

***Le antinomie ‘necessarie’. L’ordinamento giuridico romano
tra istanze sistematiche e contraddizioni irrisolte***

(Casamassima-Bari, 15-16 aprile 2016)

1. Nel pomeriggio di venerdì 15 e nella mattinata di sabato 16 aprile 2016 ha avuto luogo il Convegno di studio *Le antinomie ‘necessarie’. L’ordinamento giuridico romano tra istanze sistematiche e contraddizioni irrisolte*. L’incontro è stato organizzato, in stretta cooperazione, dalla Facoltà di Giurisprudenza della LUM ‘Jean Monnet’ di Casamassima e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bari Aldo Moro, nelle persone dei Professori Andrea Lovato (Bari) e Salvo Randazzo (LUM). Esso si è peraltro inserito in un progetto di ricerca portato avanti dalla Facoltà giuridica della LUM, appena agli inizi, intitolato *Sviluppo e antinomie delle fonti giurisprudenziali del diritto nelle materie riservate alla legge*.

2. Le due sedute si sono tenute rispettivamente nell’Aula magna del Rettorato della LUM (Casamassima, venerdì 15 aprile) e nell’Aula Aldo Moro del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università barese (Bari, sabato 16 aprile).

La prima è stata presieduta dal Prof. Santalucia, in sostituzione del Prof. Corbino, impossibilitato a partecipare per motivi di salute. I saluti sono stati portati dal Preside della Facoltà di Giurisprudenza della LUM, Prof. Roberto Martino, in sostituzione del Magnifico Rettore Emanuele Degennaro. Martino ha espresso la soddisfazione per la cooperazione fra la Aldo Moro e la LUM – di cui il Convegno in esame è icastico esempio – dopo che la costituzione del nuovo interlocutore universitario della provincia barese nel 2000 era stata accompagnata da un inizio piuttosto burrascoso nei rapporti fra la neonata realtà universitaria e lo storico colosso pubblico avente sede nel capoluogo. In sostituzione del Magnifico Rettore dell’Università di Bari, Prof. Antonio Felice Uricchio, è intervenuto per i saluti il direttore amministrativo della Aldo Moro, il Dott. Federico Gallo, che non ha nascosto le difficoltà economiche dell’Ateneo barese, ma si è detto fermamente fiducioso che il lavoro e le risorse umane a disposizione dell’Ateneo riportino la prestigiosa Università al livello di eccellenza che le compete. Il Prof. Stefano Preziosi, ordinario di diritto penale nella LUM, in quanto coordinatore del progetto di ricerca della Facoltà a cui si è fatto sopra cenno, è intervenuto in sede di saluti, osservando come il tema scelto rappresenti uno snodo vitale nel diritto vivente. Ormai acquisito alla consapevolezza dottrinale il ruolo centrale – non di mera applicazione intesa quale semplice attività esecutrice – della decisione giudiziale in uno stesso ordinamento chiuso, questa realtà pone problematiche vitali per la definizione stessa della società contemporanea nelle materie coperte dalla riserva di legge - *in primis*, è evidente, quella penalistica. Il momento dei saluti si è chiuso con l’intervento del Prof. Salvo Randazzo, ordinario di diritto romano nella Facoltà di Giurisprudenza della LUM, il quale ha ricordato che il progetto di ricerca in questione nasce dalla presa d’atto del ruolo ormai dominante assunto dalla giurisprudenza nello spazio giuridico europeo, locale (a livello di singoli Stati membri) e centrale (corti europee). Ciò impone al giurista teorico una nuova riflessione e probabilmente un rinnovato approccio non più soltanto all’interpretazione delle norme ma all’ordinamento giuridico nel suo complesso.

I saluti della sessione barese sono stati invece portati dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza della Aldo Moro, Prof. Roberto Voza, e dal Prof. Andrea Lovato, ordinario di diritto romano nell'Ateneo barese. Quest'ultimo ha posto l'accento sul tema scelto di concerto col collega Randazzo, che vede il sostantivo 'antinomie' qualificato dall'aggettivo, apparentemente contraddittorio, 'necessarie'. Questa qualificazione è stata suggerita dall'osservazione che in un ordinamento giuridico, di qualunque periodo, le antinomie sono inevitabili, come la storia finora dimostra, dunque necessarie.

Nell'ottica, da cui non si vede motivo per discostarsi, di proporre una cronaca almeno negli intenti ragionata, conviene abbandonare il criterio cronologico, e abbracciare quello sistematico, raggruppando le relazioni in classi che ne esponano il filo conduttore, ricordato che nella prima seduta hanno tenuto i loro interventi i professori Avenarius, Gröschler e Stolfi, nella seconda la Professoressa Lamberti e i Professori Garbarino e Puliatti.

3. La tematica oggetto del Convegno è stata trattata al livello più globale da Emanuele Stolfi (Siena) e Francesca Lamberti (Salento). Ad aspetti invece peculiari, di raggio più o meno ampio, sono stati dedicati gli interventi di Martin Avenarius (Colonia) e Peter Gröschler (Magonza) nonché di Paolo Garbarino (Piemonte Orientale) e Salvatore Puliatti (Parma). I primi due si sono concentrati sul periodo classico, mentre ad aspetti dello stato del diritto in età giustiniana hanno rivolto la loro attenzione i due romanisti italiani. Conviene perciò dire dapprima dei contributi Stolfi/Lamberti, poi di quelli Avenarius/Gröschler, infine Garbarino/Puliatti.

Emanuele Stolfi ha trattato il tema compendiato dal titolo *Dal ius controversum alle antinomie*. Tema che per l'appunto contiene in misura significativa l'oggetto del Convegno e che può essere affrontato percorrendo un duplice itinerario: quello storiografico e quello storico. La storia degli studi mostra come questo argomento sia venuto alla riflessione della dottrina romanistica a partire dagli anni '50 del secolo appena trascorso. Il percorso storico conduce all'osservazione che di antinomia si può discorrere solamente in un sistema chiuso, compatto – un *corpus* –, mentre il concetto è sconosciuto in un sistema aperto, dove le varie decisioni, qui i vari pareri dei giuristi, concorrono tutti a formare il *ius quo utimur*, e, se difforni, vanno a comporre un *ius controversum*, per definizione non contraddittorio (bensì controverso). Non a caso, in piena temperie classica, Quintiliano elabora criteri per risolvere le contraddizioni normative con esclusivo riferimento a fonti ufficiali quali le *leges publicae*. È perciò in età tarda – cessata la fioritura giurisprudenziale autonoma – che l'esigenza di elaborare elementi per superare eventuali contraddizioni si fa precipuamente sentire. Ciò *a fortiori* quando avviene la riunione in un unico *corpus* delle fonti nomogenetiche, il che favorirà la lettura compatta delle fonti romane in età medievale, moderna e poi ottocentesca, che trova il suo vertice nel *System* di Savigny, con conseguente elaborazione dottrinale di criteri atti a sciogliere le antinomie, successivamente recepiti nelle codificazioni nazionali. Se allora nel *corpus* teodosiano è il *validiora sunt posteriora* che dovrà guidare l'interprete, quello giustiniano ricusa le contraddizioni, avendole negli intenti previamente sciolte. Torna così, almeno quale aspirazione, l'assenza di contraddizioni, ma su un crinale completamente diverso da quello presupposto dai giuristi. Concentrandosi sul materiale

giurisprudenziale, un problema di antinomia si pone dove il medesimo caso è risolto in maniera antitetica e dove compare contraddizione sull'argomento nel pensiero del medesimo giurista. Entrambi i punti fanno escludere interventi giustiniani, visto che i compilatori avrebbero semmai dovuto eliminare tali incongruenze. Ma, come detto, la prima evenienza va immersa nel magma del *ius controversum*, che non è diritto antinomico. La seconda – la contraddizione all'interno del pensiero dello stesso giurista – può essere più semplicemente spia di un'evoluzione della riflessione in materia dell'autore, generata se del caso da nuovi interventi normativi sulla materia. E anche su quest'ultimo punto il relatore ha incitato a doverosa cautela, sottolineando come prima di concludere per tale mutamento di opinione, *sic et simpliciter*, sia necessaria un'attenta esegesi del testo e del contesto normativo su cui esso andava ad incidere. Richiamando l'argomento tipico (volendo tipico anche della giurisprudenza attuale, si può aggiungere qui), è il caso, il contesto normativo, a condizionare la portata dell'affermazione. Ciò porta spesso ad ampliarne o restringerne l'ambito, sì da eliminare la contraddizione con un pensiero apparentemente diverso del giurista, altrove espresso. Fra gli esempi portati dal relatore, basti qui ricordare quello della definizione del dolo che si ritrova nel commentario all'editto di Ulpiano.

Se sul piano degli *iura* era assata la relazione Stolfi, su quello delle *leges* – per adottare una dicotomia un po' semplificante, ma dotata di una certa efficacia euristica, beninteso qui sciolta dal suo tradizionale collocamento in epoca tarda –, sul piano delle *leges publicae*, si diceva, si è concentrata Francesca Lamberti (*Antinomie e rapporti fra previsioni nel tempo: alcuni esempi di età imperiale*). *Quid iuris* per le *regulae* confliggenti, contenute in fonti ufficiali, segnatamente nella fonte primaria del *ius civile*, la *lex*? Non pone problemi il caso in cui sia lo stesso legislatore posteriore ad accorgersi dell'evenienza, e ad abrogare una legge previgente in contrasto con le nuove disposizioni (quale, ad esempio la legge di richiamo dall'esilio di Cicerone, che abrogò la *lex Clodia* disponente l'esilio del console). In alcuni casi poteva altresì essere disposta l'ultrattività di una legge precedentemente abrogata. Il punto dolente è costituito dalla successione, nel tempo, di *leges* contenenti disposizioni incompatibili con le precedenti, senza che il *rogator* della legge recenziore si fosse reso conto della contraddittorietà. Qui la relatrice ha efficacemente riassunto il dibattito dottrinale sul punto, con illustrazione della regola «*quodcumque postremum populus iussisset*» e della tematica relativa al c.d. *caput tralaticium de impunitate*, quali criteri generali volti a sciogliere le contraddizioni (emersi soltanto in età graccana, quando sarebbe stata elaborata la dottrina del carattere poizore della deliberazione posteriore, artificiosamente retrodatata alle XII Tavole?). Del *caput tralaticium* Francesca Lamberti ha ricordato le interpretazioni dottrinali volte a chiarire il significato di questa oscura clausola. La relatrice si è quindi soffermata sui casi in cui una disposizione posteriore riprende testualmente una anteriore e sulle ipotesi in cui la fonte successiva rinvii ad una precedente, a carattere più o meno circoscritto, come accade nella *lex municipalis* di Irni, rispettivamente con il rinvio alla *lex Iulia de iudiciis privatis, quae proxime lata est*, e in chiusura, nel cap. 93, con il rimando residuale al *ius civile*. Lamberti ha richiamato la tesi di Ferrary circa il carattere innovativo della tecnica in esame, ipotizzando piuttosto un raffinarsi delle tecniche di legislazione legate alla creazione di uffici imperiali (*scrinia*) deputati all'archiviazione e alla produzione di documenti.

Ha altresì espresso, con cautela, la possibilità, da approfondire, di legami fra tale tecnica di estensione delle *leges publicae* ed alcune affermazioni giurisprudenziali contenute in D. 1.3, con un eventuale riferimento alla tecnica che uno studioso di *leges* avrebbe dovuto applicare per risalire dal provvedimento più recente a quelli più risalenti in una data materia.

Martin Avenarius ha trattato dei rapporti fra *ius civile* e *ius sacrum*, visti dalla prospettiva peculiare dell'acquisto compiuto dal servo ereditario tramite *stipulatio* durante il periodo di giacenza dell'eredità, ipotesi discussa in Gai. 3 *verb. obl.* D. 45.3.28.4 (*La relazione fra ius sacrum e ius civile nel pensiero di Proculo e Cassio*). A Proculo, che negava la liceità di tale acquisto (non essendo lo schiavo ereditario nel patrimonio dell'erede), si contrappone Cassio (appoggiato naturalmente da Gaio), che l'ammette, facendo retroagire l'accettazione dell'*heres extraneus* al momento dell'apertura della successione. La dottrina della retroattività è espressamente funzionale ad assicurare la continuità dei *sacra* (che veniva altrimenti risolta, in caso di giacenza ereditaria, con l'*usucapio pro herede*, alla quale si sarebbe eventualmente rivolto, per ovviare al problema sacrale, Proculo). Di qui il relatore ha potuto muovere considerazioni più generali circa il rapporto fra *ius civile* e *ius sacrum* a cavallo fra diritto preclassico e classico. Ad avviso di Avenarius, la prospettiva classica è inaugurata da Servio (con il *de sacris detestandis*) e Cicerone (*part. or.* 129). Essa consiste nella distinzione fra le sfere del *ius humanum* (che si inverte per eccellenza nel *ius civile*) e del *ius divinum*, prima indistinti e compendati nella figura dei pontefici, i quali nelle *legis actiones* esprimevano al massimo grado questa crasi. La dicotomia classica sarà risolta dalla persona del *Princeps*, il quale, assommando le vesti di *princeps senatus* e di pontefice, potrà ricondurre ad unità le due sfere, a vantaggio di quella laica, civilistica (come riecheggiano i pensieri espressi dall'allieva Anna Seelentag in *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*, Tubinga, 2014, non vi è chi non veda).

Dalla sfera del diritto sostanziale a quella dell'ordinamento processuale si è passati con la relazione di Peter Gröschler, *Demonstratio e intentio: antinomie nel processo formulare?* Con una limpida esposizione, il relatore ha ricordato le posizioni dottrinali circa il rebus costituito dalla funzione della *demonstratio* (espressiva del *petitum* secondo Kaser, della *causa petendi* ad avviso di Talamanca), e correlativamente del *quod* che la introduce: causale («poiché»; Kaser), dichiarativo («in quanto a ciò»; Betti), condizionale («se, per quanto»; Arangio-Ruiz). Ad avviso di Gröschler, nella formula dell'*actio empti* la *demonstratio* esprime la *causa petendi*, e l'archivio processuale di Babata conferma ora la concezione causale del *quod* vista da Arangio-Ruiz. Gli è allora che, secondo quanto emerge da Gai 4.59-60, la *demonstratio* esprimeva il fondamento della domanda (*causa petendi*) nella prospettiva dell'attore – tradotta in terza persona dal pretore –, come l'*intentio* l'oggetto di quest'ultima (*petitum*), sempre nell'ottica di chi agiva, resa in terza persona dal magistrato. La formula compendia una quantità di informazioni, con la tipica *brevitas* della lingua latina: il giudice sapeva benissimo di dovere verificare i fatti posti a fondamento della domanda, e in questo senso si spiega il successivo inciso *res de qua agitur*, lungi pertanto dall'essere pleonastico (al contrario di quanto ritenuto da Kaser e Mantovani).

Alla prospettiva giustiniana hanno rivolto la loro attenzione Paolo Garbarino e Salvatore Puliatti.

Il primo ha prestato attenzione alla concezione giustiniana del fondamento del potere imperiale nella *Deo auctore* (*Lex de imperio e Deo auctore? Un'antinomia giustiniana sul fondamento del potere imperiale*). La costituzione che ordina la compilazione del Digesto si apre per l'appunto con la concezione teocratica del potere. È Dio l'autore (*auctor*) del potere imperiale, che il *Princeps* riceve a titolo derivativo dalla sfera celeste. Al § 7 ricorre però un inopinato riferimento alla *lex de imperio*. Non vi è tuttavia contraddizione, e d'altra parte si è rammentato come lo stesso potere del re d'Italia fosse fondato nella sfera teocratica e in quella democratica («per grazia di Dio e per volontà della nazione»). Garbarino, ha infine, concluso accennando alla possibilità che il richiamo alla *lex de imperio* valesse a rispondere, velatamente, a quanti diffidavano della compilazione degli *iura*, preferendo rimanere alla regolamentazione loro data nell'*oratio* valentiniana del 426. Il potere è stato trasmesso al *Princeps* dal popolo, come affermano gli stessi giuristi tardo-classici (Gaio ed Ulpiano), di conseguenza l'imperatore è pienamente legittimato a raccogliere ed intervenire con abbreviazioni e modifiche sul pensiero giuridico espresso dai giuristi stessi.

Alla concezione più generale dell'antinomia nella legislazione giustiniana si è rivolto Puliatti (*Modelli astratti e antinomie nella legislazione giustiniana tra ideale e realtà*). Il relatore ha ricordato gli interventi normativi di Giustiniano volti a sciogliere conflitti normativi fra precedenti costituzioni (fra i tanti, Puliatti ha rammentato, per la sua peculiarità – il dare espressamente conto di una controversia svolta probabilmente davanti a un giudice scelto dalle parti in sostituzione del giudice delegato da una di esse ruscato – l'ambito normativo risolto in Nov. 158), fra pareri dei giuristi (le celeberrime *quingenta decisiones*) e, fattispecie maggiormente raffinata, i contrasti fra *ius principale* e pareri dei giuristi. Puliatti ha fatto anche cenno alle stesse modalità profilate dalla cancelleria giustiniana per risolvere le antinomie, al quale il relatore ha dedicato in passato un amplissimo studio.

Le conclusioni sono state infine ampiamente tracciate, in una magistrale relazione di sintesi, dal Prof. Massimo Brutti, che ha presieduto la sessione barese del Convegno, il quale ha insistito soprattutto sull'evoluzione del diritto romano, da sistema aperto a chiuso, con le relative rifrazioni sul concetto di antinomia, che nel primo è riscontrabile solamente all'interno delle fonti ufficiali che, in via non esclusiva, lo compongono.

4. L'elevato livello del Convegno risulterà dai relativi *Atti*, in corso di pubblicazione presso la Rivista *Legal Roots*. Qui va dato atto di un elemento che, naturalmente, dagli *Atti* non potrà emergere: vale a dire la calorosa e generosa ospitalità fornita ai Convegnisti dalla Facoltà di Giurisprudenza della LUM e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari, nelle persone dei Professori Randazzo e Lovato, ospitalità che ha consentito di svolgere in clima sereno e proficuo i lavori del Convegno.

Stefano Barbati

Università 'Cattolica' del Sacro Cuore – Piacenza
stefano.barbati@unicatt.it