel decoqui in consistorio apostolici vel imperatoris lex ante constitutionem»⁷³. Sicché, prima della costituzione o istituzione della legge *principes et subditi*, cioè i cosiddetti *proceres palatii cum quibus Princeps debet leges condere*, debbono giudicare se la legge debba o meno essere istituita, esaminando e replicando, consigliando e discutendo «*an sint instituendae vel non*»⁷⁴.

72. BARTHOLOMEUS BRIXIENSIS, *Glossa al Decreto di Graziano*, Bibl. Arsenal Paris, mn. n. 1183, al c. *In istis*, D. IV. Vedi anche dello stesso autore *Casus Decretorum*, Bibl. Mazarine Paris, mn. n. 1310, f. 1 r. Ripete chiaramente GUIDO DA BAYSIO ARCHIDIACONUS BONONIENSIS, *Rosarium*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3910, al c. 3 *In istis*, D. IV, f. 7, il quale afferma che «*De his instituendis iudicent S. Principes et subditi*» e riferendo l'opinione di Huguccio, osserva «*Et dic subditi i. proceres palatii cum quibus Princeps debet leges condere*», richiama quindi la C. I. 14. 8, secondo cui «*Humanum esse probamus, si quid de coetero in publica privatave causa emergerit necessarium; quod formam generalem, et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii, quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti tractari: et si universis tam iudicibus, quam vobis placuerit, tunc legata dictari: et sic ea de nouo collectis omnibus recenserit; et cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari: ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur. Scitote igitur, patres conscripti, non aliter in postero legem nostra elementia promulgandam, nisi supradicta forma fuerit observata. Bene enim cognoscimus, quod cum vestro consilio fuerit ordinatum, id ad beatitudinem nostri imperii, et ad nostram gloriam redundare*», non faceva che affermare logicamente che le leggi «*institutae a principe ac confirmatae assensu astantium, cum promulgantur in consistorio Papae vel imperatoris possunt alii contradicere*».

73. Così HUGUCCIO, *Glossa in Decretum Gratiani*, cit., al c. 3 *In istis*, D. IV, f. 5. Cfr. anche l'*Apparatus* «*Ecce vicit leo*», Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n.a. l. 1576 (P), f. 21 v., «*iudicent. i. examinando et replicando*» (al c. 3 *In istis*, D. IV).

74. LAURENTINUS HISPANUS, *Glossa al Decreto di Graziano*, Bibl. Mazarine

Nella istituzione della legge debbono essere considerate le qualità collegate alla legge stessa, la quale non può non essere *honestā, iustā, possibilis, secundum naturam hominum, secundum consuetudinem patriae, loco temporique conveniens, necessaria, manifesta quoque, pro communi civium utilitate conscripta*⁷⁵, anche se è pur vero che «*sciendum est quod non omnis lex haec omnia habet, sed omnis quaedam ex his debet habere*»⁷⁶.

Orbene, siffatte qualità debbono essere considerate nella istituzione della legge. PAUCAPALEA afferma, infatti, a conclusione del suo acuto discorso, che «*haec omnia in institutione legis consideranda sunt*»⁷⁷, laddove HUGUCCIO si chiedeva, a questo punto, nella ipotesi di difformità di opinione intercorrente tra il pontefice e i vescovi «*numquid potius stabitur sententiae papae vel episcopi*» e non esitava un sol momento nel rispondere a tale quesito sostenendo che in tal caso invero *sententia papae praevalet* in quanto *etiam error principis ius facit*⁷⁸. Il che è poi confermato da Bartolomeo da

Paris, mn. n. 1287, f. 8 v.; il quale nel commentare la parola *iudicent*, afferma: «*an sint instituendae an non*». Vedi anche MAGISTER PERCIVALUS MEDIOLANENSIS, *Commentarius in Decretum Gratiani*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 3915, al c. 3 *In istis*, D. IV, il quale afferma che prima di *condere leges* i *proceres sacri palatii* debbono discutere «*an sit instituenda an non...*». Sull'autore cfr. VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., II, pp. 135-136. Peraltro, afferma BRUNUS JOANNES DE DAVENTRIA, *Commentarius in Decretum Gratiani*, cit., loc. cit., che delle leggi «*tunc est iudicandum cum instituentur, non cum institutae fuerint*» (c. XXVI, f. 3 v.).

75. Secondo la formula completa di ISIDORUS HISPALENSIS, *Etymologiarum*, cit., loc. cit., Soprattutto nel PAUCAPALEA, *Summa*, cit., Dist. IV, p. 10; *Summa Parisiensis*, edit. T. P. Mc Laughlin, C. S. B., Toronto Canada, 1952, Dist. IV, c. 2., p. 4.

76. *Summa Parisiensis*, cit., D. IV, c. 2, p. 4, laddove si aggiunge che: «*Hoc dictum est de communibus legibus, non de privilegiis*».

77. PAUCAPALEA, *Summa*, cit., Dist. IV, p. 10. Vedi anche OMNIBONUS, *Abbreviatio Decreti*, cit., loc. cit., il quale afferma: «*in ista constitutione ista consideranda sunt*» (D. I, f. 1 v.).

78. HUGUCCIO DA PISA, *Commentario al Decreto di Graziano*, cit., al c. 3 *In istis*, D. IV, f. 5: «*Dicas quod sententia Papae stabitur contra omnes*», basandosi sul c. 13 *Nemo*, C. IX, q. III secondo cui: «*Nemo iudicabit primam fedem iustitiam temperare desiderantem; neque enim ab Augusto, neque ab omni clero, neque regibus, neque a populo iudex iudicabitur*» e sul c. 17 *Cuncta per mundum*, C. IX, q. III; secondo cui «*Cuncta per mundum novit Ecclesia, quod sacrosanta Romana ecclesia fas de omnibus habeat iudicandi, neque cuiquam de eius liceat iudicare iudicio. Siquidem ad illam de qualibet mundi parte appellandum est, ab illa autem nemo est appellare permissus. Sed nec illa prae-terimus; quod apostolica sedes sine ulla synodo praecedente, et solvendi quos synodus inique damnaverant, et damnandi nulla existente synodo quos oportuit, habuit facultatem: et hoc nimirum pro suo principatu, quae beatus Petrus Apostolus domini voce et tenuit semper, et tenebit...*».

Brescia il quale, dopo essersi chiesto «*numquid potius stabitur sententiae apostolici vel omnium episcoporum*», non esita a rispondere alla domanda osservando senza indugio che *sententiae papae praeualet*; infatti, *et error principis ius facit*, con la conseguenza che *sententiae papae stabitur contra omnes*⁷⁹.

Dopo la discussione nel concistoro del papa, la legge viene ad essere approvata e costituita. E' questo il momento centrale della legge indubbiamente rappresentato dalla fase costitutiva della legge stessa che si attua e svolge nell'ambito del concistoro del pontefice. Una volta avvenuta, dunque, la discussione della legge, questa veniva ad essere costituita, cioè *instituta per promulgationem*⁸⁰, laddove, secondo i decretisti, *promulgare est aliquid de re nova edere*⁸¹ ed anche Huguccio ribadisce che non altro significa *promulgare* se non *aliquid de novo statuere et edere*⁸².

La promulgazione sembra non essere altro che la struttura esterna della legge, la forma giuridica, vale a dire l'elemento formale che attiene alla creazione della legge, se è vero quanto afferma Magister Percivallus, cioè *promulgare est aliquid de novo facere*⁸³ e quanto dirà successivamente Guido da Baysio, secondo cui *promulgare* significa *de novo creare*⁸⁴.

79. BARTHOLOMEUS BRIXIENSIS, *Glossa al Decreto di Graziano*, cit., loc. cit. Resta sempre fondamentale peraltro l'insegnamento di SAN TOMMASO, secondo cui la legge, se è vera legge, non può che essere *recta ratio*, ragion per cui la legge ingiusta, lungi dal potersi definire legge, non è altro che *iniquitas* o *corruptio legis* (I, II, 90, art. 4 resp.).

80. *Summa «Tractatus Magister»*, cit., loc. cit., al c. 3 *In istis*, D. IV, f. 3 r.

81. STEPHANUS TORNACENSIS, *Summa*, cit., al c. 3 *In istis*, D. IV, p. 13. Cfr. anche l'esemplare dello stesso autore *Summa de Decretis*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 14609, al c. 3, D. IV, f. 2 v., laddove dice: «*promulgare id est de novo aliquid edere*». JOANNES FAVENTINUS, da parte sua, non esita a scrivere che «*promulgare id est de novo aliquid edere*» (*Summa super Decreta Gratiani*, cit., loc. cit., Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 14606, al c. 3, D. IV, f. 3. Cfr. dello stesso autore *Lectura super Decreto*, Bibl. Mazarine, Paris, mn. n. 1313, al c. 3, D. IV, f. 4 r. SICHARDUS CREMONENSIS osserva che le leggi *promulgantur in consistorio* (*Summa iuris canonici*, cit., al c. 3, D. IV, f. 4 r. Si può consultare anche l'esemplare della Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 4288, f. 2.

82. HUGUCCIO DA PISA, *Glossa in Decretum*, cit., al c. 3, D. IV, f. 5, laddove nel commentare l'espressione *promulgare*, l'autore afferma: «*promulgare s. aliquid de novo statuere et edere*». Cfr. anche LAURENTIUS HISPANUS, *Glossa al Decreto di Graziano*, cit., il quale, commentando l'espressione *promulgare*, afferma: «*promulgantur. i. de novo constituuntur*» (f. 8 v.).

83. MAGISTER PERCIVALLUS MEDIOLANENSIS, *Commentarius in Decretum Gratiani*, cit., loc. cit., al c. 3, D. IV, f. 2.

84. GUIDUS DE BAYSIO ARCHIDIACONUS BONONIENSIS, *Rosarium*, cit., loc. cit.: «*Leges promulgantur, id est de novo creantur*». Del resto è quanto successivamen-

L'importanza della promulgazione si riconnette all'esigenza che la legge sia *manifesta*; sicché la promulgazione non è altro che l'espressione o manifestazione solenne della legge la quale permette a quest'ultima di esistere sul piano formale e giuridico. E a tal proposito, soffermandosi sulla nota suddetta Paucapalea non esita ad affermare che la legge deve essere *manifesta*, cioè *aperta debet esse lex sapientioribus et iudicibus, ne per obscuritatem contineat... aliquid in se ducens hominem in captionem, i.e. in laqueum erroris*⁸⁵. All'uopo Simon da Bisignano, da parte sua, viene a precisare che la legge deve essere *manifesta vel quantum ad substantiam vel saltem quantum ad formam ne quid in captionem contineat*⁸⁶, mentre Huguccio, nel commentare la parola *captione*, con molta accortezza, rileva che tale qualità era richiesta dalla legge «*ne aliquis captione possit eam interpretari, vel etiam ne alicui laqueus paretur per eam*»⁸⁷.

Effetto proprio della promulgazione non è altro insomma se non la creazione, la costituzione, la istituzione cioè della legge, e le leggi *institutae per promulgationem* nel concistoro del papa non sono più suscettibili di discussione, nel senso che le leggi non possono in alcun modo essere esaminate in relazione alle loro qualità fondamentali, in quanto «*cum fuerint institutae ac firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare quare tales factae fuerint, sed secundum ipsas iudicabit causas*»⁸⁸. E precisa acutamente a tal proposito Huguccio che, se la legge può essere discussa nel concistoro del papa *ante constitutionem* dai *proceres principis*, i quali possono contraddire e appor-tare nuove considerazioni che possono essere o meno accolte nella fase costitutiva della legge, una volta che è stata costituita, non possono i clerici o i *collaterales principis* contraddire alla legge nè giudicare perché quest'ultima fu costituita, se è vero quanto insegna lo

te ripeterà JOANNES A TURRECREMATA, *Super toto Decreto*, Lugduni, 1519, Pars Prima, D. IV, n. 7: «*Leges promulgantur. i. de novo creantur*».

85. PAUCAPALEA, *Summa*, cit., D. IV, p. 10.

86. SIMON DE BISIGNANO, *Abbreuiatio Decreti Gratiani*, cit., ad c. 3, D. IV, f. 56.

87. HUGUCCIO DA PISA, *Commentario al Decreto di Graziano*, cit., al c. 1 *Factae sunt*, D. IV e richiamava *in causa* il c. 42 *De viduis*, C. XXVII, q. I.

88. PAUCAPALEA, *Summa*, cit., D. IV, p. 10. Ripete a questo proposito OMNIBONUS che perciò invero «*in ista constitutione ista consideranda sunt, quia cum leges institutae fuerint, non erit liberum iudicari de ipsis, sed oporteret iudicare secundum ipsas*» (*Abbreuiatio Decreti*, cit., D. I, f. 1 v.), donde «*de legibus, tunc est iudicandum cum instituuntur, non cum institutae fuerint*». JOANNES HISPANUS DIACONUS, *Flores Decretorum*, Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 4290, al c. 3, D. IV, f. 1 r. insiste *quare factae sunt leges et canones*. Su questo autore cfr. VON SCHULTE, *Die Geschichte*, cit., II, p. 107.

stesso Huguccio, il quale opportunamente rileva che «*postquam communi consilio et assensu fuerint receptae, disapplicare non possunt, vel illi, sc. clerici, vel isti, sc. collaterales principis contradicere vel de ipsis iudicare*⁸⁹», dando chiaramente ad intendere che la *firmitas legis* non dipende dall'*approbatio utentium*, bensì la legge deve considerarsi *firmata* quando sia intervenuto l'*assensus assistentium*, con la conseguenza che per tale insigne decretista, la *firmitas legis* consisterebbe in qualcosa che precede la *promulgatio* e a cui resta comunque estraneo completamente il *populus fidelium*⁹⁰.

Del resto tutti i decretisti anteriori a Laurentius Hispanus sembrano immancabilmente persistere nel ribadire che «*In istis temporalibus legibus quamquam de his homines iudicent cum eas constituunt, tamen cum fuerint institutae et confirmatae non licebit iudici de ipsis iudicare sed secundum ipsas*⁹¹», e se la Summa Coloniensis ripete apertamente che «*tamen cum sunt institutae et firmitae non licebit iudici de ipsis iudicare*⁹²», la Summa Parisiensis, da parte sua, osserva espressamente che «*postquam dictum fuerit «placet», non de eis, sed per eas a subditis iudicari debet*⁹³», così come nello stesso senso Magister Percivallus non si esime dall'affermare espressamente, sulla base dell'insegnamento di Huguccio, che «*firmatae assensu astantium non possunt de ista iudicare*⁹⁴».

Sembra in tal modo esaurirsi nel momento della promulgazione della legge il procedimento di formazione della legge nella teorica dei decretisti del XII secolo⁹⁵. Sicché, prima ancora che Laurentius

89. HUGUCCIONE DA PISA, *Glossa in Decretum Gratiani* cit., al c. 3, D. IV, f. 5.

90. In tal senso vedi L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, in *Studia Gratiana*, II (1955), p. 210, il quale intende quindi la *firmatio legis* come qualcosa che precede la *promulgatio* e a cui comunque resta completamente estraneo il *populus fidelium* (p. 211).

91. Così OMNIBONUS, *Abbreviatio Decreti*, cit., D. I, f. 2 r.

92. SUMMA COLONIENSIS, cit., loc. cit., f. 2 ripete analogamente: «*Tamen cum sunt institutae et firmatae non licebit iudici de ipsis iudicare*».

93. SUMMA PARISENSIS o SUMMA «*Magister Gratianus in hoc opere*», cit., loc. cit., al c. 1, *Factae sunt*, D. IV, p. 4; vedi anche GUIDO DE TERRENA PERPINIANUS, secondo cui «*non licebit iudici qui est inferior conditore legis de ipsis iudicare sed secundum ipsas*» (al c. 3, D. IV, f. 4) E già PETRUS DE SALINIS, *Commentarius in Decretum Gratiani*, cit., loc. cit., insiste rilevando: «*...quando leges instituntur non potest aliquis iudicare de ipsis. sc. postquam institutae sunt minori iudici non licebit iudicare de ipsis sed secundum ipsas*» (c. 3 *In istis*, D. IV, f. 3 v.).

94. MAGISTER PERCIVALLUS MEDIOLANENSIS, *Commentarius in Decretum Gratiani*, cit., loc. cit.

95. Cfr. in questo senso L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, cit., loc. cit., p. 212.

Hispanus venisse ad elaborare la sua teorica imperniata sulla distinzione tra *firmitas legis de iure* e *firmitas legis de facto*, la dottrina decretistica sembrava invero insegnare che la costituzione della legge per mezzo della promulgazione fosse nient'altro che l'ultimo punto di riferimento del procedimento nomogenetico⁹⁶, e sembrava di conseguenza muovere dal presupposto che la legge diviene obbligatoria con la promulgazione⁹⁷.

La promulgazione costituiva e rappresentava, dunque, l'elemento in base al quale la legge diviene perfetta. E tale componente è un elemento essenziale, un elemento di perfezione della legge, nel senso che, in forza della promulgazione, la legge è costituita ed istituita, con la conseguenza che essa acquista una *firmitas de iure* che consente alla legge stessa di produrre la sua efficacia giuridica; cosicché, l'effetto della promulgazione è l'istituzione della legge, non solo sul piano materiale, ma anche sul piano giuridico e formale. Perciò, se la istituzione della legge avviene per mezzo della promulgazione, la legge è *de iure firmata ex ipsa constitutione*. Se, dunque, la promulgazione ha come effetto proprio, la costituzione o istituzione della legge, è anche certo che *ex ipsa constitutione* la legge è *firmata de iure*, cioè è giuridicamente confermata. Ed all'uopo l'Arcidiacono Guido da Baysio, dopo aver richiamato il c. 5 *Si quis*, Dist. LIV⁹⁸, il c. 2 *Dilectissimi*, C. VIII, q. 2⁹⁹ ed infine il c. 37 *Omnes*, C. XXVII,

96. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica*, cit., loc. cit., p. 212, secondo cui, se è vero che la maggioranza dei decretisti del secolo XII si limitarono per lo più a ripetere pedissequamente l'affermazione graziana, senza tentare di definire l'esatto valore dell'*approbatio utentium* menzionata da Graziano sul procedimento formativo della legge canonica, deve concludersi che la dottrina del secolo XII, tuttavia, unanimemente muovere dal presupposto che un tale procedimento si esaurisce con la *promulgatio* (p. 212). Ma insiste il DE LUCA nell'affermare che, da una parte, una tale interpretazione del pensiero graziano non poteva essere considerata soddisfacente dalla dottrina posteriore, come quella che contrastava nettamente con la lettera del passaggio graziano, e, dall'altra, che il problema in effetti consisteva nel non discostarsi da una tale interpretazione letterale facendo d'altro canto salvo il principio d'autorità in seno alla Chiesa (p. 212).

97. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica*, cit., loc. cit. p. 212, nota 35.

98. C. 5 *Si quis*, D. LIV secondo cui: «*Si quis obligatus fuerit tributo servili, vel aliqua conditione, vel patrocínio cuiuslibet domus, non est ordinandus clericus, nisi probatae vitae fuerit, et patroni consensus accesserit*».

99. C. 2 *Dilectissimi*, C. VIII, q. 2 il quale così si esprime: «*Dilectissimi filii, officii nostri censura commoniti suademus ut in suscipiendi antistitis causa nullus vestrum neglecta utilitate communi suo lucro prospiciat: ne si quisquam propria commoda appetit, frivola aestimatione salvatur! quia nec libero iudicio praeferendam sibi personam examinat mens, quam cupiditas ligat. Pensantes ergo quae cunctis expediunt, ei, quae vobis gratia divina prae tulerit, integerrimi*

q. 1¹⁰⁰, finisce per rilevare che la legge, prima della sua costituzione deve essere discussa nel concistoro del papa dai *clerici* o dai *collaterales principis*, ma «*postquam communi consilio et assensu fuerint receptae et approbatae non possunt vel illi, sc. clerici, vel isti, s. collaterales principis, contradicere, vel de ipsis iudicare, vel dicere firmatae de facto*», in quanto *de iure firmatae sunt ex ipsa constitutione*»¹⁰¹.

La teorica basata sulla precisazione e contrapposizione tra *firmitas legis de iure* e *firmitas legis de facto*, elaborata per la prima volta da Laurentius Hispanus¹⁰² e successivamente meglio precisata da Guido da Baysio, fu poi ampiamente sviluppata da Joannes a Turrecremata, il quale affronta alla radice l'arduo tema, cioè se la *legum firmitas* dipenda o meno *moribus utentium subditorum* ed all'uopo afferma innanzi tutto che «*lex robur suae firmitatis accipit ab eo a cuius auctoritate pendet, et emanat*», con la conseguenza che, essendo il papa colui al quale spetta di *ordinare aliquid in bonum commune; sive totius multitudinis*, è evidente che *lex a principe habet robur, et auctoritatem, et firmitatem, et non a moribus utentium*». L'autore stesso, d'altra parte, non si nasconde la difficoltà che scaturisce dal testo graziano, il quale distingue la promulgazione da cui scaturisce e profluisce l'istituzione della legge dalla *acceptatio popularis* che comporterebbe la *firmitas legum*, per la qualcosa, rispondendo sull'ardua questione precisa subito dopo che in effetti, quando si parla di *firmitas legum* si deve tenere presente che tale accezione, lungi dal presentare un significato univoco, si riconnette alla fondamentale e imprescindibile distinzione che intercorre tra la

mam semper in omnibus obedientiam praebere; id est, tamen eligite, cui semper debeatis obedire. Iudicari namque a vobis ultra non debet semel praelatus: sed tanto nunc subtiliter iudicandus est; quanto postmodum iudicandus non est».

100. C. 37 *Omnes*, C. XXVII, q. I secondo cui: «*Omnes foeminae venientes ad sacram religionem, pallio capita sua contegant, scriptam roboratamque professionem faciant: postquam scripturam non sinantur relabi ad praevaricationis audaciam. Quae vero ex his omnibus fuerint repertae animum aut vestem in trasgressionem dedisse, excommunicationis sententiam ferant: et rursus mutato habitu, in monasteriis, donec diem ultimum claudant, sub aerumnis arduae poenitentiae permaneant religatae*».

101. GUIDO DA BAYSIO, *Rosarium*, cit., loc. cit., c. 3 *In istis*, D. IV, f. 7.

102. LAURENTIUS HISPANUS, *Apparatus in Decretum*, cit., loc. cit., al c. 3 D. IV; il quale al verso *firmantur* osserva che tale espressione deve intendersi *de facto*; cfr. anche l'esemplare della Bibl. Nat. Paris, Latin, mn. n. 15393, c. 3. D. IV, f. 4 r.

Su questa distinzione tra *firmitas de facto* e *firmitas de iure* v. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica*, cit.

firmitas auctoritatis e la *firmitas stabilitatis*. Conseguentemente, la legge acquista la sua *firmitas de iure*, cioè la sua *firmitas auctoritatis* dal nomoteta che la istituisce e dal quale *robur et auctoritatem* riceve. Peraltro, quando il discorso si riferisce alla *firmitas stabilitatis*, è pur certo che tale qualità la legge deriva *ex convenientia et aptatione ad mores subditorum*¹⁰³. Tant'è vero che il Turrecremata, ricordando che il c. 2 *Erit autem*, D. IV, stigmatizza che è necessario che la legge sia, oltre tutto, *possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem, loco tempori conveniens*, afferma che le leggi sono confermate *firmitate stabilitatis et permanentiae* allorquando sono approvate *moribus utentium*, cioè quando siano adattate *moribus subditorum*, con la conseguenza logica che, come non mancano leggi che sono *abrogatae moribus utentium in contrarium*, così alle leggi spetta di essere confermate *moribus utentium*¹⁰⁴. E non esita infine l'illustre canonista di richiamarsi a chi per primo aveva posto l'accento sulla distinzione tra *firmitas de iure* e *firmitas de facto*, per poi concludere che le leggi in realtà *de iure firmatae sunt ab ipsa institutione*¹⁰⁵.

Il momento della costituzione della legge nell'ambito del *consistorium papae* assume, anche nella dottrina dei decretisti, consistenza di momento fondamentale in cui la legge viene creata e istituita non solo sul piano meramente fattuale, ma anche e soprattutto sul piano giuridico e formale, nel senso che anche nel diritto consacrato nel *Decretum* di Graziano la *institutio in actu primo* della legge viene senz'altro a coincidere pienamente con la *institutio in actu secundo*, in quanto la validità o esistenza giuridica della legge non può non essere ricollegata alla *firmitas*, vale a dire alla conferma della legge stessa; non già peraltro alla *firmitas de facto*, bensì alla *firmitas de iure*, poiché con la sola promulgazione della legge si attua in sostanza la creazione della legge sul piano formale e giuridico¹⁰⁶.

103. JOANNES A TURRECREMATA, *Commentarium super toto Decreto*, cit., Pars Prima, Dist. IV, f. 3: «*Respondeo notandum quod dupliciter possumus de firmitate legum loqui aut de firmitate auctoritatis, aut de firmitate stabilitatis*». Preciso a tal proposito che: «*Si de firmitate auctoritatis istam habet lex ab instituyente: a quo robur et auctoritatem suscipit*», laddove «*Si vero loquamur de firmitate stabilitatis: istam habet lex ex convenientia et aptatione ad mores subditorum*».

104. JOANNES A TORRECREMATA, *Commentarium super Decreto*, cit., Pars Prima, Dist. IV, f. 3.

105. JOANNES A TURRECREMATA, *Commentarium super Decreto*, cit., Pars Prima, Dist. IV, f. 3.

106. Secondo il DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica*, cit.,

Nel Decreto di Graziano insomma la legge non era altro che un atto giuridico e quindi un atto volontario accompagnato da una dichiarazione in forza della quale il contenuto della legge acquistava un'esistenza nel mondo del diritto, cioè la sua validità. Nell'antico ordinamento giuridico canonico consacrato nel Decreto di Graziano, la legge era sanzionata nel concistoro del papa e, al contempo, il risultato o contenuto della legge era proclamato nell'ambito dello stesso concistoro, con la conseguenza che la promulgazione esteriorizzava il contenuto della legge nel concistoro, e al contempo faceva conoscere o portava a conoscenza dei destinatari della legge canonica i termini della legge. Conseguentemente, la promulgazione non aveva soltanto la funzione di rappresentare e costituire la esteriorizzazione del contenuto della legge, ma anche la funzione di portare i termini della legge a conoscenza dei destinatari. E se in effetti la validità di un atto giuridico, qual è la legge canonica, interessa soprattutto le sue condizioni di esistenza e la sua perfezione, laddove l'efficacia dell'atto riguarda la sua applicazione e la sua obbligatorietà, e se nei più moderni ordinamenti giuridici un atto giuridico, come la legge, può esistere dal punto di vista giuridico senza per questo essere efficace giuridicamente¹⁰⁷, secondo il sistema legislativo consacrato nel Decreto di Graziano, la promulgazione è un elemento di perfezione della legge, cioè una condizione di esistenza della legge e, al contempo, rappresenta e costituisce un requisito di efficacia della legge in quanto questa ultima produce la sua giuridica efficacia nel momento stesso in cui viene ad essere costituita nel concistoro del papa, con la ovvia conseguenza che il momento della efficacia coincide pienamente nel Decreto di Graziano con il momento della validità della legge.

In effetti, la promulgazione della legge nel concistoro del papa

loc. cit., p. 214, secondo tale interpretazione del testo graziano, che risale a Lorenzo di Spagna, «poteva ben affermarsi che la efficacia obbligatoria della legge, sempre che si tratti di *lex rationabilis*, trova la sua fonte immediata nella *potestas* del legislatore».

107. G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Paris, 1933, p. 166, il quale afferma che la distinzione tra la validità e l'efficacia di un atto non è nuova anche se non è sempre messa in luce; osserva peraltro che la *validità* di un atto interessa soprattutto le sue condizioni di *esistenza* e la sua *perfezione*, laddove l'efficacia riguarda piuttosto l'osservanza e l'obbligatorietà dell'atto con la conseguenza che una «regola di diritto», un atto giuridico, può *esistere* senza per questo essere efficace.

Per quanto concerne il rapporto tra esistenza e validità nel diritto canonico, cfr. W. ONCLIN, *De requisitis ad actus iuridici existentiam et validitatem*, in *Studi in onore di P. A. D'AVACK*, vol. III, Milano, 1976, p. 399 ss.

è suscettibile di esplicitare la sua duplice funzione, quella cioè di esteriorizzare il contenuto integrale della legge e quella di fare giungere notizia della legge a quanti debbono regolare la loro condotta alla luce delle disposizioni contenute nella stessa legge. La funzione secondaria della promulgazione, cioè quella di far giungere notizia della legge ai fedeli, è attuata, nel sistema legislativo graziano, dal momento che l'esistenza giuridica, ossia la validità della legge è rivelata ai fedeli dalla pubblicità immediata che accompagna le fasi della confezione della legge; in particolare, il momento della sua costituzione nel concistoro del papa. Perché, d'altro canto, la notorietà è la condizione indispensabile perché la legge diventi obbligatoria, nel senso che sarebbe un'assurdità imporre ai fedeli l'osservanza d'una legge e ritenerli poi responsabili di averla trasgredita, qualora non fosse o non si potesse presumere almeno da essi conosciuta¹⁰⁸.

La conseguenza della promulgazione della legge nel concistoro del papa è la notorietà della legge stessa, la quale notorietà risulta essere essenzialmente di fatto, allorquando essa veramente sussiste in fatto¹⁰⁹. Tale notorietà permette appunto l'applicazione automatica della situazione giuridica generale della legge come regola generale; sicché, non appena promulgate le leggi *incipiunt obligare*, non essendo necessarie, nella sussistenza della pubblicità immediata e della notorietà, altre misure di pubblicità.

La promulgazione rappresenta l'espressione autentica del contenuto razionale della legge e al contempo crea una situazione giuridica generale che rappresenta l'oggetto, il contenuto della legge. Peraltro, se la promulgazione costituisce la forma giuridica, la struttura esterna della legge, la peculiarità del sistema legislativo canonico consacrato nel Decreto di Graziano era rappresentata dal fatto che la situazione giuridica generale creata dall'atto-regola, cioè dall'atto giuridico a struttura normativa, era appunto applicabile automaticamente in forza della pura e semplice creazione della modificazione dell'ordinamento giuridico. Se la promulgazione rappresen-

108. F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888, p. 180.

109. F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, cit., p. 199, secondo cui è erronea la distinzione tra pubblicazione legale e pubblicazione di fatto, nel senso che la pubblicazione è essenzialmente di fatto, poiché consiste nell'attuazione dei mezzi diretti a portare a conoscenza generale dei cittadini la legge promulgata, con la conseguenza che è solo relativamente alla notorietà, conseguenza della pubblicazione, che può rettamente distinguersi il diritto dal fatto; perché altro è che la notorietà si presuma legalmente, concorrendo determinati estremi, altro è che in fatto veramente sussista (p. 199).

ta la forma giuridica della legge, il cui contenuto razionale è costituito dalla creazione della situazione giuridica generale, essa viene ad esplicare la funzione primaria ed immediata concernente la esteriorizzazione di tale contenuto, realizzando l'esistenza giuridica della legge e quindi, in conseguenza, la efficacia giuridica potenziale della legge canonica stessa. Senonché, il fatto che nel concistoro del pontefice si realizza il presupposto della pubblicità immediata e diretta implica ovviamente che la legge è sanzionata e promulgata pubblicamente, in modo che i termini della legge siano conosciuti dai soggetti di diritto senza che sia indispensabile una qualche misura di informazione che concorra a portare a conoscenza dei destinatari della legge i termini ed il contenuto della stessa. Che anzi, la promulgazione ha anche questa funzione mediata e indiretta, nel senso che, in presenza del presupposto della pubblicità, essa implicitamente porta a conoscenza dei destinatari della legge il contenuto della stessa legge. In altre parole, la creazione della situazione giuridica generale, conseguenza dell'atto legislativo, si applica automaticamente per il puro e semplice fatto della creazione della legge, senza che sia necessaria, data la pubblicità delle fasi della confezione della legge nel concistoro del papa, una operazione puramente materiale, un fatto materiale, conseguenza immediata e diretta della promulgazione che venisse a realizzare il momento dinamico della promulgazione stessa. Esistenza giuridica della legge canonica, sua efficacia potenziale e, infine, sua efficacia attuale si attuano dunque nel momento precipuo della promulgazione che si realizza nel concistoro del papa e che risulta essere, in definitiva, un concetto altamente unitario, in quanto, oltre alla esteriorizzazione del contenuto della legge, realizza, al contempo, la creazione della situazione giuridica generale e la sua automatica applicazione ai destinatari delle leggi, ai soggetti di diritto allorquando si presentano le fattispecie previste dalle norme giuridiche contenute e previste dalle leggi stesse.

Non era necessario, insomma, dopo il momento della promulgazione, un fatto materiale volontariamente compiuto agli effetti del condizionamento giuridico della messa in opera della situazione giuridica generale creata dalla legge canonica. Non era cioè necessario un fatto-condizione, generale e astratto, che deve essere distinto dall'atto-regola creatore della situazione giuridica generale, e che crea, in modo generale e astratto, la stessa situazione giuridica per una categoria astratta di individui, rappresentata dalla categoria generale dei soggetti di diritto che, in base al principio di uguaglianza acquistano con il battesimo una qualità generale, astratta e potenziale, che comporta la possibilità di essere punto di riferi-

mento di tutte le norme dell'ordinamento giuridico e quindi di tutte le situazioni giuridiche generali, astratte e permanenti, che costituiscono e rappresentano l'ordinamento giuridico¹¹⁰.

Nel diritto contenuto nel Decreto di Graziano, insomma, la efficacia giuridica della legge si attuava nel momento della sua giuridica esistenza, con la conseguenza che non era certo possibile una distinzione tra efficacia generale potenziale ed efficacia generale attuale. Quando la legge, in forza della promulgazione veniva sanzionata e acquistava la sua giuridica esistenza nel concistoro del papa, essa acquistava non soltanto efficacia generale sul piano della potenzialità, ma anche contemporaneamente efficacia generale sul piano dell'attualità. Non era necessaria una misura di informazione o di pubblicità che venisse a realizzare, per così dire, il momento dinamico della promulgazione, la cui funzione di portare il contenuto della legge a conoscenza dei soggetti di diritto era attuata in forza della pubblicità immediata che caratterizzava la confezione della legge effettuata nel concistoro del papa. Insomma, le situazioni giuridiche generali create nel *consistorium papae* si applicavano ai destinatari delle leggi canoniche automaticamente fin dal momento della loro promulgazione, che rappresentava e costituiva il momento sanzionatorio della legge, ritenendosi d'altra parte sufficiente il presupposto della pubblicità immediata e diretta che rendeva inutile una qualche diversa misura di informazione e di pubblicità. La pubblicità immediata attuava, in sostanza, una esigenza di giustizia, quella esigenza che vuole che la comunità ecclesiale sia in qualche modo messa in condizione di conoscere le leggi suscettibili di applicazione, dalle quali è governato il *populus fidelium* e dalle quali dipendono le conseguenze ecclesiali della sua attività.

Nell'antico diritto contenuto nel Decreto di Graziano, la promulgazione effettuata nel concistoro del papa si confondeva con la sanzione, perché un solo atto finiva per racchiudere e ricomprendere tanto il momento della sanzione, quanto quello della vera e propria promulgazione, che rappresentava e costituiva la espressione solenne della legge che trasforma in regola di diritto, in principio giuridico, il contenuto della legge¹¹¹.

La preparazione della legge canonica e la sua discussione era pubblica in quanto essa avveniva nel concistoro del papa in forma

110. Vedi A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 11 ss.

111. DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, cit., voce *Lois*, p. 71.

solenne e la deliberazione era attuata con ogni solennità alla presenza del pubblico, con la ovvia conseguenza che il papa pronunciava solennemente la legge nel momento stesso in cui essa veniva ad essere costituita ed il pontefice la pronunciava pubblicamente; sicché la notorietà della legge finiva per essere stabilita dalla pubblicità che circondava la costituzione o confezione della legge stessa¹¹².

Se al pontefice spettava in sostanza la proposizione della legge canonica, l'iniziativa, cioè il diritto di presentare il progetto di legge, nel senso che al papa spettava di esplicitare la fase introduttiva della legge, al pontefice stesso spettava, dopo una animata e accurata discussione nell'ambito del concistoro, di procedere alla costituzione della legge, cioè alla promulgazione della legge; atto, quest'ultimo, che, identificandosi con la sanzione della legge, finiva per trasformare in legge il progetto di legge¹¹³. Ed in effetti, nel Decreto di Graziano, essendo la potestà legislativa concentrata nelle mani del pontefice che, peraltro, interpreta lo spirito della comunità ecclesiale, emanando la legge giusta nel momento storico che si considera, con la confezione della legge finiva per confondersi anche l'attestazione della esistenza della legge stessa¹¹⁴.

Nel Decreto di Graziano, insomma, la legge era considerata contemporaneamente, in forza della promulgazione, sia relativamente ed in ordine alla autorità sia relativamente ed in ordine alla comunità ecclesiale che ha l'obbligo di osservarla. Ma è pur certo che nell'antico diritto canonico la sanzione e la promulgazione della legge si confondevano in un solo atto, anzi nell'atto stesso con cui la legge veniva ad essere sanzionata era implicitamente contenuto l'ordine di darle esecuzione, essendo nella stessa persona riuniti i poteri legislativi e quelli esecutivi, con la conseguenza che sotto il nome di sanzione s'intendeva compreso anche l'atto che si denomina promulgazione della legge, la quale del resto ne traeva la forza di obbligare¹¹⁵.

La promulgazione finiva per integrare, nel suo concetto unitario, non solo un elemento di perfezione della legge, ma anche un requisito di giuridica efficacia; e mediante tale componente la legge cano-

112. DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, cit., voce *Lois*, p. 72.

113. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. I, Tübinga, 1911, che qui si cita nella trad. franc. BOUCARD-JEZE, p. 267 ss.

114. Comte de VAREILLES-SOMMIERES, *De la promulgation et publication des lois et décrets*, in *Révue de Lille*, 1893, T. VII, p. 569.

115. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, cit., p. 176.

nica acquistava la forma per poter essere eseguita. Peraltro questa efficacia della legge si effettuava in riferimento e sul presupposto della conoscenza immediata che il *populus fidelium* aveva della legge, nel senso che l'applicazione automatica della situazione giuridica generale creata dalla legge costituita nel concistoro del papa sarebbe un'assurdità ed un'ingiustizia qualora i soggetti di diritto dovessero osservare una legge che non fosse da essi conosciuta, almeno in via di presunzione¹¹⁶. Nel diritto graziano appunto, la promulgazione della legge nel concistoro del pontefice costituiva anche un mezzo generale di pubblicazione ritenuto sufficiente al fine di giustificare l'automatica applicazione della legge canonica non appena costituita nel concistoro del pontefice. Ed in effetti, senza la notorietà della situazione giuridica generale creata dalla legge non poteva giustificarsi il carattere obbligatorio della legge stessa¹¹⁷. Ecco perché, effettuandosi in pubblico la fase costitutiva e sanzionatoria della legge nel momento precipuo della promulgazione, la situazione giuridica generale era suscettibile di applicazione automatica. Insomma, se la sanzione si identificava nell'antico diritto canonico con la promulgazione, quest'ultima si presentava come il momento essenziale e fondamentale di tutta l'opera legislativa. Tutto ciò che si produceva prima non era che la preparazione, cioè il compimento delle formalità preliminari indispensabili, laddove tutto ciò che si veniva a produrre dopo non era altro che la giuridica conseguenza della sanzione o promulgazione della legge¹¹⁸.

Quel che è certo è che, come nel diritto romano, nel diritto contenuto nel Decreto di Graziano, tre atti della sanzione, promulgazione e pubblicazione non restavano completamente autonomi al punto da identificarsi nell'ambito del concistoro del papa, nella cui sfera la legge acquistava la sua validità e, al contempo, la sua giuridica efficacia, in quanto la *promulgatio* della legge canonica avveniva esclusivamente alla presenza del *populus fidelium*, con la conseguenza che sembrava non essere necessaria, mancando anzi del tutto, in linea generale, la *vacatio legis*, dal momento che la legge entrava in vigore il giorno stesso della sua promulgazione, la quale si identificava —ripeto— con la pubblicazione, in un ordine di idee che evidentemente finiva per impiantarsi, come nell'antico ordinamento ro-

116. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, cit., p. 186.

117. L. ARMANNI, *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1890, p. 37.

118. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit., pp. 301-302.

mano, sul sistema istantaneo, in base al quale la legge diventava obbligatoria *ex die quo promulgata est*¹¹⁹.

Al passaggio graziano fa chiaramente ed implicitamente riferimento l'Aquinate nell'art. 4 della Q. 90, e tale passaggio viene anzi contrapposto alle argomentazioni che sembrano escludere che la *promulgatio* costituisca un elemento che attiene *ad rationem legis*. Ed è pur certo che quello contenuto nel c. 3, D.IV costituisca l'unica fonte su cui San Tommaso si basa al fine di affrontare e risolvere i problemi relativi alla natura ed alla funzione della promulgazione qual elemento che in sostanza integra la definizione di legge dallo stesso Doctor Angelicus ricavata e desunta dai vari elementi che attengono al concetto di legge.

Peraltro l'Angelico dopo aver proposto le obiezioni fondamentali che sostanziano la tesi che esclude essere la promulgazione elemento necessario agli effetti della costituzione della legge, cioè elemento che integra la definizione stessa della legge, e dopo aver espressamente richiamato il famoso passaggio di Graziano, che sembrerebbe invece confermare la tesi opposta, secondo cui la promulgazione deve considerarsi qual elemento che assume consistenza di componente che viene ad integrare la definizione di legge, non esita a porre in evidenza il suo acuto pensiero, essenzialmente fondato sul dato che la promulgazione è un elemento necessario perché la legge abbia efficacia obbligatoria. Osserva in tal modo San Tommaso che la legge *imponitur aliis per modum regulae et mensurae*, precisando, peraltro, che: «*Regula autem et mensura imponitur per hoc quod applicatur his quae regulantur et mensurantur*», con la conseguenza che «*ad hoc quod lex habeat virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent*»; continuando anzi il suo pacato ma incisivo discorso osserva l'Aquinate: «*promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem*»¹²⁰.

Osservazioni, queste, che prima di ogni altra cosa finiscono per convincere l'autore che la promulgazione è una componente che integra la definizione di legge. E, nel rispondere alle obiezioni precedentemente richiamate, Tommaso d'Aquino osserva innanzi tutto che anche alla legge naturale deve riconoscersi il requisito della *promulgatio* nel senso che «*promulgatio legis naturae est ex hoc quod*

119. E. GIANTURCO, *Sistema del diritto civile italiano*, Napoli, 1910, p. 205.

120. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., I, II, Q. 90, art. IV, resp.

*Deus eam mentibus hominum inseruit naturaliter cognoscendam*¹²¹; in secondo luogo, osserva che sono obbligati ad osservare la legge non solo coloro che furono presenti al momento della promulgazione della legge, ma anche tutti coloro *coram quibus lex non promulgatur*, in quanto *in eorum notitiam devenit per alios, vel devenire potest, promulgatione facta*¹²²; in terzo luogo, rileva che «*promulgatio praesens in futurum extenditur per firmitatem scripturae, quae quodammodo semper eam promulgat*», tant'è vero che Isidoro di Siviglia spiega, secondo l'Angelico, che la legge viene così denominata *a legendo*, perché è scritta¹²³.

Dal pensiero di Tommaso d'Aquino balza subito in evidenza un dato fondamentale ed inequivocabile: quello secondo cui al Doctor Angelicus non era affatto estraneo il concetto di promulgazione così come si era venuto elaborando nel diritto consacrato nel Decreto di Graziano e, quindi, in conseguenza, nel diritto romano da cui il primo aveva attinto la sua più intrinseca nozione ed identità; in altre parole, il concetto di promulgazione quale risulta nella teorica tomistica, lungi dal presentarsi qual elemento suscettibile di assumere, a seconda dell'angolo visuale da cui si ponevano i teologi ed i canonisti, ora consistenza di elemento intrinseco e sostanziale, ora consistenza di componente estrinseca e formale, non poteva che presentare ed assumere un significato concettualmente e sostanzialmente unitario, nel senso che per l'Angelico la promulgazione non era altro in definitiva che un concetto unitario, un concetto cioè che, lungi dal riflettere esclusivamente i requisiti relativi alla validità o esistenza della legge oppure, alternativamente, le componenti relative all'efficacia giuridica della legge stessa, finiva in sostanza per assumere figura e consistenza di elemento unitario, elemento intrinseco ed essenziale e, al contempo, elemento estrinseco e formale, in quanto si identificava anche con la vera *promulgatio externa et publica*.

La dottrina teologica e canonistica che in prosieguo di tempo s'è trovata divisa in ordine alla questione concernente la natura giuridica della *promulgatio*, partendo dalla imprescindibile concezione tomistica, è caduta, a mio modesto avviso, in un equivoco di fondo: quello cioè di volere provare una definizione relativamente ad una concezione di promulgazione, ormai divenuta classica, qual è quella di Tommaso d'Aquino, allorquando, sulla base di

121. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., I, II, Q. 90, art. IV, ad 1^{um}.

122. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., I, II, Q. 90, art. IV, ad 2^{um}.

123. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., I, II, Q. 90, art. IV, ad 3^{um}.

un altro passaggio famoso di Gregorio III, quello contenuto nel c. 1. *Ad haec, De postulatione praelatorum*, I, 5¹²⁴, s'è trovata di fronte a due espressioni, *editio legis* e *publica promulgatio*, le quali ovviamente finivano per far sorgere il dubbio che la *promulgatio externa et publica* fosse ormai esclusivamente non già un elemento intrinseco e sostanziale della legge canonica, bensì un elemento o semplice requisito che atteneva alla efficacia obbligatoria della legge.

Del resto, anche una parte della dottrina canonistica postcodicistica, partendo da tale punto di partenza, deve necessariamente ammettere che la promulgazione «*necessaria est ut lex constituatur in suo esse formali*»¹²⁵ e che «*si lex sumatur in suo esse completo et formali, promulgatio est de essentia legis, secus non*»¹²⁶.

La verità è che, una volta sdoppiato l'angolo visuale ed una volta superata una pur significativa e fondamentale fase del pensiero giuridico che attiene alla legge e ai suoi requisiti, non era più possibile sostenere una concezione unitaria che appariva ormai nettamente superata; onde si torna a disputare «*utrum promulgatio sit elementum essenziale intrinsecum constitutivum ipsius legis, an elementum extrinsecum, conditio sine qua non ad eius integritatem pertinens, ut lex iam constituta effectum sortiatur obligandi*»¹²⁷, ma involgendo in tale disputa una concezione, quella di San Tommaso, che non poteva dar luogo a dubbi di sorta, se è vero che, nella sua acutezza, il Doctor Angelicus si era rifatto alla concezione propria contenuta nel Decreto di Graziano e sul passaggio di cui al c. 3, D. IV aveva inteso radicare la sua unitaria concezione della promulgazione che del tutto prescindeva da questioni che si ponevano sul piano di uno sdoppiamento che investiva il concetto di esistenza o validità della legge e quello di efficacia giuridica della legge stessa.

124. C. I. X. I. 5: «...*nec sit necessarium cum constitutio solemniter editur, aut publice promulgatur, ipsius notitiam singulorum auribus per specialem mandatum vel literas inculcare, sed id solum sufficit, ut ad eius observantiam tenentur, qui noverit eam solemniter editam, aut publice promulgatam*».

125. M. BARGILLIAT, *Praelectiones iuris canonici*, T. I, Parisiis, 1923, p. 125.

126. F. M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, Romae, 1961, p. 65.

127. E. REGATILLO, *Institutiones iuris canonici*, Santander, 1961, pp. 57-58.