

LA PUBBLICITÀ DEI PROVVEDIMENTI DI GOVERNO

1. — Lo Schwind si propone di trattare compiutamente un problema non ignoto alla letteratura romanistica del diritto pubblico, ma che finora, a parte una nota memoria del Landucci¹, era stato in certo qual modo tenuto in secondo piano e non aveva, comunque, riscosso quell'interesse che, non fosse altro per l'importanza assunta dalla pubblicazione nella teoria delle fonti giuridiche moderne, sarebbe stato lecito aspettarsi.

Tutta la trattazione gravita intorno al quesito del « come » le disposizioni normative di governo fossero fatte conoscere, nel sistema romano, a coloro cui sarebbe incorso l'obbligo dell'ottemperanza². E, per la maggior completezza dell'indagine, l'A. ritiene giustamente necessario non fermare la propria attenzione al solo e puro diritto romano, ma getta altresì uno sguardo al diritto greco ed a quello tolemaico: al primo, per stabilire opportuni confronti e per mettere in evidenza influssi (a vero dire, piuttosto discutibili) subiti dall'ordinamento romano; al secondo, principalmente per l'esigenza di un parallelo, portata dal fatto di dover considerare, nel corso della trattazione, l'editto provinciale ed in particolare gli editti dei governatori di Egitto.

Dopo una introduzione di carattere generale (p. 1-13), nella quale si accenna con molta finezza ad alcune fondamentali divergenze tra il mondo giuridico romano e quello moderno, divergenze di cui fa d'uopo che tenga conto chi si appresta allo studio della delicata materia attinente alla pro-

* In *SDHI.* 8 (1942) 332 ss. Recensione di VON SCHWIND Fritz, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht mit Ausblicken in das altgriechische und ptolemäische Rechtsgebiet* (München 1940) p. XII-192.

¹ *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, in *Scritti Accad. Padova* (1896) 119 s.

² Cfr. p. 3: « Es soll nun versucht werden, darzustellen, wie dieses Recht zur Kenntnis derer gebracht wurde, die es befolgen sollten, so dass es seinen Zweck erfüllen konnte, ein oft kaum merkbares Bindemittel zwischen den Teilen des Reiches zu sein ».

duzione del diritto in Roma³, l'a. entra nel vivo della trattazione, che divide in tre parti. Una prima parte (p. 14-69) riguarda la pubblicazione delle fonti giuridiche repubblicane e si chiude con un'appendice (p. 63-69) relativa alla pubblicazione delle leggi nell'antica Grecia. Una seconda parte (p. 70-127) tratta della pubblicazione nelle province romane, e specialmente in Egitto, ed è corredata anch'essa da un'ampia appendice (p. 97-127), ove si delinea il sistema di pubblicazione delle leggi nel diritto tolemaico. Una terza parte (p. 128-184) si occupa, infine, della pubblicazione delle costituzioni imperiali. Occorre aggiungere che, oltre alle due appendici sul diritto greco e su quello tolemaico, il respiro dell'opera è fatto più largo, in tutte e tre le parti che la compongono, da una revisione, non prolissa, ma sempre accurata, di tutte quelle nozioni, che — come, ad es., il concetto repubblicano di *lex* o quello delle costituzioni imperiali — pur non facendo parte, a prima vista, del tema, formano invece un presupposto essenziale per la soluzione dei vari quesiti⁴.

Bisogna riconoscere con lo Schwind che il tema da lui affrontato è reso difficile non tanto dall'intrinseca complicazione della materia, quanto dalla scarsità di dati precisi e di sicure notizie sull'argomento. L'impressione che si riporta dalla lettura di quest'opera è appunto quella di una notevole rarefazione di dati, la quale impedisce un serrato ragionamento e, nel contempo, il raggiungimento di risultati che possano dirsi definitivi⁵. L'a. si sforza con molto impegno di vincere questo ostacolo, per così dire, negativo, che gli si para continuamente davanti, e riesce, specialmente nella seconda parte del lavoro, a dare una prova eccellente di capacità di ricerca e di forza induttiva. Ma, forse, una impostazione più rigorosamente logica dell'indagine, unita ad uno sforzo di maggiore coesione delle parti, in cui la trattazione si divide, avrebbe eliminato, almeno parzialmente, gli effetti delle difficoltà dianzi accennate.

2. — Io direi che, ai fini dell'impostazione del problema, l'a. avrebbe potuto utilmente adottare un punto di partenza più arretrato. Prima

³ Dopo aver ricordato le note difficoltà che si incontrano nello studio del diritto pubblico romano, l'A. parla della tecnica legislativa romana, del *ius honorarium*, dell'opera dei giuristi, della speciale posizione del senato.

⁴ La monografia si chiude con un elaborato indice delle voci (185 s.) e con un indice delle fonti citate (188 s.).

⁵ Questa mancanza o rarefazione di dati, se non stupisce in ordine alla consuetudine o alla *lex* repubblicana, è sorprendente, invece, in ordine all'editto provinciale: cfr. 72.

di chiedersi « come » la pubblicazione avvenisse, egli avrebbe dovuto chiedersi « se » il concetto della pubblicazione abbia sempre corrisposto, nel corso del diritto romano, ad una necessità, ed a quale necessità abbia corrisposto.

La norma giuridica, al pari di ogni dichiarazione di volontà e di scienza che non sia destinata ad esaurirsi nel soggetto da cui promana, obbedisce ad una esigenza fondamentale: quella di essere conosciuta da coloro cui si indirizza. Senonché, mentre al sentimento giuridico moderno pare necessario che, a questo scopo, la norma giuridica, non appena definitivamente formulata, sia resa di pubblica ragione, in modo che tutti i soggetti siano messi in grado di conoscerla, non è detto che al sentimento giuridico di altri popoli sia parso, specie nell'antichità, del pari necessario identificare la conoscenza del diritto nella pubblicazione delle norme. Ciò che importa è la conoscenza del diritto. La pubblicazione di esso, nel senso moderno della parola, dato e non concesso che sia stata sempre possibile per ogni forma di produzione giuridica, non riveste carattere di necessità logica, ed è un modo — uno dei tanti — in cui la conoscenza del diritto può essere ottenuta.

Il problema della pubblicazione del diritto, o meglio della pubblicità della norma, non è pertanto, almeno nelle sue radici, solo un problema del diritto formale, come l'A. tende a credere⁶, ma è prima ancora un problema di diritto materiale. La regola *ignorantia iuris non excusat*, con tutte le sue apparenti eccezioni, è appunto fondata sul presupposto che tutti possano conoscere il diritto, di modo che non li scusa l'averlo in pratica ignorato. Per contrario, la *ignorantia iuris* diventa motivo di scusa, sia se i soggetti non abbiano potuto obiettivamente conoscere la norma (ed è questo il vero caso di ignoranza del diritto), sia se essi non siano stati in grado, per ragioni di ordine subbiiettivo, di conoscerla o di capirla (si pensi ai *militēs* ed agli incapaci).

Se tutto ciò è vero, ne discende che erra l'a. quando nega alla pubblicazione una « efficacia costitutiva » (*konstitutive Wirkung*) nei riguardi delle fonti repubblicane, mentre tende a riconoscergliela nei riguardi delle fonti provinciali e di quelle imperiali. È questione, mi permetto di ripetere, di impostazione inesatta, per cui l'a. va alla ricerca della pubblicazione della norma rispetto a fonti giuridiche, che, come la consuetudine o la *lex* repubblicana, non ammettono o non conoscono la pubblica-

⁶ Cfr. infatti 4: « Dies alles trifft bei den Fragen des formellen Rechtes, die hier behandelt werden sollen, kaum zu ».

zione stessa. Di impostazione inesatta, dico, per cui l'a., non trovando quello che cerca, mentre da una parte giunge a rendersi conto del perché con innegabile acume⁷, è costretto, dall'altra, a ricercare nientedimeno nel diritto greco le radici di quello che fu il carattere costitutivo della pubblicazione nelle fonti imperiali⁸. Può darsi (non lo nego) che il diritto greco abbia realmente influito su quello romano, nel senso di introdurvi il concetto, presso che analogo a quello moderno, della pubblicazione delle leggi⁹, ma la trattazione intrapresa dall'a., nel modo come è condotta, lascia largo adito al dubbio che rispetto alle fonti repubblicane non fosse una necessità sentita nemmeno quella della loro conoscenza, mentre così assolutamente non era, e lo Schwind è certamente il primo a non avere quel dubbio.

Il giusto modo di prospettare il lavoro avrebbe potuto essere, a mio avviso modesto, il seguente. È un punto fermo e indiscutibile che, in tutto il corso del diritto romano, come di ogni altro diritto, vi fu l'esigenza fondamentale della conoscenza delle norme giuridiche da parte dei destinatari: ma solo a incominciare da un certo punto e con riguardo soltanto a certe fonti di produzione giuridica l'esigenza conoscitiva del diritto si trasfuse nel bisogno di una « pubblicazione » delle norme. Ciò dipese

⁷ Cfr., ad es., 15: « Es versteht sich nun ganz von selbst, dass bei einem so gearteten Recht (la consuetudine), von dem Falle seiner ausdrücklichen Feststellung durch Volksschluss abgesehen, von einer Veröffentlichung überhaupt nicht die Rede sein kann ». Cfr. ancora 26: « Wenn man sich die geschilderten Voraussetzungen vor Augen hält, begreift man, warum für die Publication der *leges* in Rom nur in einer Weise gesorgt war, die für unsere heutige Begriffe als vollkommen unzureichend bezeichnet werden muss » (ma « unzureichend » è dir poco, se l'a. combatte — come si vedrà [*infra* nt. 15] — persino il tentativo del Landucci di identificare la pubblicazione delle *leges* nella riposizione *in aerario*).

⁸ Cfr. 69: « Es dürfte demnach die in der Kaiserzeit dann und wann mehr oder weniger deutlich durchschimmernde Auffassung, dass der Publikation eines Gesetzes konstitutive Wirkung zukomme, in ihren Wurzeln doch wohl auf griechische Rechtsvorstellungen zurückzuführen sein ».

⁹ Ma la tesi, come l'a. deve ammettere (68 s.), è basata su due ipotesi, assolutamente prive di appoggio testuale: anzitutto sull'ipotesi che la pubblicazione fosse considerata dai Greci « notwendige Voraussetzung für die Gültigkeit eines Gesetzes », e in secondo luogo sull'ipotesi che il rafforzamento dell'autorità statale, verificatosi a partire dall'epoca dei Severi, abbia indotto « sich in diesen Fragen jener Einrichtungen zu bedienen, die sich in Griechenland schon von alters her ausgebildet und bewährt hatten ». Se si pensa che la pubblicazione delle costituzioni imperiali non ricalca i metodi greci e che non furono creati i *νομοϋλάξεις* alla maniera greca, v'è da concludere che l'ipotesi del von Schwind sia, quasi quasi, piuttosto azzardata.

anche da fattori esterni al diritto romano (quali il diritto greco e i diritti provinciali, in ispecie quello tolemaico), ma dipese in primo luogo dalle intrinseche caratteristiche delle varie fonti di produzione giuridica e dall'intimo svolgimento di tutto il diritto romano.

Come fu soddisfatta la su accennata esigenza conoscitiva del diritto? Quando la vita sociale era regolata esclusivamente dai *mores*, la conoscenza del diritto era implicita, nel senso che essa si identificava nella pratica universale e costante di certe azioni da parte dei cittadini. Quando, in un periodo successivo, essendosi impadroniti del diritto i pontefici, incominciò a delinearsi una divergenza fra i *mores maiorum* e le attuali esigenze di vita, dato che il popolo venne nella determinazione di « sapere » il proprio diritto, per difendersi da eventuali abusi e per preservarlo da storture di ogni genere, sorse la *lex*, convenzione fra magistrato e cittadini in ordine al diritto vigente¹⁰, la quale, piú che lo scopo di innovare alla consuetudine, perseguí il fine di stabilire, di fissare con chiarezza le norme giuridiche, resesi col tempo meno evidenti e precise. Questo fu indubbiamente lo scopo delle *XII tabulae* e delle prime *leges* repubblicane¹¹.

Dato ciò, è chiaro che la partecipazione della magistratura e del popolo alla confezione delle leggi si delinea come un fenomeno di collaborazione nella ricerca del diritto. Ma allora è evidente che il momento essenziale della *lex* non era quello della sua pubblicazione (ammesso che una pubblicazione avvenisse)¹², ma quello della approvazione del progetto legislativo, tanto minutamente regolata nella procedura dei comizi (e, per

¹⁰ ARANGIO-RUIZ, *Storia*³ 63, la definisce « convenzione fra i cittadini », ma la formula adottata nel testo, che ricalca quella dell'a. (23), pur essendo sostanzialmente identica, colpisce forse meglio il fenomeno costante della cooperazione, nella formulazione delle leggi repubblicane, dei due elementi costituzionali: magistratura e comizi.

¹¹ E il carattere non innovativo, ma conservatore di tante disposizioni delle *XII tabulae* si spiega, in antitesi a quanto vuole la tradizione, proprio con i motivi addotti nel testo.

¹² La pubblicazione, che non è attestata per le *leges* posteriori, è invece attestata per le *XII tabulae*: Dionigi di Alicarnasso (10,75,7), Diodoro Siculo (12,26,1), Livio (3,57,10) parlano concordemente di incisione su tavole di bronzo, che furono affisse in pubblico. È molto probabile che la grande importanza assunta dal *carmen necessarium* delle Dodici tavole abbia indotto, in tempi piú avanzati, alla incisione nel bronzo e all'esposizione nel Foro: gli storici su menzionati hanno agevolmente concentrato i due diversi momenti. Pomponio, che è giurista, parla, in D. 1,2,2,4, soltanto dei progetti, che furono scritti su *tabulae eboreae* (*roboreae*).

i *plebis scita*, dei *concilia plebis*)¹³. Nella fase di approvazione del progetto era già soddisfatta l'esigenza conoscitiva¹⁴.

3. — Di « pubblicazione » non deve parlarsi, pertanto, né in ordine al diritto consuetudinario, né in ordine alla *lex publica*, e non è a stupirsi che non se ne debba parlare¹⁵. Siamo in un'epoca e ci troviamo di fronte ad un sistema giuridico in cui la conoscenza della norma è, ripeto, implicita nel diritto stesso, perché questo diritto (trattasi di consuetudine o di *lex*) è espressione non metaforica del concorso dei cittadini alla produzione di esso. Ma non è assolutamente a credere che, nella stessa epoca ma di fronte ad un altro sistema giuridico, la pubblicazione non abbia rappresentato, almeno in germe, un elemento costitutivo della norma: e lo vedremo subito¹⁶.

Ed invero, sempre in periodo repubblicano, accanto alle fonti giuridiche già esaminate se ne venne delineando un'altra e con essa venne

¹³ Una riprova è nel passo di Serv. *ad Aen.* 8.322: « *Hunc deum (Saturnum) et leges recipere et legibus praesesse docet antiquitas; nam ideo et acceptae a populo leges in aerario clauderantur, quoniam aerarium Saturno dicatum erat, ut hodie aerarium Saturni dicitur* ». (La riposizione dei plebisciti nel tempio di Cerere risulta, a sua volta, da Pomponio in D. 1.2.2.21). La riposizione, anzi la « chiusura » (*clauderantur*) delle leggi nell'erario, dove erano rinchiusi — a scopo di conservazione — ogni sorta di atti e di oggetti riguardanti la *res publica*, non solo non è identificabile con la pubblicazione di esse (v. *infra* nt. 15), ma dimostra che il testo, ormai definitivamente fissato, della norma giuridica era messo al sicuro per preservarlo da ogni eventuale contaminazione.

¹⁴ Non nego che, per influenza di molteplici fattori (la moltiplicazione delle leggi, e quindi l'impossibilità di tenerle a mente; l'aver assunto esse anche carattere innovativo ecc.), si sia fatta sentire progressivamente la necessità di rendere pubbliche le norme già stabilite. Detta necessità è sentita, ad es., da Cicerone, *de leg.* 3.20.46: *legum custodiam nullam habemus; itaque eae leges sunt, quas apparitores nostri volunt, a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam nullam habemus*.

¹⁵ Il LANDUCCI, *cit.* 189 s., fisso nell'idea che alle *leges* repubblicane non potesse essere estraneo il momento della pubblicazione, ha voluto riscontrare gli estremi di quest'ultima nella riposizione *in aerario*. L'a. (27 s.) giustamente combatte questa tesi, ma non si libera, in fondo, dal preconetto del Landucci, perché parla di un « Publikationsvorgang bei *leges* und *plebiscita* », laddove espone soltanto il processo di pubblicazione dei progetti di leggi o di plebisciti repubblicani.

¹⁶ Di pubblicazione può incominciare a parlarsi, anzitutto, con le convenzioni internazionali fra Roma ed altre città, le quali erano — a quanto pare (VON SCHWIND 151) — regolarmente incise su tavole di bronzo ed affisse nel territorio delle due parti contraenti.

profilandosi la necessità di un altro modo di conoscenza delle norme giuridiche da parte dei soggetti. Questa fonte di diritto fu l'editto giurisdizionale, le cui « norme » trovavano la loro giustificazione nell'*imperium* del magistrato che le emanava. Non interessa qui mettere in rilievo come e quanto il magistrato prontamente e rettamente interpretasse i nuovi bisogni della vita sociale, come e quanto la pubblica opinione controllasse, in realtà, l'esercizio del suo apparentemente arbitrario potere. Il punto per noi essenziale è che egli era libero di stabilire il proprio programma come volesse, che egli era libero sino al punto — almeno sino alla *lex Cornelia de edictis* — da non essere tenuto ad attenersi al suo stesso editto. La conoscenza del nuovo diritto da parte dei soggetti non poteva più essere implicita in esso, ma doveva essere raggiunta attraverso una manifestazione ai cittadini di norme alla cui elaborazione essi non avevano partecipato.

Fu in ordine all'editto — io concludo — che sorse il concetto della pubblicazione della norma, come mezzo opportuno e necessario per la conoscenza del diritto. E quando la *lex Cornelia* ebbe stabilito che il magistrato non potesse discostarsi dal programma stabilito e pubblicato nell'albo al principio dell'anno di carica, prese a delinearsi il carattere addirittura costitutivo della pubblicazione. Il richiamo del diritto greco, fatto dall'a., è — come tutti i richiami comparatistici — indubbiamente utile, ma alquanto pericoloso: in primo luogo perché è dubbio che nel diritto greco la pubblicazione avesse veramente carattere costitutivo¹⁷, in secondo luogo perché non si vede, almeno dalla monografia del von Schwind, come e in qual modo il *deus ex machina* del diritto greco abbia praticamente influito nel rendere essenziale, anche pel diritto romano, la pubblicazione.

4. — Questi spunti critici non vogliono infirmare il pregio e l'utilità di un lavoro che, come quello del von Schwind, è condotto con molta serietà ed offre larghissima messe di osservazioni sottili e argute. Se l'impostazione non è, almeno a mio avviso, la più giusta, rimane intatto il merito del von Schwind di averci condotti, con indiscutibile competenza, attraverso un terreno di ricerca difficile e di averci offerto, specie nella seconda e nella terza parte della monografia, un quadro completo e partecolareggiato della pubblicazione delle fonti giuridiche romane.

¹⁷ V. *retro* nt. 9.