

ANNO LXXXIII - 2016

NUOVA SERIE A - N. 67,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STUDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

ANNA MARIA GIOMARO, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustinianee*, 5

CHIARA LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, 77

MARIO ROSARIO MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e dovere di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, 103

VITTORIO PARLATO, *Postulati teologici, diversità di interpretazioni e di norme nella chiesa d'Occidente ed in quella d'Oriente, nel corso dei secoli*, 127

PAOLO PASCUCCI, *I tirocini negli Uffici giudiziari di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013. Il progetto marchigiano e il ruolo delle Università*, 161

Direttore responsabile: Vilberto Stocchi

Comitato scientifico: Laura di Bona, Marco Cangiotti, Gabriele Fattori, Lanfranco Ferroni, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Anna Maria Giomaro, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini, Lucio Monaco, Vittorio Parlato, Paolo Pascucci

Redazione: Anna Maria Giomaro, Maria Luisa Biccari

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

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

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXXIII - 2016

NUOVA SERIE A - N. 67,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

ANNA MARIA GIOMARO *

La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustinianee

ABSTRACT

- ✓ “e il poeta, fin che non muoia l’inno, vive, immortale” (Pascoli, *Solon*). La voce e il pensiero dei grandi giuristi del passato più o meno risalente, di Gaio, di Papiniano, di Paolo, si immortala in “lezioni” nelle scuole di diritto fin dall’epoca pregiustiniana, attraverso l’insegnamento (la *recitatio*) delle loro opere, o forse, prima ancora, attraverso la loro stessa voce *magistra*. Per arrivare fino alle soglie dei secoli delle codificazioni.
Prendendo a modello l’esperienza antica il saggio vuole riflettere sui due modi di tradizione del sapere individuale, quello orale, diretto, *voce magistra* appunto, e quello indiretto, scritto, formato attraverso lo studio e l’utilizzo delle opere dei maestri.
- ✓ “e il poeta, fin che non muoia l’inno, vive, immortale” (Pascoli, *Solon*). Voices and thoughts of the jurists of the past, Gaius, Papinian, Paul, became “lessons” in the law schools since the pre-Justinian period, through the teaching (*recitatio*) of their works or their own voice *magistra*.
The essay brings to light the two models of transmission of individual knowledge: the oral model based on the *voce magistra* and the indirect model formed through the study and use of the works of the Masters.

* È professore ordinario di diritto romano (ssd IUS 18) presso il dipartimento di Giurisprudenza (DiGIUR) dell’Università di Urbino..

ANNA MARIA GIOMARO

LA PRESENZA DI PAPINIANO E PAOLO NELLA FORMAZIONE
GIURIDICA OFFERTA DALLE SCUOLE TARDO ANTICHE
E GIUSTINIANEE

SOMMARIO: 1. *Tertii insuper anni doctrina*: Papiniano – 2. *Et is erat in quartum annum omnis antiquae prudentiae finis*: Paolo – 3. Dalla *recitatio* scolastica alla *recitatio* forense – 4. I *responsa* e le altre opere di Paolo – 5. Ipotesi sulla numerosità dei *libri singulares* di Paolo – 6. Paolo, un maestro di scuola

1. *Tertii insuper anni doctrina: Papiniano*

Com'è noto Papiniano e Paolo godettero di una presenza di particolare prestigio nei programmi di insegnamento delle scuole di diritto sia nel periodo pregiustiniano sia dopo la riforma del 533.

Per quanto riguarda il primo dei due sommi giuristi va ricordato come gli studi del terzo anno precedentemente alla riforma prevedessero una diretta riflessione nella scuola su otto dei diciannove libri dei *responsa* papiniani (*et ad sublimissimum Papinianum eiusque responsa iter eis aperiebatur: octo tantummodo libros accipiebant, nec eorum totum corpus eis tradebatur, sed pauca ex multis et brevissima ex amplissimis, ut adhuc sitientes ab eis recederent*): ma, come si vede, l'informazione riportataci dalla cost. *Omnem* (§1) di Giustiniano è accompagnata da una decisa nota di biasimo per la pochezza, quantitativa e qualitativa, di tale insegnamento che agli stessi studenti lasciava il gusto amaro dell'incompleto.

A questa situazione Giustiniano cerca di porre un rimedio stabilendo che nel terzo anno dovesse essere oggetto di studio una più vasta rassegna dell'opera di Papiniano, *non solum ex responsis, quae in decem et novem libros composita fuerant, sed etiam ex libris septem et triginta quaestionum et gemino volumine definitionum nec non de adulteris et paene omni eius expositione* (§4). E le parole dell'imperatore, la lode implicita che con esse egli si tributa nel confronto col passato, farebbero pensare che in tal modo la figura e la produzione del giurista avrebbe avuto una trattazione pressoché completa.

Altrove¹ si è poi cercato di ancorare concretamente alle pagine del Digesto le ulteriori parole che la *Omnem* di Giustiniano dedica al giurista: *ne autem tertii anni auditores, quos Papinianistas vocant, nomen et festivitatem eius amittere videantur, ipse iterum in tertium annum per bellissimam machinationem introductus est: librum enim hypothecariae ex primordiis plenum eiusdem maximi Papiniani fecimus lectione, ut et nomen ex eo habeant et Papinianistae vocentur et eius reminiscentes et laetificentur et festum diem, quem, cum primum leges eius accipiebant, celebrare solebant, peragant, et maneat viri sublimissimi praefectorii Papiniani et per hoc in aeternum memoria (ibidem)*. Gli studenti del terzo anno – ci informa l'imperatore – traevano il loro nome e la loro “identità di studenti” appunto proprio dal fatto che studiavano Papiniano e ne festeggiavano la grandezza con una propria particolare cerimonia: ora la *bellissima machinatio* che potrà consentire ancora agli studenti del terzo anno di chiamarsi *papinianistae* e di celebrare come prima la festa che li caratterizzava in onore del giurista severiano consistè nell'introdurre nel contesto dei libri del Digesto da studiare nel terzo anno i brani più salienti dell'opera papiniana, considerata nella sua più vasta ampiezza (completezza²), comprensiva cioè, oltre che dei *Responsa*, anche di *Quaestiones*, *Definitiones*, e delle due edizioni del *De adulteriis*, l'una come *liber singularis*, l'altra in due libri².

¹ Cfr. A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Mannelli 2011, p. 109 ss.

² A dire il vero, però, delle due c.d. edizioni del *de adulteriis*, l'una come *liber singularis*, l'altra in due libri, Giustiniano non fa parola, limitandosi a dire che saranno oggetto di studio le pagine papiniane *de adulteriis*, insieme a *responsa*, *quaestiones* e *definitiones*. La precisazione è importante per quanto poi si dirà circa i *libri singulares*. Sul rapporto fra i *libri duo* e il *liber singularis* cfr. G. CERVENCA, *Appunti sui "libri singulares de adulteriis" di Papiniano e di Paolo*, in *Studi Volterra III*, Milano 1971, p. 395 ss. L'Autore tratteggia la particolare storia che sembrerebbe potersi trarre dal confronto fra i due testi, fra loro e col diritto classico, anche alla luce delle certezze già altrimenti raggiunte: che il *liber singularis* non possa dirsi un estratto dei *libri duo* (così da ultimo G. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza*, in *Iura* 1, 1950, p. 204 ss., ma già prima P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², München-Leipzig 1912, p. 224; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 232; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*³, Milano 1963, p. 389), che non possa essere un estratto dei *libri responsorum* (così G. SCHERILLO, *op. cit.*), né delle *quaestiones* (contra F. WIEACKER, *Textstufen klassiker Juristen*, Göttingen 1960, p. 420 s.). Per concludere circa il *liber singularis* che: “nulla esclude a priori che l'opera possa essere stata scritta dallo stesso Papiniano, ovvero che possa trattarsi di una raccolta di *quaestiones* e *responsa* papiniane, effettuata da persona diversa dal giurista, tuttavia pur sempre su materiale di Papiniano”, e successivamente rielaborata, come del resto sarebbe accaduto anche per *Quaestiones* e *Responsa*. Si veda ulteriormente J.A.C.J. VAN DE WOUW, *Papinians libri duo de adulteriis. Versuch einer kri-*

In particolare poi, in concreto, l'imperatore pone alla pubblica attenzione il fatto straordinario che i brani papiniani erano posti ad arte ad apertura dei vari titoli che compongono il libro del Digesto dedicato al pegno e all'ipoteca, il libro 20, il primo di quelli che avrebbero formato materia di studio specifico nell'anno. Nel terzo anno, infatti, la formazione degli studenti doveva comprendere la conclusione delle sezioni di materia già iniziate nel precedente biennio³ e, come proprio specifico e nuovo programma, altri tre libri costruiti ad hoc, una specifica *tripertita legum singularium dispositio*:

tischen Palingenesie, in TR 41 (1973) p. 320, nonché A. GUARESCHI, *Le note di Marciano ai "de adulteriis libri duo" di Papiniano*, in *Index* 21, 1993, p. 469 nt. 1. Naturalmente un costante riferimento al rapporto fra il dettato della *lex Iulia de adulteriis* e le opere *de adulteriis* di Papiniano e di Paolo si legge nei lavori di Giunio Rizzelli sul tema dell'adulterio e dell'*accusatio* relativa: cito soltanto G. RIZZELLI, *Lex Iulia. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, *passim*.

³ All'organizzazione dei programmi di studio nei vari anni di corso è funzionale la divisione dei 50 libri del Digesto nelle sette parti ricordate dalla cost. Tanta: *prota* (libri 1-4); *de iudiciis* (libri 5-11); *de rebus* (libri 12-19), *umbilicus* (libri 20-27), la quinta parte (libri 28-36); la sesta parte (libri 37-44), la settima parte (libri 45-50). E lo studio doveva essere così ripartito (cfr. GIOMARO, *op. cit.*, rispettivamente p. 72, 93, 111, 117, 146):

– nel primo anno i quattro libri delle Istituzioni di Giustiniano e i *prota*, i primi quattro libri del Digesto;

– nel secondo anno i sette libri della *pars de iudiciis* o gli otto libri della *pars de rebus* (a scelta dell'insegnante) e quattro libri successivi, il 23, il 26, il 28 ed il 30, cioè i primi delle rispettive sezioni di materia sulla dote, sulla tutela e curatela, sui testamenti e su legati e fedecommissi (le quali, nel complesso, avrebbero in realtà coperto quattordici libri);

– nel terzo anno, oltre alla *pars (de rebus o de iudiciis)* tralasciata l'anno precedente, la *tripertita legum singularium dispositio* costituita dai tre libri 20, 21 e 22;

– nel quarto anno i dieci libri che rimanevano delle sezioni (dote, tutela e curatela, testamenti, legati e fedecommissi) iniziate nel secondo anno, cioè i libri 24, 25, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36;

– nel quinto anno le restanti due parti del Digesto, la sesta e la settima, libri 37-44 e 45-50, e il *novus Codex*, ma con un approccio metodologicamente diverso, non basato sulla trasmissione attraverso la lezione dei maestri, ma sull'autonoma iniziativa e capacità (... *duabus aliis partibus, id est sexta et septima nostrorum digestorum, quae in quattuordecim libros compositae sunt, eis depositis, ut possint postea eos et legere et in iudiciis ostendere. quibus si bene sese imbuerint et in quinti anni, quo prolytae nuncupantur, metas constitutionum codicem tam legere quam subtiliter intellegere studeant* ...).

Non è il caso di ripetere qui una bibliografia già percorsa. Giova, comunque, riandare alle indicazioni che Giustiniano offre nelle due costituzioni del 16 dicembre 533 attraverso la lettura di Maria Campolunghi (M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II,2, Perugia 2007, in particolare il capitolo "Per un nuovo modo di apprendere", p. 371 ss.).

Omnem 4 – Tertii insuper anni doctrina talem ordinem sortiatur, ut, sive libros de iudiciis sive de rebus secundum vices legere eis sors tulerit, concurrat eis tripertita legum singularium dispositio: et in primis liber singularis ad hypothecariam formulam [...] et post eundem librum singularem alius liber similiter eis aperiatur, quem edictum aedilium et de redhibitoria actione et de evictionibus nec non duplae stipulatione composuimus. et hos tres libros cum acutissimi Papiniani lectione tradendos posuimus, quorum volumina in tertio anno studiosi recitabant, non ex omni eorum corpore, sed sparsim pauca, ex multis et in hac parte accipientes.

L'imperatore può ben dire che *librum enim hypothecariae ex primordiis plenum eiusdem maximi Papiniani fecimus lectione*. Così risulta:

- D. 20.1, *De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum* (35 frammenti) si apre con 3 frammenti di Papiniano:
 - 1 (Pap. l. 11 *responsorum*)
 - 2 (Pap. l. 3 *responsorum*)
 - 3 (Pap. l. 20 *quaestionum*)
- D. 20.2, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* (10 frammenti) inizia con 1 frammento di Papiniano:
 - 1 (Pap. l. 10 *responsorum*)
- D. 20.3, *Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt* (5 frammenti)⁴
- D. 20.4, *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt* (21 frammenti) si apre con:
 - 1 (Pap. l. 8 *quaestionum*)
 - 2 (Pap. l. 3 *responsorum*)
 - 3 (Pap. l. 11 *responsorum*)
- D. 20.5, *De distractione pignorum et hypothecarum* (14 frammenti):
 - 1 (Pap. l. 26 *quaestionum*)
 - 2 (Pap. l. 2 *responsorum*)
 - 3 (Pap. l. 3 *responsorum*)
 - 4 (Pap. l. 11 *responsorum*)

⁴ È l'unico titolo, in tema di pegno e di ipoteca, che non inizia nel modo precedentemente indicato (e, addirittura, non contiene nessun passo di Papiniano: qui si presenta, come primo, un testo di Marciano, seguito da un brano di Gaio e da tre di Paolo).

- D. 20.6, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* (15 frammenti):
1 (Pap. l. 11 *responsorum*)

Questo per quanto riguarda il libro 20.

Ma poi, dopo una premessa così altisonante (*et hos tres libros cum acutissimi Papiniani lectione tradendos posuimus*), sorprende non poco che il libro 21, dedicato all'editto degli edili curuli, alla disciplina dei mercati e alle problematiche che più frequentemente vi si potevano accendere relative alla tutela dell'acquirente in ipotesi di evizione e di vizi occulti, quel secondo libro altrettanto solennemente segnalato nelle parole della *Tanta* (*et post eundem librum singularem alius liber similiter eis aperiat*) prima di essere riunito agli altri due (*et hos tres libros*) come tutti ispirati alla lezione di Papiniano, ebbene questo libro non presenta assolutamente nessun frammento del giurista⁵.

La traccia papiniana riprende (e in un caso almeno risulta anche numericamente importante) nel libro 22.

Va detto preliminarmente della rilevanza di tale libro.

Dopo aver prescritto che alla preparazione giuridica del terzo anno *concurrat eis* < ai libri *de iudiciis* e/o *de rebus* di cui completare la lettura, fino al libro 19 del Digesto > la *tripertita legum singularium dispositio*, la cost. *Omnem* si preoccupa di spiegare i motivi che hanno consigliato quel posizionamento del libro 20 (*et in primis liber singularis ad hypothecariam formulam, quem oportuno loco in quo de hypothecis loquimur posuimus, ut, cum aemula sit pigneraticis actionibus, quae in libris de rebus positae sunt, non abhorreat eorum vicinitatem, cum circa easdem res ambabus paene idem studium est*). La collocazione della materia *de pigneraticia actione* nell'am-

⁵ Il motivo si deve forse ricercare nel fatto che, naturalmente, i tre titoli del libro 21, *De aedilicio edicto et de redhibitione et quanti minoris* (21.1), *De evictionibus et duplae stipulatione* (21.2) e *De exceptione rei venditae et traditae* (21.3), risultano tutti composti con estratti della massa editale. Una ripresa dei temi su cui si è aperto il discorso a partire dal 1820 con il *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten* del Bluhme (ora in *Labeo* 6, 1960), con l'ingente e varia letteratura prodotta al riguardo (si veda da ultimo M.A. FINO, *L'impiego della 'Appendix' nella compilazione dei πρῶτα*, in *SDHI* LXVIII, 2002, p. 399 ss.), non pone dubbi sulla certezza di base ormai pacificamente riconosciuta circa la distribuzione delle opere dei giuristi e dei frammenti da esse estratti in almeno tre masse, sabiniana, editale e papiniana (con qualche perplessità relativa all'Appendix: si veda D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987, e l'ulteriore bibliografia in FINO, cit.), che avrebbe facilitato il lavoro di raccolta del Digesto ed il conseguimento del risultato in appena tre anni.

bito della precedente trattazione *de rebus* consiglia di trattare quanto più possibile in sequenza anche delle ipoteche (e più in particolare dell'*actio hypothecaria*), *cum aemula sit*.

Le stesse considerazioni, del resto, si leggono anche nella cost. *Tanta*, a suo luogo:

<i>Omnem</i>	<i>Tanta</i>
4. Tertii insuper anni doctrina talem ordinem sortiatur, ut, sive libros de iudiciis sive de rebus secundum vices legere eis sors tulerit, concurrat eis triperita legum singularium dispositio : et in primis liber singularis ad hypothecariam formulam, quem oportuno loco in quo de hypothecis loquimur posuimus, ut, cum aemula sit pigneraticiis actionibus, quae in libris de rebus positae sunt, non abhorreat eorum vicinitatem, cum circa easdem res ambabus paene idem studium est. ...	5. Quartus autem locus, qui et totius compositionis quasi quidam invenitur umbilicus, octo libros suscepit. In quibus omnia quae ad hypothecam pertinent reposita sunt, ut non a pigneraticia actione in libris de rebus posita multum distarent: ...

La stessa costituzione *Omnem* si sofferma poi sulle motivazioni relative al libro 21 (*et post eundem librum singularem alius liber similiter eis aperitur, quem edictum aedilium et de redhibitoria actione et de evictionibus nec non duplae stipulatione composuimus : cum enim, quae pro emptionibus et venditionibus legibus cauta sunt, in libris de rebus praefulgent, hae autem omnes quas diximus definitiones in ultima parte prioris edicti fuerant positae, necessario eas in anteriorem locum transtulimus, ne a venditionibus, quarum quasi ministrae sunt, vicinitate ulterius devagentur*). Anche in questo caso l'attinenza di argomenti fra la compravendita di cui è trattazione in precedenza nell'ambito *de rebus*, e le problematiche insorgenti a margine dell'editto degli edili curuli e della disciplina dei mercati rendono appropriata tale collocazione. Un opportuno confronto con la *Tanta* aggiunge, semmai, l'informazione di una precedente organizzazione della materia (e la si deve pensare in particolare nei programmi di insegnamento delle scuole) secondo lo schema dell'editto che di tali argomenti trattava *in loca devia et multo distantia*.

<i>Tanta</i>	<i>Omnem</i>
<p>5. ... alio libro eodem inserto volumine, quae aedilicium edictum et redhibitoriam actionem et duplae stipulationem, quae de evictionibus proposita est, continet. Quia haec omnia titulis emptionum et venditionum consentanea sunt et praedicta actiones quasi pedisequae illarum ab initio processerunt, in vetustioris quidem edicti ordinatione in loca devia et multo distantia devagantes, per nostram autem providentiam his congregatae, cum oportuerat ea quae de eodem paene loquuntur in confinio ponere. ...</p>	<p>4. ... et post eundem librum singularem alius liber similiter eis aperiatur, quem edictum aedilium et de redhibitoria actione et de evictionibus nec non duplae stipulatione composuimus : cum enim, quae pro emptionibus et venditionibus legibus cauta sunt, in libris de rebus praefulgent, hae autem omnes quas diximus definitiones in ultima parte prioris edicti fuerant positae, necessario eas in anteriorem locum transtulimus, ne a venditionibus, quarum quasi ministrae sunt, vicinitate ulterius devagentur. ...</p>

Così, dunque, per i libri 20 e 21. Ma dopo tutto ciò nella cost. *Omnem* si passa immediatamente a trattare del rapporto con la lezione di Papiniano che si può instaurare attraverso questi libri (e si indicano in numero di tre: subito di seguito al *devagentur* si legge infatti *et hos tres libros cum acutissimi Papiniani lectione tradendos posuimus,...*). La presenza del libro 22, se pure è numericamente rilevata (essendo dichiaratamente uno di quelli della *tripertita legum singularium dispositio*), sembra non attirare particolare attenzione per quanto riguarda i contenuti⁶.

⁶ La rilevanza autonoma di quei temi derivava forse dalla pratica e dalla scuola, ed è merito dei compilatori giustinianeî averne preso concretamente atto. Si potrebbe pensare che si tratti di temi per i quali essi avevano a disposizione, se non una tradizione sistematica, per lo meno opere specifiche alla cui trattazione riferirsi. Ma nel titolo D. 22.1 *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*, per esempio, solo uno dei quarantanove brani risulterebbe tratto dal *liber singularis de usuris* di Paolo che negli elenchi delle opere utilizzate dai compilatori risulterebbe l'unica specifica sul tema; al contempo sono riportati brani dai commentari *ad edictum* dello stesso Paolo (dal libro 37, dal libro 50) e di Ulpiano (dal libro 15, dal 34, dal 61, dal 62), senza una particolare corrispondenza e senza continuità. In D. 22.5 il *de testibus* di Arcadio Carisio è utilizzato per tre dei venticinque frammenti, mentre per quanto riguarda D. 22.6 più della metà del titolo è coperto da un lungo brano di Paolo, dal *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, accanto ad un altro brano paulino, D. 22.6.1, derivato dal libro 44 *ad edictum* (naturalmente non mancano posizioni critiche

Ben diverso è il rilievo che tali contenuti hanno in *Tanta* 4 dove si legge

Tanta 4. ... Alius itaque liber post duo primos nobis excogitatus est de usuris et traiectionibus pecuniis et de instrumentis et testibus et probationibus nec non praesumptionibus. Et memorati tres singulares libri iuxta compositionem de rebus positi sunt.

Questo libro 22 è stato *nobis excogitatus*, e pertanto, essendo di “creazione” propriamente compilatoria, e dovendosi porre ad arte fra i tre “libri papiniani”, si comprende che presenti un buon numero di frammenti dalle opere di Papiniano.

- D. 22.1 *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora* (in totale 49 frammenti):
 - 1 (Pap. l. 2 *quaestionum*)
 - 2 (Pap. l. 6 *quaestionum*)
 - 3 (Pap. l. 20 *quaestionum*)
 - 4 (Pap. l. 27 *quaestionum*)
 - 5 (Pap. l. 28 *quaestionum*)
 - 6 (Pap. l. 29 *quaestionum*)
 - 7 (Pap. l. 2 *responsorum*)
 - 8 (Pap. l. 7 *responsorum*)
 - 9 (Pap. l. 11 *responsorum*)
- D. 22.2 *De nautico faenore* (in totale 9 frammenti):
 - 4 (Pap. l. 3 *responsorum*)
- D. 22.3 *De probationibus et praesumptionibus* (in totale 29 frammenti):
 - 1 (Pap. l. 3 *quaestionum*)
 - 3 (Pap. l. 9 *responsorum*)
 - 26 (Pap. l. 20 *quaestionum*)
- D. 22.4 *De fide instrumentorum et amissione eorum* (in totale 6 frammenti)
- D. 22.5 *De testibus* (in totale 25 frammenti)
 - 13 (Pap. l. 1 *de adulteriis*)
 - 14 (Pap. l.s. *de adulteriis*)

sull'autenticità dell'opera: cfr. per tutti M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, p. 124 ss. e ivi bibliografia).

- D. 22.6 *De iuris et facti ignorantia* (in totale 10 frammenti):
 - 7 (Pap. l. 19 *quaestionum*)
 - 8 (Pap. l. 1 *definitionum*)
 - 10 (Pap. l. 6 *responsorum*)

Si può discutere se questa presenza di Papiniano all'interno degli studi del terzo anno fosse tale da giustificare le espressioni esaltate ed esaltanti della cost. *Tanta (et paene omni eius expositione in omni nostrorum digestorum ordinatione praefulgens propriis partibus praeclarus sui recitationem praebebit ... et maneat viri sublimissimi praefectorii Papiniani et per hoc in aeternum memoria)*, se il totale dei 592 frammenti papiniani che si leggono nel Digesto, nonché il richiamo specifico ed espresso a quelle quattro/cinque opere (*Responsa, Quaestiones, Definitiones, De adulteriis*) e la derivazione di quei frammenti da quelle⁷ possa giustificare tutto il discorso

⁷ Nella misura di 16 frammenti dai *libri duo de adulteriis*, 3 dall'omonimo *liber singularis*, 34 dalle *definitiones*, 268 dalle *quaestiones* e 271 dai *responsa*. Si può dire effettivamente che da queste opere e dall'insieme di questi frammenti Papiniano appaia davvero *omni eius expositione in omni nostrorum digestorum ordinatione praefulgens*? L'espressione, confrontata con la realtà numerica, lascia alquanto sconcertati e ha suggerito interpretazioni diverse: da quella restrittiva che ritiene che la pubblicazione del Digesto e le parole dell'imperatore dovessero in realtà costringere la conoscenza del giurista attraverso quelle sole citazioni, pur vantando il fatto che ai rimandi dai *responsa* già abituali nei corsi scolastici precedenti si aggiungono ora citazioni da altre opere del giurista (così in ultima analisi V. ARANGIO RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, p. 297 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, p. 317 ss., il quale relativamente ai tre libri 20, 21 e 22 scrive «nell'intenzione di Giustiniano la lettura dei libri XX ssg. sostituiva nel terzo anno quella dei responsi di Papiniano»; ma anche G.G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in *L'imperatore Giustiniano fra storia e mito*, Milano 1978, p. 97 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, p. 1903 ss., quando scrive ; «non si può più dire che nel curriculum degli studi trovi posto l'opera del singolo giurista come tale»); a quella che intende quei frammenti come la base da cui partire per esplorare poi tutto il pensiero di Papiniano, la sua "lezione", opera per opera, dato per assodato che i suoi scritti fossero poi soltanto quelli citati (così M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*², Torino 1983, p. 145). Il problema è considerato anche in CAMPOLUNGI, *op. vol. cit.*, p. 381 ss.

Invero, considerata l'attenzione e cautela che il confronto col passato imponeva alle stesse parole usate, non mi sembra che l'espressione *omnis eius expositio* potesse impiegarsi per comprendere un ventaglio di opere che non corrispondesse quantitativamente all'effettiva produzione del giurista. Quanto alla possibilità da parte dei professori di attingere liberamente da quelle opere nel condurre il loro insegnamento, se da un lato la pochezza dei riferimenti da Papiniano potrebbe far propendere per una risposta affermativa, d'altra parte il rigore con cui Giustiniano rivendica a se stesso il ruolo di unico interprete del diritto (cfr. relativamente all'attività legislativa G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore*

dell'imperatore, soprattutto quando lo si confronti con analoghi presenze di altri giuristi⁸.

unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano, Milano 1983, *passim*) e impone che la *recitatio* forense sia fatta esclusivamente dai tre volumi della sua compilazione (e in particolare dal Digesto, *Tanta*, 22: *neque enim licentiam aperimus ex tali codice in iudicium aliquid recitare, qui in quacumque sua parte [...] habet malitiam*) potrebbero far concludere in senso negativo. Peraltro proprio la pochezza di quei riferimenti e le dichiarazioni imperative di Giustiniano circa la *recitatio* potrebbero suggerire una risposta all'interrogativo: ch  per dare insegnamento della materia di cui a quei pochi riferimenti i professori dovevano necessariamente attingere in vario modo ad altri luoghi dello stesso autore e anche ad altri autori (si pensi per esempio alle implicazioni di una frase brevissima come D. 20.5.4, Papinianus l. 11 *responsorum*, *Cum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur*); quando per  poi si giungeva ad assegnare agli studenti il compito di tirare le somme di quell'insegnamento, magari per affidarne la sintesi alla memoria per la futura *recitatio*, allora la prescrizione imperiale esigeva che ci si limitasse a quei frammenti.

⁸ Nel totale la presenza di Papiniano nelle fonti giuridiche antiche, vuoi come autore diretto vuoi come citazione attraverso le parole altrui,   calcolata dal Lenel in 749 voci (cfr. LENEL, *Palingenesia I cit.*, coll. 803-946): ma, naturalmente, l'impegno della ricostruzione palinogenetica delle opere, con il conseguente accorpamento o smembramento di vari passi, e la valutazione delle citazioni indirette fa s  che il numero dei frammenti ascrivibili ad opere del giurista, fattane la ricognizione frammento per frammento nelle pagine del Digesto, e lasciate al margine alcune incertezze, debba essere riportato in realt  a 592. In particolare, per le *quaestiones* si contano 268 passi; ma molte, almeno una sessantina, sono le citazioni indirette, tutte dalla voce di Ulpiano (il Lenel ne riporta anche cinque giustiniane, e una costantiniana). Per i *responsa* i riferimenti diretti nel Digesto sono 271, molti i luoghi incerti; ma si devono poi contare anche pi  di una cinquantina di citazioni indirette, da Ulpiano, Marciano, Paolo e dalla legislazione imperiale. I riferimenti alle *definitiones* sono 34 (il Lenel vi aggiunge una citazione dalla *Collatio*, 2.3). Dai *libri de adulteriis*, complessivamente considerati, si leggono nel Digesto 19 frammenti (altri, vari, derivano dalla *Collatio*). A completare il quadro della produzione di Papiniano di cui si ha memoria va citato anche un passo da un'opera greca, ἁστυνομικὸς μονόβιβλος, riprodotto in D. 43.10.1, unico testo del titolo *de via publica et si quid in ea factum esse dicatur* (su cui, dopo G. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana. 2. Papiniani ἁστυνομικὸς μονόβιβλος*, in *IURA* 1, 1950, p. 204 ss., ora R. MARTINI, *D. 43.10.1: ex astunomikou monobiblou tou Papinianou*, in *AARC* XV, 2005, p. 243 ss.).

Un confronto con la presenza nel Digesto di altri giuristi di un qualche spessore non   cos  favorevole a Papiniano come le parole laudative di Giustiniano potrebbero far credere. Non si parla di Ulpiano, che   il giurista pi  utilizzato, ed   presente, con le rilevate incertezze, per 2456 brani, n  di Paolo la cui presenza, come anche poi si dir , sarebbe documentata da 2057 frammenti a lui ascritti; ma di Pomponio, per esempio, presente per 578 frammenti, e Gaio 533, e poi anche Giuliano 457, Modestino 344, Scevola 310, Marciano 284, Giavoleno 205, Marcello 158, Celso 141, Africano 131, Labeone (anche indirettamente attraverso la voce di Paolo e Giavoleno) 110, Ermogeniano 107, Callistrato 100; e ancora Nerazio 64, Macro ugualmente 64, Alfeno 54, Fiorentino 42, ecc.

2. Et is erat in quartum annum omnis antiquae prudentiae finis: *Paolo*

Infatti sorprendentemente ben più ampia è la conoscenza che gli studenti giustinianeî potevano avere dal Digesto relativamente all'opera di Paolo⁹. I *responsa* di Paolo erano già materia di insegnamento nelle scuole pregiustiniane, e rispetto a questa circostanza Giustiniano commentava ancora una volta in termini negativi così:

Omnem 1 - ... Pauliana responsa per semet ipsos recitabant, neque haec in solidum, sed per imperfectum et iam quodammodo male consuetum inconsequentiae cursum. et is erat in quartum annum omnis antiquae prudentiae finis.

I *responsa* di Paolo sembrano essere l'unica opera paulina presa in considerazione nel programma delle scuole pregiustiniane (come poi del resto

⁹ Per quanto riguarda la conoscenza di Paolo attraverso le fonti antiche, questa è calcolata dal Lenel in 2094 riferimenti, diretti e indiretti (Palingenesia I cit., coll. 951-1308): anche in questo caso un quadro differente emerge da una ricognizione diretta nel Digesto, condotta frammento per frammento, che enumera 2057 passi paulini (ammettendo comunque la sbavatura di qualche decina dovuta all'incertezza di certe collocazioni, come, per esempio, le epitomi dei *pitbana* di Labeone, o dei *digesta* di Alfeno, o di talune *notae* a Papiniano, ecc.).

Di conseguenza, se si guarda al Digesto, e considerandone sia la funzione nel foro sia quella nelle aule degli studi, la prevalenza della *lectura* di Paolo è innegabile. Peraltro va rilevato che pur nella differenza numerica, che potrebbe determinare una conseguenza addirittura diametralmente opposta, Papiniano è ricordato e il suo pensiero segnalato e celebrato (in particolare da Ulpiano) assai più di quanto non accada per Paolo, ed è assai rilevante riguardo a lui il numero delle citazioni indirette. Laddove per Paolo, complice anche la "crisi" del pensiero giuridico che travolge il secolo dopo di lui, si calcolano soltanto dalla penna dei suoi contemporanei e successori una citazione di Macro (D. 38.12.1) e quattro di Modestino (D. 26.6.2, D. 27.1.6, D. 27.1.13, D. 29.5.18) (che potrebbero poi essere anche compilatorie).

Qualche dato numerico su Paolo può essere utile relativamente alle opere maggiori, anche per un confronto con Papiniano. I *libri ad edictum* coprono 758 brani (nel calcolo del Lenel sono 767 riferimenti fra cui si contano un riferimento indiretto, giustiniano, e tre da altra fonte); e vi si devono aggiungere una decina, poco più, di stralci *ad edictum aedilium curvulum*. Dai *libri ad Sabinum* derivano 323 passi (che il Lenel ricomponne in 296). Dai *libri ad Plautium* si leggono 187 citazioni (il Lenel ne valuta 177, ma in ogni caso tutte riportate nel Digesto). E ancora: le *quaestiones* sono rappresentate da 156 brani; delle *sententiae* si legge in 131 *inscriptiones*; dai *libri ad Neratium* le citazioni sono 28; i *libri decretorum* sono presenti per 23 citazioni dirette, tutte riportate nel Digesto. L'opera paulina che conta più citazioni da fonti diverse dal Digesto è l'insieme dei *libri responsorum*, 154 le voci a lui riferite nella valutazione del Lenel, fra cui una indiretta dalla mano di Modestino (D. 26.6.2.5) e 26 da altre fonti: in concreto, però, l'opera è effettivamente presente nel Digesto per 131 brani che portano nell'*inscriptio* quella intitolazione.

anche in quelle successive alla riforma): di essi erano studiati, e *per semet ipsos*¹⁰, solo 18 libri sui 23 totali, e non nella loro completezza organica, ma per stralci. Era questo – lo si legge – il programma del quarto anno. E a questo Giustiniano sostituisce e contrappone lo studio di dieci dei libri del suo Digesto.

Infatti l'imperatore aveva disposto che al secondo anno, oltre alla *pars de iudiciis* o *de rebus* che il maestro avesse prescelto a sua discrezione (cioè i libri 5-11 o, in alternativa, 12-19), dovessero essere materia di studio quattro libri del gruppo dei quattordici successivi 23-36 riguardanti la materia della dote, della tutela, del testamento e dei legati, e precisamente i primi di ciascuna sezione (23, 26, 28, 30), *ceteris decem oportuno tempore conservandis*¹¹.

È tempo, dunque, nel quarto anno, di riprendere in mano quei dieci libri.

*Omnem 5 – ... pro responsis autem prudentissimi Pauli, quae antea, ex libris viginti tribus vix in decem et octo recitabant, per iam expositam confusionem eos legentes, decem libros singulares, qui ex quattuordecim quos antea enumeravimus supersunt, studeant lectitare : multo maioris et amplioris prudentiae ex eis thensaurum consecuturi, quam quem ex Paulianis habebant responsis*¹².

¹⁰ Sul problema, che involge il metodo dell'apprendimento nella fase finale degli studi, e successivamente l'introduzione di un quinto anno, cfr. GIOMARO, *op. cit.*, p. 115 ss. e poi 145 ss. Ne hanno trattato in particolare Collinet (P. COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyruth*, Parigi 1925, p. 207 ss.), particolarmente attento agli schemi dell'insegnamento, e soprattutto Scheltema (H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antecesseurs*, Leiden 1970, p. 7 ss.), preoccupato in particolare dalle difficoltà che gli studenti di lingua greca potevano incontrare nello studio di opere prodotte in lingua latina (sul problema del bilinguismo, già auspicato e promosso fin dai tempi di Quintiliano, *Inst. orat.* 1.1.12, si veda anche F. PASCHOUD, *Storia e geografia della cultura tardo antica*, in AA.VV., *Storia di Roma*, a cura di A. Schiavone, 3. *L'Età tardo antica*, II. I luoghi e le culture, Torino 1993, p. 703 ss.). In particolare anche CAMPOLUNGI, *op. vol. cit.*, p. 385 ss.

¹¹ Appunto i dieci escerpiti fra quelli, quattordici, che vanno dal 23 al 36, che non erano stati studiati nel secondo anno perché “*neque possibile est neque anni secundi tempus sufficit ad istorum quattuordecim librorum magistra voce eis tradendorum recitationem*”: in tutto costituiscono una *collectio* – come dice Giustiniano – che tratta di dote, tutela, testamento, legati e fedecommissi (“*tripertiti voluminis, quod pro dotibus composuimus, [...] ex duobus autem de tutelis et curationibus [...] et ex gemino volumine de testamentis [...] et ex septem libris de legatis et fideicommissis et quae circa ea sunt*”).

¹² È interessante ricostruire dalle parole imperiali il percorso di questo studio: “*... iudiciis vel de rebus, adiungi in secundi anni audientiam volumus quattuor libros singulares, quos*

In questo caso la sostituzione *pro responsis prudentissimi Pauli* non è giustificata da una particolare presenza dei frammenti del giurista all'inizio dei titoli, né da una loro particolare frequenza¹³.

Infatti i brani che nel Digesto riportano a scritti paulini sarebbero nel totale 2057), derivati da un ventaglio di opere considerevole¹⁴: com'è noto Paolo è il giurista più utilizzato nella compilazione dopo Ulpiano. Se poi si considera la sua presenza in rapporto a quella di Papiniano, un confronto fra il numero di brani ascrivibili a opere dell'uno e dell'altro è oltremodo eloquente: 2057 i frammenti paulini contro 592 frammenti papiniani.

Con tutto ciò, invero, sorprende che mentre a proposito di Papiniano l'esaltazione autolaudativa di Giustiniano risulta certamente tangibile e si spinge ad elencare tutte le opere papiniane utilizzate dai compilatori (che non sono molte), lo stesso non è per Paolo.

Infatti attraverso le *inscriptiones* del Digesto si ascrivono al nome di Papiniano soltanto le quattro opere ricordate dalla costituzione *Omnem*, scandite in libri, e un solo *liber singularis*, il *liber singularis de adulteriis*, che fra l'altro si propone come strano, inutile (?), doppione rispetto ad altra opera papiniana che è costituita dai *libri tres de adulteriis*; ma non è l'unico caso di perplessità di questo genere.

*ex omni compositione quattuordecim librorum excerptissimus : ex collectione quidem tripartiti voluminis, quod pro dotibus composuimus, uno libro excerpto. ex duobus autem de tutelis et curationibus uno : et ex gemino volumine de testamentis uno : et ex septem libris de legatis et fideicommissis et quae circa ea sunt simili modo uno tantum libro. hos igitur quattuor libros, qui in primordiis singularum memoratarum compositionum positi sunt, tantummodo a vobis eis tradi sancimus, ceteris decem oportuno tempore conservandis : quia neque possibile est neque anni secundi tempus sufficit ad istorum quattuordecim librorum magistra voce eis tradendorum recitationem⁷. Praticamente dei 14 libri, dal 23 al 36, quattro sono studiati appunto nell'anno di riferimento e gli altri dieci successivamente; dei quattro è fatta la *recitatio* attraverso la voce *magistra* dei professori, gli altri dieci sono lasciati all'impegno personale autonomo e all'acquisita capacità degli studenti dell'ultimo anno.*

¹³ È forse opportuno eseguire una verifica analoga a quella condotta per Papiniano, in rapporto alla presenza di brani estratti dalle opere di Paolo (in particolare dai suoi *responsa*) in specie in quei dieci libri. Nel totale, in tutto il Digesto, si ascrivono a Paolo, come si è detto, 2057 frammenti (poco più); in particolare nei dieci libri che Giustiniano propone *pro responsis prudentissimi Pauli* i frammenti paulini sono 321 (ovvero 478 se si conteggiano anche i quattro libri 23, 26, 28, 30 già studiati): ma risultano tratti dai *responsa* soltanto 32 brani.

¹⁴ Nel tentativo di ricostruzione delle opere originali di Paolo il Lenel ne conta nel totale 2094 (cfr. *Paligenesia Iuris Civilis*, I, Lipsia 1889, coll. 951 ss.); compresi naturalmente i passi che nel Digesto sarebbero stati accorpati o smembrati, comprese citazioni che non derivano dalla compilazione giustiniana, e fatto salvo qualche brano di incerta origine e provenienza.

opere di Papiniano in più libri	<i>Libri singulares</i> di Papiniano
<i>De adulteriis libri</i> II	<i>De adulteriis l.s.</i>
<i>Definitionum libri</i> II	
<i>Quaestionum libri</i> XXXVII	
<i>Responsorum libri</i> XIX	

Parallelamente le *inscriptiones* del Digesto riferiscono invece a Giulio Paolo una numerosa successione di opere in più *libri* (dai 23 *libri* dei *Brevia*, agli 80 *libri ad edictum*, dai 10 *libri Ad legem Iuliam et Papiam*, ai 18 *Ad Plautium*, dai 16 *Ad Sabinum*, ai 26 delle *Quaestiones*, dai 7 delle *Regulae*, ai 23 dei *responsa*, ecc., per dire soltanto delle opere più corpose per quanto riguarda il numero dei libri che le compongono), cui si aggiunge una ancor più numerosa serie di *libri singulares*, ben 61, i cui temi spaziano dal diritto matrimoniale al processo, dalla tutela al regime che oggi potremmo chiamare penitenziario, dal diritto successorio alle problematiche del diritto pubblico, ecc.

L'elenco a schema della produzione di Paolo è il seguente¹⁵:

opere in più libri	<i>libri singulares</i>
1. <i>De adulteriis libri</i> III (12 passi)	1. <i>De actionibus l.s.</i> (solo <i>Index</i>)
2. <i>Brevium (ad edictum) libri</i> XXIII (15 passi)	2. <i>De adsignatione libertorum l.s.</i> (5 passi)
3. <i>De censibus libri</i> II (1 passo)	3. <i>De adulteriis l.s.</i> (5 passi)
4. <i>Decretorum libri</i> III (25 passi)	4. <i>De appellationibus l.s.</i> (3 passi)
5. <i>περὶ δυσσποσπάστων</i> (in greco, 1 passo) ¹⁶	5. <i>De articulis liberalis causae l.s.</i> (1 passo)

¹⁵ Nell'elenco l'indicazione dei brani individuabili per ciascuna opera (e posta entro le parentesi) è fatta seguendo la ricostruzione palinogenetica del Lenel che riordina sulla base delle sue ipotesi l'originaria struttura dei testi (in particolare i più lunghi e complessi) elencando anche, nel totale, testimonianze non derivate dal Digesto.

¹⁶ Non ne abbiamo notizia dalle *inscriptiones* del Digesto, né dall'*Index*. Tuttavia ne riporta menzione il Lenel (*Palinogenesia* I cit., col. 966) desumendo la notizia dalla *glossa Labbaei v. de tigno*. Il passo, in lingua greca, espone in sintesi la disciplina giudiziaria prevista nel caso di impiego di materiali altrui nelle costruzioni, la previsione delle XII tavole circa l'*actio de tigno iuncto*, la concorrenza con l'*actio ad exhibendum* e la *reivindicatio*; e nell'ultima riga cita l'adesione di Paolo nel primo libro *περὶ δυσσποσπάστων*: Τῆ τῆς Δετίγνου προσηγορία πᾶσα ὕλη σημαίνεται, δι' ὧν οἰκοδομεῖν οἶόν τε, καὶ χώρα ταύτη τῆ ἀγορῆ, ὅτε ἄλλοτρίαι ὕλαι βληθῶσιν εἰς οἰκοδομήν. οὔτε γὰρ ἀφαιροῦνται οὔτε

6. <i>Ad edictum libri LXXX (ad edictum l. 78 + ad edictum aedilium curulium l. 2) (767 passi)</i>	6. <i>De centumviralibus iudiciis l.s. (3 passi)</i> ¹⁹
7. <i>Alfeni digesta a Paulo epitomata (44 sono i frammenti con inscriptio simile)</i> ¹⁷	7. <i>De cognitionibus l.s. (7 passi)</i>
8. <i>Labeonis pithana a Paulo epitomata (34 sono i frammenti con simile inscriptio)</i> ¹⁸	8. <i>De conceptione formularum l.s. (1 passo)</i>
	9. <i>De concurrentibus actionibus l.s. (2 passi)</i>
	10. <i>De donationibus inter virum et uxorem l.s. (solo Index)</i>

κδικούνται· ὁ γὰρ δυοδεκάδελτος ταύτην ἐπενόησε τὴν ἀγογὴν εἰς τὸ ἀπαιτεῖσθαι τὸ διπλοῦν τοῦ τιμήματος καὶ μὴ ἀναγκάζεσθαι τὸν κτίσαντα καταλύσαι τὸν οἰκόν. τῆς ἑαυτῆς γὰρ προνοίας ἠξίωσεν ὁ δυοδεκάδελτος τὰς οἰκίας καὶ οὔτε τῇ ἀδεξιβένδουμ χώραν δέδωκεν οὔτε τῇ ἱρέμ <naturalmente è il translitterato dal latino *in rem*, cui qui manca la, “v”; come prima e più oltre *ad exhibendum*>, ἐφ’ ὅσον συνέστηκεν ἡ οἰκία. εἰ δὲ συμβῆ τὸ οἰκήμα καταπεσεῖν ἕκ τινος αἰτίας, τότε ὁ τῆς ὕλης δεσπότης, εἰ μὴ ἔφθασε λαβεῖν τὸ διπλοῦν τίμημα διὰ τῆς Δετίγνου, δύναται κινεῖν καὶ ἱνρὲμ καὶ ἀδεξιβένδουμ καὶ τὰς ὕλας ἐνδικεῖν, εἰ καὶ πρότερον ἐκωλύετο, εἰ μήπου ἐν εἰδήσει τοῦ εἶναι ἀλλοτρίαν ὁ ταύτην ἐμβαλὼν τοῖς οἰκήμασιν ἐνέβαλεν. οὕτω γὰρ καὶ ὁ Παῦλος ἐν τῷ α’ περὶ δυσσαποσπάστων βιλίῳ αὐτοῦ ἐδίδαξεν. Cosa significa questo titolo? Le cose imprescindibili? le cose di cui non si può fare a meno? da cui non ci si sa o non ci si può staccare? da cui non possiamo astenerci? Ed in che senso tutto ciò? Nel senso delle *res aureae* di Gaio? È, purtroppo, un interrogativo destinato a non avere risposta.

¹⁷ Non è chiaro dalle *inscriptiones* se il dato numerico che vi compare si riferisca al libro dell’opera commentata o alla partizione interna dell’epitome di Paolo. Poiché le *inscriptiones* documentano al massimo fino all’ottavo libro (*Alfenus libro octavo digestorum a Paulo epitomatorum*: D. 32,61 e D. 33,2,40) contro i quaranta di cui constava l’opera originaria dei *digesta* di Alfenio, si potrebbe pensare che l’epitome sia costruita come opera autonoma. Al confronto fra l’epitome anonima in 7 libri e quella paulina in almeno 8 libri con tutta la produzione alfeniana Hans-Jörg Roth ha dedicato un ampio studio da cui deduce che, mentre l’epitomatore anonimo segue la sistematica editale, Paolo preferisce rimanere più aderente alla fonte e seguire l’ordine peculiare dell’opera originale di Alfenio: ne deduce, quindi, che l’epitome di Paolo non può essere – come aveva ipotizzato certa dottrina – un estratto dell’epitome dell’anonimo, e, in particolare, deve essere ricondotta ad epoca precedente il 211 d.C. (cfr. H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin 1999, in part. p. 185 ss.). Da rilevare, infine, il carattere didattico dell’opera, che tale era, doveva essere, nell’originale del giurista della repubblica, e tale rimane nell’epitome del giurista dell’età dei Severi (*op. ult. cit.*, p. 102 ss. e poi 201 ss.).

¹⁸ Analoga considerazione (vedi nt. precedente) va fatta per l’epitome paulina ai *pithana* di Labeone, che doveva estendersi per almeno 8 libri (cfr. D. 49.15.30, *Labeo libro octavo pithanōn a Paulo epitomatorum*). Cfr. W. FORMIGONI, *Πιθανῶν a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Julius Paulus*, Milano 1996. Molto è

9. <i>De fideicommissis libri III</i> (18 passi)	11. <i>De dotis repetitione</i> (1 passo)
10. <i>Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI</i> (4 passi)	12. <i>De excusationibus tutelarum l.s.</i> (7 passi)
11. <i>Institutionum libri II</i> (5 passi)	13. <i>De extraordinariis criminibus l.s.</i> (solo Index)
12. <i>De iure fisci libri II</i> (1 passo)	14. <i>De forma testamenti l.s.</i> (1 passo)
13. <i>De iurisdictione tutelari (editio secunda)</i> (1 passo)	15. <i>De gradibus et adfinibus et nominibus eorum l.s.</i> (1 passo, ma molto lungo)
14. <i>Ad legem Aeliam Sentiam libri III</i> (10 passi)	16. ὑποθηκάρια μονόβιβλος (in greco, solo Index)
15. <i>Ad legem Iuliam libri II</i> (1 passo)	17. <i>De iniuriis l.s.</i> (2 passi)
16. <i>Ad legem Iuliam et Papiam libri X</i> (49 passi)	18. <i>De inofficioso testamento l.s.</i> (5 passi)
17. <i>Manualium libri III</i> (37 passi)	19. <i>De instrumenti significatione l.s.</i> (2 passi)
18. <i>Ad Neratium libri IV</i> (29 passi)	
19. (<i>Notae</i>)	

stato scritto sui *pithana* di Labeone visti attraverso la lente del giurista severiano. Ma più che valutare, con resoconto di dottrina (in part. p. 2 s. e ntt. relative), come si debba interpretare la posizione di Paolo partendo dal presupposto di una sua totale contrapposizione al predecessore augusteo, si deve forse cogliere l'interesse dello stesso Paolo nell'approfondimento di un metodo, quello della "massima", antesignana della *regula*, che nella teoria del filosofo greco Carneade "indicava il massimo grado di conoscenza possibile, ma escludeva, nel contempo, che fosse possibile esprimere verità assolute e incontestabili" (p. 161 s.). Invero, come anche rilevava Talamanca (cfr. M. TALAMANCA, *I "Pithanà" di Labeone e la logica stoica*, in *IURA* 26, 1975, p. 1 ss.), i *pithana* testimoniano consolidato un metodo di astrazione, proprio della giurisprudenza classica e che appare in tutta evidenza nelle massime labeoniane, che, ridotto il caso ai suoi elementi essenziali, vi applica una soluzione senza nessun accenno alle motivazioni sottostanti. Ma non va trascurato – obietta la Formigoni – che proprio la critica paulina e la sua ripetuta denuncia di quel metodo, ne ha messo in mostra le caratteristiche della struttura, fondamentalmente "condizionale", per cui la soluzione, in quanto rapportata al diritto individuato fino a quel momento in relazione al caso concreto, consente che possa essere sottoposta a correzione quando cambi qualcuno degli elementi presupposti. Invero, sembra un po' troppo difficile intravedere l'elemento condizionale in assiomi come *Si qua aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest* (D. 8.5.21), o *Si navem cum instrumento emisti, praestari tibi debet scapha navis* (D. 33.7.29), o ancora *Si qua poena est, multa est: si qua multa est, poena est* (D. 50.16.244). Ma certamente quel metodo e quella critica dovettero essere un ottimo banco di prova per la costruzione dei *responsa*.

¹⁹ Ovvero, secondo altra lettura, *De septemviralibus iudiciis l.s.*

20. <i>De officio proconsulis libri II</i> (5 passi)	20. <i>De intercessionibus feminarum l.s.</i> (1 passo)
21. <i>Ad Plautium libri XVIII</i> (177 passi)	21. <i>De iure codicillorum l.s.</i> (5 passi)
22. <i>Quaestionum libri XXVI</i> (155 passi)	22. <i>De iure libellorum l.s.</i> (1 passo)
23. <i>Regularum libri VII</i> (11 passi)	23. <i>De iure patronatus l.s.</i> (3 passi)
24. <i>Responsorum libri XXIII</i> (154 passi)	24. <i>De iure patronatus, quod ex lege Iulia et Papia venit l.s.</i> (solo Index)
25. <i>Ad Masurium Sabinum libri XVI</i> (296 passi)	25. <i>De iure singularis l.s.</i> (3 passi)
26. <i>Sententiarum ad filium libri V</i> (141 passi)	26. <i>De iuris et facti ignorantia l.s.</i> (1 passo lungo)
27. <i>Ad Vitellium libri IV</i> (30 passi)	27. <i>Ad legem Cinciam l.s.</i> (1 passo)
	28. <i>Ad legem Falcidiam l.s.</i> (4 passi)
	29. <i>Ad legem Fufiam Caniniam l.s.</i> (2 passi)
	30. <i>Ad legem Vellaeam l.s.</i> (solo Index)
	31. <i>De legibus l.s.</i> (solo Index)
	32. <i>De legitimis hereditatibus l.s.</i> (solo Index)
	33. <i>De liberali causa l.s.</i> (1 passo)
	34. <i>De libertatibus dandis l.s.</i> (3 passi)
	35. <i>Ad municipalem l.s.</i> (2 passi)
	36. <i>De officio adsessorum l.s.</i> (4 passi)
	37. <i>De officio praefecti urbis l.s.</i> (1 passo)
	38. <i>De officio praefecti vigilum l.s.</i> (5 passi)
	39. <i>De officio praetoris tutelaris l.s.</i> (2 passi)
	40. <i>Ad orationem divorum Marci Antonini et Commodi l.s.</i> (2 passi) ²⁰

²⁰ Il Lenel (Palingenesia I cit., 1145 e 1147) propone di correggere in *Ad orationem divi Severi et Commodi l.s.*

41. *Ad orationem divi Severi l.s.* (3 passi)
42. *De poenis militum l.s.* (5 passi)
43. *De poenis omnium legum l.s.* (3 passi)
44. *De poenis paganorum* (6 passi)
45. *De portionibus quae liberis damnatorum conceduntur l.s.* (2 passi)
46. *De publicis iudiciis l.s.* (5 passi)
47. *Ad regulam Catonianam l.s.* (1 passo)
48. *Regularum l.s.* (8 passi)
49. *De secundis tabulis l.s.* (3 passi)
50. *De senatusconsultis l.s.* (1 passo)
51. *Ad senatusconsultum Claudianum l.s.* (1 passo)
52. *Ad senatusconsultum Libonianum l.s.* (1 lungo passo)
53. *Ad senatusconsultum Orfitianum l.s.* (2 passi)
54. *Ad senatusconsultum Silianum l.s.* (3 passi)
55. *Ad senatusconsultum Tertullianum l.s.* (5 passi)
56. *Ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum l.s.* (1 passo)
57. *Ad senatusconsultum Turpillianum l.s.* (3 passi)
58. *Ad senatusconsultum Vellaeianum l.s.* (1 passo)
59. *De tacitis fideicommissis l.s.* (2 passi)
60. *De testamentis l.s.* (1 passo)
61. *De usuris l.s.* (1 passo lungo)
62. *Variarum lectionum l.s.* (3 passi)

L'insieme di tutte queste opere scandite in libri costituisce una produzione di grande livello. Forse troppo grande per un uomo di palazzo.

Come è possibile che un funzionario imperiale, la cui attività pubblica e politica si estende senza interruzione dalla corte di Settimio Severo (146-211 d.C.) a quella di Alessandro (208-235), attraversando le vicissitudini del regno di Eliogabalo (203-222) e l'esilio da lui subito²¹, possa aver avuto il tempo e la serenità necessari per dedicarsi a simile produzione letteraria? così varia e così numerosamente cospicua?

Eppure di tutta questa varietà di opere pauline nella costituzione *Omnem* non si fa parola e la produzione di Paolo rimane rappresentata dai soli 23 libri dei *responsa*.

Una circostanza, questa, su cui è opportuno soffermare il pensiero.

3. *Recitatio* scolastica e *recitatio* forense

È forse opportuna a questo punto una breve riflessione (e nello specifico una rassegna) relativamente alla terminologia utilizzata nelle fonti per esprimere l'atto dell'esposizione del pensiero, quando, attraverso tale esposizione, il pensiero stesso debba assumere una certa rilevanza e quando si voglia o si debba conseguire un determinato fine: è quanto si ripropone l'insegnante nel compimento del suo ufficio. Va da sé che mentre consideriamo la diversa utilizzazione terminologica pertinente all'esposizione, parallelamente verrà in evidenza anche la varietà delle espressioni usuali e del lessico relativi all'atto di recezione del pensiero stesso, e come questo poteva essere variamente rappresentato, considerazione di particolare rilevanza nell'esame del rapporto docente-discente.

Si tratta chiaramente di un problema retorico che può dirsi, addirittura, collegato alla tripartizione dei generi del discorso, deliberativo, epidittico e giudiziario, ma spazia anche al di là di quella, quando quella classificazione dei *genera dicendi*²² la si intenda in senso limitato, troppo rigidamente e

²¹ Circa le vicende della vita di Giulio Paolo si veda R. ORESTANO, v. "Paolo (*Julius Paulus*)", in *NNDI* XII, p. 362 ss. Un più circostanziato discorso, con l'ulteriore bibliografia, in H. TAPANI KLAMI, *Julius Paulus. Comments on a Roman Lawyer's Career in the III Century*, in *Sodalitas* 4, Napoli 1984, p. 1829 ss., che ripercorre in sintesi le linee di una ricerca già pubblicata nel 1969: si lamenta il fatto che "a monograph on Paul is lacking", e, citando Honoré (A.M. HONORÉ, *The Severian Lawyers*, in *SDHI* XXVIII, 1962, p. 162, p. 222, p. 226), che "Paul remains a rather shadowy figure".

²² Richard Bauman parla del genere come di "stile di discorso concepito in vista della

retoricamente indirizzata alla disciplina dei “grandi” discorsi. Il linguaggio e il modo di porgere le idee hanno un’importanza basilare anche in contesti meno “magniloquenti”²³, com’è quello finalizzato all’insegnamento, e in particolare all’insegnamento del diritto²⁴.

produzione e ricezione di un particolare tipo di testo” (Cfr. R. BAUMAN, *Genere del discorso*, in A. Duranti (a cura di), *Culture e discorso. Un lessico per le scienze umane*, Roma 2002, p. 127 ss., in part. p. 127).

²³ Già in ambito giuridico non forense la dottrina ha avuto modo di trattare della differenza di sfumatura fra la *dictio*, il semplice dire, e, per esempio, la *editio*, che nella procedura formulare sottolinea particolari momenti processuali in cui l’attore dà al convenuto comunicazione ufficiale dell’azione che intende intraprendere contro di lui, una comunicazione che in tale forma assume via via la necessaria pubblicità (cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 129 ss.), talchè, unita all’atto contrapposto di recezione del convenuto (l’*accipere* o *suscipere iudicium*) e con l’intervento del magistrato, produce gli effetti della *litis contestatio*: *edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstrat quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit* (D. 2.13.1.1). È appunto dalla solennità di questo *edicere* che si comprende come la radice tematica possa essere utilizzata anche per designare la voce solenne del magistrato (e poi dell’imperatore), espressa appunto nell’*edictum*. Si precisa poi in tema contrattuale come, per esempio, la semplice *dictio dotis* presenti caratteri meno intensi di una vera e propria *promissio*, che assume maggior solennità ed ha valore contrattuale. E ugualmente è istituzionalmente noto come la solennità implicita di una sola parola come il verbo *spondeo* in luogo di *stipulatio* potesse significare in antico la basilare differenza che ha originato lo sviluppo della *stipulatio* (per tutti V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*³, Napoli 1934, p. 312 ss. e p. 390 ss.).

²⁴ In termini vicini al tema che vogliamo trattare, si può rilevare la differenza che intercorre nella varia terminologia utilizzata nell’atto di emanazione (e di divulgazione e quindi recezione) di una legge o costituzione imperiale. Qui incontriamo un’interessante varietà di espressioni fra: il *data* (per es. il *Data epistula prid. k. Iul. Mediolano Constantio A. X et Iuliano C. III cons.* di C. 1.3.3, di Costantino, o anche il giustiniano *Data octavo decimo kalendas Ianuarias Constantinopoli Lampadio et Oreste viris clarissimis consulibus* di C. 1.17.1, ecc.) che si legge talora nella *subscriptio*, con il quale si suggerisce quasi un accento sull’autore della disposizione o sul tempo e luogo della stessa; il *posita* o *proposita* o *accepta* che rende l’idea dell’affissione pubblica in luogo facilmente accessibile alla pubblica notorietà (per es, il *iam a nobis lex posita est* di C. 6.58.13.1, o il *Proposita V kal. Dec., acc. XVII kal. Ian. Thamugadi Urso et Polemio cons.* di CTh. 6.22.2); il *subscripta* che compare in quasi tutta la legislazione diocleziana, e che testimonia la prassi di una attestazione della paternità del documento (come prescrivono per i rescritti Diocleziano e Massimiano in C. 1.23.3, *Sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta et nostra manu subscripta, non exempla eorum, insinuentur*, e come attesta per esempio C. 3.33.11, *Subscripta IIII k. Oct. Viminaci CC. cons.*); il *lecta* che propone l’immagine dell’assemblea pubblica radunata per prendere atto dei contenuti e delle formalità dell’emanazione della legge (un es. per tutti il *Lecta apud acta XI k. Iul. Gallicano et Symmacho cons.* di C. 3.39.4: ma si veda il problema delle ripetute acclamazioni per la pubblicazione del Codice Teodosiano in L. ATZERI, *Alcuni problemi relativi ai costituzionali*, in AARC XVI, 2007, p. 259 ss.; ID., *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando. Il Codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente*, Berlino, 2008, *passim*; E. DOVE-

In particolare per quanto riguarda l'insegnamento-apprendimento nella scuola già Quintiliano, nelle sue *Institutiones oratoriae*, potrebbe offrire un'ampia rassegna della terminologia appropriata²⁵.

Ma nello specifico la costituzione *Omnem* è particolarmente significativa da questo punto di vista.

Il sapere, nel caso il sapere giuridico, viene materializzato (talora è una parte delle leggi, la *prima pars legum*, la *pars de iudiciis*, la *pars de rebus*, talora addirittura il libro), e *tradere* e *accipere*, con le suggestioni concrete che suscitano, sono i termini più comuni e ripetuti ad indicare da un lato la lezione del professore e dall'altro l'ascolto dello studente: trentasei libri del Digesto – dice l'imperatore – *sufficere tam ad vestram expositionem quam ad iuventutis eruditionem iudicamus*, ma poi coniuga variamente il *tradere* per diciannove volte e l'*accipere* per nove volte; tre volte chiama *auditores* gli studenti e una volta parla della loro *audientia*; e leggiamo anche di un *imponere animis* e di un *anplectare animis*.

L'acquisizione del sapere giuridico viene considerato come una strada, che, facilitata nel suo difficile percorso iniziale dall'attività del professore (*iter eis aperiebatur*), potrà poi essere percorsa autonomamente e con facilità (*quatenus tam prudentia vestra quam ceteri antecessores, qui eandem artem in omne aevum exercere maluerint, nostris regulis observatis inclutam viam eruditionis legitimae possint ambulare*).

Termini ambivalenti, sia per l'insegnamento *a voce magistra* sia per

RE, *Epifania politica del Theodosianus. La pubblicazione romana del Codex*, in *Mélanges de l'École française de Rome, Antiquité*, 2013, pp. 125 ss.); il *recitata*, che sottolinea con maggior enfasi l'ufficialità di tale lettura (per esempio il *D. XV k. Aug. Aquileia; recitata apud Vettium Rufinum pu. in senatu non. Sept. Constantino A. V et Licinio C. cons.* del 319 in C. 6.60.1; o la serie dei quattordici passi di *leges* del 529 "recitate" *septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani d. III k. Nov. Decio cons.*, su cui M. BIANCHINI, *La subscriptio delle leges giustinianee del 30 ottobre del 529*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino 1999, p. 47 ss., ora in ID., *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2009, p. 115 ss.).

²⁵ Cfr. M.L. BICCARI, *Dalla narratio retorica all'intentio giudiziale*, in corso di ultimazione, in part. il capitolo secondo, e precisamente il paragrafo su "La formazione del *perfectus orator* fra tradizione retorica e sapere giuridico. L'insegnamento del *grammaticus* e l'insegnamento del *rhetor*"). Sull'importanza di Quintiliano e del suo insegnamento anche nell'ambito del diritto si veda M. BETTINAZZI, *La lex Roscia e la declamazione 302 ascritta a Quintiliano. Sull'uso delle declamazioni come documento dell'esperienza giuridica romana*, in J.L. Ferrary, *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, p. 515 ss.; ID., *La legge nelle declamazioni Quintilianee: una nuova prospettiva per lo studio della lex Voconia, della lex Iunia Norbana e della lex Iulia de adulteriis*, Saarbrücken 2014, che dà forza all'interessante figura del "declamatore" nel panorama del processo romano.

l'*audientia* degli studenti, sono il *legere* (o anche *lectitare*, quando si tratta dell'impegno richiesto in rapporto ai dieci libri da studiare *pro responsis prudentissimi Pauli*, di cui si è detto sopra, o *perlegere*, relativamente allo studio individuale dell'ultimo anno e alla formazione complessiva: *omnibus eis legitimis arcanis reseratis nihil habeant absconditum, sed omnibus perlectis*) e il *recitare*, che richiama direttamente la *recitatio* processuale (oltrechè la *recitatio* delle leggi).

Conseguentemente, considerando la valenza pregnante di concretezza che il verbo *recitare*, e derivati, assumono nella sequenza della terminologia che interessa l'esposizione orale del pensiero e la sua recezione (in particolare per quel che riguarda l'emanazione delle leggi, nonchè, attraverso la cost. *Omnem*, per quel che riguarda l'insegnamento), appare in tutta effettività il valore della *recitatio* forense, la quale, propriamente, non viene ad essere semplice citazione di nomi e di teorie, ma vera e propria adduzione di opinioni "autentiche", o quanto più possibile "autentiche". E il primo strumento che consente di riportare l'opinione altrui, e di conferirle al contempo una sembianza di autenticità, quando questa autenticità non può essere comprovata con il testo scritto, è la memoria: il testo viene letteralmente "recitato".

Relativamente al valore della "memoria" dice Quintiliano che rientra fra i compiti del *grammaticus* (e quindi ancora nel primo stadio del percorso dell'insegnamento-apprendimento scolastico) quello di sollecitare le capacità mnemoniche del giovane allievo, allenandole ed esercitandole con il mandare a mente piccoli brani, e storie, aneddoti e passi scelti, vagliando opportunamente gli autori, e privilegiando primi fra tutti oratori e storici. Con frequenza periodica, "com'è d'uso" (*ut moris est*), i giovani sono invitati a dar saggio di sé – a orgoglio dei loro padri – recitando le cose scritte da loro stessi; così, con maggior profitto, imparino a recitare gli scritti altrui: *abundabunt autem copia verborum optimorum et compositione ac figuris iam non quaesitis, sed sponte et ex reposito velut thesauro se offerentibus*. In tal modo oltre al perfezionamento della terminologia, del linguaggio in generale e delle forme sintattiche *accedit his et iucunda in sermone bene a quoque dictorum relatio et in causis utilis. Nam et plus auctoritatis adferunt ea, quae non praesentis gratia litis sunt comparata, et laudem semper maiorem*: e il giovane apprende a "ritenere i pensieri altrui più che i propri e quelli che si saranno soffermati prolungatamente in codesto più difficile genere di fatica fisseranno ormai nella mente senza fastidio le loro composizioni già diventate familiari, si abitueranno al meglio ed avranno nel loro bagaglio personale di che imi-

tare e, senza accorgersene, si esprimeranno in quello stile che già avranno assimilato”²⁶.

Lo stesso Cicerone aveva ricordato come lodevole pratica antica il fatto che le XII tavole fossero imparate a memoria dai ragazzi: *Iam cetera in XII minuendi sumptus sunt lamentationisque funebris, translata de Solonis fere legibus. ‘Hoc plus’ inquit ‘ne facito. Rogum ascea ne polito.’ discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit (de leg. 2.23.59)*²⁷; questo evidentemente aveva consentito di conservarne la traccia anche lessicale nonostante la loro distruzione nell’incendio gallico del 390 a.C.; questo in una eventuale utilizzazione nel discorso (per esempio forense) poteva consentire ad un qualsiasi interlocutore di ri-conoscere e meglio comprendere la citazione.

Ma tornando a considerare il valore della *recitatio* nei secoli tardoantichi una riflessione va fatta a proposito della legge riportata in CTh. 1.4.1, la legge c.d. delle citazioni. Non per nulla, dopo aver indicato come eccellenti i nomi di Ulpiano, Paolo, Gaio, Papiniano e Modestino, relativamente agli altri la legge equipara la produzione dei codici, in cui si può aver visione e dunque certezza assoluta del dettato del singolo pensiero (*eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur*), alla *recitatio* dei grandi giuristi di cui in precedenza, i dettati dei quali potevano essere appresi nell’insegnamento delle scuole, nei vari anni, e dunque essere a tutti noti (*Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gatium quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius opere recitentur*)²⁸.

²⁶ Cfr. Quint., *Inst. orat.* 2.7.3-4, trad. di R. Faranda e P. Pecchiura, *L’Istituzione Oratoria di Marco Fabio Quintiliano*, vol. 1, Torino 1979, p. 255).

²⁷ Cfr. anche Plaut, *most.*, v. 126: *Item parentes fabri liberorum sunt. Hi fundamenta substruunt, expoliunt, docent litteras, iura, leges. Sed postquam adoleverunt, cernitur, quo eventit aedificatio*. Si veda poi, in particolare, quanto rileva una fonte epigrafica come Dessau, *ILS*, III, 8987 circa, per esempio, i tre livelli di conoscenza, XII tavole, editto e costituzioni imperiali, attribuiti al *rector* Dalmazio: in O. DILIBERTO, *Conoscenza e diffusione delle XII tavole nell’età del Basso Impero*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli 1997, in part. p. 222 ss., e nt. 54.

²⁸ Sulla scia di una dottrina tedesca (da E. WEISS, *Recitatio und responsum im römischen Provinzialprozess. Ein Beitrag zum Gerichtsgebrauch*, in *ZGR* 23, 1912, pp. 212 ss.; a F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, pp. 93 ss.) si è tradizionalmente ritenuto che la *recitatio* fosse una pratica impostasi a partire soltanto dall’epoca costantiniana.

Il rapporto fra la *recitatio* dei cinque e la produzione dei codici stabilita per gli altri è generalmente considerato unilateralmente dal punto di vista della concessione che la citazione da parte di Ulpiano, Paolo, Gaio, Papiniano e Modestino consentirebbe rispetto agli altri; ma se si valuta nella prospettiva opposta, e dal punto di vista della certezza dell'autenticità del discorso, la situazione più "debole" non apparirebbe tanto quella degli autori di cui dovevano essere presentati in giudizio i codici, quanto piuttosto proprio quella che riguarda i cinque maestri, la cui lezione era lasciata alla memoria dei recitanti, non solo per il senso generale dell'opinione citata, ma addirittura per le parole nel loro significato e valore e nelle loro connessioni.

4. I *responsa* e le altre opere di Paolo

Nel panorama delle opere di Paolo i *responsa*²⁹ meritano certamente una considerazione a sé dal momento che la costituzione *Omnem* li indica come l'unico testo fra quelli paulini adottato nei programmi delle scuole prima della riforma; ma anche in ragione del fatto che l'opera, e solo questa, è citata poi anche, sia pure per rifiutarne l'uso, relativamente al piano degli studi definiti da Giustiniano per il futuro. Sono significative, a questo proposito, le parole tranchants (anche in senso non figurato) di Giustiniano (*multo maioris et amplioris prudentiae ex eis thesaurum consecuturi, quam quem ex Paulianis habebant responsis*), confrontate con le espressioni che lo stesso imperatore dedica all'utilizzo delle opere di Papiniano (*non solum ex*

na. Una nuova ampiezza temporale (ma anche di sostanza) le conferiscono ora gli studi di V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali tra III e IV secolo d.C.*, in Φιλία. *Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli, 2007, pp. 1643 ss., 1660 ss.; *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale*, in *Studi Storici*, 48.4, 2007, pp. 937 in part. la nt. 44, e p. 946 ss. Per un'attenta rassegna della letteratura in tema di *recitatio*, si veda G. VIARENGO, *Sulle tracce della recitatio*, in G. Barberis, I. Lavanda, G. Rampa, B. Soro (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole*, Soveria Mannelli, 2005, pp. 489 ss. Sul collegamento fra le esigenze della *recitatio* e l'insegnamento delle scuole J. RUGGIERO, *Il maestro delle Pauli Sententiae: storiografia romanistica e spunti ricostruttivi*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischer Juristen*, Trento 2012, p. 485 ss.

²⁹ Lenel, *Palingenesia* I cit., coll. 1223-1251. Relativamente al genere "*responsa*", alle sue caratteristiche e alla sua frequenza nella produzione dei giuristi romani si veda C. ZÜLCH, *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, Berlin 2001, p. 13 ss. A introduzione dell'analisi esegetica dei passi dei *responsa* di Marcello, l'autore dedica una qualche attenzione a tutti i giuristi che si sono dedicati al genere, Labeone, Sabino, Nerazio, Papirio, Scevola, Papiniano (p. 36), Paolo (p. 38), Ulpiano, Giulio Aquila e Modestino.

responsis, quae in decem et novem libros composita fuerant, sed etiam ex libris septem et triginta quaestionum et gemino volumine definitionum nec non de adulteris et paene omni eius expositione). Non stupisce di conseguenza che, con le sue 131 citazioni, non si tratti dell'opera paulina più rappresentata nel Digesto: i *libri ad edictum*, infatti, sono presenti per ben 764 frammenti, i *libri ad Sabinum* per 323, i *libri ad Plautium* per 187 (vengono subito dopo le *Quaestiones*, 156, e le *Sententiae*, 131).

Il Lenel ipotizza una suddivisione interna dei *responsa* paulini in titoli, ma la collocazione dei singoli passi al loro interno non corrisponde affatto alla collocazione che risulta poi decisa dai compilatori nel Digesto³⁰: in ogni caso si dimostra l'ampiezza di temi che sono affrontati attraverso la loro lettura.

In gran parte i frammenti dei *responsa*, che per la generalità si presentano abbastanza corposi, narrano di casi particolari ed episodi concreti, vissuti, che hanno però già attraversato un forte processo di astrazione: infatti pur essendo ricorrente il sintagma "*Paulus respondit*", a documentare quasi l'attualità del quesito e della soluzione prospettata dal giurista, poi i nomi propri dei soggetti coinvolti risultano sostituiti dai Lucio Tizio, Gaio Seio e Publio Mevio di rito, al maschile e/o al femminile secondo l'occorrenza, o dalla funzione giuridica che i singoli personaggi ricoprono (*creditor, debitor, fideiussor, locator*, ecc.)³¹, e la descrizione dell'episodio concreto è rastremata ed essenziale. Invero, in quasi tutti i casi l'astrazione è già pervenuta

³⁰ I titoli ipotizzati, sulla base dello schema dell'editto, sono 33 (*ad municipalem, de in ius vocando, de postulando, de cognitoribus et procuratoribus, de inofficioso testamento, de iudiciis omnibus, de rei vindicatione, de servitutibus, finium regundorum, familiae erciscundae, si certum petetur, de pignoribus, ex locato et conducto, de empto et vendito, de re uxoria, de tutelis, de bonorum possessionibus, de collationibus, de edicto Carboniano, de bonis libertorum, de testamento militis, de testamentis, de legatis et fideicommissis, de fideicommissis, de liberali causa, quibus ex causis in possessionem eatur, de stipulationibus et solutionibus, de exceptionibus, de iure fisci et populi, de sententiis, ad legem Iuliam et Papiam, ad legem Iuliam de adulteriis, de appellationibus*), ma non vi è una utilizzazione compatta dei frammenti che vi rientrerebbero nei titoli corrispondenti, o anche solo assonanti, del Digesto. E così, per es., al titolo *ad municipalem*, l'unico individuato per il libro I, sarebbero da ascrivere testi che poi meglio i compilatori collocheranno sotto il titolo *de adoptionibus* (D. 1.7.35), *de poenis* (D. 48.19.43), (D. 50.1.21), *ad municipalem et de incolis*, (D. 50.5.9), *de vacatione et excusatione munerum*, (D. 50.7.9) *de legationibus*; al titolo *de postulando*, del libro II si riferirebbero tre passi che avranno spazio nel Digesto sotto i titoli (D. 3.2.21), *de his qui notantur infamia*, (D. 5.1.48), *de iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat*, (D. 48.16.5), *ad senatusconsultum Turpillianum et de abolizione criminum*, ecc.

³¹ In casi rarissimi sfugge qualche nome assai più concreto, come il Blaesio Severo della lettera riportata in D. 17.1.59.5, o il Trofimato di altra lettera in D. 16.3.26.2, o l'Otacilius

ad estrapolare la regola generalizzante espressa con frasi infinitive rette da quel “*respondit*”, in cui il caso reale da cui la riflessione è derivata viene sintetizzato in proposizioni relative (*eum qui*)³² o condizionali (*si quis*)³³ o narrative (espresse col *cum* e il congiuntivo)³⁴.

Si prenda per esempio D. 21.2.73, *Paulus libro septimo responsorum*

D. 21.2.73 (Paulus l. 7 *resp.*) Seia fundos Maevianum et Seianum et ceteros doti dedit: eos fundos vir Titius viva Seia sine controversia possedit: post mortem deinde Seiae Sempronia heres Seiae quaestionem pro praedii proprietate facere instituit: quaero, cum Sempronia ipsa sit heres Seiae, an iure controversiam facere possit. Paulus respondit iure quidem proprio, non hereditario Semproniam, quae Seiae de qua quaeritur heres exstitit, controversiam fundorum facere posse, sed evictis praediis eandem Semproniam heredem Seiae conveniri posse: vel exceptione doli mali summoverti posse.

Seia, Tizio, Sempronia sono i nomi astratti attraverso i quali si tracciano le linee del caso concreto: anche i fondi vengono ad assumere astrattezza dalla nomenclatura, e dai soggetti traggono essi stessi il nome di *Maevianum*, di *Seianum*: solo le circostanze giuridiche possono ancorare quel caso alla realtà. Poi, rigoroso, il quesito: “*quaero ... an*”³⁵ in prima persona. E al

(D. 24.3.49 pr.) che ha promesso a Mevia una somma di denaro *cum nuptum ire coepisset*, ecc.

³² Per es. D. 23.3.72 pr. (Paul. l. 8 *resp.*) ... *Paulus respondit eum quidem, qui tota ex re promissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno.* O anche D. 48.5.41.1 (Paul. 19 *resp.*) *Paulus respondit eum, qui post crimen adulteri intentatum eandem uxorem reduxit, destitisse videri et ideo ex eadem lege postea accusandi ei ius non superesse.*

³³ Per es. 22.3.5.1 (Paul. l. 9 *resp.*) *Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.* Ovvero D. 46.2.30 (Paul. l. 5 *resp.*) *Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset ita, ut a prima obligatione in universum discederetur, rursus easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse.*

³⁴ Per es. D. 10.2.38 (Paul. l. 3 *resp.*) ... *Idem respondit, cum ex decretis alimentis a praetore amplius fratrem accepisse diceretur quam sororem, non tamen ultra partem dimidiam.* O anche D. 45.1.134.2 (Paul. l. 15 *resp.*) *Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.*

³⁵ In questo caso arricchito dall'indicazione, con frase narrativa, della circostanza che,

quesito segue, sintetico, il responso: *Paulus respondit* ... riportato in terza persona, pur sotto l'*inscriptio* che lo attribuisce ai *responsa* di Paolo.

A seguire quel "*respondit*", il responso vero e proprio è breve, conciso, assiomatico, facile all'apprendimento, facile alla *recitatio* forense perché, nella sua stringatezza, si presenta come una regola³⁶. È proposto in forma tale da non tollerare opposizioni, da non consentire dubbi, assolutamente efficace sia per la comprensione e la consapevolezza scolastica, sia per la perorazione e la persuasione in giudizio. Certamente non c'è molto spazio per le motivazioni (o per lo meno per un percorso argomentativo), ma l'implicito richiamo a principi generali di assoluta ovvietà e il collegamento così stringente con il caso concreto consente che se ne possa fare a meno.

Le *regulae* dei *responsa* di Paolo rispondevano perfettamente alle esigenze di facilità e di certezza della *recitatio*.

inserendosi nella descrizione del fatto, ha dato vita al dilemma: *quaero, cum Sempronia ipsa sit heres Seiae, an ...*

³⁶ Nello stile di Paolo il responso segue il "*respondit*", e si coordina con una frase, poco più, che precede o che segue e che pone gli elementi essenziali del problema: senza cadere stilisticamente negli eccessi tanto cari per esempio a Scevola, in cui il "*respondit*" è seguito da un semplice infinito (*respondit posse*; *respondit teneri*; *respondit proponi abstentum*; *respondit danda*; ecc.) e la regola deve essere ricavata leggendo all'indietro la descrizione del caso. E la *regula* ha certamente un particolare significato sia in ambito forense che scolastico.

A partire dagli studi dello Schmidlin (B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970, *passim*: una bibliografia di base in A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, ora in *Scritti romanistici*, Milano 2011, p. 179 ss. e in part. p. 224 nt. 141), e proprio sulla base di un passo di Paolo (in part. D. 50.17.1, Paulus, l. 16 *ad Plautium*) le *regulae* del diritto classico, nate da quei *pitbana* di Labeone che lo stesso Paolo aveva epitomato, sono considerate nel loro valore metodologico, come rielaborazione assolutamente innovativa delle *regulae iuris*, astratte, normative, della giurisprudenza repubblicana: ora, nel momento in cui i giuristi classici compongono i *libri regularum*, sono da valutarsi come *regulae* casistiche.

Dice Paolo (*loc. cit.*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*. La *regula* casistica è cioè una "sintesi del caso (*brevis rerum narratio*), paragonabile (e già paragonata da Sabino) alla *causae coniectio*, con il conseguente limite (assai rilevante, ma nel contempo tale da conferirle duttilità) che la regola è utile finché tutti i presupposti casistici di essa siano esatti, poiché diversamente essa *perdit officium suum*" (CENDERELLI, *op. cit.*, p. 227): e con questo prende le distanze dall'antecedente tardorepubblicano. Per ripetere l'efficace definizione che ne dà il Cannata (C.A. CANNATA, *rec. a Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln*, in *IURA* 22, 1971, p. 189 s.), le *regulae* "si presentano come concisi assiomi condizionali, in cui una fattispecie estremamente semplificata è espressa in forma ipotetica e collegata con una conseguenza giuridica". Se ne vede perfettamente l'espressione nei *responsa* di Paolo.

Talora il passo inizia proprio con il “*respondit*” cui segue l’esposizione stringata della regola: così, per esempio, i passi che il Lenel legge dai *Fragmenta Vaticana*, Vat. 95, Vat. 97, Vat. 98, Vat. 99, ma anche D. 37.1.15, D. 29.2.90, ecc. Talora, nei brani più ampi e corposi, il testo si costruisce come un seguito di “*respondit*”, praticamente un seguito di regole.

Emblematico, perché presenta al suo interno ben sette “*respondit*”, D. 50.1.21 (Paulus l. 1 *responsorum*):

Lucius Titius cum esset in patris potestate **quaeritur**, an ex ea causa teneri possit. Paulus **respondit** eum, qui iniunctum munus ... Paulus **respondit** eos qui pro aliis... Idem **respondit** heredes patris ... (con la generalizzazione: hoc responsum et ad eum pertinet, qui a patre decurio factus post mortem patris munera suscepit) Idem **respondit** eum qui decurionem adoptavit... Idem **respondit** constant matrimonio... Idem **respondit**, si per accusatorem... (con inserimento di un rescritto imperiale: Imperatores Severus et Antoninus Augusti Septimio Zenoni) ... Idem **respondit**, si civitas nullam suam legem habet...

Ugualmente D. 17.1.59, Paulus *libro quarto responsorum*, un lungo testo diviso in sei paragrafi, in cui si leggono sei “*respondit*” e una serie di regole, ciascuna in sé autonoma seppure collegate per argomento:

D. 17.1.59 (Paul. l. 4 *resp.*) ...³⁷ 1. Paulus **respondit** fideiussorem, qui rem 2. Paulus **respondit** die adiecto in mandato ... 3. Paulus **respondit** unum ex mandatoribus ... 4. Creditor pignus vendidit: quaero, an, si evicta sit possessio ... Paulus **respondit** ... 5. (inserimento della lettera “*Ille illi salutem*” e poi) Paulus **respondit** mandati obligationem ... 6. Paulus **respondit** non videri mandati conditioni paritum ...

Non mi pare inutile il riferimento alle “regole”. Le “*regulae*” sono, fra i generi letterari coltivati dai giuristi romani, quello più rappresentato e, forse, più rappresentativo. Scrivono dichiaratamente *libri regularum* Gaio,

³⁷ Anche il *principium*, pur senza l’incipit rituale, ha tuttavia l’andamento di un “responso”: *Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset non donandi animo, mandati iudicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet: idem est et si exacta est a Calpurnio pecunia.*

Licinio Rufino, Marciano, Modestino, Nerazio, Paolo, Pomponio, Scevola, Ulpiano. Scrive *regulae* anche Giustiniano, col suo D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui*. La *regula* ha il tratto della concisione, della stringatezza, dell'efficacia in poche parole: si presenta come un principio assoluto, un assioma, un brocardo, la cui confutazione diventa difficile, se non impossibile. E soprattutto è di facile memorizzazione.

E un prontuario di regole, suddivise per argomenti, era quanto di meglio potesse sperare il giovane che doveva apprendere l'arte del diritto, così come il retore che doveva insegnare quell'arte, e così come l'oratore, l'avvocato, che aveva il compito di rappresentare in breve ma in modo assolutamente persuasivo le ragioni del proprio cliente nel foro.

Tali dovevano presentarsi i *responsa* di Paolo.

Si legge qua e là qualche riferimento a costituzioni imperiali, sempre lapidario e conciso, e sostanzialmente in forma diretta, come massima: in D. 48.19.43 (un rescritto dell'imperatore Antonino a Aurelio Atiliano: *praeses ultra administrationis suae tempus interdicare alicui arte sua uti non potest*, cui si aggiunge il *respondit* del giurista); in D. 50.1.21.6 (un rescritto di Severo e Caracalla a Settimio Zeno sugli oneri del decurionato: *pro infante filio, quem decurionem esse voluisti, quamquam fidem tuam in posterum adstrinxeris, tamen interim onera sustinere non cogeris, cum ad ea, quae mandari possunt, voluntatem dedisse videaris*); in D. 50,7,9 (un rescritto degli stessi Severo e Caracalla a Germano Silvano per una *vacatio* autorizzata dall'impegno amministrativo: *legatione functis biennii vacatio conceditur: nec interest, utrum legatio in urbe an in provincia agentibus nobis mandata sit*); in D. 26.5.24 (*Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratuuum inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque et nomina praesidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare*); in D. 31.87 (un'epistola – sembra – di Alessandro al *praefectus urbi* Claudio Giuliano: *Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. "Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari"*); in D. 40.12.38 (una citazione indiretta relativa alla costituzione di Marco Aurelio riguardante l'acquisto di uno schiavo/a *ut manutteretur*)³⁸. Trova spazio nei *responsa* di Paolo an-

³⁸ Da aggiungere coll. 10.9, che riproduce una costituzione, *Imp. Antoninus Iulio Agripino*, sulla responsabilità per locazione di *horrea*.

che il testo greco di una lettera dell'imperatore Adriano riportata sotto il titolo *de iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat*:

D. 5.1.48 (Paul. l. 2 *resp.*) Pars litterarum divi Hadriani: τοὺς ἄρχοντας ἐν ᾧ ἄρχουσιν ἐνιαυτῷ μήτε εἰσιέναι δικὴν ἰδίαν μήτε διωκόντων μήτε φευγόντων, μήτε περὶ ὧν ἐπίτροποι ἢ κουράτορες εἶεν κρινέτωσαν. ἐπειδὴν δὲ ἐξήκη ἡ ἀρχή, καὶ αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας καὶ τοῖς φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς εἰσαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας³⁹

Solo due i riferimenti ad altri giuristi, in D. 5.1.49 (Scevola), e in D. 22.1.14 (Nerazio), accenno ad un confronto di opinioni diverse o conformi, ma solo un accenno⁴⁰.

Si consideri D. 5.1.49

³⁹ Per una esatta qualificazione delle lettere dell'imperatore, della funzione che potevano svolgere entro o a margine della categoria delle costituzioni imperiali, ovvero come sistema di intervento del *princeps* nel processo o come presupposto e dimostrazione di un "processo *per relationem*", si veda F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano 2000, in part. rispettivamente p. 29 ss., p. 61 ss., p. 161 ss. (un esempio: D. 31.87.3, Paulus l. 14 *responsorum*, in tema di *querela inofficiosi testamenti*, p. 270 s.).

⁴⁰ Già è palese nei *responsa* di Paolo (come poi si vedrà nei *responsa* di Papiniano) quella tendenza caratteristica del periodo della grande crisi della seconda metà del III secolo che coinvolge tanti aspetti della vita dell'Impero, e qui in particolare quello della letteratura giuridica, che è la tensione verso la certezza del diritto. Scrive Jolanda RUGGIERO (*Immagini di ius receptum nelle Pauli Sententiae*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2009, p. 259 ss., in part. il paragrafo "Cenni su attività letteraria e cultura giuridica nella seconda metà del III secolo", p. 262 ss.): «L'esaurirsi del modello giurisprudenziale, che alcuni ascrivono alla nuova configurazione assunta dal potere imperiale, e la difficoltà – al tempo stesso tecnica e ideologica – di dominare una tradizione letteraria ormai tanto ricca da risultare opprimente contribuiscono a orientare l'esperienza giuridica tardoantica verso la prassi, ossia verso il diritto effettivamente applicato nei tribunali. In questo nuovo contesto, la crisi del *ius controversum*, una delle caratteristiche più evidenti del diritto giurisprudenziale, si manifestò visibilmente. Il valore normativo assunto dagli scritti dei *prudentes* indusse il pratico e il 'giurista funzionario' a confrontarsi con la tradizione letteraria della propria disciplina guardando in primo luogo alle esigenze di 'certezza del diritto' che emergevano contestualmente all'affermarsi della *recitatio* giudiziale. Ciò spiega la nascita di una letteratura giuridica intesa, soprattutto, a cristallizzare in regole di *ius receptum* il contenuto di opere concepite, invece, in contesti profondamente diversi». Papiniano, Paolo, Ulpiano, come poco oltre Modestino, appartengono ancora al novero dei grandi epigoni della giurisprudenza classica creatrice di diritto, ma già sentono la necessità, nel genere letterario dei *responsa* evidentemente indirizzato all'istruzione per la prassi (di *instructus* parla Ulpiano, l. 4 *ad edictum*, D. 2.13.1

D. 5.1.49 (Paulus l. 3 *resp.*) Venditor ab emptore denuntiatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui iudicis: quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorum et emptorem coepta est, ad suum iudicem revocare. Paulus respondit venditorem emptoris iudicem sequi solere.

1. Iudices a praeside dati solent etiam in tempus successorum eius durare et cogi pronuntiare easque sententias servari. In eundem sensum etiam Scaevola respondit.

Il testo è costituito in pratica da due massime giuridiche (di facile memorizzazione e di facile utilizzo forense). La prima, che si legge nel *principium* del frammento, subito dopo la concisa esposizione della situazione (*venditor ...*) e del quesito che se ne trae (*quaeritur ...*), riguarda il *privilegium fori*: la massima si identifica con lo stesso responso di Paolo, *Paulus respondit venditorem emptoris iudicem sequi solere*. La seconda, riportata nel paragrafo 1, considera la durata della missione giudicante dei giudici nominati dal *praeses*: e anche questa è un responso di Paolo (con i due verbi all'infinito, *cogi pronuntiare* e *servari*, retti dal precedente *Paulus respondit*), e a questa, lapidario, si rapporta l'assenso di Scaevola, *in eundem sensum*. E si noti che ambedue, il *respondit* di Paolo come quello di Scaevola, sono riportati in terza persona.

D. 22.1.14 (Paulus l. 14 *responsorum*) riguarda un fedecommesso universale in cui rientri una schiava che abbia partorito, e dunque la valutazione che deve farsi del piccolo nato:

D. 22.1.14 (Paulus l. 14 *resp.*) Respondit Paulus moram in solvendo fideicommissum factam partus quoque ancillarum restituendos. 1. Heres rogatus erat post mortem suam sine reditu hereditatem restituere: quaesitum est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati restituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit. Paulus respondit ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommissum non contineri. ...

L'opinione di Nerazio è poi riportata per introdurre una situazione diversa ancorchè simile rispetto a quella analizzata da Paolo:

pr.: ... *ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum ...*), di adeguarsi alle irrompenti esigenze di certezza.

... Neratius libro primo ita refert eum, qui similiter rogatus esset, ut mulierem restitueret, partum eius restituere cogendum non esse, nisi tunc editus esset, cum in fideicommisso restituendo moram fecisset. Neque interesse existimo, an ancilla specialiter an hereditas in fideicommisso sit.

Paolo trattava della restituzione dei *partus ancillarum* da ricomprendere o meno nell'obbligo di restituzione dell'*hereditas*, Nerazio considera in particolare il fedecommesso che avesse ad oggetto la sola schiava.

Ma va notato che mentre l'opinione dei due giuristi è in ogni caso in terza persona, la chiusa, che riguarda poi soltanto la seconda situazione (con uno sguardo lanciato verso la prima: *Neque interesse existimo, an*⁴¹ *ancilla specialiter an hereditas in fideicommisso sit*), presenta il verbo in prima persona, quasi a creare un distacco fra le due opinioni dei due giuristi e la riflessione conclusiva. Il tutto pur sotto la stessa *inscriptio* che assicura la paternità di ogni parola dai *libri responsorum* di Paolo.

D'altra parte, riflettendo anche solo superficialmente sulla produzione di Paolo considerata nel suo insieme, può forse emergere qualche dato da cui trarre spunto per cercare di comprendere le diverse prospettive.

Innanzitutto si può rilevare come nell'insieme delle 26 opere pauline elencate fra quelle composte da più libri, prevalgano nella maggioranza titoli "generalisti", attraverso i quali il giurista poteva aver trattato (ed ha trattato) qualsiasi tema e affrontato qualsiasi questione. Si considerino:

– i *libri ad edictum*, 80, e i *Brevia* (*Brevium ad edictum libri XXIII*), che naturalmente dovevano trattare di tutti i temi, quanto mai vari, che trovavano spazio negli editti⁴²;

⁴¹ Ritengo debba leggersi certamente: *aut*.

⁴² I *libri ad edictum* costituiscono la più ampia fra le opere di Paolo, costituiti come sono da 80 libri (di cui gli ultimi due dedicati all'editto degli edili curuli) che il Lenel nella ricostruzione palinogenetica compone in 767 citazioni per circa 200 ripartizioni tematiche seguendo appunto lo schema dell'editto (Lenel, *Palinogenesia I* cit., coll. 966-1098): nelle pagine del Digesto quei frammenti vanno calcolati in 764 e trovano collocazione in 247 titoli diversi (sui 430 titoli che risultano nel totale della compilazione), contribuendo alla trattazione di una assoluta varietà di temi. Per quanto riguarda i *Brevia* si tratterebbe in tutto di 15 brani brevissimi (quasi delle massime che si possono pensare estratte dagli stessi *libri ad edictum*: per es. D. 4,6,8, dieci parole, *Legatis quoque municipio rum succurritur ex principum Marci et Commodi constitutione*, o D. 42.5.26, dodici parole, *Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit, vel etiam emendam, privilegium habet*) distribuiti nel Digesto in 13 titoli differenti (il Lenel, *Palinogenesia I* cit., coll. 955 s., ne ipotizzava la distribuzione in 10 titoli dell'opera originaria: aggiungeva poi il titolo *de legis Cinciae exceptione* per collocarvi

- le *Institutiones*, che logicamente dovevano rispondere ai criteri impliciti nel titolo e nelle finalità di opere di questo genere, indirizzate ad esporre le regole basilari delle diverse direzioni del sapere giuridico⁴³;
- i libri di commento alle opinioni di altri giuristi, *ad Neratium*, *ad Plautium*, *ad Masurium Sabinum*, *ad Vitellium*, in cui si trattavano genericamente tutti gli argomenti del *ius civile*⁴⁴;
- i *Decretorum libri*, e le *Sententiae imperiales in cognitionibus prolatae*, in cui presumibilmente il giurista discuteva i problemi giuridici e le soluzioni relative a questioni giudiziarie e liti di ogni tipo sottoposte alla cognizione della cancelleria imperiale⁴⁵;

i due brani di Vat. 310 e Vat. 311, e ciò pur avendo catalogato fra le opere di Paolo un *liber singularis* specifico, *ad legem Cinciam*).

⁴³ Delle *Institutiones* pauline si contano tre testi, D, 41.2.41, D. 8.3.4 e D. 44.7.3, collocati dal Lenel rispettivamente in tema di possesso (il titolo giustiniano sarebbe il *De adquirenda vel amittenda possessione*), servitù (*De servitutibus praediorum rusticorum*) e obbligazioni (*De obligationibus et actionibus*).

⁴⁴ A ciascuno di questi giuristi si ascrive la paternità di diverse opere, e spesso non è facile individuare il luogo specifico del loro pensiero cui Paolo oppone il suo commento, la sua “nota”. L'utilizzo del termine “nota” è qui intenzionale, quando si consideri che delle 29 citazioni elencate dal Lenel *ad Neratium* (Palingenesia I cit., coll. 1140-1143) in almeno otto casi il rapporto critico fra i due giuristi è chiaramente strutturato come una “nota”: vi compare l'*inscriptio* che riporta il nome di Nerazio, poi una frase o un periodo o un problema comunque espresso, poi il nome di Paolo, e infine un'altra frase, più o meno breve, che rappresenta il pensiero di quest'ultimo.

I brani che illustrano i *libri ad Plautium* di Paolo secondo il Lenel sarebbero 177 (Palingenesia I cit., coll. 1147-1178). Anche qui si possono sottolineare taluni casi in cui il contrasto di opinioni fra i due giuristi è espresso nella forma della “nota”, addirittura con un alternarsi di battute fra “*Plautius*” e “*Paulus*”: così D. 34.2.8, così D. 35.1.43, così D. 35.1.44, così D. 35.2.49. Quattro passi su 177 sono forse pochi per ipotizzare che il commento di Paolo a Plautio potesse essere tutto costruito come “note”, anche se questi casi, uniti ad altri potrebbero forse suggerire l'ipotesi della disponibilità, nelle mani dei commissari giustiniani (più che di autonomi testi “enciclopedici”, costituiti di separate annotazioni) di opere dei vari autori, utilizzate nelle letture della scuola, e perciò già “glossate” da Paolo ovvero col pensiero di Paolo (si veda *infra*, p. 66 ss.), nate nella scuola (dagli appunti degli studenti) e distribuite per la scuola.

Sicuramente l'opera sabiniana che raccoglie attorno a sé l'attenzione interpretativa e critica di tanti giuristi e la più famosa, i *libri tres iuris civilis*, è ben presente nella produzione di Paolo. I suoi *libri ad Sabinum*, con i 297 frammenti attraverso i quali sono documentati dal Lenel (Palingenesia I cit., coll. 1251-1293), costituiscono la più ampia presenza di Paolo, dopo i 767 frammenti dei commentari *ad edictum*.

Infine i *libri ad Vitellium* di Paolo sono documentati nel Digesto da 30 passi (Palingenesia I cit., coll. 1301-1308).

⁴⁵ Dai *libri Decretorum* sono tratti 25 frammenti che i commissari hanno collocato sotto 23 titoli diversi (mentre i titoli che il Lenel ipotizza seguendo l'ordine dell'editto

- i *libri Manualium*⁴⁶, i *libri Quaestionum*⁴⁷, i *libri Regularum*⁴⁸, i *libri Responsorum*⁴⁹, i cui frammenti hanno nella *ordinatio*⁵⁰ del Digesto le più diverse collocazioni;
- le *Notae*⁵¹;

sono 13). Per la maggior parte appaiono realmente casi di particolare difficoltà con istanze concrete, e proteste, e lamentele dei privati: ne emergono nomi propri e personaggi di carne, come Emilio Lariano, Ovinio e Claudio Telemaco con il loro problema circa la compravendita di un fondo *sub lege commissoria* (D. 4.4.38), Tiziano Primo e la sua *praepositio mutuis pecuniis dandis* (D. 14.5.8), Emilio Tolomeo e la *quaedam fisci debitoris* Moschis a lite per una locazione (D. 49.14.47), Romano Appulo e Emilio Dexter, ciascuno per suo conto coinvolto in questioni relative alla tutela (D. 26.5.28 e D. 26.7.53), Pattumeio Androstene e la sostituzione testamentaria da lui disposta (D. 4.4.38), e poi Callinico, Ermippo, Tiziana, Giuliano Severo, Giulio Mauro, Osidio, Antioco e Valeriana, Fabio, Onorata, ecc. fino a Metrodoro e Filottete per un caso di *relegatio in insulam*. Al contempo dai *libri imperialium sententiarum* di Paolo si leggono nel Digesto 4 frammenti (Palingenesia I cit., coll. 1111-1112), due dei quali propongono ugualmente ipotesi concrete descritte sotto i nomi propri dei protagonisti (Carmelia Pia ed Ermogene per una divisione dell'eredità, D. 37.14.24; Eliano coi suoi problemi fiscali a seguito dell'acquisto, *ut manumitteret*, della schiava Eumeria, D. 40.1.10), mentre gli altri due, D. 50.16.240 e D. 35.1.113, risultano più astratti.

⁴⁶ I *libri Manualium* di Paolo sono rappresentati nella Palingenesia del Lenel (Palingenesia I cit., coll. 1135-1139) da soli 37 frammenti, di cui, poi, soltanto 23 derivano da loro utilizzazione nel Digesto (gli altri si leggono nei Vaticana Fragmenta). Il Lenel stesso ritiene di poter individuare nell'opera paulina, attraverso questi frammenti, 12 titoli diversi.

⁴⁷ Ben più corposa consistenza hanno i *libri Quaestionum*, 154 frammenti circa (cui si aggiunge la citazione indiretta di C. 3.28.33.1, e considerando qualche incertezza di attribuzione: Palingenesia I cit., coll. 1181-1221) in cui si ripropone la concretezza dei casi vissuti e portati alla consulenza del giurista. A nomi reali, come Nesennio Apollinare o Claudio Felice o Eutichiana, si alternano talora i simbolici e astratti Lucio Tizio e Caio Seio; e spesso il caso è discusso con l'opinione di altro giurista.

⁴⁸ I *libri Regularum* sono elencati in 11 frammenti (ma vedi *infra*, nt. 55).

⁴⁹ Infine per i *libri Responsorum* il Lenel conta 154 frammenti (ma vedi *infra*, nel testo).

⁵⁰ *Ordinatio* è termine su cui indulge con compiacimento il Giustiniano delle costituzioni c.d. introduttive, a indicare l'insieme, la raccolta, il più delle volte con una particolare inflessione sistematica anche molto intensa (cfr. *Deo auctore* 3, *documentis ex nostri codicis ordinatione acceptis*; *Tanta* pr., *et omne studium Triboniano viro excelso magistro officiorum et ex quaestore sacri nostri palatii et ex consule credidimus eique omne ministerium huiusmodi ordinationis imposuimus*; *Tanta* 5, *Et memoratam ordinationem octo librorum mediam totius operis reposuimus*; ancora *Tanta* 5, *in vetustioris quidem edicti ordinatione*; *Omnem* 1, *non secundum edicti perpetui ordinationem*; *Omnem* 4, *in omni nostrorum digestorum ordinatione*; magari anche nella forma verbale di *Tanta* 20, *Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est*).

⁵¹ Anche se nella tradizione forense (e in quella scolastica) devono aver avuto una fortuna autonoma (come dimostra il divieto della legge delle citazioni, *notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari* = CTh. 1.4.3) certamente non possono essere considerati un'opera autonoma i vari "Paulus" o "Pau-

– le *Sententiae ad filium*, che, collazionate da varie raccolte antiche, dalle leggi romano-barbariche, dalla *Collatio*, dalla *Consultatio*, dai *Fragmenta Vaticana*, anche se attraverso il Digesto ci sono pervenuti soltanto 141 frammenti, costituiscono la più corposa fra le opere di Paolo; nel totale dei titoli che la dottrina ha creduto di individuare nei cinque libri (rispettivamente $21 + 43 + 10 + 14 + 37 = 125$) abbiamo, ben individuato, un vasto spettro di temi⁵².

Una seconda considerazione si può fare relativamente alla singolare “ripetitività”, che non può non saltare agli occhi, fra alcune delle opere a più libri e certi *libri singulares*⁵³, di cui fra l’altro si documenta una presenza nel Digesto davvero minima. A parte la curiosità che suscitano quei *libri*

lus notat” che si leggono talora, generalmente brevissimi e lapidari, all’interno dell’esposizione del pensiero di altro autore: di Giavoleno, di Giuliano, di Papiniano, di Scevola (o, come in precedenza si è visto, anche di Nerazio, di Plautio, di Vitellio: in particolare *supra*, nt. 44). Il Lenel (Palingenesia I cit., col. 1143, ntt. 2-6) ne conta una per Giavoleno (in D. 29.2.60), sette per Giuliano (D. 4.2.11 ; D. 18.5.4 ; D. 15.3.14 ; D. 37.6.3.1 ; D. 39.6.15 ; D. 40.2.4 ; forse D. 40.9.15.1), circa venticinque per Papiniano (non sempre leggibili; nell’edizione Mommsen-Kruger del Digesto risultano soltanto in D. 1.21.1.1; D. 22.1.1.2; 45.1.116 ; D. 16.3.24 che va sotto il nome di Papiniano, ma che Lenel ritiene sia in realtà di Paolo; D. 18.1.72 ; D. 6.2.16 ; D. 38.2.42 pr.-2 ; D. 46.5.8 pr. ; D. 8.1.18 ; D. 27.9.13.1 ; D. 42.8.16 ; D. 28.4.4 ; D. 33.1.9), due per Scevola (in D. 5.2.13 ; D. 40.9.26). Del resto relativamente a queste (ed altre) *notae* non si può escludere – mi sembra – che nella prassi delle scuole e dei tribunali potessero e dovessero circolare ampiamente opere postillate e commentate (o per anticipare i tempi “glossate”) in cui il giovane si sentiva indotto ad “annotare” un commento a lato dello scritto del suo libro. Salvo quanto si dirà più oltre (*infra*, p. 66 ss. e in part. nt. 107). Non si può dar conto qui della lunga bibliografia sulle *Notae*: basti dire che inizia concretamente con le lunghe pagine di Emilio COSTA (*Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, I. *La vita e le opere di Papiniano*, Bologna 1894, p. 329 ss.); ma un riferimento basilare più recente va fatto nei confronti di B. SANTALUCIA, *Le note pauline e ulpianee alle “Quaestiones” e ai “Responsa” di Papiniano*, in *BIDR LXVIII*, 1965, p. 49 ss. Altra bibliografia sul tema in A. GUARESCHI, *Le note di Marciano ai “de adulteriis libri duo” di Papiniano*, in *Index* 21, 1993, p. 469 nt. 1.

⁵² Per le problematiche che riguardano l’attribuzione, l’autenticità, epoca e luoghi della composizione, struttura e fortuna dell’opera rimando ora a J. RUGGIERO, *Il maestro delle Pauli Sententiae cit., passim*; Id., *Immagini di ius receptum cit.*, p. 259 ss.

⁵³ Del resto una qualche “ripetitività” potrebbe rilevarsi anche all’interno dello stesso gruppo di opere a più libri, come per esempio – e lo si è accennato – fra i *brevia* e i *libri ad edictum*, fra i *libri decretorum* e le *imperiales sententiae in cognitionibus prolatae* (cfr. *supra*, rispettivamente nt. 42 e nt. 45), come, peraltro, è attestato anche dall’*inscriptio* di D. 36.1.83: *Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris VI libro primo seu decretorum libro II*. O che dire poi dell’autonomia di ben tre *libri singulares* intitolati rispettivamente *ad senatusconsultum Orphitianum* l’uno, *ad senatusconsultum Tertullianum* l’altro e *ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* il terzo (per il solo D. 38.17.7)?

tres de adulteriis cui fa da contraltare l'omonimo *liber singularis*⁵⁴, ovvero quei sette *libri regularum* cui si contrappone un *liber singularis regularum*⁵⁵, qualche perplessità può suscitare la parziale possibile sovrapposizione di

⁵⁴ Ai *libri tres de adulteriis* le *inscripciones* del Digesto attribuiscono la provenienza di 12 frammenti; dall'omonimo *liber singularis* deriva uno solo dei cinque frammenti che il Lenel seleziona (Palingenesia I cit., coll. 953 s.: gli altri quattro derivano dalla *collatio*): nel Digesto trova collocazione sotto il titolo *de requirendis vel absentibus damnandis*, D. 48.16.16 (cfr. Palingenesia I cit., coll. 951-954). Sul rapporto fra i *libri tres* e il *liber singularis* Giuliano CERVENCA, con il conforto di ampia dottrina (*op. cit.*, p. 410 ss., in part. ntt. 58 e 59), riconosce in entrambe le opere una stessa struttura, senza sensibili differenze, che fa pensare che siano entrambe un commentario alla *lex Iulia de adulteriis*: in particolare il *liber singularis* si presenterebbe come un sunto postclassico dei *libri tres*, che peraltro ricomprende in sé taluni principi di diritto classico (per esempio relativi al rischio di calunnia in cui incorre l'estraneo che accusa una donna di adulterio) che sono assenti invece nell'opera-madre, della quale, pertanto, documentano un'alterazione successiva (si veda anche quanto detto *supra*, nt. 2, sull'analogo opera di Papiniano).

⁵⁵ Ai *libri regularum* si contrappone un *liber singularis regularum* (Palingenesia I cit., coll. 1221-1223). La prima opera è rappresentata nel Digesto da soli 11 frammenti, la seconda da 8. Certamente per quel che riguarda il *liber singularis* si tratta in genere di frammenti brevi, talora brevissimi: per esempio D. 24.1.43 è una breve frase di appena 8 parole, D. 22.1.30 contiene 11 parole, D. 49.5.3 ne contiene 12, e D. 42.5.32 ne contiene 20. Ma anche i frammenti dei *libri Regularum* sono brevi o brevissimi: D. 1.7.30 contiene 8 parole, D. 2.14.59 contiene 17 parole così come D. 43.3.10, e ancora D. 28.5.53 è formato da 18 parole, e D. 16.1.9 da 20 parole. Se si escludono D. 30.33 e D. 30.122 nonché D. 40.12.32. Lo stile è dunque in ogni caso stringato. L'imbarazzo della dottrina di fronte alle due opere dello stesso autore aventi lo stesso titolo costringe ad una presa di posizione soltanto quando necessariamente ci si trovi a doverle confrontare (occasioni che sono abbastanza rare, essendo i passi pochi e di non rilevante spessore). Comunque in dottrina si è pensato di volta in volta di intendere il *liber singularis* come un riassunto dei *libri regularum* (così F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, 1947, p. 176, che lo ritiene postclassico; così P. STEIN, *Regulae iuris*. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, p. 84) o come una raccolta di massime. Ne deriva una generale diffidenza circa la paternità dell'opera (se non addirittura di entrambe: si veda R. RÖHLE, *Der 'liber singularis' des Paulus*, in *Labeo* 12, 1966, p. 218 ss., che lo definisce «ein nachklassisches Florilegium der Reskriptenpraxis»). Una breve sintesi di tutti questi dubbi si legge in M.U. SPERANDIO, *'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. Il 'liber singularis regularum' pseudoulpiano e il 'codex vaticanus reginae 1128'*, in RIDA 2011, p. 357 ss., in part. p. 370: «Ora, entro il genere letterario dei *libri regularum*, il *liber singularis regularum* continua a sollevare tra gli studiosi i sospetti più ampi, che ne mettono fortemente in dubbio l'originalità e l'autenticità: molti elementi lascerebbero, infatti, ritenere che esso non provenga dall'autore cui risulta attribuito, ma costituisca piuttosto una 'crestomazia', un 'florilegio', composto da mani ignote con opere dello stesso o di più autori; per di più, nel *liber singularis regularum* sarebbero frequenti interpolazioni, aggiunte, *explanationes*, *glossae*). Dedicando alla «letteratura per l'insegnamento del diritto» le prime pagine di un suo lavoro (G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento*, Torino 2012, p. 1 ss.) Gloria Viarengo puntualizza le connessioni fra questo genere letterario, i *libri regularum*, la loro probabile derivazione dai *pithana* labeoniani, già prospettata da Schmidlin, e le esigenze di una produzione letteraria nata per l'apprendimento del diritto.

argomenti nei *libri tres decretorum* e nei quattro *libri imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum* a fronte del *liber singularis de appellationibus*⁵⁶, o anche del *liber singularis de cognitionibus*⁵⁷; ugualmente con qualche perplessità si può porre il *liber singularis de excusationibus tutelarum* in parallelo rispetto al *de iurisdictione tutelari (editio secunda)*⁵⁸; ugualmente ai tre libri *De fideicommissis* (18 i brani citati) si affianca, parte speciale dello stesso tema, il *liber singularis de tacitis fideicommissis* (come appare nelle *inscriptiones* dei due testi che gli sono ascritti)⁵⁹.

⁵⁶ Due brevi frammenti, D. 49.2.2 e D. 49.5.7 presentano nell'*inscriptio* il riferimento ad un *liber singularis de appellationibus* di Paolo; il Lenel vi aggiunge D. 49.4.2.3 in cui ritiene che il richiamo di Macro a Paolo nel suo *liber de appellationibus* (*Si pro eo, qui capite puniri iussus est, necessaria persona appellet, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat*) debba intendersi come richiamo ad un omonimo *liber* paulino.

⁵⁷ Brevissime, e con l'andamento lessicale e sintattico di vere e proprie massime, sintetiche, lapidarie, le sette citazioni dal *liber singularis de cognitionibus*: D. 26.3.9; 26.5.29; D. 27.1.42; D. 27.1.46; D. 49.18.5; D. 50.16.228; D. 50.17.101.

⁵⁸ Per quanto riguarda il *liber singularis de excusationibus tutelarum* Otto Lenel (*Palinogenesia I cit.*, coll. 1098 s.) ritiene di poter leggere nel Digesto cinque riferimenti. In realtà in due/tre casi, D. 27.1.6.5 e D. 27.1.6.10, nonché D. 27.1.13.2, il pensiero di Paolo è riportato indirettamente attraverso la voce di Modestino, dai *libri excusationum* in lingua greca, senza alcun esplicita citazione dell'opera paulina. Nel caso di D. 26.3.4 e di D. 27.1.11, invece, l'*inscriptio* si riferisce esplicitamente al *liber singularis de excusationibus tutelarum*, mentre per D. 27.1.26 si parla, ed è forse una sintesi, di *liber singularis de excusationibus*. D'altra parte l'opera *de iurisdictione tutelari* è presente nella *Palinogenesi leneliana* (*Palinogenesia I cit.*, coll. 1119 s.) per un solo testo, il 247 di Paolo, che è tratto in realtà dai *Vaticana Fragmenta* dove si precisa, fra l'altro che si tratterebbe di un libro *I edizionis secundae*: vi si riferisce della disposizione imperiale, di Marco Aurelio e Lucio Vero a Claudio Erodiano, relativa all'*excusatio* dai *munera civilia* concessa a chi fosse padre di almeno tre figli, disposizione che viene estesa, variando solo il numero dei discendenti, all'Italia tutta e alle province. Il fatto che anche in questo caso si parli di *excusatio*, ma che, comunque, questa *excusatio* non riguardi in realtà la tutela può dare adito a qualche riflessione circa la congruenza fra il titolo che ci dettano i compilatori e i contenuti dell'opera, tenendo anche conto dell'utilizzo in parallelo di un'opera a intitolazione più ampia e generica qual è quella dei *libri excusationum* di Modestino (su cui T. MASIELLO, *I libri excusationum di Erennio Modestino*, Napoli 1983, *passim*).

⁵⁹ Ai tre libri *de fideicommissis* le *inscriptiones* del Digesto riferiscono 17 citazioni dirette (e una indiretta, giustinianea). Il tema dei taciti fedecommissi, o meglio della *tacita fides*, è tema così specifico (cfr. D. 49,14,49: *Cum tacitum fideicommissum is cui datum erat capere se nihil posse detulisset, in quaestionem venit, dodrantis an totius assis partem dimidiam ex beneficio divi Traiani recipere debeat. De qua re exstat rescriptum imperatoris Antonini in haec verba: 'Imperator Antoninus Iulio Rufo. Qui tacitam fidem accommodavit, ut non capienti restitueret hereditatem, si deducta parte quarta restituit, nihil retinere debet. quadrans autem qui heredi imponitur ipsius eripiat et ad fiscum transferatur. unde doranti semissem solum capit qui se detulit*) che forse più opportunamente poteva essere trattato nell'opera generale. Del resto al *liber singularis de tacitis fideicommissis* si riferi-

Le considerazioni fin qui condotte, unite al fatto che in generale le citazioni derivate dai libri *singulares* sono per ciascuno di essi veramente esigue, e che nel totale, considerando tutti i 61 *libri singulares* costituiscono soltanto poco meno del 7% delle citazioni di Paolo (in tutto 148 su 2057) potrebbero suggerire l'ipotesi che per qualche parte i c.d. *libri singulares* non siano opere autonome quanto piuttosto parti o sezioni o capitoli delle opere più importanti e più corpose, distinti dal resto dell'opera in base all'individuazione dell'argomento e come tali utilizzate dai compilatori.

Se poi si considera che a proposito dei libri 20, 21 e 22 del Digesto Giustiniano non esita a parlare di *libri singulares* (ed anzi al primo attribuisce un proprio titolo: *et in primis liber singularis ad hypothecariam formulam ...*), e ciò nel momento stesso in cui sta celebrando la grandezza organica dell'intera compilazione; se si considera ancora che viene dato il nome di *libri singulares* ai quattro libri che nel secondo anno di studi devono introdurre alle trattazioni di dote, tutela, testamento, legati e fedecommessi (*adiungi in secundi anni audientiam volumus quattuor libros singulares, quos ex omni compositione quattuordecim librorum excerpimus*), che anche ai dieci libri rimanenti, proposti in luogo dei *responsa* di Paolo, viene data la qualifica di *libri singulares* (*pro responsis autem prudentissimi Pauli ... decem libros singulares, qui ex quattuordecim quos antea enumeravimus supersunt, student lectitare*); e che, infine, i diciassette libri che costituiscono la quarta e la quinta parte del Digesto sono indicati come *libri singulares* (*et ita omnis ordo librorum singularium a nobis compositus et in decem et septem libros partitus eorum animis inponetur (quem in duabus digestorum partibus posuimus, id est quarta et quinta, secundum septem partium distributionem)*⁶⁰) l'idea che i compilatori di Giustiniano abbiano potuto indicare come *liber singularis* una parte organicamente completa di altra opera ben più ampia non è da escludere.

scono soltanto due frammenti, il citato D. 49,14,49, e un altro, D. 50,16,229, brevissimo, appena 16 parole, sotto il titolo *de verborum significatione*. Si noti che anche Gaio sarebbe autore di un *liber singularis de tacitis fideicommissis* da cui sarebbe derivato il solo D. 34.9.23 (*Si quilibet heres ex cuiuscumque testamento tacite rogatus fuerit, ut quadrantem, quem legis Falcidiae beneficio retinuit, non capienti restituat, aequae locus erit senatus consulto: neque enim multum intererit inter tale fideicommissum et cum quis id, quod ad se ex hereditate pervenerit, restituere rogatus sit*), in cui ancora una volta la particolarità del caso sembrerebbe consistere in quel *tacite rogatus* che è caratteristica dei fedecommessi. Cfr. V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993, p. 230 s.: qui altra bibliografia.

⁶⁰ Cfr. GIOMARO, *op. cit.*, p. 121 ss.

Del resto, ritornando alla produzione letteraria di Paolo, una certa sovrapposibilità di temi, o piuttosto una singolare connessione, che potrebbe far pensare o a un titolo bivalente o a derivazione da un'unica opera (o sezione di opera), si può leggere anche all'interno della serie dei *libri singulares*.

Per esempio fra il *liber singularis ad legem Cinciam* di cui nel Digesto è riportato un solo frammento (D. 1,3,29, peraltro brevissimo)⁶¹ e il *liber singularis de donationibus inter virum et uxorem l.s.* (il cui titolo compare in questa forma soltanto nell'*Index*).

Per esempio relativamente ai tre *libri singulares de poenis* (*De poenis militum l.s.* (5 i brani citati), *De poenis omnium legum l.s.* (3 i brani citati), *De poenis paganorum l.s.* (6 i brani citati)⁶².

Per esempio tra le opere che trattano della posizione degli schiavi liberati i cui titoli in taluni casi appaiono sicuramente "ripetitivi" (*De adsignatione libertorum l.s.* (5 i brani citati), *De articulis liberalis causae l.s.* (1 brano), *De liberali causa l.s.* (1 brano), *De libertatibus dandis l.s.* (3 i brani citati), *De iure patronatus l.s.* (3 i brani citati), *De iure patronatus, quod ex lege Iulia et Papia venit l.s.*⁶³

Per esempio considerando i *libri singulares* dedicati alla materia testamentaria (*De forma testamenti l.s.* (1 brano), *De inofficioso testamento l.s.* (5 i brani citati), *De iure codicillorum l.s.* (5 i brani citati), *De legitimis hereditatibus l.s.*⁶⁴, *De secundis tabulis l.s.* (3 i brani citati), *De testamentis l.s.* (1 brano), cui potrebbe aggiungersi il *De centumviralibus* (e/o *septemviralibus*) *iudiciis* (3 i brani citati)⁶⁵, se non anche i libri relativi

⁶¹ D. 1,3,29: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

⁶² Di fronte alla scarsità e brevità dei passi relativi riportati nel Digesto (11 passi in tutto per un totale di sole 300 parole; cfr. Palingenesia I cit., coll. 1178 s.), non credo che una particolare ampiezza di trattazione potesse avere in Paolo il tema delle pene, tanto da giustificare tre opere distinte (il *de poenis militum*, 3 passi di cui solo uno con qualche corposità e 2 citazioni indirette da Macro, il *de poenis omnium legum*, 2 passi brevissimi, e il *de poenis paganorum*, 4 passi brevi, cui riterrei di dover aggiungere il *de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur*, due passi di cui uno breve).

⁶³ È facile ipotizzare che con la dizione *De liberali causa l.s.* (1 solo testo, D. 40.12.33) e *De articulis liberalis causae l.s.* (1 solo testo sotto lo stesso titolo, D. 40.12.41) i commissari giustinianeî indichino in realtà un'opera sola (o una stessa sezione di opera); e che, ugualmente, vi sia identità fra il *De iure patronatus l.s.* di D. 25.3.9, D. 38.1.17 e D. 38.1.28 e il *De iure patronatus, quod ex lege Iulia et Papia venit l.s.* che peraltro compare solo nell'*Index* (cfr. LENEL, Palingenesia I cit., coll. 1118).

⁶⁴ Che compare solo nell'*Index* (cfr. LENEL, Palingenesia I cit., col. 1134).

⁶⁵ Per non parlare del *De tacitis fideicommissis l.s.* E si consideri che la materia testa-

alla trattazione della disciplina dei senatori interessanti la materia testamentaria, il Tertulliano e l'Orfiziano circa la successione reciproca fra madre e figlio (il riferimento al *liber singularis ad senatum consultum Tertullianum* è esplicito per 5 passi, mentre 2 sarebbero i passi estrapolati dal *liber singularis ad senatum consultum Orphitianum*), il Liboniano (dal *liber singularis ad senatum consultum Libonianum l.s.* sarebbe tratto un lungo brano, D. 48,10,22), il Silaniano (3 i brani citati: D. 29,5,7; D. 29,5,10; D. 29,5,12).

D'altra parte sorprende – ed è un ulteriore argomento di riflessione – che di fronte alla serie dei libri che risulterebbero dedicati a singoli senatori (*Ad senatum consultum Claudianum l.s.*, 1 brano; *Ad senatum consultum Libonianum l.s.*, 1 lungo brano; *Ad senatum consultum Orphitianum l.s.*, 2 brani; *Ad senatum consultum Silanianum l.s.*, 3 brani; *Ad senatum consultum Tertullianum l.s.*, 5 brani; *Ad senatum consultum Turpillianum l.s.*, 3 brani; *Ad senatum consultum Vellaeum l.s.*, 1 brano)⁶⁶, si possa ipotizzare un *liber singularis* “generalista” come dovrebbe essere il *liber singularis de senatusconsultis*, quando poi gli si ascrive un solo breve testo, D. 36,1,27, che invero tratta nello specifico dei rapporti fra il senatusconsulto Aproniano ed il Trebelliano (*Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri: sed municipes ad eas admittuntur*) e nel Digesto è collocato dai commissari giustiniani sotto il titolo 36,1, *ad senatusconsultum Trebellianum*. Peraltro, per i senatori, più che ad una trattazione “enciclopedica” *de senatusconsultis* (e anche a parziale giustificazione della nutrita serie dei titoli specifici) potrebbe essere più confacente una trattazione, specifica appunto, *in sedes materiae*, così come del resto appare dalla collocazione che i singoli frammenti hanno trovato nel Digesto⁶⁷.

mentaria era la più importante e dunque la prima che veniva esposta nelle trattazioni di *ius civile*.

⁶⁶ Se non anche rispetto ai *libri ad orationem* (*Ad orationem divorum Marci Antonini et Commodi l.s.*, 2 i brani citati, *Ad orationem divi Severi l.s.*, 2 i brani citati, *Ad orationem divi Severi et Commodi l.s.*, che risulta solo nell'*Index* (cfr. LENEL, *Palingenesia I cit.*, coll. 1146 s.).

⁶⁷ Si contano nello specifico:

- un testo per il *liber singularis ad senatusconsultum Claudianum* collocato in D. 40,13,5 (titolo *Quibus ad libertatem proclamare non licet*);
- un lungo testo per il *liber singularis ad senatusconsultum Libonianum* collocato in D. 48,10,22;

Un'altra considerazione ritengo debba farsi senz'altro.

Chiamato a dare informazioni sulla vita, la moralità e la fede del patriarca di Antiochia Severo contro i suoi detrattori, Zaccaria lo Scolastico ripercorre in poche pagine gli anni giovanili vissuti insieme negli studi di grammatica e retorica e filosofia ad Alessandria, fra il 485 ed il 487, e in seguito quelli di diritto a Berito, dal 487 al 492⁶⁸. La *vita Severi* è un documento prezioso per assumere consapevolezza dell'ambiente delle scuole e delle attività che vi si svolgevano. Siamo così informati della dinamicità della lezione che accanto all'*expositio* del maestro prevedeva la *praxis* dei discenti; della frequenza giornaliera delle lezioni stesse; dell'uso di appunti presi dagli studenti, oggetto di studio nelle ore libere dopo il ritorno alle proprie case, fascicoli di carte passati di mano in mano nel procedere di anno in anno o al momento della conclusione degli studi. "Questi libri di note ed appunti – scrive il De Francisci – passavano quindi dall'uno all'altro studente e costituivano così un mezzo di diffusione dei corsi e dei commenti dei maestri", e azzarda come molto probabile l'ipotesi che "simile origine scolastica" abbiano avuto "molte

– due passi, D. 38,17,6 e D. 50,16,230, per il *liber singularis ad senatusconsultum Orphitianum*, che trovano spazio rispettivamente sub titolo *Ad senatus consultum Tertullianum et Orphitianum* e *De verborum significatione*;

– tre passi per il *liber singularis ad senatusconsultum Silanianum*, cioè il 7, il 10 e il 12 del titolo relativo, 29,5 del Digesto, *De senatus consulto Silariano et Claudiano: quorum testamenta ne aperiantur*;

– quattro passi e una citazione indiretta per il *liber singularis ad senatusconsultum Tertullianum*, e sono D. 38,17,5 e D. 38,17,7 nel titolo *Ad senatus consultum Tertullianum et Orphitianum*, D. 50,16,231, nel titolo *De verborum significatione*, D. 32,68 nel *De legatis et fideicommissis* e C. 6,58,14 nel

– tre passi per il *liber singularis ad senatusconsultum Turpillianum*, e cioè D. 23,2,68 (tit. *De ritu nuptiarum*), D. 48,6,12 (tit. *Ad legem Iuliam de vi publica*) e D. 48,10,21 (tit. *De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*);

– un solo testo infine, D. 16,1,23, tit. *Ad senatus consultum Velleianum*, per il *liber singularis* omonimo.

⁶⁸ Il Severo di cui Zaccaria delinea le vicende biografiche fu patriarca monofisita di Antiochia dal 512 al 538; in seguito fu costretto dagli avversari ortodossi a rifugiarsi in Egitto. Il testo, originariamente redatto in greco, e pervenutoci in edizione siriana, è stato oggetto di studio soprattutto per approfondimenti nella storia del pensiero filosofico e religioso (cfr. G. SFAMENI GASPARGO, *Magia e demonologia nella polemica fra cristiani e pagani fra V e VI secolo: la Vita di Severo di Zaccaria Scolastico*, in MHNH, *Revista Internacional de investigación sobre magia y astrología antiguas*, 6, 2006, p. 32 ss. (per la storia del testo, le edizioni, le traduzioni, in part. nt. 1). Ne ha fatto una bella "lettura giuridica" fin dal 1912 Pietro DE FRANCISCI (*Vita e studi a Berito tra la fine del V e gli inizi del VI secolo*, Roma 1912) sottolineandone l'importanza non trascurabile per definire l'apporto delle scuole alla tradizione del diritto. Si veda anche A.M. GIOMARO, *op. cit.*, p. 19 ss.

delle opere appartenenti al periodo posteriore alla compilazione, quali la cosiddetta parafrasi di Teofilo e il frammento di indice del Digesto contenuto nel papiro fiorentino”⁶⁹. Ora, certamente l’ambiente descritto, di Alessandria, e più di Berito, è l’ambiente studentesco del V secolo, prima ancora che del “periodo posteriore alla compilazione” di cui dice il De Francisci, e proprio qui quella stessa vivacità di scritti, di appunti, riassunti e note può suggerire una trama circa la composizione e la diffusione di tanti *libri singulares*.

5. Ipotesi sulla numerosità dei *libri singulares* di Paolo

Il prospetto della produzione letteraria di Paolo, con le sue 26/27 opere divise in più libri e i 62 *libri singulares* (anche se di taluni abbiamo poi soltanto il titolo che compare nell’Index) rappresenta una situazione unica fra quelle relative alla produzione dei giuristi utilizzati nel Digesto. Intendo qui riferirmi semplicemente al fatto che il rapporto numerico fra le opere a più libri e i *libri singulares* appare totalmente differente, opposto.

Un primo confronto è opportuno con la produzione di quei giuristi che Paolo ebbe compresenti nell’impegno della formazione dei giovani, che sia prima che dopo l’intervento riformatore della cost. *Omnem* del 533 dovevano accompagnare gli anni degli studi superiori, e cioè, in particolare, Gaio, le cui *institutiones* costituivano materia di insegnamento nel primo anno, Ulpiano, che direttamente e/o indirettamente ispirava i percorsi didattici del secondo e in parte del terzo anno, e Papiniano, il giurista celebrato per i suoi *responsa* (e non solo) nel terzo anno.

Per quanto riguarda Gaio la sua produzione di *libri singulares*, 8, pur interessante, certamente non si avvicina alla numerosità documentata per Paolo. Il rapporto fra le opere composite e i *libri singulares* che per Paolo era di 26/27 a 62, per Gaio risulta invece di 12 a 8⁷⁰, dove le opere più

⁶⁹ Cfr. DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰ Gaio risulta autore di dodici opere composite a più libri, che sono: *ad edictum praetoris urbani libri* (almeno 10); *ad edictum aedilium curulium libri* II; *ad edictum provinciale libri* XXX; *de fideicommissis libri* II; *institutionum libri* IV; *ad legem XII tabularum libri* VI; *ad legem Iuliam et Papiam libri* XV; *de manumissionibus libri* III; un numero imprecisato di libri *ex Quinto Mucio* (citati dallo stesso Gaio al plurale in Inst. 1.188); *regularum libri* III; *rerum cottidianarum sive aureorum libri* VII; *de verborum obligationibus libri* III) e otto libri *singulares* (*l.s. de casibus*; *l.s. dotacion*; *l.s. de formula hypothecaria*; *l.s. ad legem Glitiam*;

corpose prevalgono numericamente su quelle che debbono considerarsi monografiche.

La differenza è ancora più evidente per quanto riguarda Ulpiano⁷¹. Il rapporto è 19 a 10.

Relativamente a Papiniano, come del resto si è visto, il rapporto è 4 a 1.

E quantunque il suo nome non ricorra accanto agli altri nei programmi di studio delle scuole del tempo, dopo aver considerato la produzione letteraria di Paolo e poi di Gaio, Ulpiano e Papiniano, è forse opportuno allargare il confronto anche all'ultimo giurista che con quelli risulta menzionato nella legge delle citazioni del 426. Stando alle indicazioni che ci pervengono dalle *inscriptiones* del Digesto, anche Erennio Modestino presenta una discreta produzione di *libri singulares*, tanto che il rapporto fra le opere composite e i *libri singulares* è in questo caso, sia pur di poco, a favore di questi ultimi, per 6 a 9⁷².

l.s. regularum ; *l.s. ad sc. Orfitianum* ; *l.s. ad sc. Tertullianum* ; *l.s. de tacitis fideicommissis*. Non è opportuna un'analisi, anche superficiale, delle singole opere come poi si farà invece per quelle di Paolo. Basti qui però rilevare il carattere per la maggior parte "generalista" delle opere composite contro quello più specifico dei *libri singulares* (tranne, forse, stando alle suggestioni che suscita il titolo, per il *l.s. de casibus*, e per il *l.s. regularum*); basti rilevare ancora che, come anche per Paolo, a fronte del or ora ricordato *l.s. regularum* si documenta anche un *regularum libri III*, e a fronte di un *de fideicommissis libri duo* si ponga un *l.s. de tacitis fideicommissis*.

⁷¹ [Ulpiano] Le opere costituite in più libri sono diciotto (*de appellationibus libri IV* ; *de censibus libri VI* ; *disputationum libri X* ; *ad edictum aedilium curulium libri II* ; *ad edictum praetoris libri LXXXI* ; *de fideicommissis libri VI* ; *institutionum libri II* ; *ad legem Aeliam Sentiam libri IV* ; *ad legem Iuliam de adulteriis libri V* ; *ad legem Iuliam et Papiam libri XX* ; *de officio consulis libri III* ; *de officio proconsulis libri X* ; *de omnibus tribunalibus libri X* ; *opinionum libri VI* ; i dieci libri *πανδέκτου*; *regularum libri VII* ; *responsorum libri II* ; *ad Sabinum libri LI*). I *libri singulares* sono dieci (*l.s. de excusationibus* ; *l.s. de officio consularium* ; *l.s. de officio curatoris reipublicae* ; *l.s. de officio praefecti urbi* ; *l.s. de officio praefecti vigilum* ; *l.s. de officio praefecti tutelaris* ; *l.s. de officio quaestoris* ; *l.s. pandectarum* ; *l.s. regularum* ; *l.s. de sponsalibus*). Gli stessi rilievi fatti per la produzione di Gaio nel suo complesso devono essere ripetuti per Ulpiano: le opere composite risultano generalmente, considerandone i titoli, più vaste e poliedriche (peraltro i titoli dei *libri singulares* presentano anch'essi qualche ampiezza). Anche a proposito di Ulpiano va segnalata la contemporanea presenza di un *regularum libri VII* e di un *l.s. regularum*; ma d'altra parte si nota anche un insieme di dieci libri di pandette, in greco (*πανδέκτου βιβλία δέκα*) e un *l.s. pandectarum*. Va anche rilevato come si ascrivano ad Ulpiano delle *notae* ai *digesta* di Marcello e ai *responsa* di Papiniano, relativamente alle quali si può ripetere quanto osservato per le *notae* di Paolo, *supra*, nt. 44, con relativi rimandi.

⁷² [Erennio Modestino] Appartengono al gruppo delle opere composite i *differentiarum libri IX* ; i *de excusationibus libri VI* ; i *pandectarum libri XII* ; i *de poenis libri IV* ; i *regularum libri X* ; i *responsorum libri XIX* ; sono dichiarati *libri singulares*: il *de differentia dotis* ;

Degli altri giuristi la cui voce è riportata nel Digesto risulterebbero autori di *libri singulares* soltanto Arcadio Carisio, Giuliano, Marcello, Marciano, Nerazio, Pomponio, Sabino, Scevola, Servio, Tertulliano, e Venuleio Saturnino.

In particolare ad Arcadio Carisio si attribuiscono solo tre opere e per tutte tre si parla di *libri singulares*⁷³. Il rapporto è dunque di 0 a 3.

Per Giuliano il rapporto è 3/4 a 1: alle quattro opere composite di vari libri, fra cui i novanta dei *digesta*, si contrappone un solo *liber singularis de ambiguitatibus*⁷⁴.

Marcello si ricorda autore di un *liber singularis responsorum* a fronte, invece, di quattro (o sei) opere non “monografiche”⁷⁵. Il rapporto è 3/4 a 1.

Ugualmente Marciano sarebbe autore di tre *libri singulares* a fronte, invece, di cinque (o sei) opere non “monografiche”⁷⁶: il rapporto è 4 a 3.

Le citazioni relative all'autore dei 18 *libri iuris civilis*, Quinto Mucio Scevola, sono per la maggior parte indirette (il Lenel ne riporta in tutto 56); fanno eccezione sei delle sette citazioni del *liber singularis ὄρων*, peraltro brevissime. Il rapporto è, dunque, per quel che sappiamo, 1 a 1⁷⁷.

de enucleatis casibus ; de heurematicis ; de inofficioso testamento ; de legatis et fideicommissis ; de manumissionibus ; de praescriptionibus ; de ritu nuptiarum ; de testamentis.

⁷³ [Arcadio Carisio] E sono il *l.s. de muneribus civilibus*, il *l.s. de officio praefecti praetorio*, il *l.s. de testibus*.

⁷⁴ [Giuliano] A Giuliano si ascrivono i novanta libri dei *digesta*, i quattro *libri ad Urseium Ferozem*, un numero imprecisato di *libri ad Minicium* (forse dieci); una sporadica citazione di *libri ad edictum* (la citazione di un “libro primo”, D. 3.2.1 Iulianus *libro primo ad edictum*, non ha poi altro riscontro, ma dovrebbe indicare – il titolo lo comporta – un’opera in più libri). A fronte si pone il citato *liber singularis de ambiguitatibus*, presente nel Digesto per tre frammenti.

⁷⁵ [Marcello] Le opere composite sono *digestorum libri XXXI ; ad legem Iuliam et Papiam libri VI ; de officio consulis libri* (LENEL, Palingenesia I cit., col. 634, rappresenta quest’opera mediante tre citazioni indirette; Marciano in D. 40.15.1.4 cita un “libro quinto”). Va anche segnalata l’*inscriptio* di D. 4.4.43, *Marcellus libro primo de officio praesidis*, e di D. 3.2.22, *Marcellus libro secundo publicorum*: ma sono informazioni che non hanno un seguito. A fronte il solo *l.s. responsorum*. Va rilevata anche in questo caso la presenza di *notae*, ai *digesta* di Giuliano, alle *regulae* di Pomponio, ai *libri ad Sabinum* dello stesso Pomponio (cfr. *supra*, nt. 44, con relativi rimandi).

⁷⁶ [Marciano] Per quanto riguarda le opere a più libri si ricordano: *de appellationibus libri II ; institutionum libri XVI ; de iudiciis publicis libri II ; regularum libri V*. I *libri singulares* sono il *l.s. de delatoribus*, il *l.s. ad formulam hypothecariam*, il *l.s. ad sc. Turpillianum*. Infine anche Marciano è autore di *notae*, in particolare *ad Papiniani libri de adulteris* (risultano in D. 23.2.57 e D. 48.5.8: cfr. *supra*, nt. 44, con relativi rimandi).

⁷⁷ [Quinto Mucio Scevola] Cfr. Lenel, Palingenesia I cit., coll. 757-764.

A Nerazio si ascrive la composizione di un *liber singularis de nuptiis* a fronte, invece, di cinque opere non “monografiche”⁷⁸: il rapporto è 5 a 1.

A Pomponio si attribuiscono due soli *libri singulares* (l'*enchiridion* e il *liber singularis regularum*) contro 11 opere di maggior ampiezza⁷⁹: il rapporto è 11 a 2.

Rutilio Massimo è ricordato per un suo unico *liber singularis ad legem Falcidiam*⁸⁰.

Per Sabino il rapporto che le fonti suggeriscono fra opere più complesse e *libri singulares* è 5 a 2⁸¹.

Scevola risulta autore di due *libri singulares* e quattro opere non monografiche⁸², con rapporto, dunque, di 4 a 2.

⁷⁸ [Nerazio] Le opere di Nerazio composte da più libri sono: le *epistulae* in più libri (Ulpiano in D. 33.7.12 cita un “libro quarto”); le *membranae* in sette libri; le *regulae* in quindici libri; i *responsa* in tre libri; inoltre Ulpiano in D. 8.3.5.1 richiama dei suoi *libri ex Plautio*, al plurale. A fronte un solo *liber singularis de nuptiis*.

⁷⁹ [Pomponio] Le opere composite sono le seguenti: *ad edictum* in un numero imprecisato di libri; *enchiridii libri II*; *epistulae* in più libri (Ulpiano in D. 22.1.32pr. cita un “libro dodicesimo”); *epistularum et variarum lectionum libri XX*; *de fideicommissis libri V*; *ad Quintum Mucium libri XXXIX*; *ex Plautio libri VII*; *ad Sabinum libri XXXVI*; *de senatusconsultis libri V*; *de stipulationibus* (Ulpiano in D. 7.5.5.2 cita un “libro ottavo” *de stipulationibus*); *variarum lectionum libri* (non meno di quarantuno ne ipotizza il LENEL, Palingenesia II cit., col. 151). Peraltro nelle molte citazioni di Pomponio da parte di altri giuristi, in particolare Ulpiano, spesso non è riportata l’opera, per cui, per esempio, da D. 38.5.1.14 sappiamo di un “libro ottantatreesimo”). Va rilevato, infine, che anche a Pomponio si ascrivono delle *notae* come si evince dalla frase *ut est relatam apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto* di D. 24.3.44pr. di Paolo.

⁸⁰ [Rutilio Massimo] Cfr. Lenel, Palingenesia II cit., coll. 185-186.

⁸¹ [Sabino] Le opere di Sabino, com’è noto, sono citate solo indirettamente. Si potrebbero riferire a *libri singulares* (due) la citazione di Gellio, 11.18.11-14 “*inveniet Sabini librum cui titulus est de furtis*” (da cui ipotizzare un *l.s. de furtis*) e quella di Ulpiano, D. 47.10.5.8 “*sed Sabinus in adsessorio ... ait*” (da cui ipotizzare un *l.s. de officio adsessorum*). Ma quand’anche, sarebbero due *libri singulares* contro diverse opere (cinque) più corpose: i libri *ad edictum praetoris urbani* (Paolo in D. 38.1.18 cita un “libro quinto”); i famosissimi *libri tres iuris civilis*; un numero imprecisato di libri *memorialium*; un numero imprecisato di libri *responsorum*; un numero imprecisato di libri *ad Vitellium*.

⁸² [Scevola] *Regulae* ha scritto anche Scevola: i *regularum libri IV* rientrano fra le opere più corpose, non monografiche, del giurista, insieme ai quaranta libri *digestorum*; ai venti libri *quaestionum*; ai sei libri *responsorum*. I *libri singulares* sono il *l.s. quaestionum publice tractatarum* ed il *l.s. regularum*. Ciascuno di questi ultimi, per suo conto, potrebbe intendersi come in parte “ripetitivo” rispetto ad altra opera, ovvero escerpito da quella; e ancora si potrebbe sottolineare una relazione fra i quattro *libri regularum* e il *liber singularis regularum*, come pure fra i venti libri delle *quaestiones* e il *liber singularis quaestionum publice tractatarum*.

Per Servio il rapporto è di 2 a 1⁸³.

1 a 1 è il rapporto che si riscontra per Tertulliano: a fronte di un'opera di *quaestiones* scandita in 8 libri Tertulliano è indicato come autore di un *liber singularis de castrensi peculio*.

Infine Venuleio Saturnino risulta autore di un *liber singularis de poenis paganorum* contro 7 opere di più corposa ampiezza⁸⁴: il rapporto è 7 a 1.

	opere in più libri	<i>libri singulares</i>
Paolo	26/27	62
Papiniano	4	1
Gaio	12	8
Ulpiano	19	10
Modestino	6	9
Arcadio Carisio	0	3
Giuliano	3 / 4	1
Marcello	3	1
Marciano	4	3
Quinto Mucio	1	1
Nerazio	5	1
Pomponio	11	2
Rutilio	0	1
Sabino	5	2
Scevola	4	2
Servio	2	1
Tertulliano	1	1
Venuleio Saturnino	7	1

⁸³ [Servio] A Servio si attribuisce un *liber singularis de dotibus*. Le opere più corpose sono i due *libri ad edictum (ad Brutum)*, e il *de sacris detestandis* (Gellio, 7.12.1 cita un “libro secondo”: *Servius Sulpicius iureconsultus vir aetatis suae doctissimus in libro de sacris detestandis secundo ... scripserit*). Probabilmente si devono ascrivere a *notae* i c.d. *reprehensa Scaevolae capita*.

⁸⁴ [Venuleio Saturnino] E sono: *actionum libri X*; un numero imprecisato di libri *disputationum* (l'*inscriptio* di D. 46.7.18 recita “*Venuleius libro sexto disputationum*”); un numero imprecisato di libri *ad edictum* (Ulpiano in D. 34.2.19.7 cita un “libro decimo”); *de interdicitis libri VI*; *de iudiciis publicis libri III*; *de officio proconsulis libri IV*; *de stipulationibus libri XIX*.

Come può spiegarsi questa singolare e abnorme differenza di rapporti?

Invero, leggendo parallelamente la costituzione *Tanta* e la *Omnem* nella loro descrizione del Digesto, si può ritenere che la dizione ripetuta di *libri singulares* fosse lì usata per indicare una parte, una sezione dell'opera completa in cinquanta libri, una ripartizione dell'intero che poteva anche non contenere un'unica trattazione organica, ma che serviva nella pratica per una distribuzione che potremmo dire "quantitativa" del tutto⁸⁵. D'altra parte, nelle stesse costituzioni si legge per lo meno una volta che l'organica ed unitaria trattazione interna ha potuto giustificare una intitolazione specifica: è il caso del libro 20, che la *Omnem* 4 chiama *liber singularis ad hypothecariam formulam*⁸⁶. Allora forse la stessa ipotesi di pensiero può sorgere una qualche conclusione sul punto.

Innanzitutto non mi sembra plausibile che quell'unico giurista fra tutti, Paolo, abbia prodotto così numerose opere, tenendo conto anche degli impegni di altro tipo, politici e/o professionali, che dovevano prendere gran parte del suo tempo. Certamente questi ultimi devono averlo portato ad applicare il suo sapere nelle più varie direzioni del diritto. Di qui la raccolta delle carte relative alle cause studiate, discusse e sostenute; di qui anche – è comprensibile – specifici approfondimenti che possono aver prodotto qual-

⁸⁵ Su una «ricognizione circa l'uso della terminologia 'libreria' in Giustiniano e i significati da attribuirsi di volta in volta» al sintagma "*liber singularis*" si veda GIOMARO, *op. cit.*, p. 121 ss. In particolare da p. 130 sono segnalate tutte le utilizzazioni del termine *liber*, nelle sue varie declinazioni: in particolare nella costituzione *Tanta* con riferimento alla compilazione del Digesto e alla suddivisione nelle sue sette parti, e nella costituzione *Omnem*, con riferimento ai programmi di studio nelle scuole. A questo si aggiunga la consapevolezza delle tante *inscriptiones* che fanno richiamo espresso a *libri singulares*.

⁸⁶ Non mi sembra inutile sottolineare che nelle *inscriptiones* del Digesto e nell'*Index Florentinus* la titolazione di un *liber singularis ad formulam hypothecariam* risulta sia in rapporto a Gaio che a Marciano. E del resto dei 100 frammenti che compongono il libro 20, «che la *Omnem* 4 chiama *liber singularis ad hypothecariam formulam*», i più lunghi e corposi deriverebbero dagli omonimi *libri* dei due giuristi, e precisamente 11 da Marciano e 5 da Gaio. Mentre non ci sono altri riferimenti dal *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Gaio (tranne un D. 22.4.4 praticamente gemino rispetto a D. 20.1.4), brani dall'omonimo *liber* marciano compaiono poi anche in D. 13.7 (titolo *de pigneraticia actione vel contra*, frammenti 17, 19 e 33), D. 22.3.23 (titolo *de probationibus et praesumptionibus*), D. 27.9.12 (titolo *de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis*), D. 40.8.6 (titolo *qui sine manomissione ad libertatem perveniunt*), D. 41.2.37 (titolo *de adquirenda vel amittenda possessione*), D. 42.5.35 (titolo *de rebus auctoritate iudicis possidentis seu vendundis*), D. 46.3.49 (titolo *de solutionibus et liberationibus*). Va rilevato poi che nessun testo risulta nella opportuna sede specifica (né altrove) dal paulino ὑποθηκάρια μονόβιβλος, che pure i compilatori giustinianeî elencano diligentemente sotto il nome di Paolo nell'*Index Florentinus*.

che *liber singularis* sia autonomo sia anche all'interno del commento generale; di qui, fors'anche (ma lo direi con minor sicurezza)⁸⁷, la produzione di opere di commento generale, come i Commentari all'editto o quelli al *ius civile*, o (ma con dubbi ancora più gravi) come le Istituzioni.

Guardando allo stile delle sue opere si deve pensare in ogni caso ad un sistematico lavoro di revisione, di vaglio, di astrazione, compiuto a posteriori dal giurista (o da altri?) che avrebbe trascelto, stralciato, depurato, ecc., per ridurre alle linee essenziali (anche a discapito della concretezza e della pertinenza con la realtà vissuta) i diversi problemi giuridici che risaltavano da quelle sue carte.

I commissari, quindi, avrebbero spesso indicato come *liber singularis* con denominazione specifica qualcuna delle ripartizioni interne delle opere più complesse di Paolo (e penso in particolare ai *responsa*) in cui, come appare anche dai frammenti più lunghi e corposi riportati nel Digesto, i responsi stessi del giurista erano stati sistemati per affinità di contenuti⁸⁸. Avrebbero così questa spiegazione per esempio il *liber singularis de appellationibus*, o anche il *liber singularis de cognitionibus* i cui contenuti potrebbero trovarsi in parziale sovrapposizione coi *libri tres decretorum* e coi quattro *libri imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum*; potrebbe avere questa spiegazione il *liber singularis de excusationibus tutelarum* considerato in parallelo rispetto al *de iurisdictione tutelari*, o ancora il *liber singularis de tacitis fideicommissis* che si può proporre come parte speciale dei tre libri *de fideicommissis*, ecc.⁸⁹

Ma vi può anche essere, in alternativa o in concomitanza, un'altra spiegazione. Le opere di Paolo, in particolare i suoi *responsa*, erano utilizzati nelle scuole, letti, studiati, tenuti come opere di riferimento. Non è inconcepibile che i professori che dovevano spiegare certi contenuti, o che gli studenti stessi che li dovevano imparare per poi riferirne (o ancora gli avvocati che dovevano preparare l'arringa per le loro cause) abbiano apprestato

⁸⁷ La composizione di queste opere istituzionali e generali si può forse meglio giustificare in rapporto ad un'esigenza di divulgazione che non ha chi svolge esclusivamente o prevalentemente attività politica e attività di foro. Se ne farà l'ipotesi in seguito.

⁸⁸ Credo che possa (e debba) essere letta in senso molto ampio quella precisazione dell'Orestano (ORESTANO, *loc. cit.*) relativa al fatto che "la recente tendenza critica volta a considerare numerose opere pauline come semplici edizioni separate di porzioni di lavori più ampi, porterebbe a ridurre considerevolmente il numero dei suoi scritti originali", precisazione che comprende i dubbi della dottrina che hanno sfiorato i *brevia*, le *imperialis sententiae*, i *libri decretorum*, e per certi aspetti addirittura *quaestiones* e *responsa*.

⁸⁹ Su cui *infra*, nel testo.

delle raccolte tematiche con riferimento ai vari autori (e in questo caso a Paolo) sia estrapolandone le massime (questo il rapporto fra i *brevia* e i *libri ad edictum*? fra i *libri decretorum* e le *imperiales sententiae in cognitionibus prolatae*?), sia componendo deliberatamente e con maggiore o minore libertà delle sintesi, degli estratti, dei rimandi, costruendoli poi in edifici compatti strutturati a mosaico con “tessere pauline”, cui non si poteva non attribuire il nome di Paolo, richiamandone la paternità magari col riferimento in terza persona, “respondit”.

Del resto nelle fonti si legge anche di una intensa attività libraria attorno alle scuole, si legge di “studenti i quali possedevano libri in gran copia e che facevano lavorare i copisti di Berito”. Così Pietro de Francisci, il quale nel 1912, proponendo la sua lettura di “alcuni testi siriaci editi recentemente e sfuggiti sin qui all’esame degli storici del diritto romano” scriveva: “Rilevo ancora un ultimo particolare, che non è, a mio modo di vedere, di poca importanza. Risulta dalla lettura di questi testi siriaci, che i libri erano a quel tempo posseduti in gran numero: infatti, non solo veniamo a sapere che a Costantinopoli sotto il portico (la stoà) imperiale esistevano numerosi negozi di librai, in cui facevano bella mostra le opere più recenti ma spessissimo qua e là si parla di studenti i quali possedevano libri in gran copia e che facevano lavorare i copisti di Berito, non sempre per amore agli studii giuridici. Numerosi dovevano essere i libri di diritto, che Crisaorio aveva caricato sulla nave che doveva ricondurre in patria le sue ricchezze e quelli che aveva a propria disposizione Severo, il quale aveva potuto confrontare e studiare parecchi commenti alle leggi e cioè forse parecchie opere giuridiche classiche. La nave di Crisaorio colò a picco, ma forse non a tutti i libri era riservato un così crudele destino ...”⁹⁰.

Questa ipotesi, evidentemente coinvolge in particolare i *responsa*.

Anche nei *libri quaestionum*⁹¹ compare il “respondit”, ma è apparizione

⁹⁰ Il biografo di Severo d’Antiochia (*supra*, nt. 68) racconta delle frequenti risse che scoppiavano fra gli studenti di Berito a causa della diversa appartenenza filosofica e religiosa, e ricorda, nominandoli uno per uno, un gruppo di giovani che “non solo coltivavano credenze pagane, ma erano pure dediti a studii e pratiche magiche che apprendevano da libri attribuiti a Zoroastro, a Ostanes, a Manetone”. Uno di questi studenti era Crisaorio di Tralles (insieme a Giorgio di Tessalonica, Asclepiodoto di Eliopoli, Leonzio e, con loro, un altro giovane armeno) che, coinvolto nello scandalo di un rito magico con sacrificio umano, fu costretto a lasciare in tutta fretta Berito portandosi dietro nella nave tutte le sue cose (cfr. P. DE FRANCISCI, *Vita e studi* cit., p. 12 s.).

⁹¹ Sulle *quaestiones* di Giulio Paolo cfr. lo studio, fondamentalmente esegetico, di J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristen-*

sporadica, che certamente non ha quella frequenza ritmata che, caratteristica dei *responsa*, fa molto pensare, anche eventualmente ad interventi esterni, dello stesso autore o di altri⁹². I frammenti dei *libri quaestionum* hanno un andamento molto più ampio, lento, riposante. La parte narrativa vi ha uno spazio di maggior rilevanza. Ma soprattutto più ampia e coinvolgente è la parte argomentativa, che si arricchisce dell'apporto, adesivo o contrapposto, dell'opinione di altri giuristi, dove la soluzione, scaturita spesso da un "quaero", un "quaesitum", un "quaeritur", si dipana attraverso interpretazioni e teorie diverse nella prospettiva del "ius controversum"⁹³.

6. Paolo, un maestro di scuola

Le riflessioni condotte fino a questo punto possono suggerire qualche ipotesi circa la presenza di Paolo e di Papiniano nell'insegnamento delle scuole di diritto.

A me sembra di poter dire che nella costituzione *Omnem*, nelle parole in tutta sostanza negative che Giustiniano gli riferisce, Paolo stia scontando la sua fama e la sua fortuna praticamente immediate e durature, che, pur dopo un secolo dalla sua vicenda umana e politica, facevano dire a Costantino (confermato poi da Teodosio con l'inserimento nel suo Codice) che

schrift, Berlin 1993, *passim*, che affronta l'analisi dell'opera proponendo diversi modelli espositivi, per giungere a criticare la teoria di P. FREZZA, 'Responsa' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI* XLIII, 1977, p. ss., che parlava di Paolo come maestro socratico e della sua scuola come "vivace centro di dibattiti". Si veda anche M. TALAMANCA, *Recensione a J. SCHMIDT-OTT, Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschrift*, in *BIDR* XCVI-XCVII, 1983-84, p. 863 ss.

⁹² Il "respondit" in terza persona compare in D. 26.2.30, in D. 40.13.4, in D. 42.1.41, in D. 48.10.14 pr. Molto frequente, invece, è la forma verbale in prima persona "respondi", generalmente correlata al "quaero", "quaeritur", "quaesitum est", ecc., che la precede. Sulle origini e i caratteri del genere *quaestiones*, il modello retorico e la sua applicazione in ambito di volta in volta grammaticale, o filosofico, o naturalistico, o giuridico (a sottolineare un metodo di ricerca che ha insito in sé, nel problema stesso o nella sua interpretazione o analisi, una "controversia"), cfr. T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 2000, p. 61 ss.

⁹³ Mi limito qui a citare il momento iniziale della riflessione sul *ius controversum*, l'art. di A. SCHWARTZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift für F. Schulz*, Weimar 1951, p. 201 ss., e a fare un cenno di semplice consapevolezza circa la vasta fioritura attuale di interessi sul tema. Un esempio per tutti: i vari contributi del convegno celebrato a Firenze nell'ottobre 2010, "Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi" (a cura di V. Marotta e E. Stolfi, pubblicazione Roma 2012), che a loro volta hanno spinto verso ulteriori attenzioni.

universa, quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. ideoque sententiarum libros plenissima luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione succinctos in iudiciis prolatos valere minime dubitatur⁹⁴.

La vita di Paolo si svolge fra la fine del II secolo d.C. e gli inizi del III. Nonostante la scarsità delle fonti, se ne seguono i passi della carriera pubblica e politica dall'assessorato svolto sotto la prefettura del pretorio di Papiniano all'impiego di *magister memoriae* sotto Pescennio Nigro, alla partecipazione al *consilium* imperiale di Settimio Severo e Antonino Caracalla⁹⁵, alla prefettura da lui stesso ricoperta insieme a Ulpiano sotto Alessandro Severo. La parallela attività di giurista con la sua produzione letteraria fa dire di lui che "fu tra i più fecondi scrittori che la storia della giurisprudenza romana ricordi. Senza contare le numerose rielaborazioni annotate di opere di altri autori, ci è giunta notizia di 86 scritti in 319 libri a lui attribuiti"⁹⁶. Le caratteristiche della sua letteratura, che da un lato lo fanno appartenere "con Ulpiano alla categoria dei grandi raccoglitori e compilatori della tradizione giuridica" e dall'altro lo raccomandano per la forte personalità e indipendenza di pensiero, per la capacità di sintesi e di astrazione, per la profondità delle argomentazioni, hanno certamente contribuito a collocarlo stabilmente, insieme con Gaio e con Ulpiano, ai primi posti nei programmi di insegnamento delle scuole di diritto del tempo, in particolare per quel che riguarda l'attività di consulenza forense, di elabo-

⁹⁴ CTh. 1.4.2, *Imp. Constantinus A. ad Maximum pp.*; *Dat. V k. Oct. Treviris Constantio et Maximo cons.* Il De Robertis l'interpreta, unitamente a CTh. 1.4.1, come il tentativo operato dalla cancelleria di Costantino di "precludere ai giuristi e massime ai giudicanti la possibilità di riadattamento o distorsione dei detti *scripta* (sc. di Papiniano, di Paolo e di Ulpiano, salvo che per le *notae*) in sede critica o applicativa e sia pure *aequitatis ratione*" (cfr. F. DE ROBERTIS, *Un precedente costantiniano alla cosiddetta 'legge delle citazioni' del 426 di Teodosio II e Valentiniano III*, in *SDHI* LXIV, 1998, p. 245 ss., in part. p. 251). Ma si veda J. RUGGIERO, *Immagini di ius receptum cit.*, p. 290: «l'imperatore non intese sciogliere eventuali dubbi sulla paternità delle *Sententiae*, ma ribadire che esse, nei loro contenuti, costituivano oggetto di *ius receptum* e, in quanto tali, si prestavano validamente a sostituire, nella *lectio* giudiziale, le opere di più vasto impianto, in una logica di economia processuale».

⁹⁵ Qualche fondata perplessità suscita la possibile parentela ipotizzata con la prima moglie di Eliogabalo, Iulia Cornelia Paula, dalla quale l'imperatore divorziò dopo appena un anno, nel 220. Sarebbe forse questo il momento dell'esilio di Paolo? (cfr. H. TAPANI KLAMI, *op. cit.*, p. 1830).

⁹⁶ ORESTANO, *loc. cit.*

razione degli argomenti di strategia difensiva (o offensiva), e di conduzione del ragionamento giuridico.

La qualità delle sue opere, il loro stesso stile, devono aver prodotto fin da subito un grande consenso attorno all'insegnamento di Paolo, un consenso che era destinato a confermarsi e crescere.

Certamente Costantino, e poi CTh. 1.4.2, riconoscono alla sua voce una grande risonanza: è appunto quella che si è costruita a poco a poco nelle scuole, e che deve essersi poi accresciuta nel tempo anche grazie alla capacità "recitativa" del suo pensiero. Non vi è altro giurista al quale la legislazione costantiniana si inchini, e anche quando, nella circostanza della legge delle citazioni, la stessa legislazione imperiale si vide costretta a bandire l'uso delle *notae* di Paolo a Papiniano che *non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt*⁹⁷, si preoccupava nello stesso tempo di ribadire l'assoluto valore, nella pratica del foro e, quindi, nell'insegnamento scolastico, delle sue *sententiae* (non di un'opera di Ulpiano, le cui *notae* erano ormai travolte nel biasimo imperiale con quelle pauline, ma di una di Paolo).

Pure la stessa legge delle citazioni stabiliva che "quando poi vengono prodotte diverse opinioni, prevalga il maggior numero di autori oppure, qualora il numero sia uguale, preceda l'autorità di quella parte in cui spicca Papiniano, persona di eccezionale ingegno, che [...] prevale sui singoli". Evidentemente al tempo della legge delle citazioni la fama di Papiniano era ormai riuscita a eccellere su quella di Paolo, a conseguire cioè su di essa qualche punto di vantaggio. Pur senza oscurarla: anzi i due giuristi continuavano ad essere ambedue nelle scuole materia di insegnamento e di studio – come dimostra lo sguardo che la *Omniem* giustiniana getta sull'immediato passato –, e nei tribunali voci e opinioni di straordinaria, di determinante autorevolezza.

L'insegnamento ufficiale del diritto affiancava lo studio dei *responsa* di Paolo a quello dei *responsa* di Papiniano, secondo un programma che si era imposto nelle scuole nel grave periodo di quella "crisi" che nel III secolo

⁹⁷ CTh. 1.4.1 (*Imp. Constantinus A. ad Maximum praefectum urbi*) *Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus* (*Dat. III k. Oct. Crispo et Constantino cons.*). Va ricordato altresì CTh. 9.43.1 pr. (*Imp. Constantinus A. ad Maximum prf. urbi*) *In quaestione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, remotis Ulpiani atque Pauli notis, Papiniani placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt* (*D. XVIII k. Oct. Sirmi Crispo II et Constantino II CC cons.*) (= C. 9.51.13 pr.).

coivolgeva tanti aspetti della vita dell'Impero, compreso quello della cultura giuridica⁹⁸.

Tranne che per le *definitiones*, gli stessi generi letterari coltivati da Papiniano si riscontrano anche nella produzione di Paolo: ambedue scrivono *quaestiones*, ambedue scrivono *responsa*⁹⁹. Ed è proprio dai *Responsa*, in quanto utilizzati nelle scuole del tardoantico¹⁰⁰, che si deve cogliere, se possibile, qualche dato per definire meglio la presenza del loro insegnamento.

Non vi è fra i due giuristi uno scarto temporale che possa giustificare un avvicendamento dell'uno all'altro, quasi che allo studio di Papiniano fosse di seguito subentrato Paolo¹⁰¹. Né se ne comprenderebbero i motivi.

Qualche spunto di ipotesi potrebbe forse guidare, al contrario, verso l'idea di una qual sorta di avvicendamento opposto, conclusosi poi con la fruizione complementare del pensiero di entrambi.

⁹⁸ È il periodo della "crisi" che nel III secolo ha coinvolto aspetti diversi della vita di Roma. Per limitare l'attenzione soltanto a quelli della cultura e della produzione del diritto (pur nell'ambito di una bibliografia di più ampio respiro, e sempre più ricca, che ha nomi di alto valore, quali S. MAZZARINO, *Stilicone. La crisi imperiale dopo Teodosio*, Roma 1942; L. CRACCO RUGGINI, *Il tardo antico: per una tipologia dei punti critici*, in AA.VV., *Storia di Roma*, a cura di A. Schiavone, 3. *L'Età tardo antica*, I. Crisi e trasformazioni, Torino 1993, p. XXXIII ss.; A. GIARDINA, *Esplosione di tardo antico*, in *Studi Storici* 40, 1999, p. 157 ss.; ecc.) vanno segnalati i molti studi di Schiavone sulla storiografia del pensiero giuridico (per tutti A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, in part. la "Parte quarta"; ma anche ID., *Dai giuristi ai codici. Letteratura giuridica e legislazione nel mondo tardo antico*, in *Storia di Roma*, vol. cit., p. 963 ss.); di F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. II. Die Jurisprudenz from frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*, München 2006, *passim*; di L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, *passim*; di E. STOLFI, *Pensiero epiclassico e problemi di metodo*, in *Labeo* 48, 2002, p. 418 ss. (ma anche ID., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le sententiae prudentium nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto romano* 2001; di V. MAROTTA, in part. *Eclissi cit.*, *passim*. Ne fa un'efficace sintesi Jolanda RUGGIERO (*Immagini di ius receptum cit.*, p. 262 ss., e in part. nt. 10). Si deve riconoscere comunque – e cito dalla Ruggiero – il «persistere delle strutture educative più importanti, nelle scuole di Roma e di Berito, e di un ceto di esperti che, pur operando, ormai quasi esclusivamente, nell'anonimato degli *officia* palatini, conservò un'elevata cultura giuridica».

⁹⁹ E ambedue scrivono *de adulteriis*.

¹⁰⁰ E dalle *Notae*, in quanto documentano un più stretto rapporto fra il pensiero dei due.

¹⁰¹ Solo per qualche indicazione essenziale su Papiniano cfr. E. COSTA, *Papiniano*, cit.; R. ORESTANO, voce "Papiniano Emilio (*Aemilius Papinianus*)", in *NNDI* XII, p. 364 ss.; V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in *ANWR*, II.15, p. 643 ss.; H. ANKUM, *Papiniano, un giurista oscuro?*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, I, 1990, p. 42 ss. Per altro si rimanda a più ampia bibliografia nelle opere citate.

Invero, considerando le peculiarità della produzione letteraria dell'uno e dell'altro, si potrebbe forse ipotizzare che Paolo abbia personalmente svolto una sua attività docente nella scuola, magari all'interno del palazzo¹⁰². Certamente era nella corte in posizione idonea¹⁰³, e certamente ne

¹⁰² Alla scuola di "palazzo" dedica la sua attenzione H. SCHLAGE-SCHÖNINGEN, *Kaiserum und Bildungswesen im spätantiken Konstantinopel*, Stuttgart 1995, *passim*. Dalle sue pagine emerge l'importanza della corte come centro di cultura (dove accanto ai giovani principi erano istruiti gli amici della loro giovinchezza) e l'importanza di certe figure di imperatori particolarmente aperti alle arti liberali: Costantino (*civilibus artis et studiis liberalibus deditus*: Eutropio, 10,7,1), Costanzo (che, per esempio, è detto *litterarum ad elegantiam prudens*: nel Aurelius Victor, *de Caesar*. 42.23), Giuliano (*tu extincta iam litterarum studia flammasti, tu philosophiam paulo ante suspectam ac non solum spoliatam honoribus, sed accusatam ac ream non modo iudicio liberasti, sed amictam purpura, auro gemmisque redimitam in regali solio collocasti*: Cl. Mamert., *paneg.* XI,20,1), Gioviano (*insignis corpore, laetus ingenio, litterarum studiosus*: Epit. XLIV,4), Valente (*subagrestis ingenii, nec bellicis nec liberalibus studiis eruditus*: Ammiano, XXXI,14,5). A quella scuola di palazzo portavano il loro insegnamento esponenti della cultura di grande spessore, come i retori Arborio e Dioscoro, il grammatico Mardonio, παιδαγωγός di Giuliano, il grammatico Nicocle, il retore Hecebolio, e ancora Arsenio, e Antioco, e Temistio filosofo, ecc. (cfr. L. DE SALVO, *Temistio e il primato di Costantinopoli*, lezione tenuta a Napoli, presso l'AST il 10 marzo 2009; L. DI PINTO, *Lo studio del diritto in età tardo antica*, in *Teoria e Storia del Diritto privato VII*, 2014). Se anche la visione che se ne trae sembra tutta inclinata verso gli studi filosofici e retorici non va trascurato l'insegnamento del diritto, quello che, solo, può, avviare i giovani *ad spem omnium tribunalium aut interdum ad stipendia cognitionum sacrarum aut fortasse ad ipsa palatii magisteria* (*Panegirici latini*, 5.5.4), dove il rapporto fra retorica e diritto appare molto interessante e per certi aspetti problematico. Cfr. L. DE SALVO, *Formazione giuridica e attività codificatoria nel quadro della cultura tardoantica. Libanio, la retorica, il diritto*, in *AARC*, XVI, 2007, 54 ss. con bibliografia di riferimento, e G. DAREGGI, *Sulle sedi delle scuole di diritto nella pars Orientis nella tarda antichità*, in *AARC*, XVI, 2007, 106 ed ivi nt. 9, che considerano in particolare l'atteggiamento di Libanio contro gli studi di diritto e la sua forte avversione per il latino quale lingua della nuova disciplina giuridica, come si evince da varie lettere del suo epistolario (cfr. *Ep.* 309; 1203 e *Ep.* 858; 860; ma anche Liban., *Or.* 2.43-44; 43.4-5; 62.21-23; cfr. ulteriormente R. MARTINI, *Lo studio del diritto dal punto di vista dei retori*, in *AARC*, XVI, 2007, 42 ss., che parla di denigrazione solo "apparente").

¹⁰³ Era, quella dell'insegnamento, un'attività di rilevante importanza politica, che si innestava profondamente e con gravi effetti nella vita sociale. Nel trattarne, per il periodo fra il III ed il IV secolo d.C., Robert A. Kaster (R.A. KASTER, *La funzione del "grammaticus"*, in *AA.Vv.*, *Storia di Roma*, a cura di A. Schiavone, 3. *L'Età tardo antica*, II. I luoghi e le culture, cit., in part. p. 837) sottolinea come in tale periodo si sia prodotto nella società romana «un cambiamento radicale che è determinato dallo spostamento del centro di gravità dell'impero dal livello locale a quello imperiale»; si rileva di conseguenza che «le scuole parteciparono di questo cambiamento, assicurando però che in fondo niente mutasse, che i giusti e i degni d'onore continuassero ad essere fortemente presenti e considerati». Di fronte al prodursi di «differenze sociali» anche al livello delle classi d'élite (per esempio fra i decurioni cittadini di livello superiore e di livello inferiore) «le scuole avrebbero consolidato gli effetti di tale scollamento, continuando però come sempre a fornire gli strumenti per selezionare e identificare

aveva le capacità e la propensione, come denotano la natura, la qualità e la vastità dei suoi scritti; ne aveva “la stoffa”. Lo dimostra in particolare un’opera specificatamente scolastica come le sue *Institutiones*.

Certamente i quattro soli frammenti che si possono contare sotto il titolo delle *Institutiones* pauline¹⁰⁴ sono troppo pochi per farsi un’idea dei con-

l’élite. Esse non solo avrebbero fornito le basi per una futura carriera, ma anche quei valori su cui si strutturava tradizionalmente la vita di un gentiluomo. Avrebbero confermato lo *status* già acquisito, anziché agire come trampolino di lancio per uno *status* superiore. Allorché, infatti, contribuirono alla mobilità sociale, sostenendo chi mirava a ottenere considerazione e rispetto con l’aprirgli sicuri canali d’influenza, agirono anche e soprattutto come freno su una mobilità improvvisa e non strutturata».

Kaster (*op. cit.*, p. 384) parla della «esclusività sociale e geografica della cultura letteraria», di come le “lettere” e l’“eloquenza” divengano un segno distintivo di status, di come anche nelle iscrizioni funerarie vengano affiancate ad altre virtù come la *iustitia* e l’*integritas*, quasi “garanzie di virtù” in quanto l’acquisizione della cultura esige il possesso di disciplina, diligenza e dedizione al sacrificio. Nella coscienza comune la valutazione che si ha dell’uomo che ha seguito le scuole liberali, o, addirittura, che si dedica alle arti liberali, è ispirata ad una particolare fusione fra la condizione sociale e quella morale. Ne viene, infine, di conseguenza “l’importanza degli studi liberali per una mobilità sociale verso l’alto».

Dopo lo studio di Giovanna Coppola (G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, I Milano 1994), interessanti aspetti dell’attività lato sensu letteraria e in particolare della vita delle scuole sono stati presi in esame da L. JONES HALL, *Berytus, “Mother of Laws”: Studies in the Social History of Beirut from the Third to the Sixth Centuries A.D.*, Ann Arbor 1996, *passim* (e poi Id., *Roman Berytus. Beirut in Late Antiquity*, London-New-York 2004) che sottolinea l’importanza degli studi giuridici nell’antichità; da B. SIRKS, *Instruction in Late Antiquity, the Law and Theology*, in *AARC*, XV, 2005, p. 493 ss., che traccia le linee dell’influenza del Cristianesimo, via via trionfante nei secoli del tardo antico, sulla metodologia sui contesti dell’insegnamento del diritto; e ancora da E. GERMINO, *Cultura e potere nell’età di Vespasiano*, in *Rivista della Scuola Superiore di Economia e Finanza*, II, 2, febr. 2005, p. 10 ss., che ripercorre gli inizi della scuola pubblica sulla base del riconoscimento di uno stipendio ai retori, o ad alcuni retori, a partire da Quintiliano; e Id., *Scuola e cultura nella legislazione di Giuliano l’Apostata*, Napoli 2004, *passim*, che percorre una tappa importante del processo di crescente interesse della legislazione imperiale per la *gravissima dignitas* del professore; da L. DI PINTO, *Cura studiorum. Tra pensiero giuridico e legislazione imperiale*, Napoli 2013 (in part. da p. 161), tesa a misurare l’attenzione del mondo antico per il fenomeno culturale attraverso la specifica legislazione di favore; da D.V. PIACENTE, *L’idoneità all’insegnamento nell’Impero Romano*, in *SDHI LXXIX*, 2014, p. 325 ss., che considera, anche alla luce di Simm. *ep.* 5.35, i requisiti di esperienza e competenza richiesti ai professori; e, in una prospettiva diversa, da U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell’attività letteraria in Roma antica: il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Torino 2009, in cui si considera, anche se solo marginalmente, il problema della diffusione e commercializzazione del testo per la scuola (in part. p. 182 s.).

¹⁰⁴ Ai tre che si leggono nel Digesto, D. 8.2.4, D. 41.2.43 e D. 44.7.3, Il Lenel (*Palinogenesia I cit.*, col. 1114) aggiunge un riferimento da Boezio, Boeth. *ad top.* 2.4.19 (*Si divor-tium est matrimonii et hoc sine culpa muliebri factum est, dos integra repetetur. Quod si culpa*

tenuti, dello schema, dei caratteri dell'opera. Certamente appaiono chiari, lineari, essenziali, e comunque tali da meritare di avere una loro citazione nella raccolta compilatoria giustiniana nonostante la concorrenza di altre opere istituzionali ormai stabilmente radicate.

Si può certamente affermare che lo "stile" del discorso che in quei frammenti si indovina è limpido, rigorosamente rettilineo, didattico: sia quando, nel libro primo, l'autore sceglie un esempio di ovvia banalità per chiarire come debba intendersi l'*animus possidendi*,

D. 41.2.41 (Paul. l. 1 *inst.*) Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit,

sia quando, nel libro secondo, traccia la descrizione della *servitus luminum*, sentendosi in dovere di delinearla sia in positivo che in negativo,

D. 8.2.4 (Paul. l. 2 *inst.*) Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat: cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiat, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino invitis nobis altius aedificare atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

sia quando, e ancor di più, sempre nel libro secondo, propone una pseudo definizione di *obligatio*, rilevandone la *substantia* descrittiva (consistente nell'*obstringatio ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*) e la rilevanza essenziale dell'*animus ut obligatio constituatur* che risulta determinante relativamente alle obbligazioni reali, in cui comunque è fondamentale la formalità della consegna della cosa, come relativamente a quelle per altro verso formali che sono le obbligazioni *verbis*,

D. 44.7.3pr. (Paul. l. 2 *inst.*) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. 1. Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obliga-

muliebri factum est divortium, in singulos liberos sexta pars dotis a marito retinetur usque ad mediam partem dumtaxat dotis) che delinea le conseguenze della *culpa mulieris* sulla restituzione della dote nel caso di divorzio.

tio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. 2. Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero “spondes?” et tu responderis “spondeo”, nascetur obligatio.

Ma al di là del carattere dell’opera, impossibile a rilevarsi, è interessante il fatto stesso di aver composto un testo di Istituzioni: è ben pensabile che nessuno si ponga consapevolmente a rischio di “smarrirsi” in un’opera per l’insegnamento, se non ha un’esperienza diretta e un suo interesse personale¹⁰⁵.

Ma anche trattazioni particolarissime come le *Sententiae ad filium* – se considerate effettivamente pauline – potrebbero suggerire una presenza reale di Paolo nella scuola; e addirittura, nella produzione complessiva e considerate quindi in prospettiva isagogica, opere di commento ad ampio spettro come i *libri ad edictum* e i commentari *ad Sabinum*.

Qui, nella scuola, lui stesso, Paolo, già *adsessor* di Papiniano (come sarebbe documentato anche da D. 12.1.40), prima o più probabilmente dopo l’assassinio del grande predecessore, può aver introdotto lo studio dei *responsa* di Papiniano, naturalmente attraverso la “sua” lettura e le “sue” *Notae*.

E questo insegnamento, questo programma si sarebbe poi così consolidato.

Si consideri appunto D. 12.1.40 tratto dal terzo libro delle *Quaestiones* di Paolo:

D. 12.1.40 (Paulus l. 3 *quaest.*) Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: “Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spondeo ego Lucius Titius. Si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post sol-

¹⁰⁵ Sull’origine del genere in età antoniniana per la mano del Gaio maestro di scuola, e sulla prospettiva della sua fortuna cfr. E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*. 2. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, p. 31 ss., in part. p. 33 nt. 47). Com’è noto oltre e dopo Gaio – e senza considerare opere per certi aspetti simili come l’*enchiridion* di Pomponio – scrivono *institutiones* anche Fiorentino, Callistrato, Ulpiano, Paolo, Marciano.

vam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maeuius, sponendi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius”. Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent, pactumque id tantum ad exceptionem prodesse et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo competit usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur.

Il brano, certamente interessante sotto diverse prospettive, riporta la sintesi di una discussione avvenuta nell'*auditorium* del prefetto del pretorio (dunque nell'ambito di un processo) relativa all'estensione di un particolare regolamento contrattuale degli interessi di mora connesso ad una clausola penale a sua volta collegata alla stipulazione di un mutuo.

La *cautio* letta in *auditorium* e su cui si apre la contestazione è il documento scritto che descrive e attesta quanto avvenuto fra le parti: il mutuo concesso da Publio Mevio a Lucio Tizio (i soliti nomi di comodo che coprono le vere identità delle parti); la *stipulatio* intercorsa fra mutuante e mutuuario per la restituzione della somma prestata; l'aggiunta stipulazione di una penale per il caso di mancata restituzione nei tempi stabiliti (*kalendis futuris*); l'accordo sugli interessi. Poi il quesito, essenziale: *Quaesitum est de obligatione usurarum*; cui si aggiunge, con una semplice proposizione cau-

sale, la circostanza di fatto che rende oggetto di lite il rapporto fra le parti: *quoniam numerus mensium, qui solutioni competeat, transierat*.

La discussione davanti al prefetto è resa palese da quelle ripetute interloquzioni contrapposte: “*dicebam*”, subito dopo il “*quaesitum est*” che segna l’inizio del dubbio e quindi della richiesta processuale, “*quidam dicebant*”, che esprime la prima obiezione avversaria (le altre obiezioni, ancorchè non introdotte da espressioni del “dire”, si possono comunque percepire nell’andamento delle argomentazioni del passo).

Si noti che la discussione è condotta in prima persona da Paolo: è lui, col suo *dicebam ... usuras ... crescere*, che sostiene le parti del mutuante Publio Mevio, e questa sua partecipazione attiva alla lite, di presenza, ha suggerito e confermato una sua mansione come *adessor* del prefetto in carica¹⁰⁶.

E si noti che subito, sull’inizio del passo, lo stesso Paolo si premura di aggiungere alla qualifica ufficiale di Papiniano quale prefetto del pretorio anche quella, scolasticamente e giuridicamente più interessante, di giureconsulto: un’attenzione, peraltro fine a se stessa, che non ci si poteva aspettare da un semplice funzionario o da un avvocato che riferisce a posteriori (*lecta est*) un caso della sua esperienza. Non da un funzionario o da un avvocato, ma certamente da un maestro che ha preoccupazioni ed esigenze scolastiche.

È solo un minimo indizio.

Vi aggiungerei, peraltro, qualche altra annotazione circa la forma del testo che potrebbe rivelare, o per lo meno suggerire, una revisione, se non una costruzione scolastica a posteriori. Così non convince in realtà la *cautio lecta in auditorium*: troppo esplicitiva di tutto il contesto, troppo descrittiva e particolareggiata in tutto quanto fatto e detto (a che serve scrivere un testo, la *cautio* appunto, che poi si leggerà in giudizio, quando tutto questo sarebbe reso superfluo dalla presenza stessa in giudizio?). Non convince la puntigliosità con cui è descritto il comportamento giuridico delle parti nella *cautio* suddetta, dove per ben due volte, sia per la promessa relativa alla somma sia per la penale, allo *stipulor* di Publio Mevio segue immediato lo *spondeo* di Lucio Tizio, *stipulatus est Publius Maevius, spondeo ego Lucius Titius* (semplice definizione della reciprocità dell’unico comportamento negoziale? o prospettazione di una duplice garanzia, di una *stipulatio* e una *restipulatio*?). Non convince appieno il rapporto che la *quaestio* paulina suggerisce fra quella *cautio* scritta e letta e l’argomentare orale delle parti (*dicebam ... quidam dicebant*).

¹⁰⁶ Così ORESTANO, voce “Paolo” cit.

Del resto per Paolo potrebbero parlare di una attività di scuola anche le *Notae*.

Si è accennato alla possibilità che nella prassi delle scuole potessero circolare ampiamente opere di vari autori postillate e commentate dai giovani studenti durante l'ascolto delle lezioni¹⁰⁷.

Innanzitutto le *Notae* pauline documentano un ampio ventaglio di letture giuridiche con relativo commento, a Nerazio, a Plautio, a Vitellio, a Giavoleno¹⁰⁸, a Giuliano, a Papiniano, a Scevola, letture sistematiche, facilmente comprensibili quando si tratti di un *antecessor* nell'espletamento del suo compito di formazione dei giovani. L'annotazione è breve, semplicemente una conferma, un'approvazione, una precisazione, una postilla; veloce, sintetica e chiara.

Come dimostrano, rispettivamente per Giavoleno-Labeone, Giuliano, Scevola, Papiniano, per esempio, i seguenti passi:

D. 29.2.60 (Iav. l. 1 *ex post. Lab.*) Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. Hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. **Paulus:** et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.

D. 37.6.3.1 (Iul. l. 23 *dig.*) 1. Emancipatus filius controversiam facit impuberi, qui se filium et in potestate patris fuisse dicit: quaero, si bona sua ei emancipatus conferre debeat. **Paulus notat:** puto conferendum esse exacta cautione, ut victus sicut hereditatem, ita et quae collata sunt praestet.

D. 40.9.26 (Scaev. l. 4 *resp.*) Pignori obligatum servum debitoris heres manumisit: quaesitum est, an liber esset. respondit secundum ea quae

¹⁰⁷ Cfr. *supra* nt. 51. Si è anche detto che potremmo immaginare in questo senso una anticipazione della glossa.

¹⁰⁸ E attraverso Giavoleno, *ex posterioribus Labeonis* (come anche autonomamente, con l'epitome dei *pithana*), a Labeone.

proponerentur, si pecunia etiam nunc deberetur, non esse manumissione liberum factum. **Paulus:** soluta ergo pecunia ex illa voluntate liber fit.

D. 1.21.1.1 (Pap. l.1 *quaest.*) Qui mandatam iurisdictionem susceperit, proprium nihil habet, sed eius, qui mandavit, iurisdictione utitur. Verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire: quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iurisdictione. **Paulus notat:** et imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

Come dimostrano altre annotazioni che, peraltro, sarebbero apposte all'interno di opere già dedicate, *ad Neratium*, *ad Plautium*, *ad Vitellium*:

D. 17.1.61 (Paul. l. 2 *ad Nerat.*) Quod filio familias ut peteret mandavi, emancipatus exegit: de peculio intra annum utiliter agam. **Paulus:** sed et cum filio agendum est¹⁰⁹.

D. 35.2.49 pr. (Paul. l. 12 *ad Plaut.*) Plautius. Servo, quem tibi legaveram, fundum legavi. Atilicinus Nerva Sabinus primum in servo rationem legis Falcidiae habendam et quota pars ex eo decederet, eam partem in fundo legato inutilem futuram, deinde ex reliquis partibus fundi legis Falcidiae portionem decessuram, sicut ex omnibus legatis. Cassius, quod servo pars lege Falcidia decedat, incipere servum fieri communem heredis et legatarii, communi autem servo cum legatum sit, totum pertinere ad socium, quia in eam personam legatum consistere possit: qua ratione semel ex fundo partem legis Falcidiae decessuram. **Paulus.** Cassii sententia utimur: nam et divus Pius rescripsit servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere¹¹⁰.

¹⁰⁹ Da notare che l'*inscriptio* riferisce l'opera direttamente a Paolo; ma sarebbe logico pensare a un brano "a due voci". Come, del resto, a due voci, o talora a più voci, sono altri brani, per esempio D. 7.8.23 (Paul. l. 1 *ad Nerat.*) *Neratius: usuariae rei speciem is cuius proprietates est nullo modo commutare potest. Paulus: deteriores enim causas usuarii facere non potest: facit autem deteriores etiam in meliorem statum commutata*, o per esempio D. 3.5.18 (Paul. l. *ad Nerat.*) ... *Scaevola noster ait ... quod Sabinus scribit ... Labeo ait ...*

¹¹⁰ Anche in questo caso l'*inscriptio* riferisce l'opera direttamente a Paolo; e anche in questo caso si tratta di un brano "a più voci".

D. 28.5.18 (Paul. l. 1 *ad Vitell.*) Sabinus: quaesitum est, si plus asse pater familias distribuisset et aliquem sine parte fecisset heredem, utrumne is assem habiturus foret an id dumtaxat, quod ex dupondio deesset. Et hanc esse tolerabilissimam sententiam puto, ut eadem ratio in dupondio omnique re deinceps quae in asse servetur. **Paulus:** eadem ratio est in secundo asse quae in primo¹¹¹.

Va rilevato, infine, che il maggior numero di *Notae* pauline è registrato per le opere di Papiniano, sia *quaestiones* che *responsa*¹¹²: e la tradizione, e

¹¹¹ I *libri ad Vitellium*, qui in particolare di Paolo, sono naturalmente commentari al *ius civile*. Sono rappresentati nel Digesto da 26 frammenti (il Lenel, *Palingenesia I* cit., ne conta 33), due dei quali presentano la voce di Sabino riportata in forma diretta, cioè, oltre a D. 28.5.18, anche D. 33.7.18.12.

¹¹² In particolare:

D. 1.21.1.1 (*Papinianus libro primo quaestionum*) ... *Paulus notat* ... = una mera aggiunta, una breve precisazione a quanto detto sopra nel testo di Papiniano (*Paulus notat: et imperium, quod iurisdictioni cobraeret, mandata iurisdictione transire verius est*);

D. 22.1.1.2 (*Papinianus libro secundo quaestionum*) ... *Paulus notat* ... = qui un'obiezione a quanto detto sopra, formulata come domanda: *Paulus notat: quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractatus?* segue la ripresa del testo papiniano (?) con la sigla " *Papinianus:* ");

D. 45.1.116 (*Papinianus libro quarto quaestionum*) ... *Paulus notat* ...;

D. 16.3.24 = un testo che va sotto il nome di Papiniano (*Papinianus libro nono quaestionum*), ma che Lenel ritiene sia in realtà di Paolo;

D. 18.1.72 (*Papinianus libro decimo quaestionum*) (che Lenel pone in correlazione con D. 2.14.7.5) ... *Paulus notat* ... = come nel caso di D. 22.1.1.2 (in questo caso una breve precisazione: *Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*) il passo mette in evidenza la ripresa del testo papiniano con la sigla " *Papinianus:* ");

D. 6.2.16 (*Paulus notum ad Papiniani libro decimo quaestionum: Exceptio iusti dominii publicianae obicienda est*);

D. 38.2.42 pr.-2 (*Papinianus libro decimo tertio quaestionum*) ... *Paulus notat* ... = si tratta di una precisazione *Paulus notat: ei, qui alio iure venit quam eo, quod amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest quod habet: sic dictum est patrono eodemque patronae filio non obesse, quod quasi patronus deliquit, si ut patronae filius venire possit*; come in casi precedenti la ripresa del testo papiniano è sottolineata con la sigla " *Papinianus.* ");

D. 46.5.8 pr. (*Papinianus libro quinto quaestionum*) = un testo che, pur inquadrato come gli altri sotto il nome di Papiniano, inizia proprio con il *Paulus notat* ..., e si esaurisce tutto nell'annotazione relativa: *Paulus notat: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cavere longiorem: praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum et potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit*;

D. 8.1.18 = anche questo un passo che si esaurisce tutto nella nota (*Paulus libro trigesimo primo quaestionum Papiniani notat: In omnibus servitutibus, quae actione confusae sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiaturs eas iterum imponi*);

poi il divieto, delle *notae* di Paolo e Ulpiano potrebbero indicare che Papiniano veniva letto nelle scuole (in particolare i suoi *responsa*) e utilizzato nei tribunali nella “edizione critica” dei suoi due commentatori.

In seguito poi, attraverso la legislazione imperiale, e fino a Giustiniano, Papiniano aveva finito per imporsi autonomamente.

I *responsa* di Papiniano, 19 libri (363 frammenti¹¹³, ove si contano anche 32 citazioni indirette generalmente da Ulpiano, ma anche da Paolo, da Marciano, e persino da legislazione imperiale), presentano una struttura formale per qualche parte diversa da quella dei *responsa* di Paolo.

Non mancano, è vero, brani anche lunghi costituiti in pratica di massime che si susseguono brevi e veloci (si pensi, per esempio, a D. 50.1.17), ma generalmente la massima stessa necessita di una parte introduttiva, esplicativa della situazione e del problema, e questa vi ha generalmente uno spazio maggiore, o per lo meno si ricollega assai più concretamente al reale, fino a diventare un vero e proprio caso articolato e complesso. E nello stile assume quasi una funzione narrativa.

I *responsa* di Papiniano apparirebbero meno rielaborati, rimaneggiati a posteriori e ricomposti rispetto a quelli di Paolo: non vi si incontra la for-

D. 27.9.13.1 (*Paulus libro singulari ad orationem Severi*) = nel discorso di Paolo, con precisazione dell'opera specifica da cui il brano sarebbe tratto, è riportata sia l'opinione di Papiniano, più o meno in forma diretta (... *attamen Papinianus libro quinto responsorum ait tutorem pupilli sine decreto praetoris non iure distrabere: si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium cum fructibus vindicanti doli non inutiliter opponitur, exceptio pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non poterit*) sia la nota di Paolo evidenziata dalle parole di incipit *ego autem notavi (ego autem notavi: etsi solvi potuerit, si tamen illae res salvae erunt, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri potuit, dicendum est ad huc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno)*;

D. 42.8.16 = anche questo un passo che è riferito al nome di Paolo e riporta soltanto la nota: *Paulus libro quinto responsorum Papiniani: Nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur*;

D. 28.4.4 (*Papinianus libro sexto responsorum*) ... *Paulus notat ...* = ancora un'obiezione al pensiero di Papiniano espresso immediatamente sopra, in forma di concisa rettifica: *Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas*;

D. 33.1.9 (*Papinianus libro septimo responsorum*) ... *Paulus notat ...* = una breve adesione alla affermazione papiniana che precede: *Paulus notat: hoc admittendum est et in aliis rebus hereditariis, ut et in eas legatarius mittatur*.

¹¹³ Il Lenel, cfr. Palingenesia I cit., coll. 881-946, riporta 363 citazioni, fra i passi direttamente tratti dalle opere del giurista (69 frammenti derivano da fonti diverse dal Digesto, o anche diverse) e le citazioni indirette (43).

mula caratteristica “*respondit*” in terza persona¹¹⁴ che aveva caratterizzato l’attività consulente del giurista suo *adsessor* e che poteva aver dato l’impressione di un’osservazione (e utilizzazione) dall’esterno.

I passi più lunghi sono qui costruiti di episodi e vicende ben descritti, che, ciascuno nella sua autonomia, propongono un quesito implicito (generalmente non dichiarato dal rituale “*quaero*”, “*quaeritur*”, “*quaesitum est*”) cui il giurista dà soluzione argomentata. E il più delle volte la soluzione è proposta senza ricorrere al verbo qualificativo dell’attività caratteristica del *respondere*: quando però vi ricorre il responso del giurista è esposto in prima persona, con “*respondi*”. Così in D. 31,77, in tema di legati e fedecommissi, la paternità del passo, che è riferita dall’*inscriptio* a Papiniano, viene poi sottolineata nel testo per nove volte da una ripetuta affermazione personale¹¹⁵:

D. 31.77 (Pap. l. 8 *resp.*) Cum pater filios eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: “Peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano partem hereditatis restituas matri tuae”. **Respondi** praedium quidem hereditarium iudicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam. 1. Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest: quod fideicom-

¹¹⁴ A meno che non si tratti di citazioni indirette da altro autore. Papiniano risulta infatti autore citatissimo, in particolare dai suoi quasi contemporanei Paolo e soprattutto Ulpiano, nonché – ed è logico aspettarselo considerato il favore con cui è visto dalla legislazione imperiale – da Giustiniano (C. 3.28.35.1 ; C. 6.25.10pr. ; C. 5.71.14 ; C. 6.25.9 ; C. 6.25.7.1 ; C. 6.42.30 ; I. 2.1.8 ; I. 1.25.2 ; I. 2.25.1 ; I. 2.20.14 ; I. 2.6.9), da Decio (C. 7.32.3), da Caro, Carino e Numeriano (C. 6.42.16): “*Papinianus respondit*”, “*Papininus ait*”, “*Papinianus scribit*”, ecc. Emblematico il lungo passo di Ulpiano, D. 33.7.12.23, dai commentari ulpiane *ad Sabinum*, 47 paragrafi sul tema *de instructo vel instrumento legato*, in cui si legge, a partire dal paragrafo 23, dopo una lunga serie di citazioni, *Papinianus quoque libro septimo responsorum ait ...* 37. *Papinianus quoque praediis instructis legatis mancipia non contineri ...* 38. *Idem respondit ...* 39. *Idem respondit ...* 40. *Idem respondit ...* 41. *Idem respondit ...* 42. *Idem respondit ...* 43. *Idem respondit ... Sed et ipse Papinianus eodem libro responsorum ait ...* 45. *Papinianus quoque libro septimo responsorum ... respondit ...* 46. *Si quis ... quaeritur. Et Papinianus respondit ...* 47. *Idem Papinianus libro septimo responsorum ait ...* Ma anche D. 20.1.11.2, Marcianus *l.s. ad form. hypoth.*, ... *et scribit Papinianus libro undecimo responsorum ...*; D. 30.113.5, Marc. l. 7 *inst.*, ... *Papinianus libro tertio responsorum scribit*; D. 23.2.60.4, Paulus *ad orat. divi Antonini et Commodi*, ... *et ait Papinianus libro quinto responsorum ...*; D. 27.9.13.1, Paulus *ad orat. divi Severi*, *Papinianus libro quinto responsorum ait ...*; ecc.

¹¹⁵ Salvo un impersonale *respondendum est* del paragrafo 1, forse per ragioni di stile.

missum heredes salva Falcidiae ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, praestabunt. Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur. Si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse **respondendum erit** ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra. [...] 15. Ab instituto extraneo praedia libertis cum moreretur verbis fideicommissi reliquerat et petierat, ne ex nomine familiae alienarentur. Substitutum ea praedia debere ex defuncti voluntate **respondi**, sed utrum confestim an sub eadem condicione, voluntatis esse quaestionem: sed coniectura ex voluntate testatoris capienda mors instituti exspectanda est. [...] 17. Pater filiae mancipia, quae nubenti dedit, verbis fideicommissi praestari voluit: partus susceptos, etsi matres ante testamentum mortuae fuissent, ex causa fideicommissi praestandos **respondi**. Nec aliud in uxore confirmatis donationibus pridem observatum est. [...] 23. Filius matrem heredem scripserat et fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi religione praestari rogaverat. Cum testamentum nullo iure factum esset, nihilo minus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa **respondi**: nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur. [...] 26. Donationis praediorum epistulam ignorante filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit et litteras tales ad aedituum misit: „Instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo“. Cum pluribus heredibus intestato diem suum obisset, intellegi fideicommissum filio relictum **respondi**: non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. [...] 29. Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona perventura, codicillis ab ea factis pluribus fideicommissa reliquerat. Iure successionis ad duos eiusdem gradus possessione devoluta rationibus aequitatis et perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem relevandam **respondi**: sed libertates ab ea praestandas, quas intercidere damni causa durum videbatur. [...] 31. Titio fratri suo Maevius hereditatem Seii, a quo heres institutus erat, post mortem suam restituere rogatus eodem Titio herede scripto petit, ut moriens Titius tam suam quam Seii hereditatem Sempronio restitueret. Cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset, aeris alieni loco non esse deducendum fideicommissum **respondi**, quoniam ratione compensationis percipisse debitum videbatur. Plane si ea lege Maevius Titium heredem

instituat, ne fideicommissum ex testamento Seii retineat, Falcidiam compensationi sufficere, sed iniquitate occurrere. Prudentius autem fecerit, si ex testamento fratris hereditatem repudiaverit et intestati possessionem acceperit: nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit. 32. “A te peto, marite, si quid liberorum habueris, illis praedia relinquant vel, si non habueris, tuis sive meis propinquis aut etiam libertis nostris”. Non esse datam electionem, sed ordinem scripturae factam substitutioni **respondi**. [...]

Abbondano i problemi interpretativi di clausole testamentarie riportate in forma diretta, lettere, attestati, codicilli, fino a clausole di tenore astratto: “*Volo praedia dari libertis meis ...*” (D. 31.77.13); “*Dulcissimis fratribus meis, avunculis autem tuis quaecumque mihi supersunt in Pamphylia Lycia vel ubicumque de maternis bonis concedi volo ...*” (D. 31.77.20); “*Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxorem duxerit, ex besse heres esto: qui non duxerit, ex triente heres esto*” (D. 28.7.24); “*Peto, cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei*” (D. 31.76.5); *Qui plures heredes instituit, ita scripsit: ‘Eosque omnes invicem substituo’ ... ubi enim quis heredes instituit et ita scribit: ‘Eosque invicem substituo’, hi substitui videbuntur, qui heredes exstiterunt* (D. 28.6.23); ecc.

Inoltre nei suoi *responsa* Papiniano non lascia spazio al *novum ius*¹¹⁶ delle costituzioni imperiali: i suoi temi e le sue attenzioni sono tutti rivolti alle problematiche del diritto classico entro le quali la voce imperiale entra soltanto in maniera indiretta, mediata attraverso l’interpretazione giurisprudenziale o la citazione veloce.

Così in tema di restituzione ereditaria a favore di chi avesse perduto il possesso della cosa perché assente per pubblici motivi in D. 29.2.86.1 il giurista dice: *divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem*

¹¹⁶ Riprendo consapevolmente l’espressione coniata da Salvatore Riccobono (cfr. S. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem: nozione e caratteri del ius novum*, in *BIDR LV-LVI*, 1951-52, p. 1 ss. ; ID., *Ius Novum*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, II, Roma 1929, p. 225 ss.) fino a A. D’ORS, *La formación del ius novum en la época tardo clásica*, in *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 4, 1979, p. 35 ss. Per un’analisi delle vicende del prodursi del diritto in epoca tarda si veda P. BIANCHI, *Iura-Leges. Un’apparente questione terminologica della tarda antichità*, Milano 2007, in part. p. 145 ss.

locum habere. E si richiama all'*humanitas* della decisione: *quod et hic humanitatis gratia optinendum est*¹¹⁷.

Così in un brano non giustiniano¹¹⁸ la soluzione del giurista per un problema di *possessio contra tabulas* si conclude con un richiamo sbrigativo ai *principes nostri* e ad Adriano: *idque optimi maximique principes nostri rescripserunt, idemque sententiam divi Hadriani in persona Cornelii ... demonstravit*¹¹⁹.

E ancora ad Adriano si richiama, velocemente, D. 36.1.60.3: *Acceptis centum hereditatem rogatus restituere totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur, et ita divi Hadriani rescriptum intellectum est, tamquam si ex bonis nummos retenturus fuisset*.

Sempre indiretta la citazione della voce imperiale in un altro testo che peraltro costruisce il caso in termini molto articolati, com'è nello stile di Papiniano:

D. 34.9.16.1 (Pap. l. 8 *resp.*) *Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur, eius, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur. Idque in testamento Coccei Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique principes nostri iudicaverunt: cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepoti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitam apparuit.*

E anche quando deve riportarsi alla voce dell'imperatore regnante, D. 31.78, Papiniano è molto sbrigativo:

D. 31.78.1 (Pap. l. 9 *resp.*) *Cum post mortem emptoris venditionem rei publicae praediorum optimus maximusque princeps noster Severus Augustus rescindi heredibus pretio restituto iussisset, de*

¹¹⁷ Sarebbe caratteristica dello stile di Papiniano un frequente umanesimo (così R. ORESTANO, voce "Papiniano" cit.).

¹¹⁸ Berol, ZRG XV, 86.

¹¹⁹ Lenel, Palingenesia I cit., col. 903: *Scriptus ... filius per fratrem emancipatum ac prae-teritum edicto commissio contra tabulas solus possessionem accepit. Extrariis legata praestabit neque edictum commisisse videtur, qui voluntatem patris tueri potuit ac debuit: idque optimi maximique principes nostri rescripserunt, idemque sententiam divi Hadriani in persona Cornelii ... demonstravit*. Ugualmente fugace D. 40.4.50: *Quod divo Marco pro libertatibus conservandis placuit, locum habet irrituo testamento facto, si bona venitura sint: alioquin vacantibus populo vindicatis non habere constitutionem locum aperte cavetur*.

pecunia legatario, cui praedium emptor ex ea possessione legaverat, coniectura voluntatis pro modo aestimationis partem solvendam esse respondi.

Invece assolutamente non c'è spazio nei *responsa* di Papiniano per l'opinione degli altri giuristi. Come per i *responsa* di Paolo (come per i *responsa* in genere) la norma che se ne trae si propone come *regula*, come un assioma di verità che non prevede contrapposizioni.

Ma, al contrario che nei *responsa* di Paolo qui si tiene una cadenza di tutto respiro, atta ad attraversare con efficacia motivazioni e argomenti, pro e contro, a valutare diversamente, a discutere, a prepararsi a possibili confutazioni.

L'ariosità dei *responsa* di Papiniano, che li rende da un lato più accetti ma dall'altro più complessi rispetto ad un mero catalogo di norme, si dimostra anche nel momento in cui l'autore, il giurista, indulge a far presente la denominazione greca di una realtà giuridica romana, quando poi non si deve trarre nessuna deduzione rilevante da questa informazione: così D. 33.7.2.1, *Papinianus libro septimo responsorum, Dotes praediorum, quae Graeco vocabulo ἐνθήκαι appellantur, cum non instructa legantur, legatario non praestantur*; o nel momento in cui, trattando delle suppellettili nel medesimo *libro septimo*, si sofferma a citare Omero e lo straordinario talamo di Ulisse

D. 33.10.9.1 cum et Ulixem ex auro et argento lectum viventis arboris truncis aedificatum ornasse, quem Penelopa recognoscendi viri signum accepit, ut voluit Homerus.

Nella “contrapposizione” fra Paolo e Papiniano, quale emerge dalla *Omnem* giustiniana, si possono forse leggere le manovre (sommerse) di un avvicendamento, nella pratica forense e scolastica, che voleva sostituire definitivamente l'un giurista all'altro: un tentativo non facile perché se Papiniano aveva avuto l'onore di vedere intitolati a lui gli studenti del terzo anno, Paolo continuava però ad essere il più studiato nella scuola, ed è, fra i due, il più utilizzato nel Digesto.

Peraltro stupisce che all'epoca di Giustiniano il ricambio nella fama e nella fortuna non fosse già completato, dopo che già da un secolo la legislazione imperiale, con Valentiniano III e Teodosio II, aveva imposto che in caso di dubbio fra le opinioni dei giuristi giudicati maggiori dovesse prevalere l'opinione di Papiniano.

Una disposizione di questo genere avrebbe dovuto avere come conseguenza il potenziamento dello studio di questo giurista, anche a discapito degli altri della legge del 426.

E invero è pensabile che il potenziamento della lezione di Papiniano ci sia stato senz'altro – è naturale che dovesse trovare sempre più spazio nella formazione dei futuri operatori del diritto il giurista che poteva rappresentare con il suo insegnamento e il suo utilizzo forense la strategia per la vittoria – ma comunque non portò allo svilimento della lezione di Paolo che ci si poteva aspettare.

La lezione di Paolo continuò ad essere molto frequentata nella scuola. Forse perché, rispetto a quella di Papiniano, più agile, scorrevole, forse perché introdotta nella scuola dallo stesso Paolo con finalità formativa e da più lungo tempo, forse perché proprio per la scuola preparata.

A proposito in particolare di Papiniano Giustiniano parla di “lezione” (*librum ... plenum eiusdem maximi Papiniani fecimus lectione; hos tres libros cum acutissimi Papiniani lectione tradendos posuimus*). *Lectio*, lezione, è termine che deriva semanticamente da *legere*, dal verbo che indica nella scuola un'attività comune di chi insegna e di chi apprende: e in questo senso è anche utilizzato dalla cost. *Omnem* quando circoscrive il programma di studio per il primo anno con le parole *cum erat enorme post institutiones aliquod legere, quam quod in legibus et primum positum est et istam nuncupationem meruerit. post eorum vero lectionem (neque illam continuam, sed particularem et ex magna parte inutilem constitutam) tituli alii eis tradebantur*.

Ma più spesso la parola si colora di un altro significato. Lezione, insegnamento, pensiero: è forse la prima volta che viene usata in questa accezione nell'ambito della scuola, e ci affascina subito, completamente. Ci dice della consapevolezza, già profondamente acquisita, che attraverso il libro prima, e poi la voce del maestro, possa essere trasferita allo studente la sapienza, ovvero, nel campo, nello specifico, la *prudentia iuris* dei grandi del passato¹²⁰.

¹²⁰ Vanno citate, a questo proposito, le opere giuridiche che alla *lectio*, o meglio a *lectiones*, si intitolano. Cioè, per esempio, dello stesso Paolo, il *liber singularis variarum lectionum*, da cui sarebbero tratti tre brevissimi frammenti di pensiero, tre regole che sono espresse nella forma della definizione: sull'institore, D. 14,3,18 (*Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praepositur quique sine loco ad eundem actum praepositur*), sulla qualificazione diurna delle *operae*, D. 38.1.1, (*Operae sunt diurnum officium*), sull'*exceptio* e la *replicatio*, D. 44.1.22 (*Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*). E ancora i *libri variarum lectionum* di Pomponio relativamente ai quali il Lenel (*Palingenesia* 2 cit., coll. 151 ss.) ipotizza almeno 41 libri e calcola almeno 30 frammenti fra citazioni dirette e indirette.

CHIARA LAZZARI*

Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro

ABSTRACT

- ✓ Il saggio mira a verificare come la revisione delle forme contrattuali, realizzata dal decreto legislativo n. 81/2015 emanato in attuazione della legge n. 183/2014, incida sulle questioni relative alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, soffermando in particolare l'attenzione sulle criticità prodotte dal recente intervento legislativo e sulla sua conformità rispetto all'ordinamento comunitario.
- ✓ The essay aims at verifying how the review of contractual arrangements, made by the Legislative Decree n. 81/2015 issued in application of the law n. 183/2014, is affecting the protection of health and safety at work, focusing particularly on the critical issues produced by the recent legislative intervention and its compliance with Community law.

* È titolare di un assegno di ricerca per il ssd IUS/07 Diritto del lavoro e della sicurezza sociale e docente di diritto del mercato del lavoro e del laboratorio di diritto sindacale e del lavoro per la scuola di scienze giuridiche per la consulenza del lavoro e la sicurezza dei lavoratori.

CHIARA LAZZARI

PRIME OSSERVAZIONI A PROPOSITO DI REVISIONE
DELLE FORME CONTRATTUALI E SICUREZZA SUL LAVORO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il lavoro a termine. – 3. La somministrazione di lavoro. – 4. L'associazione in partecipazione ed il lavoro parasubordinato. – 5. Il lavoro accessorio. – 6. Qualche riflessione conclusiva.

1. Considerazioni introduttive

Com'è noto, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 144 del 24 giugno 2015 il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 7, l. 10 dicembre 2014, n. 183¹.

¹ Sul disegno di legge delega, per tutti, F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, Adapt Labour Studies, e-Book series n. 40, 2015, spec. p. 5 ss., p. 277 ss.; M. DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs act e dintorni)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 936 ss.; M. MISCIONE, "Jobs Act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 305 ss., cui adde il documento del 23 ottobre 2014 *Sulla semplificazione e sul riordino della legislazione del lavoro: piattaforma di alcune riviste giuslavoristiche*, che enuncia la posizione delle riviste *Diritti lavori mercati*, *Lavoro e diritto*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*; sulla legge delega, *ex multis*, F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Adapt Labour Studies, e-Book series n. 37, 2015, p. 1 ss.; M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona"*, *Collective volumes*, 2014, n. 3; M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 39 ss.; M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro 2014 del Jobs Act al centro del sistema nel silenzio sul pubblico impiego*, in *Il lavoro nella giuri-*

Trattasi di un provvedimento che si inserisce in quell'ambizioso percorso di profonda trasformazione del diritto del lavoro italiano che va sotto il nome di *Jobs Act*², attorno al quale si stanno affaticando la dottrina giuslavoristica³ ed il mondo politico e sindacale⁴, per l'evidente estensione del raggio d'azione dell'intervento riformatore, oltre che per il suo carattere dirompente⁵ rispetto allo *status quo*.

Peraltro, obiettivo di queste pagine non è quello di condurre una riflessione, ad ampio spettro, su dove vada "il diritto del lavoro ai tempi del renzismo"⁶, ma quello, più circoscritto, di comprendere in che termini tale direzione di marcia impatti sulle questioni della salute e sicurezza sul lavoro. Segnatamente, si vuole qui verificare se la revisione delle forme contrattuali, realizzata dal citato decreto legislativo in attuazione della l. n. 183/2014, introduca elementi migliorativi, o peggiorativi, nel grado di tutela garantito dall'ordinamento al diritto alla salute ed alla sicurezza dei lavoratori, ovvero lo lasci inalterato. E ciò sull'evidente presupposto che lo "scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro

sprudenza, 2015, p. 7 ss.; M. DE LUCA, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, *ibidem*, p. 349 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 289 ss.

² Cfr. L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 76.

³ In proposito, si rinvia, a titolo meramente esemplificativo del dibattito in corso, ai contributi citati in argomento nel presente lavoro, dai quali, *ratione materiae*, si sono esclusi quelli riguardanti la decretazione delegata in tema di contratto a tutele crescenti, ammortizzatori sociali, conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro, servizi per il lavoro e politiche attive, razionalizzazione e semplificazione degli adempimenti a carico di cittadini ed imprese, razionalizzazione e semplificazione dell'attività ispettiva.

⁴ In generale, sui travagli del sindacato nell'attuale fase storica cfr. A. ANDREONI, *I dilemmi sindacali nell'Italia del "Jobs Act". Spunti per una riflessione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, I, p. 691 ss.

⁵ U. ROMAGNOLI, *Controcorrente*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 7, lo definisce addirittura "eversivo perché implica la riprogettazione dello statuto epistemologico del diritto del lavoro passando attraverso la de-strutturazione dello stesso concetto di lavoro in modo da fargli riacquistare il basso profilo di quando era indistinguibile dalla *res* la cui proprietà ne ricomprendeva l'*uti frui*".

⁶ Così il titolo del saggio di L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 13 ss.; peraltro, la domanda è ricorrente fra gli studiosi: negli anni '2000 v. già G. G. BALANDI, *Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato* e lo stesso L. MARIUCCI, *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive e individuali di lavoro*, entrambi in *Lavoro e diritto*, 2002, rispettivamente p. 245 ss. e p. 259 ss.

che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo”, enunciato nel menzionato art. 1, comma 7, l. n. 183/2014, non può certamente essere perseguito in dispregio delle esigenze di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

2. Il lavoro a termine

Quanto al lavoro a termine, da un lato, si conferma (art. 20, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 81/2015), così come per la somministrazione di lavoro ed il lavoro intermittente⁷, il divieto di stipulazione del contratto a tempo determinato con riferimento a quei datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi⁸. Il comma 2 dello stesso articolo aggiunge poi l'importante precisazione giusta la quale la violazione (anche) del divieto in questione è sanzionata con la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, secondo l'orientamento, accolto in giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria⁹, che, in mancanza di un'espressa

⁷ Cfr., rispettivamente, gli artt. 32, comma 1, lett. *d*, e 14, comma 1, lett. *c*, d.lgs. n. 81/2015; con riguardo al lavoro intermittente, si segnala altresì la condivisibile eliminazione dell'aggettivo "eventuali", riferito alle misure di sicurezza da indicare nel contratto, che compariva nell'art. 35, comma 1, lett. *f*, d.lgs. n. 276/2003 (cfr. il nuovo art. 15, comma 1, lett. *f*, che, peraltro, elide anche l'aggettivo "specifiche").

⁸ Si vedano, in precedenza, l'art. 3, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 368/2001, nonché gli artt. 20, comma 5, lett. *c*, e 34, comma 3, lett. *c*, d.lgs. n. 276/2003.

⁹ Cfr. Cass., sez. lav., 2 aprile 2012, n. 5241, in <http://olympus.uniurb.it/>; in dottrina, P. PASCUCCI, *Il rebus dell'effettività delle cosiddette "sanzioni civili indirette" in tema di sicurezza sul lavoro*, in ID. (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, Roma, 2007, pp. 136-137; ID., *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, in *Il diritto del lavoro nelle Marche*, 2009, p. 138 ss.; L. ANGELINI, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro: una criticità da governare*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il Testo Unico cit.*, p. 106; C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza nel lavoro temporaneo, fra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, p. 658, nt. 153; nello stesso senso, R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Milano, 2001, p. 258; L. M. DENTICI, *L'articolazione dei divieti nella nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, pp. 116-117; M. MISCIONE, *I divieti di contratto a termine*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002, p. 99; A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, p. 291; G. RIGANÒ, *Sub art. 3*, in G. SANTORO PAS-

previsione in tal senso¹⁰, per raggiungere tale risultato faceva leva sull'applicazione dell'art. 1419, comma 2, c.c.¹¹. Si ribadisce, così, la fiducia del legislatore nei confronti delle cd. sanzioni civili indirette¹², destinate ad incidere sulla validità del contratto flessibile concluso nell'inosservanza dei divieti di assunzione in mancanza di valutazione dei rischi, pur permanendo gravi lacune in ordine alla predisposizione di adeguati meccanismi volti a garantire l'effettiva operatività di tali norme inibitorie e della connessa conversione in chiave sanzionatoria¹³.

Dall'altro lato, all'opportuno aggiornamento, previsto nello schema di decreto approvato in via preliminare, dei riferimenti normativi ai sensi dei quali tale valutazione va oggi effettuata, tramite rinvio all'art. 28 e seguenti del d.lgs. n. 81/2008¹⁴, è subentrato, nella versione dell'11 giugno 2015, il richiamo alla "normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori", probabilmente preferito perché la genericità della nuova formula è destinata a coprire ogni futura modifica della disciplina cui si rimanda (oltre a ricomprendere provvedimenti diversi dal d.lgs. n. 81/2008, laddove eventualmente presenti). A ciò si aggiunge la condivisibile sostituzione – quali destinatari dell'obbligo di valutazione dei rischi – delle imprese con i datori di lavoro, coerentemente con l'applicazione generalizzata del d.lgs. n. 81/2008, e degli adempimenti ivi sanciti,

SARELLI (a cura di), *Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 61.

¹⁰ Infatti, solo nel caso della somministrazione si prevedeva esplicitamente che all'inosservanza del divieto conseguisse la costituzione (su ricorso del lavoratore) di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione stessa (art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003): si veda, ora, per un meccanismo analogo, l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81/2015.

¹¹ *Contra* A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, p. 35 ss., secondo cui il datore di lavoro poteva essere ammesso a provare, ex art. 1419, comma 1, c.c., la volontà ipotetica di non concludere il contratto di lavoro senza il termine nullo, con conseguente invalidità dell'intero negozio; conforme A. PIETROPAOLI, *Divieti di apposizione del termine al contratto di lavoro*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, pp. 236-237.

¹² L. MONTUSCHI, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, p. 770; P. PASCUCCL, *Il rebus* cit., p. 145.

¹³ In proposito, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza* cit., p. 658 ss.; in argomento v. anche *infra*, § 3.

¹⁴ Invero, tutte le norme ricordate *sub* nt. 8 facevano ancora riferimento al d.lgs. n. 626/1994.

ad ogni organizzazione, quantunque non imprenditoriale e scarsamente strutturata¹⁵.

Va, invece, segnalata la mancata riproposizione, nell'art. 26, di quanto disposto dall'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 368/2001¹⁶, ai sensi del quale "il lavoratore assunto con contratto a tempo determinato dovrà ricevere una formazione sufficiente ed adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, al fine di prevenire rischi specifici connessi alla esecuzione del lavoro".

Dal punto di vista sostanziale, merita ricordare come l'art. 37 del d.lgs. n. 81/2008 imponga al datore di lavoro di assicurare che ciascun lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata in materia di salute e sicurezza, con particolare riguardo, tra l'altro, ai rischi riferiti alle mansioni (comma 1, lett. *b*), nonché in merito ai rischi specifici di cui ai titoli del citato decreto successivi al primo (comma 3). Non può nemmeno sottovalutarsi ciò che dispone l'art. 28, comma 2, lett. *f*, secondo cui il documento di valutazione dei rischi deve contenere l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione ed addestramento. Infatti, anche a prescindere da ogni considerazione in ordine all'esistenza di un implicito divieto di adibire alle mansioni indicate dalla norma i prestatori sprovvisti delle caratteristiche ivi precisate, sembra che dalla stessa emerga "un segnale di speciale attenzione per il ricorso indiscriminato alle tipologie contrattuali flessibili"¹⁷, oltre che la possibilità di recuperare un'appropriata tutela per i titolari di quelle. E ciò proprio a partire dalla garanzia di un'attività formativa che non potrà non tener conto – come d'altra parte richiesto anche dalla direttiva n. 91/383/Cee¹⁸ – dei rischi cui tali

¹⁵ Volendo, *amplius*, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, pp. 45-46.

¹⁶ L'art. 55, comma 1, lett. *b*, abroga "il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, salvo quanto previsto al comma 2 e fermo restando quanto disposto dall'articolo 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122"; a sua volta, il comma 2 prevede che l'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001 sia abrogato dal 1° gennaio 2017.

¹⁷ P. PASCUCCI, *La salute mentale dei lavoratori nel nuovo quadro normativo. Alla ricerca di una relazione perduta*, Relazione alla Giornata di studi su "La salute mentale del lavoratore" (Cassino, 18 marzo 2009), p. 26, dattiloscritto.

¹⁸ Trattasi della direttiva, del 25 giugno 1991, che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale.

soggetti sono esposti, se vuole corrispondere a quei criteri di adeguatezza ed individualizzazione, rispetto a ciascuna posizione lavorativa, posti dall'art. 37 del d.lgs. n. 81/2008, e, prima ancora, dalla direttiva del 1991¹⁹. Criteri il cui soddisfacimento esige in primo luogo di considerare particolarmente le esigenze di prevenzione e protezione evidenziate dalla valutazione dei rischi²⁰, la quale, del resto, deve riguardare altresì i rischi "connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro" (art. 28, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, come modificato dal d.lgs. n. 106/2009). Non sarebbe così vanificato il risultato cui tendeva l'interpretazione secondo cui, stante la necessità di coordinare l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 con i generali obblighi di informazione, formazione ed addestramento sanciti nel d.lgs. n. 81/2008, esso avrebbe dovuto intendersi come riferito, per l'appunto, "ai rischi c.d. aggiuntivi correlati alle caratteristiche temporanee del rapporto di lavoro"²¹. A ciò vale infine la pena di aggiungere l'art. 2087 c.c., il cui richiamo alla "particolarità del lavoro" richiede di declinare l'adozione delle misure di sicurezza necessarie tenendo conto sia, da un punto di vista oggettivo, della maggiore gravosità della prestazione che spesso caratterizza i contratti flessibili, sia, sotto un profilo soggettivo, delle particolari condizioni in cui i lavoratori temporanei svolgono la propria attività²², secondo una filosofia a ben vedere sintonica rispetto a quella che ispira la stessa direttiva comunitaria testé citata: si pensi a quel principio di sufficienza ed adeguatezza della formazione in relazione "alle caratteristiche proprie del (...) posto di lavoro, tenuto conto della (...) qualificazione e della (...) esperienza" del soggetto, affermato dal suo art. 4 ed al quale si accennava poc'anzi.

Peraltro, proprio con riguardo alla menzionata direttiva si impone la necessità di verificare se l'abrogazione dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 possa compromettere la sua già incerta attuazione, specie per quanto concerne il lavoro a termine²³, nel nostro ordinamento. Il ricordato articolo,

¹⁹ Cfr. C. OGRISEG, *La formazione come promozione della qualità del lavoro e della professionalità del lavoratore a termine*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002, pp. 143-144.

²⁰ Sul collegamento funzionale fra valutazione dei rischi e formazione cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008*, Fano, 2014, pp. 202-203.

²¹ V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del D.Lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2015, p. 524.

²² Cfr. ancora P. PASCUCCI, *op. ult. cit.*, p. 203.

²³ Volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza cit.*, p. 639.

infatti, recepiva – tra l’altro in modo non del tutto puntuale – la previsione comunitaria in tema di formazione, contenuta nell’art. 4 appena richiamato. Benché, alla luce di quanto argomentato, non sembri che il livello di tutela precedentemente garantito possa dirsi peggiorato, la mancata riproposizione della disposizione pare comunque inserirsi in quel farraginoso, ed inadeguato, percorso di recepimento della direttiva in questione che si è già avuto modo in altra sede di stigmatizzare²⁴. Pertanto, anche sotto questo profilo, restano fondate perplessità circa la decisione assunta, tra l’altro in un momento storico in cui la definitiva apertura all’acausalità del contratto a tempo determinato – compiutasi a seguito delle politiche di “piena liberalizzazione”²⁵ del lavoro a termine attuate nel 2014 e confermata dal d.lgs. n. 81/2015²⁶ – appare destinata a favorire la diffusione di tale forma contrattuale. Forma contrattuale la quale, però, come dimostrano numero-

²⁴ C. LAZZARI, *op. ult. cit.*, *passim*.

²⁵ A. LASSANDARI, *L’ordinamento perduto*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 65.

²⁶ Sul d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, cfr., *ex multis*, A. PANDOLFO, P. PASALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Torino, 2014; F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, p. 160 ss., ed ivi i contributi di S. BELLOMO, P. CAMPANELLA, L. MENGHINI, A. PIZZOFERRATO, R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI; R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, p. 675 ss.; F. CARINCI, *Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 5 ss.; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del lavoro europeo “Massimo D’Antona”.IT*, 2014, n. 212; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato. Atto I*, Torino, 2014; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, *Adapt Labour Studies*, e-Book series n. 25, 2014; F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, *Adapt Labour Studies*, e-Book series n. 30, 2104; E. GRAGNOLI, *L’ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 429 ss.; ID., *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, I, p. 679 ss.; V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, *ibidem*, p. 709 ss.; G. LEONE, *L’utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, *ibidem*, p. 729 ss.; M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 566 ss.; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, *ibidem*, p. 1221 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, *ibidem*, p. 919 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l’insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2015, p. 102 ss.

se ricerche²⁷, reca in sé un *quid pluris* di rischio, connesso per l'appunto alla flessibilità tipologica, che non può essere ignorato, risultando i lavoratori temporanei esposti a maggiori rischi proprio in ragione della particolare natura del loro rapporto di lavoro, a prescindere dall'oggettiva pericolosità dell'attività svolta. Insomma, il segnale inviato dal nostro legislatore non sembra – sul piano della consapevolezza di tali problematiche – incoraggiante.

3. La somministrazione di lavoro

Riflessioni non dissimili possono a ben vedere almeno in parte formularsi con riguardo alla somministrazione di lavoro. Anche in questo caso, non si comprende il senso, e la necessità, della mancata riproposizione, nell'art. 35, dell'inciso – dall'indubbio valore simbolico, per quanto probabilmente ritenuto ridondante – aggiunto di recente dal d.l. n. 76/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 99/2013, che, novellando l'art. 23, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 276/2003, aveva ribadito “l'integrale applicabilità delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81” per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore.

Detta abrogazione era già contemplata nella versione preliminare dello schema di decreto legislativo e, in ogni caso, non incideva affatto sulla sicura operatività della normativa citata, stante il disposto dell'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 81/2008, che poneva a carico dell'utilizzatore “tutti gli obblighi di prevenzione e protezione di cui al presente decreto” (e che, peraltro, avrebbe dovuto essere sfrondata di ogni richiamo al d.lgs. n. 276/2003). In tal senso, irrilevante – anzi, finanche opportuna, in un'ottica di riordino e sistemazione della legislazione vigente – era la non riproposizione dell'ultimo periodo dell'art. 23, comma 5, che gravava l'utilizzatore di tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei dipendenti e lo costituiva responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi. Invero, la “relazione di sicurezza”²⁸ fra utilizzatore e somministrato – quale emerge dal combinato disposto delle definizioni

²⁷ In proposito, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza* cit., p. 633 ss. ed ivi per ampia documentazione al riguardo.

²⁸ Così la definisce P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul*

di lavoratore e datore di lavoro risultanti dall'art. 2, comma 1, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 81/2008 – non appariva minimamente intaccata dalle modifiche ricordate. Alla luce di tali nuove definizioni, infatti, la relazione che il dettato legislativo finisce con il configurare fra lavoratore e datore di lavoro prescinde non solo dalla presenza di un rapporto di lavoro subordinato, ma altresì da quella di un rapporto di lavoro *tout court*, come nel caso, per l'appunto, dell'utilizzatore e del somministrato: quest'ultimo qualificabile come lavoratore *ex* d.lgs. n. 81/2008 del primo, a sua volta definibile come suo datore di lavoro ai sensi dello stesso decreto²⁹. Si comprende, allora, come il significato della salvezza del citato art. 23, comma 5 – espressamente sancita dall'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 81/2008 – fosse da ricercare essenzialmente negli adempimenti che la norma accollava al somministratore. In quest'ottica, dunque, il fatto che non si riproducessero le previsioni pregresse dell'art. 23, comma 5, dirette ad evidenziare la “relazione di sicurezza” tra utilizzatore e somministrato, non era motivo di scalpore. Piuttosto, ciò segnalava una maggiore consapevolezza del legislatore più recente circa le conseguenze derivanti dalla nuova definizione di lavoratore fornita dal d.lgs. n. 81/2008 (letta in combinato con quella di datore di lavoro), la quale, almeno sotto questo profilo, supera la necessità di norme speciali analoghe a quelle emanate nel 2003, quando la definizione di “lavoratore” accolta dal d.lgs. n. 626/1994, ed ancorata al dato formale dell'esistenza di un vincolo contrattuale di carattere subordinato fra tale soggetto ed il datore di lavoro, non avrebbe da sola consentito di considerare l'utilizzatore quale debitore di sicurezza nei confronti dei somministrati; con il rischio di addossare il corrispondente carico di obbligazioni esclusivamente al somministratore³⁰.

Nondimeno, a scanso di ogni possibile equivoco specie da parte di chi non avesse piena percezione dei reali termini della questione, nella versione del decreto approvata in data 11 giugno 2015 viene ribadito (art. 35, comma 4, ultimo periodo) che l'utilizzatore osserva nei confronti dei lavoratori somministrati gli obblighi di prevenzione e protezione³¹ cui è tenuto, per

Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, Pesaro, 2008, p. 42.

²⁹ Per approfondimenti, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *Figure e poteri* cit., pp. 111-112.

³⁰ Cfr. ancora P. PASCUCCI, *op. ult. cit.*, pp. 42-43.

³¹ Dunque, ai soli obblighi di protezione, previsti nell'originario art. 23, comma 5, ultimo periodo, d.lgs. n. 276/2003, si aggiungono quelli di prevenzione, assorbendo la nuova

legge e contratto collettivo, verso i propri dipendenti. A sua volta, per evitare ridondanze, l'ultima scrittura dell'art. 55, comma 1, lett. e, abroga contestualmente l'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 81/2008, anche se, in un'ottica di coordinamento, sarebbe stata forse più opportuna una riformulazione della disposizione che – eliminando ogni richiamo, ormai improprio, al d.lgs. n. 276/2003 ed ogni ripetizione di disciplina – avesse rinviato invece all'art. 35, comma 4, d.lgs. n. 81/2015: in effetti, poiché l'art. 3 si occupa del campo di applicazione del citato d.lgs. n. 81/2008, non pare che, per ragioni di completezza, abbia senso escludere da esso ogni riferimento alla somministrazione di lavoro.

In linea con le modifiche, poc'anzi ricordate, apportate inizialmente alla disciplina pregressa, la prima stesura del decreto concentrava, dunque, l'attenzione solo sulla figura del somministratore. Infatti, da un lato, era riconfermato pienamente l'obbligo di quest'ultimo di informare i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale e di formarli ed addestrarli all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale essi vengono assunti. Dall'altro, non era invece più contemplata la possibilità, piuttosto sfruttata nella prassi³², di trasferire all'utilizzatore l'obbligo in questione, avvalendosi del contratto di somministrazione. Veniva, così, risolto in radice il dubbio, originato dall'ambiguità del precedente dettato letterale³³, se la locuzione "tale obbligo" – che compariva nell'art. 23, comma 5, secondo periodo, al fine di identificare l'oggetto trasferibile – fosse da riferirsi esclusivamente all'attività di addestramento, o riguardasse anche l'attività formativa – strettamente connessa alla precedente, sia per come era formulato il testo, sia per le sue caratteristiche intrinseche – ed altresì quella informativa. Anzi, poteva dirsi che l'eliminazione della possibilità di deroga alla previsione legislativa che poneva gli adempimenti ricordati a carico del somministratore rafforzasse, in ultima analisi, la posizione debitoria di quest'ultimo, in piena

previsione di cui all'art. 35, comma 4, ultimo periodo, d.lgs. n. 81/2015 quanto già disposto dall'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 81/2008, ora abrogato (a parte il riferimento di detti obblighi non più ad un provvedimento specifico, ma alla legge in generale: v. *supra* ed *infra*, nel testo).

³² S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Milano, 2006, pp. 272-273.

³³ Rilevata anche da M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, p. 106, nt. 23; ID., *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Torino, 2006, p. 175, nt. 23 e da P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: l'ambito applicativo della nuova disciplina*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 127.

coerenza con l'incardinamento contrattuale, *ex art.* 1374 c.c.³⁴, dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.; incardinamento che rappresenta la *ratio* del coinvolgimento del somministratore nella tutela della salute e sicurezza dei somministrati³⁵.

Tuttavia, in accoglimento del parere reso dalla XI^a Commissione permanente della Camera il 14 maggio 2015, e ferma restando la sostanziale³⁶ conferma della prima parte della disposizione nei termini ricordati, la possibilità di deroga è stata reintrodotta nella versione definitiva del decreto, dovendosi in proposito ribadire quanto già sostenuto in altra sede circa l'oggetto dell'obbligo trasferibile, da ritenersi limitato, secondo l'opzione che pare da preferire, all'attività di formazione ed addestramento, con esclusione dell'obbligo d'informazione sulle "attività produttive"³⁷. Con riguardo a queste ultime, peraltro, nel testo pubblicato risulta abrogata la specificazione "in generale", presente nell'art. 23, comma 5, primo periodo, ma non sembra che ciò muti la sostanza delle informazioni che il somministratore è tenuto a rendere. Quanto all'inciso, che compariva nell'art. 23, comma 5, secondo periodo, "in tale caso ne va fatta indicazione nel contratto con il lavoratore" – riferito, invece, all'ipotesi in cui ci si avvallesse della ricordata possibilità di deroga – sarebbe stato opportuno che la sua mancata riproposizione fosse coordinata con quanto previsto dall'art. 33, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, nel senso di inserire tale informazione tra quelle che il somministratore deve comunicare per iscritto al lavoratore in ordine al contenuto del contratto di somministrazione³⁸, ma così non è stato.

Delicata potrebbe rivelarsi altresì l'assenza, confermata nell'ultima ste-

³⁴ Per tutti, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in L. RIVA SANSEVERINO, M. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, p. 451 ss.

³⁵ Volendo, cfr., *amplius*, C. LAZZARI, *Figure e poteri cit.*, pp. 125-126.

³⁶ V., infatti, quanto si dirà *infra*, nel testo.

³⁷ Cfr., *amplius*, C. LAZZARI, *op. ult. cit.*, p. 115; v. già A. TAMPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Torino, 1999, p. 192, ma in virtù di un percorso argomentativo diverso e con riferimento alla l. n. 196/1997; *contra*, R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia cit.*, p. 195 e, sembrerebbe, F. BACCHINI, *Salute e sicurezza nella riforma del lavoro: il "Decreto Biagi"*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2003, n. 12; P. CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 127, ritiene, invece, non trasferibile anche l'obbligo di formazione.

³⁸ Si ricorda, infatti, che è, per l'appunto, il contratto di somministrazione a poter prevedere che gli obblighi gravanti sul somministratore, individuati nei termini specificati nel testo, siano adempiuti dall'utilizzatore: v. art. 35, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

sura del decreto, di quanto statuito dal terzo periodo dell'art. 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui "nel caso in cui le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'utilizzatore ne informa il lavoratore conformemente a quanto previsto dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni". La modifica, infatti, potrebbe porre qualche problema di conformità al diritto comunitario, dal momento che la disposizione abrogata costituiva attuazione, già per così dire "al minimo", dell'obbligo d'informazione – cui, secondo l'art. 3 della direttiva n. 91/383/Cee, sono tenuti l'impresa o lo stabilimento utilizzatori prima che il lavoratore inizi a svolgere la propria attività – avente ad oggetto "i rischi che (il medesimo) corre", dovendo riguardare "in particolare l'esigenza di qualifiche o attitudini professionali particolari o di una sorveglianza medica speciale definita dalla legislazione nazionale", e "gli eventuali rischi aggravati specifici connessi con il posto di lavoro da occupare"³⁹. Peraltro, il recepimento, nel nostro ordinamento, di tale previsione, oltre che minimale, si era rivelata anche di problematica applicazione pratica, richiamandosi l'indefinita nozione di "sorveglianza medica speciale"⁴⁰. Non pareva, infatti, che quest'ultima potesse essere ricondotta *sic et simpliciter* a quella di "sorveglianza sanitaria" ex art. 41 del d.lgs. n. 81/2008, essendosi rilevato come l'art. 5, § 2, direttiva n. 91/383/Cee facesse salvo quanto previsto dall'art. 14 della direttiva n. 89/391/Cee, significativamente dedicato al "controllo sanitario", che sembrava, quindi, configurare qualcosa di diverso rispetto alla "sorveglianza medica speciale" di cui parlava la direttiva del 1991⁴¹.

Poiché, come si accennava, la previsione comunitaria appariva più ampia rispetto alla sua trasposizione interna, pareva peraltro legittimo ritenere che quest'ultima dovesse essere integrata con le informazioni di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 81/2008, le quali non potevano che essere rese sempre dall'utilizzatore della prestazione, atteso che quanto l'art. 23, comma 5,

³⁹ Sulla non conformità in proposito dell'ordinamento interno v. già A. LEVI, *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1997, p. 229; M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002, p. 267, nt. 93.

⁴⁰ V. pure A. ANTONUCCI, *Il campo di applicazione "oggettivo" e "soggettivo" della nuova normativa in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, p. 454, nt. 34.

⁴¹ Sulla differenziazione fra i due concetti, volendo, C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza* cit., pp. 650- 651, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici sulla questione.

d.lgs. n. 276/2003 specificamente poneva in capo al somministratore doveva essere inteso in termini non già di sottrazione rispetto al contenuto dell'obbligazione di sicurezza gravante sull'utilizzatore, ma di aggiunta ed integrazione⁴². Ne derivava che l'adempimento dell'obbligo d'informazione previsto dall'art. 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003 da parte del somministratore non intaccava le informazioni che l'utilizzatore era tenuto a fornire al somministrato ex art. 36 del d.lgs. n. 81/2008, ivi comprese quelle attinenti all'"attività dell'impresa in generale", che, oltretutto, identificava qualcosa di diverso rispetto alle "attività produttive in generale" di cui parlava la disciplina del 2003, riguardando non un modello teorico, ma i rischi collegati all'assetto concretamente assunto dall'organizzazione in un determinato settore⁴³. E analogo discorso poteva farsi con riferimento agli obblighi di formazione ed addestramento disciplinati dall'art. 37 del d.lgs. n. 81/2008⁴⁴.

Come già osservato, avendo confermato il d.lgs. n. 81/2015 la parte della disposizione che si riferisce agli adempimenti gravanti sul somministratore, le osservazioni testé svolte sulla normativa pregressa continuano a mantenere piena attualità. Resta, tuttavia, che anche il citato art. 36 del d.lgs. n. 81/2008 non contiene alcun riferimento all'eventuale "esigenza di qualifiche o attitudini professionali particolari", evocata dalla direttiva n. 91/383/Cee.

Se questa era la situazione, già molto incerta, rinvenibile antecedentemente l'emanazione del d.lgs. n. 81/2015, si comprende come ancor più deficitario risulti l'adeguamento dell'ordinamento interno, rispetto a quello comunitario, oggi. Invero, se l'opzione prescelta, per un verso, ha semplificato le cose, stanti le incertezze interpretative che si sono ricordate in particolare in ordine alla nozione di "sorveglianza medica speciale", dall'altro, però, essa rende l'attuazione della direttiva n. 91/383/Cee ancor meno puntuale e completa di prima. Sicché il legislatore avrebbe forse dovuto cogliere l'occasione offerta dalla nuova regolamentazione per un intervento in materia, a

⁴² Cfr. anche P. PASCUCI, *Dopo la legge cit.*, p. 44.

⁴³ Cfr. P. SOPRANI, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza del lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 453.

⁴⁴ Tra l'altro, non può non ricordarsi come, molto opportunamente, il d.lgs. n. 81/2008 richiede che tali obblighi vadano adempiuti, in caso di somministrazione, in occasione dell'inizio dell'utilizzazione, precisando altresì che l'addestramento deve essere svolto sul luogo di lavoro (evidentemente dell'utilizzatore), nonché da persona esperta (che si dubita possa essere il somministratore): cfr. art. 37, comma 4, lett. a, e comma 5.

partire, per l'appunto, dalla precisazione della nozione *de qua*, piuttosto che procedere radicalmente all'eliminazione dell'obbligo in questione.

Merita, infine, segnalare come un passo indietro si registri con riferimento ai presidi posti a tutela dell'effettività del divieto di ricorrere alla somministrazione di lavoro in caso di mancata valutazione dei rischi (art. 32, comma 1, lett. *d*). Già a proposito del lavoro a termine si è rilevata la persistente assenza di un adeguato apparato pratico in grado di garantire la concreta operatività di tali norme inibitorie⁴⁵. E, peraltro, in altra sede si era avuto modo di osservare come, proprio con riguardo alla somministrazione di lavoro, una qualche *chance* di effettività per gli strumenti in questione potesse essere almeno in parte recuperata valorizzando la specificità della relazione trilaterale che caratterizza questa tipologia contrattuale e, segnatamente, il ruolo del somministratore, reso corresponsabile, per la corretta osservanza del divieto di cui al vecchio art. 20, comma 5, lett. *c*, d.lgs. n. 276/2003, dalla previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria destinata a colpire entrambi i contraenti in caso di sua violazione (art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). Di qui, la condivisibile interpretazione del Ministero del lavoro secondo cui proprio l'art. 18, comma 3, imponeva al somministratore, per andare esente da colpa (*in eligendo*), un comportamento diligente consistente nella verifica del reale adempimento, ad opera della controparte contrattuale, della valutazione dei rischi, quanto meno per presa visione del relativo documento⁴⁶, fermi restando i limiti, di non poco conto, derivanti dall'assenza di un controllo di merito sull'adeguatezza della valutazione; controllo che non poteva essere evidentemente richiesto al somministratore. L'art. 18, comma 3, è, tuttavia, stato abrogato (art. 55, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 81/2015) e, al suo posto, il nuovo art. 40, comma 1, punisce, per la violazione dei divieti posti dall'art. 32, solo l'utilizzatore, sgravando, quindi, il somministratore di ogni responsabilità in proposito⁴⁷. Giova, comunque, rimarcare che l'esibizione del documento di valutazione dei rischi da parte dell'utilizzatore risulta in ogni caso funzionale al corretto assolvimento delle prescrizioni, poc'anzi ricordate, di cui all'art. 33,

⁴⁵ V. *supra*, § 2.

⁴⁶ Così l'Interpello del 17 settembre 2007, n. 26; in proposito, *amplius*, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *Figure e poteri* cit., p. 120 ss.

⁴⁷ "La violazione degli obblighi e dei divieti di cui agli articoli 33, comma 1, nonché, per il solo utilizzatore, di cui agli articoli 31 e 32 e, per il solo somministratore, di cui all'articolo 33, comma 3, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250".

comma 3, d.lgs. n. 81/2015, che sanciscono, in capo al somministratore, il dovere di comunicare per iscritto al lavoratore, all'atto dell'assunzione o dell'invio in missione, il contenuto del contratto di somministrazione, tra cui va annoverata l'indicazione della presenza di eventuali rischi per la salute e la sicurezza, così come delle misure di prevenzione adottate (art. 33, comma 1, lett. c). Sembra, infatti, evidente che l'effettività di detto adempimento implica la sostanziale collaborazione dell'utilizzatore, tenuto a valutare specificamente i rischi riguardanti i lavoratori somministrati, come esplicitamente confermato dall'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, ed a predisporre, conseguentemente, le misure di prevenzione e protezione necessarie. Ne deriva che il somministratore difficilmente potrebbe andare esente da colpa qualora il lavoratore provasse che le informazioni di cui si è detto siano risultate approssimative od erranee, oltre che causalmente rilevanti nella produzione dell'evento lesivo da lui subito. A meno che lo stesso somministratore non eccepisca, dandone dimostrazione, la propria condotta diligente e l'incolpevole affidamento nell'esattezza dei dati forniti. Condotta diligente ed incolpevole affidamento che si dubita possano, però, essere riscontrati in caso di mancato controllo, ovviamente nei limiti di cui si è detto, dell'effettivo adempimento dell'obbligo di valutazione dei rischi da parte dell'utilizzatore.

4. L'associazione in partecipazione ed il lavoro parasubordinato

Diverso è il discorso relativamente all'associazione in partecipazione ed al lavoro parasubordinato. E ciò nel senso che, in queste ipotesi, non si assiste ad un intervento diretto sulle norme in materia di sicurezza, ma, piuttosto, ad una ridefinizione della fattispecie posta a monte dell'applicazione del d.lgs. n. 81/2008.

Nel primo caso, in effetti, tramite la modifica dell'art. 2549 c.c. ad opera dell'art. 53 del d.lgs. n. 81/2015, significativamente rubricato "Superamento dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro", si espunge dall'ordinamento la fattispecie dell'associazione con esclusivo apporto di lavoro o con apporto misto capitale-lavoro, già oggetto di modifica, in un'ottica di contrasto agli abusi, ad opera della legge Fornero⁴⁸, specificandosi,

⁴⁸ Cfr. l'art. 1, commi 28-31, l. n. 92/2012.

nel nuovo comma 2 della norma codicistica, che “nel caso in cui l’associato sia una persona fisica l’apporto di cui al primo comma non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro”⁴⁹. Ne consegue che anche il rinvio, ad opera dell’art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 81/2008, all’art. 2549 c.c. va ora riferito alla nuova formulazione di quest’ultimo: sicché, l’equiparazione che il citato art. 2 sancisce fra lavoratore ed associato in partecipazione non potrà più riguardare le ipotesi di apporto di lavoro da parte di persone fisiche, e, pertanto, risulterà relativamente ad esse superflua, non potendosi applicare la disciplina protettiva in materia di sicurezza sul lavoro a chi non svolga alcuna prestazione lavorativa, ma conferisca solo capitali. Peraltro, ai sensi dell’art. 53, comma 2, sono fatti salvi, fino alla loro cessazione, i contratti già stipulati, essendosi in proposito chiarito, nella versione definitiva del decreto, che deve trattarsi di contratti in atto alla data della sua entrata in vigore e che la norma transitoria si applica altresì ai contratti in cui l’apporto consista esclusivamente in una prestazione di lavoro.

Anche con riguardo alla fattispecie del lavoro a progetto, il legislatore del 2015 prefigura un sistema destinato a determinarne il progressivo superamento, sulla scorta di quanto già anticipato dalla legge delega (art. 1, comma 2, lett. *b*, n. 3 e comma 7, lett. *g*) a proposito delle collaborazioni coordinate e continuative. Infatti, si afferma (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015) l’applicazione, a decorrere dal 1° gennaio 2016⁵⁰, della disciplina propria del rapporto di lavoro subordinato altresì alle collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative⁵¹

⁴⁹ Il divieto, tuttavia, vale unicamente per le persone fisiche, ma non per le società, con il rischio della creazione di “srl unipersonali o sas di comodo (che) ben potranno dunque ora prestarsi alla reiterazione di forme dubbie di utilizzo del lavoro associato con prestazioni svolte in maniera sostanzialmente identica a quanto avviene oggi per le associazioni in partecipazione con apporto di lavoro”: M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, Adapt Labour Studies, e-Book series n. 45, 2015, p. 7.

⁵⁰ Sempre a decorrere dalla stessa data, è destinato ad operare il meccanismo di stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e di persone titolari di partita IVA di cui all’art. 54.

⁵¹ Il riferimento, presente nella prima stesura del decreto, al “contenuto ripetitivo”, che tante perplessità aveva suscitato (cfr. M. TIRABOSCHI, *Riforma delle tipologie contrattuali e nuova disciplina delle mansioni*, in *Guida al lavoro*, 2015, n. 11, p. 30; T. TREU, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, pp. 165-166, nonché la Relazione svolta dal presidente Maurizio Sacconi alla Commissione Lavoro del Senato ed il citato Parere della XI^a Commissione permanente della Camera), è stato infine eliminato.

e con modalità di esecuzione organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro, a meno che le commissioni di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, cui le parti si siano rivolte, non certifichino l'assenza dei predetti requisiti (art. 2, comma 3). La disposizione va letta in combinato con il successivo art. 52, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, secondo il quale "le disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-*bis* del decreto legislativo n. 276 del 2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Non è certamente questa la sede per approfondire la spinosa questione se, con tale riforma, il legislatore delegato abbia fornito una soluzione davvero appagante al problema della collocazione sistematica, e della tutela giuridica, da riconoscere al lavoro autonomo svolto in condizioni di dipendenza economica⁵². Sembra, tuttavia, evidente come la risposta non possa che essere negativa, non facendosi alcuna menzione di tale nozione, né dei parametri per la sua individuazione. D'altra parte, l'idea ispiratrice delle norme dettate in materia, stretta com'è fra i due poli dell'assorbimento nella disciplina del lavoro subordinato e del superamento del lavoro a progetto, non depone certo a favore di una soluzione delle problematiche in questione completa e complessiva (oltre che chiara e razionale, capace, cioè, di sciogliere i molti nodi interpretativi ed applicativi nella distinzione fra subordinazione ed autonomia, anziché crearne di nuovi⁵³). Né si intende qui discutere se la formulazione del citato art. 2, comma 1, risulti troppo inclusiva, o, al contrario, eccessivamente permissiva⁵⁴.

Merita, invece, ricordare che proprio quanto ivi previsto non riguarda in ogni caso le eccezioni specificate nei successivi commi 2 e 4, ossia: le collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali (stipulati da

⁵² In proposito cfr., all'indomani della legge delega, le osservazioni e le proposte di A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona"*, IT, 2015, n. 235 e, sulla base dello schema di decreto legislativo approvato il 20 febbraio 2015, quelle di T. TREU, *op. cit.*, p. 168 ss.

⁵³ Cfr., al riguardo, le dure critiche mosse da A. PERULLI, *Il "falso" superamento dei cococo nel Jobs Act*, in *www.nelmerito.com*, 6 marzo 2015, con specifico riferimento alle prestazioni di lavoro "organizzate", che, secondo l'A., non sono né eterodirette, né coordinate; sul criterio dell'"eteroorganizzazione", adottato dal legislatore, cfr. anche T. TREU, *op. cit.*, pp. 164-165.

⁵⁴ Cfr., in proposito, le opposte opinioni di Ichino e Alleva ricordate da L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro cit.*, p. 28.

associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) prevedano discipline specifiche, concernenti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore (comma 2, lett. *a*); quelle prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali sia necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali (comma 2, lett. *b*); le attività svolte, nell'esercizio della relativa funzione, dai componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni (comma 2, lett. *c*); le prestazioni di lavoro rese, a fini istituzionali, in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate o agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI (comma 2, lett. *d*); le collaborazioni concluse dalle pubbliche amministrazioni, fino al completo riordino della disciplina dell'impiego, da parte delle stesse, dei contratti di lavoro flessibile, fermo restando il divieto di ricorrere ai rapporti di cui all'art. 2, comma 1, a partire dal 1° gennaio 2017 (comma 4). Sorvolando sui possibili problemi posti da tale elencazione (*in primis*, il dubbio rispetto del principio d'indisponibilità del tipo contrattuale ad opera della previsione che legittima le parti sociali ad escludere dalla normativa tipica del lavoro subordinato prestazioni che, secondo il comma 1, potrebbero ricadere in tale ambito⁵⁵), resta il fatto che l'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 81/2008⁵⁶ è destinato ad operare altresì nei confronti delle collaborazioni coordinate e continuative non a progetto e che come tali potevano essere qualificate, vigenti gli artt. 61 e seguenti del d.lgs.

⁵⁵ Cfr., al riguardo, A. PERULLI, *Il "falso" superamento* cit.; per questioni analoghe a proposito della normativa del 2003 sul lavoro a progetto, volendo, C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Torino, 2006, p. 204 ss.; peraltro, perplessità sul rispetto del principio d'indisponibilità del tipo potrebbero essere sollevate anche con riguardo alle altre ipotesi elencate, a meno che la scelta, operata dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, di riferirsi all'ambito applicativo della disciplina propria del lavoro subordinato, anziché procedere ad una ridefinizione della relativa fattispecie, non possa considerarsi sufficiente – in questi casi, come in quello che chiama in causa l'intervento della contrattazione collettiva – a prevenire simili obiezioni: per un accenno in tal senso, ma in chiave più generale, T. TREU, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁶ Secondo tale norma, "nei confronti dei lavoratori a progetto di cui agli articoli 61, e seguenti, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, e dei collaboratori coordinati e continuativi di cui all'articolo 409, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile, le disposizioni di cui al presente decreto si applicano ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente".

n. 276/2003, le fattispecie individuate dall'art. 2, comma 2, lett. *b, c, d*, e dal comma 4, d.lgs. n. 81/2015. Ovviamente, il presupposto di applicabilità del citato art. 3, comma 7, è che, anche alla luce del nuovo quadro normativo, si abbia a che fare davvero con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Il tema, assai complesso, non può con tutta evidenza essere approfondito in questa sede, ma inevitabilmente pare intrecciarsi sia con la problematica distinzione fra il criterio della coordinazione e quello, di nuovo conio, della eterorganizzazione, evocato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015⁵⁷, sia con le considerazioni poc'anzi svolte a proposito dell'effettivo rispetto del principio d'indisponibilità del tipo contrattuale da parte del legislatore⁵⁸.

Inoltre, secondo l'art. 52, comma 2, resta fermo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c. In altri termini, è fatta salva la competenza del giudice del lavoro per una serie di controversie concernenti altresì, per quanto qui interessa, i rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato (art. 409, comma 1, n. 3, c.p.c.). Tale norma, dunque, sembrerebbe indurre a ritenere che permanga la possibilità di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa⁵⁹ anche dopo il 1° gennaio 2016, senza che sia richiesta la presenza di uno specifico progetto e senza che sia ovviamente più applicabile la disciplina di tutela finora prevista dal d.lgs. n. 276/2003⁶⁰. Ciò purché non ricorrano gli elementi che caratterizzano le prestazioni in termini di lavoro soggetto alla regolamentazione propria di quello subordinato, ai sensi dell'art. 2, comma 1. Al di là di ogni considerazione sulla razionalità dell'intero programma riformatore, oltre che sulla sua coerenza rispetto alle ricordate previsioni della legge delega, nei confronti di tali rapporti continuerà comunque ad applicarsi il citato art. 3, comma 7, d.lgs. n. 81/2008, per le ragioni poc'anzi ricordate. Mantengono, di conseguenza, piena attualità le osservazioni svolte in altra sede a proposito delle caratteristiche della disciplina operante in materia, alle quali, pertanto, si rimanda⁶¹.

⁵⁷ V. *supra*, nt. 53.

⁵⁸ V. *supra*, nel testo e nt. 55.

⁵⁹ V. anche P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui decreti attuativi del jobs act*, in *www.pietroichino.it*, 14 giugno 2015.

⁶⁰ Parla giustamente di "un vuoto di disciplina per le collaborazioni che non confluiranno nel lavoro subordinato" T. TREU, *op. cit.*, p. 163.

⁶¹ Cfr. C. LAZZARI, *Figure e poteri cit.*, p. 71 ss.

5. Il lavoro accessorio

Anche l'intervento relativo al lavoro accessorio ridefinisce la fattispecie, ma la direzione è opposta rispetto alle novità in tema di associazione in partecipazione e lavoro parasubordinato testé esaminate. In altri termini, elevando il tetto del compenso (art. 48, comma 1), e rendendo stabile la sperimentazione, prevista in precedenza con riferimento agli anni 2013 e 2014, a proposito dei percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito (art. 48, comma 2), esso finisce, infatti, col favorire l'utilizzo di tale fattispecie, ampliando altresì la platea dei soggetti beneficiari dell'(originario) art. 3, comma 8, d.lgs. n. 81/2008⁶². Merita, peraltro, rilevare l'espressa eccezione, ora introdotta dall'art. 48, comma 6, a conferma di un precedente orientamento interpretativo di Inps e Ministero del lavoro⁶³, circa il divieto di ricorrere a prestazioni di lavoro accessorio nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o servizi, ferme restando le specifiche ipotesi individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da adottare, sentite le parti sociali, entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

Direttamente sulla normativa in tema di sicurezza applicabile al lavoro accessorio interviene, tuttavia, il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, recante disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini ed imprese ed altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità, anch'esso adottato in attuazione della l. n. 183/2014. Il provvedimento, riscrivendo il citato art. 3, comma 8 (art. 20, comma 1, lett. a, n. 1), in un'ottica restrittiva limita ora l'applicazione del d.lgs. n. 81/2008, e delle altre norme speciali vigenti in materia di sicurezza e tutela della salute, ai casi in cui la prestazione sia resa a favore di un committente imprenditore o professionista; casi nei quali, evidentemente, si ritiene significativo il grado di inserimento del lavoratore nell'organizzazione altrui, così da giustificare l'operatività del d.lgs. n. 81/2008 nella sua interezza. Nelle altre ipotesi, invece, interverrà soltanto

⁶² Secondo tale norma, "nei confronti dei lavoratori che effettuano prestazioni occasionali di tipo accessorio, ai sensi dell'articolo 70 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni e integrazioni, il presente decreto legislativo e tutte le altre norme speciali vigenti in materia di sicurezza e tutela della salute si applicano con esclusione dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare e l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati e ai disabili". V., tuttavia, le modifiche apportate in seguito dal d.lgs. n. 151/2015, su cui cfr. nel testo.

⁶³ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Prima lettura cit.*, p. 21.

l'art. 21 dello stesso decreto, recante disposizioni relative ai componenti dell'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c. ed ai lavoratori autonomi. Il che, in ultima analisi, sembra confermare, da un lato, la difficoltà di applicare a tale fattispecie le tradizionali regole di qualificazione del rapporto utilizzate dal diritto di lavoro⁶⁴; e, dall'altro, l'impermeabilità degli obiettivi di prevenzione e protezione, perseguiti dalla normativa in materia di sicurezza, rispetto alle questioni qualificatorie. Si ribadisce, invece, l'esclusione dalla tutela, già affermata dal d.lgs. n. 81/2008, dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare e l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati ed ai disabili, secondo una formulazione retaggio dell'originario art. 70 del d.lgs. n. 276/2003⁶⁵. Peraltro, anche l'esigenza di coordinare l'art. 3, comma 8, d.lgs. n. 81/2008 proprio con gli interventi succedutisi nel tempo sull'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003⁶⁶ – che hanno finito con il superare la tassatività delle ipotesi d'impiego del lavoro accessorio, sostanzialmente liberalizzando il ricorso ad esso, salvi i limiti economici e quelli previsti per il settore agricolo – può avere indotto il legislatore a ripensare l'integrale applicazione del d.lgs. n. 81/2008 nei termini poc'anzi ricordati.

6. Qualche riflessione conclusiva

Come risulta dall'analisi condotta, non sembra che gli interventi realizzati dal legislatore del 2015 in tema di sicurezza sul lavoro e forme contrattuali possano definirsi complessivamente migliorativi del livello di tutela prece-

⁶⁴ Non a caso, sulla natura giuridica, autonoma o subordinata, delle prestazioni di lavoro accessorio si vedano le opinioni contrapposte, entrambe espresse proprio nell'ambito di commenti alla normativa in tema di sicurezza, di O. BONARDI, *Sub art. 3*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni, La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da L. MONTUSCHI, 1, Bologna, 2011, p. 83 e P. CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 141; d'altra parte, la prima stesura del d.lgs. n. 81/2015 precisava che, per prestazioni di lavoro accessorio, dovevano intendersi attività lavorative, sia di natura subordinata che autonoma, aventi le caratteristiche ivi specificate. Tuttavia, la puntualizzazione è scomparsa nella versione definitiva.

⁶⁵ Cfr., in proposito, *supra*, nt. 62 e P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo e il computo dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, p. 115.

⁶⁶ Prima dell'adozione del citato schema di decreto legislativo, su tale esigenza di coordinamento cfr. anche V. PASQUARELLA, *op. cit.*, pp. 508-509.

dentemente garantito (eccezion fatta per il caso delle collaborazioni soggette al regime di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, cui si applicherà, anche in materia di sicurezza, la normativa propria del lavoro subordinato, una volta superato il vaglio del nuovo criterio dell'eteroorganizzazione, peraltro non privo di ambiguità⁶⁷). Essi non determinano comunque nemmeno un arretramento significativo rispetto al passato, benché sia riscontrabile qualche modifica in senso peggiorativo. Il riferimento è al lavoro accessorio, in relazione al quale, dopo il d.lgs. n. 151/2015, si è prodotto un restringimento del campo di applicazione del d.lgs. n. 81/2008 nella sua interezza, benché forse giustificabile alla luce delle osservazioni sopra svolte⁶⁸. Ma un accenno merita altresì, con riguardo al d.lgs. n. 81/2015, l'abolizione, invece meno comprensibile, della sanzione amministrativa pecuniaria che colpiva anche il somministratore in caso di ricorso alla somministrazione di lavoro in assenza della valutazione dei rischi (mentre positiva appare l'estensione del divieto in questione ai datori di lavoro non imprenditori, così come la precisazione circa le conseguenze sanzionatorie della sua inosservanza per quanto concerne il lavoro a termine⁶⁹). A ciò si aggiunge l'impossibilità per il lavoratore somministrato, anch'essa discutibile, di conoscere i casi in cui è l'utilizzatore ad assumersi contrattualmente la porzione dell'obbligo di formazione ed addestramento gravante per legge sul somministratore, non essendosi provveduto a colmare, con idonei meccanismi sostitutivi, la lacuna derivante dalla scomparsa della previsione previgente, che imponeva di fare menzione di ciò nel contratto di lavoro⁷⁰.

Peraltro, anche quando non si registra alcun effetto riduttivo/peggiorativo rispetto alla situazione pregressa, va detto che a tale risultato si perviene essenzialmente grazie ad un'interpretazione sistematica di tutte le norme destinate ad operare in materia, dal momento che, diversamente, la mancata riproposizione di alcune disposizioni nell'ambito della disciplina specificamente dedicata ai singoli contratti di lavoro avrebbe rischiato di lasciare vuoti di tutela difficilmente comprensibili, come osservato in tema di contratti a termine⁷¹.

Nonostante il rimedio ermeneutico riesca tutto sommato a soddisfare le esigenze preventive e protettive, restano, tuttavia, non poche perplessità

⁶⁷ V. *supra*, § 4.

⁶⁸ Cfr. *supra*, § 5.

⁶⁹ Cfr. *supra*, § 2.

⁷⁰ Cfr. *supra*, § 3.

⁷¹ Cfr. *supra*, § 2.

per la scarsa sensibilità, che pare emergere dalle abrogazioni operate, dimostrata dal legislatore relativamente alle problematiche concernenti la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori flessibili, con il rischio, per quanto concerne il lavoro a tempo determinato ed in somministrazione, che ciò si traduca altresì in un aggravamento della già dubbia conformità del nostro ordinamento rispetto al diritto comunitario, segnatamente con riferimento alla corretta attuazione della direttiva n. 91/383/Cee⁷².

⁷² Cfr. *supra*, §§ 2 e 3.

MARIO ROSARIO MORELLI*

La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e dovere di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali

ABSTRACT

- ✓ Il testo riproduce la conferenza tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Urbino dal Giudice Costituzionale Mario Rosario Morelli il 29 ottobre 2015, in occasione di una Sua presenza urbinata durante la quale, oltre alla lezione universitaria, il giorno seguente ha dato lustro all'incontro di studio organizzato dalla Camera Civile costituita presso l'Ordine degli Avvocati di Urbino, sul tema "Diritti fondamentali e meccanismi di tutela", relatori il prof. Mario Rosario Morelli ("La tutela sistemica dei diritti fondamentali della persona nell'ordinamento costituzionale italiano") e il prof. Francesco Antonio Genovese ("Madre innominata, e dell'accesso del figlio alle sue origini").
- ✓ The text reproduces the conference held at the University of Urbino on 29 October 2015, by Mario Rosario Morelli, Judge of the Constitutional Court of Italy, on the occasion of his presence in Urbino where, in addition to the university lecture, he participated to the Symposium organized by the Civil Chamber of the Professional Association of Lawyers on "Fundamental Rights and mechanisms for their protection" (lectures of Professor Mario Rosario Morelli on "Systemic protection of fundamental rights in the Italian Constitutional System" and Professor Francesco Antonio Genovese on "Unnamed mother and access of the child to his roots").

* Già presidente di sezione della Corte Suprema di Cassazione e Direttore dell'Ufficio del ruolo e del massimario della Cassazione; ora Giudice della Corte Costituzionale.

MARIO ROSARIO MORELLI

LA DIGNITÀ DELLA PERSONA TRA INVIOLABILITÀ DEI DIRITTI
FONDAMENTALI E DOVERE DI SOLIDARIETÀ,
NEL QUADRO DEL PLURALISMO DELLE FONTI NAZIONALI
E SOVRANAZIONALI

SOMMARIO: 1. La dignità della persona come “meta valore” nel modello di ordinamento disegnato dal Costituente. – 2. La dignità della persona come “controlimite” rispetto al limite alla sovranità nazionale di cui all’art. 10 della Costituzione. Il *leading case* del negato ingresso nel nostro ordinamento alla consuetudine internazionale sulla immunità (dalla giurisdizione civile di altri Stati) degli atti compiuti dallo Stato *iure imperii* nella interpretazione accoltane dalla Corte dell’Aja che vi include anche i crimini di guerra e gli atti compiuti contro la dignità della persona: sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015 della Corte costituzionale. – 3. La dignità della persona come espressione di sintesi dei valori sottesi ai “diritti fondamentali” della persona. Corollari della inviolabilità di tali diritti. – 3.1. Diretta applicabilità (*drittwirkung*), nei rapporti intersoggettivi, delle norme di tutela dei diritti fondamentali della persona anche in assenza di intermediazione della legislazione ordinaria. Casi paradigmatici: sentenze Corte cost. n. 333/1991 (sul principio di “necessaria offensività in concreto” del reato, enucleato dalla diretta applicazione degli artt. 27 e 13 Cost.), n. 347/1998 (sulla attribuzione e diretta tutela dei diritti della persona al nato da fecondazione eterologa, in data antecedente a quella di disciplina legislativa della fecondazione in vitro), n. 313/1990 (sulla rimozione di ostacolo legislativo alla diretta applicabilità dell’art. 27 Cost.). – 3.2. Estensione dei caratteri di inviolabilità e diretta applicabilità ad interessi e valori non catalogati in Costituzione, che, nella evoluzione del contesto sociale, si manifestino come parimenti essenziali per la dignità della persona. Il percorso da una concezione “chiusa” (sentenza n. 98/1979) ad una concezione “aperta” (sentenza n. 161/1985) dell’art. 2 Cost. I c.d. “nuovi diritti”: alla identità sessuale, alla “*privacy*”, all’armonia familiare ecc. – 3.3. Il (c.d.) “danno esistenziale” come danno conseguenza della violazione dei diritti (e nuovi diritti) fondamentali (esistenziali) della persona, e la sua risarcibilità in diretta applicazione della norma costituzionale di tutela in combinato contesto con l’art. 2043, poi (*rectius*) 2059 cod. civ. – 4. Il *dovere di solidarietà* come necessaria complementare componente della dignità della persona. La diretta applicabilità del dovere di solidarietà (anche) nella fase di formazione del contratto in combinato contesto con la clausola di buona fede (ordinanze Corte cost. n. 248/2013 e n. 77/2014). – 5. Il bilanciamento tra diritti fondamentali e dovere di solidarietà. Il conseguente “livello di tollerabilità” di lesioni minime di quei diritti (Sezioni unite Corte di cassazione, sentenza n. 26972/2008). Il bilanciamento tra tutela della salute a fini solidaristici in tema di disciplina risarcitoria delle microlesioni da sinistro stradale (Corte cost. n. 235/2014). – 6. Il bilanciamento tra singoli diritti fondamentali, in titolarità di diversi soggetti, in situazioni di reciproco conflitto. La premessa che nessun diritto è “tiranno” nei confronti degli altri. Il bilanciamento tra il diritto alla salute e all’ambiente salubre e il diritto al lavoro nel caso dell’ILVA di Taranto (Corte cost. n. 85/2013) e tra il diritto della madre all’anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini (Corte cost. n. 278/2013).

– 6.1. Il bilanciamento tra il diritto alla salute, nel suo aspetto socialmente *pretensivo*, ed il limite oggettivo delle risorse disponibili. – 6.2. La verifica di ragionevolezza del bilanciamento di valori antagonisti operata dal legislatore, in sede di controllo di costituzionalità. Il limite della *reductio ad legitimitatem* non a rima obbligata. – 7. La tutela dei diritti della persona nel sistema di pluralità delle fonti nazionali e sovranazionali. Il principio della massima espansione delle garanzie. La differenza tra la tutela *frazionata* dei diritti dell'uomo elencati nella Convenzione EDU da parte della Corte di Strasburgo e la tutela *sistemica* “dei diritti della persona” da parte della Corte costituzionale. Il contrasto di pronunzie delle due Corti sulla medesima legge nel caso delle c.d. pensioni svizzere e la soluzione adottata dalla successiva sentenza n. 264/2012 della Corte costituzionale. – 8. L'inclusione dei diritti EDU, come “principi generali”, nell'ambito dell'ordinamento della Unione europea, con il Trattato di Lisbona. La problematica dell'eventuale conseguente estensione ai diritti CEDU del regime di diretta applicabilità nell'ordinamento interno, proprio dei regolamenti, delle sentenze e delle direttive autoapplicative della U.E. – 9. Prospettive.

1. La dignità della persona come “meta valore” nel modello di ordinamento disegnato dal Costituente.

Risale a Costantino Mortati la riconducibilità dei vari sistemi giuridici ad un duplice alternativo modello, in relazione al ruolo, rispettivamente, in essi assegnato alla persona umana: secondo che questa sia assunta come strumento per la realizzazione degli interessi collettivi avvertiti e selezionati dalle classi dominanti, ovvero come valore-fine in sé.

Il nostro Costituente ha optato decisamente per questo secondo modello.

Ed ha con ciò superato la tavola di valori legata al modello codicistico in cui la persona veniva prevalentemente in considerazione come titolare di *res* o come forza lavoro.

Nel nuovo sistema disegnato dal Costituente, lo strumentario di tutela è, come detto, rivolto, invece, alla persona in sé ed il meta valore, posto al vertice della scala assiologica, è per il nostro ordinamento quello, appunto, della dignità della persona: “dignità” che costituisce il momento di sintesi dei valori sottesi ai singoli diritti fondamentali ed irrinunciabili per l'esistenza della persona (diritti altrimenti definibili, quindi, come essenziali), che l'art. 2 della Costituzione «riconosce e garantisce» come «inviolabili».

La dignità della persona costituisce, dunque, all'un tempo, elemento identificativo e irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratto anche alla possibilità di revisione costituzionale *ex art.* 138 Cost.

- 2. La dignità della persona come “controlimite” rispetto al limite alla sovranità nazionale di cui all’art. 10 della Costituzione. Il *leading case* del negato ingresso nel nostro ordinamento alla consuetudine internazionale sulla immunità (dalla giurisdizione civile di altri Stati) degli atti compiuti dallo Stato *iure imperii* nella interpretazione accoltane dalla Corte dell’Aja che vi include anche i crimini di guerra e gli atti compiuti contro la dignità della persona: sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015 della Corte costituzionale.**

Il primato assoluto della dignità della persona nella graduatoria dei beni-valore custoditi dalla Carta costituzionale ha trovato, di recente, significativa conferma in una assai peculiare e singolare vicenda, in cui tale centrale valore ha dovuto misurarsi con il principio *pacta sunt servanda*, che costituisce il fondamento del diritto generale della comunità internazionale, al quale l’art. 10 della Costituzione dispone che, con autolimitazione della propria sovranità, “l’ordinamento giuridico si conforma”: ciò che, di regola, avviene con la produzione automatica, nell’ordinamento interno, di norme giuridiche di contenuto identico a quelle delle norme internazionali di che trattasi (consuetudini e principi).

Alla radice del conflitto – che è venuto drammaticamente a porsi tra l’esigenza di tutela della dignità della persona (con particolare riferimento al “suo diritto di accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile”) e l’esigenza del rispetto dell’impegno, autoassunto dallo Stato, di uniformarsi alle regole di condotta aventi per destinatari indistintamente tutti i membri della società internazionale – sta la norma consuetudinaria di diritto internazionale sull’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nella sentenza Germania c. Italia del 3 febbraio 2012, nella parte in cui comprende tra gli atti *iure imperii* sottratti alla giurisdizione di cognizione anche i crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, commessi in Italia e in Germania nei confronti di cittadini italiani, nel periodo 1943-1945 dalle truppe del Terzo Reich.

Va ricordato, in premessa, che – chiamate a regolare la giurisdizione nell’ambito di vari giudizi risarcitori promossi contro la Repubblica federale tedesca da legittimi eredi di cittadini italiani che, durante la seconda guerra mondiale, erano stati deportati in Germania per essere adibiti a lavori forzati – le Sezioni unite della Corte di cassazione (nel respingere l’eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla convenuta) avevano affermato che la norma consuetudinaria di diritto internazionale general-

mente riconosciuta – che impone agli Stati l’obbligo di astenersi dall’esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri per gli atti “*iure imperii*” – non ha carattere incondizionato, ma quando venga in contrapposizione con il parallelo principio, formatosi nell’ordinamento internazionale, del primato assoluto dei valori fondamentali della libertà e dignità della persona umana, ne rimane conformata, con la conseguenza che allo Stato straniero non è accordata un’immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, in presenza di comportamenti di tale gravità da configurarsi quali crimini contro l’umanità che, in quanto lesivi di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, segnano il punto di rottura dell’esercizio tollerabile della sovranità (sentenza n. 14201 del 2008, sulla scia della precedente n. 5044 del 2004).

Su ricorso della Germania contro lo Stato italiano, la Corte internazionale di Giustizia, con la ricordata sentenza del 3 febbraio 2012, ha escluso invece, che l’immunità (dalla giurisdizione civile di altri Stati) per gli atti compiuti *iure imperii* consenta la deroga (relativa ai crimini di guerra) presupposta dalla Corte di cassazione italiana.

Obbligata a dare attuazione alle pronunce della GIC dall’art. 94 dello Statuto delle Nazioni unite (cui ha dato adesione con legge n. 849 del 1957), l’Italia ha quindi adottato la legge n. 5 del 2013, il cui art. 3 ha imposto al giudice di adeguarsi alla sentenza della CIG e per ciò stesso di negare la propria giurisdizione in futuro per tutti gli atti *iure imperii* dello Stato straniero, anche quando tali atti consistano in violazioni gravi del diritto internazionale umanitario e dei diritti fondamentali, quali i crimini di guerra e contro l’umanità commessi in Italia e in Germania nei confronti di cittadini italiani nel periodo 1943-1945 dalle truppe del Terzo Reich, nonché di ammettere la revocazione delle sentenze già passate in giudicato che non avessero riconosciuto l’immunità.

La vicenda non si è, però, conclusa a questo punto e in questi termini.

È accaduto, infatti, che il Tribunale di Firenze – chiamato a decidere sull’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano riproposta dalla Germania in altri successivi analoghi giudizi risarcitori – ha sollevato questione incidentale di costituzionalità delle norme che gli avrebbero imposto di accogliere la suddetta eccezione.

E la Corte costituzionale, per tal via adita, con la sentenza n. 238 del 2014 e la successiva ordinanza n. 30 del 2015, ha, appunto, affermato che, così come estensivamente interpretata dalla Corte dell’Aja (interpretazione innegabilmente vincolante per gli Stati aderenti) la consuetudine di che trattasi non possa avere ingresso nel nostro ordinamento: poiché il *limite*

alla sovranità nazionale, sotteso all'art. 10 Cost., incrocia un *contro limite* nel valore della dignità della persona.

Più in particolare, con la richiamata sentenza n. 238 del 2014, la nostra Corte costituzionale – in esito alla verifica che, «anche in riferimento alle norme internazionali consuetudinarie internazionali», solo ad essa competente, di compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona, che costituiscono «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale» – ha, appunto, accertato che «la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali *non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto*»; e non ha dunque prodotto la norma (interna) che il rimettente censura, sull'erroneo presupposto del suo intervenuto recepimento ex art. 10 Cost.».

Dal che la manifesta inammissibilità della questione sollevata dal rimettente in relazione alla suddetta norma interna di recepimento della consuetudine in questione dichiarata dalla successiva ordinanza n. 30 del 2015 «per inesistenza *ab origine* del suo oggetto».

Contestualmente, la stessa sentenza n. 238 ha, di conseguenza, anche dichiarato l'illegittimità costituzionale:

– dell'art. 1 della legge 848 del 17 agosto 1957 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), «nella parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto dell'Onu, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi “*iure imperii*” dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano»;

– dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) «nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi “*iure imperii*” dal Terzo Reich nel territorio italiano».

3. La dignità della persona come espressione di sintesi dei valori sottesi ai “diritti fondamentali” della persona. Corollari della inviolabilità di tali diritti.

Dalla garanzia della inviolabilità dei diritti fondamentali (essenziali alla dignità) della persona discende una serie di importanti corollari.

- 3.1. *Diretta applicabilità (drittwirkung), nei rapporti intersoggettivi, delle norme di tutela dei diritti fondamentali della persona anche in assenza di intermediazione della legislazione ordinaria. Casi paradigmatici: sentenze Corte cost. n. 333/1991 (sul principio di “necessaria offensività in concreto” del reato, enucleato dalla diretta applicazione degli artt. 27 e 13 Cost.), n. 347/1998 (sulla attribuzione e diretta tutela dei diritti della persona al nato da fecondazione eterologa, in data antecedente a quella di disciplina legislativa della fecondazione in vitro), n. 313/1990 (sulla rimozione di ostacolo legislativo alla diretta applicabilità dell’art. 27 Cost.).*

Il primo, e più importante di questi è racchiuso nel principio della “diretta applicabilità” delle norme di tutela dei “diritti inviolabili dell’uomo” (artt. 2, 13 e ss. Costituzione).

È pur vero, infatti, che nella nostra Carta costituzionale non esiste una disposizione espressa, come quella contenuta nel § 3 dell’art. 1 della Costituzione tedesca del 1949 (Grundgesetz), sulla “*drittwirkung*” delle norme di garanzia dei diritti fondamentali della persona, definite “vincolanti la giurisdizione come diritto immediatamente applicabile”.

Ma innegabile è, comunque, che anche nel nostro sistema ordinamentale il dato *formale* – della continenza delle norme di tutela dei diritti della persona in una fonte gerarchicamente ad ogni altra sovraordinata – unitamente al dato *sostanziale*, della ineludibilità e valenza massima, sul piano assiologico, dei valori attraverso di esse garantiti, conducano alla medesima conclusione: quella cioè, che quei precetti non possano rimanere in una condizione di *attesa* o in uno stato di *sospensione*, nell’eventuale perdurante inerzia del legislatore ordinario, ma vadano appunto, immediatamente applicati, come regola del caso concreto, nei rapporti intersoggettivi in cui alcuno dei tali diritti fondamentali sia suscettibile di essere violato o sacrificato.

La stessa Corte costituzionale ha dato più volte per *presupposta* la im-

mediata applicabilità delle norme di garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Mi limito a ricordare, al riguardo, la sentenza n. 333 del 1991, con la quale quella Corte – nel respingere varie questioni di legittimità della disciplina repressiva della detenzione di stupefacenti e mostrandosi, comunque «avvertita della particolare delicatezza della situazione in tutti i casi in cui l'eccedenza rispetto al limite di tolleranza [dose media giornaliera] si presenti in termini quantitativamente marginali o modesti» – fece rinvio appunto alla «diretta applicazione» in potere dei giudici, degli artt. 27 e 13 Costituzione e del principio di «necessaria offensività in concreto» della condotta penalmente perseguibile, estraibile dal combinato disposto di tali precetti, per cui precisò che rimane «precipuo dovere del giudice», nelle ipotesi marginali, «apprezzare [alla stregua di quel principio] se la eccedenza eventualmente accertata sia di modesta entità, così da far ritenere la condotta dell'agente priva di concreta idoneità lesiva dei beni giuridici protetti e così fuori dall'area del penalmente rilevante».

In altri casi la Corte costituzionale si è spinta ad *esortare*, essa, i giudici comuni alla *drittwirkung* delle norme di tutela dei diritti della persona, in contingenti situazioni di assenza dell'intervento del legislatore.

In questa chiave è paradigmatica la sentenza n. 347 del 1998 in tema di disconoscimento del figlio nato mediante inseminazione eterologa: con la quale la Corte – dopo la rilevata carenza a quella data di una disciplina legislativa del fenomeno della procreazione assistita – sottolineava come al «nuovo nato», in quanto «persona», fossero immediatamente comunque attribuibili i *diritti fondamentali* – tra cui il *diritto alla identità genitoriale* – sollecitando appunto il giudice ad «assicurare [nell'immediato] la protezione degli anzidetti beni costituzionali». In questo caso ricevendo puntuale risposta dalla Corte di Cassazione che, con la successiva sentenza n. 2315 del 1999 della I Sezione civile, negò la disconoscibilità, *ex art. 235 c.c.*, del figlio nato da fecondazione eterologa, a tutela appunto del diritto inviolabile alla identità personale del minore così procreato.

E concludo sul punto ricordando la *rimozione* di normativa impeditiva della *drittwirkung* operata dalla sentenza n. 313 del 1990. Con la quale la Corte costituzionale – premesso, e «ribadito», che il principio del finalismo rieducativo della pena (*sub art. 27, comma 3, Cost.*) «vale tanto per il legislatore quanto per *i giudici della cognizione*» (e per quelli della esecuzione e della sorveglianza), e rilevato poi che il nuovo art. 444, comma 2, c.p.p., imponendo al giudice del dibattimento di attenersi alla pena patteggiata, tra imputato e P.M., gli impediva di applicare direttamente il citato art. 27, agli effetti della commisurazione della pena – dichiarava conseguenzialmente la

illegittimità di quella norma processuale «al fine» appunto – singolarmente esplicitato anche nel dispositivo della sentenza – della rimozione dell’ostacolo legislativamente frapposto alla immediata e diretta applicabilità del precetto costituzionale da parte del giudice.

- 3.2. *Estensione dei caratteri di inviolabilità e diretta applicabilità ad interessi e valori non catalogati in Costituzione, che, nella evoluzione del contesto sociale, si manifestino come parimenti essenziali per la dignità della persona. Il percorso da una concezione “chiusa” (sentenza n. 98/1979) ad una concezione “aperta” (sentenza n. 161/1985) dell’art. 2 Cost. I c.d. “nuovi diritti”: alla identità sessuale, alla “privacy”, all’armonia familiare ecc.*

Altro importante corollario della *centralità del valore persona* è quello che ha condotto a superare la concezione del carattere “chiuso” della formula contenuta nell’art. 2 della Costituzione, per approdare ad una concezione “aperta”; nel senso di ritenere estesa la garanzia della inviolabilità, oltreché ai diritti della persona espressamente elencati negli articoli 13 e seguenti della stessa Carta, anche a quegli altri interessi e valori che, nel tempo e nella evoluzione del contesto sociale, si manifestino come parimenti essenziali per la tutela della dignità della persona: i cosiddetti “*nuovi diritti*”.

Ricordo che ero giovane assistente presso la Corte costituzionale quando nel 1979, con la sentenza n. 98, quella Corte – nel respingere una questione di costituzionalità della normativa sullo stato civile, nella parte in cui questa escludeva la rettificazione dell’atto di nascita a seguito di modificazioni di sesso – negò, in premessa, la configurabilità di un “diritto alla identità sessuale”, quale presupposto dal giudice *a quo*, ribadendo che “l’invocato art. 2 Cost., deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzia fondamentali”.

Ma poi è accaduto che, una volta, introdotta dal legislatore la rettificabilità dell’atto di nascita per mutamento di sesso, la stessa Corte ha respinto le censure di incostituzionalità da altro giudice, in senso opposto, mosse a detto *ius supervenies*, affermando, questa volta, che l’intervento legislativo era correttamente volto a tutela del (nuovo) “diritto alla identità sessuale”. (sentenza n. 161 del 1985).

E su questa linea sono stati poi riconosciuti come diritti fondamentali della persona anche i diritti alla privacy, all’identità personale, all’armonia familiare, all’oblio, ...

3.3. Il (c.d.) “danno esistenziale” come danno conseguenza della violazione dei diritti (e nuovi diritti) fondamentali (esistenziali) della persona, e la sua risarcibilità in diretta applicazione della norma costituzionale di tutela in combinato contesto con l’art. 2043, poi (rectius) 2059 cod. civ.

Speculare al profilo (fisiologico) della diretta *applicazione* è quello (patologico) della *violazione* dei diritti (e nuovi diritti) fondamentali della persona. In relazione al quale la giurisprudenza della Corte costituzionale, e quella parallela della Corte di legittimità, hanno poi costruito la figura del c.d. “danno esistenziale”.

Nell’impianto originario di stampo patrimonialistico del codice civile, la lesione (non riconducibile ad illecito penale) di diritti della persona non dava – come noto – di per sé luogo a risarcimento occorrendo, a tal fine che da quella lesione fosse anche derivato un danno di natura patrimoniale.

Solo con la storica sentenza n. 184 del 1986 la Corte costituzionale ha riconosciuto, con specifico riguardo al diritto alla salute, che alla correlativa lesione (poi denominata, con invalso sintagma, “danno biologico”) dovesero comunque ricollegarsi effetti risarcitori, anche in assenza di un pregiudizio patrimoniale.

A sua volta la Corte di cassazione, con la sentenza n. 7713 del 2000, riallacciandosi a quel risalente *dictum* del Giudice delle leggi, affermava, su un piano più generale, che la lesione di ognuno dei diritti fondamentali della persona dovesse (al pari di quella del diritto alla salute) dar luogo a risarcimento «indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali», risolvendosi in un «danno esistenziale ed alla vita di relazione».

E tale risarcibilità – in un primo tempo basata su una tecnica applicativa del precetto costituzionale di tutela del singolo diritto (o comunque dell’art. 2 Cost., per la sua forza attrattiva dei “nuovi diritti”) *in combinato contesto* con l’art. 2043 cod. civ. (letto in senso costituzionalmente adeguato) – è stata più correttamente in prosieguo *constestualizzata* con l’art. 2059 c.c.

Ciò sul rilievo che la lesione dei diritti inviolabili della persona, in ragione appunto della peculiare natura di tali valori, dovesse propriamente ricondursi al *genus* del danno non patrimoniale (piuttosto che a quello patrimoniale) e che a tal danno, nel quadro del principio di solidarietà, dovesse darsi risposta in termini di *riparazione*, nei confronti del danneggiato, più che di *sanzione*, nei confronti dell’autore dell’illecito (Corte di cassazione – Sezioni unite, n. 26972 del 2008 e successive conformi, ove si puntualizza che il c.d. danno esistenziale include, appunto, il pregiudizio arrecato ai soli diritti della persona di rilievo costituzionale e non anche quello riferibile

a qualsiasi altro interesse privo di un tale spessore, e non assistito quindi dall'attributo della inviolabilità *ex art. 2 Cost.*).

4. Il *dovere di solidarietà* come necessaria complementare componente della dignità della persona. La diretta applicabilità del dovere di solidarietà (anche) nella fase di formazione del contratto in combinato contesto con la clausola di buona fede (ordinanze Corte cost. n. 248/2013 e n. 77/2014).

La dignità della persona si esprime e si realizza, però, non solo nell'esercizio e nella difesa dei suoi *diritti fondamentali* e inviolabili (per così dire, appunto, esistenziali), ma anche nell'osservanza del *dovere di solidarietà* nei confronti della controparte di qualsiasi rapporto intersoggettivo.

Non c'è, dunque, dignità della persona disgiunta dalla solidarietà. Senza solidarietà non v'è dignità.

Al pari che i precetti costituzionali di tutela dei diritti, anche per il precetto dell'art. 2 – per la parte in cui richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà – vale poi il principio della *drittwirkung*, che ne postula l'immediata e diretta operatività in ogni fattispecie relazionale e di contatto sociale.

E – come nel caso del danno esistenziale, in relazione al quale la riparazione del diritto violato richiede l'applicazione diretta della norma costituzionale di tutela in *combinato contesto* con la disposizione codicistica risarcitoria – così anche con riguardo al dovere di solidarietà si è reso necessario reperire una *stampella*, un precetto esterno e complementare, la *combinazione* con il quale consentisse, appunto, a quel dovere di entrare direttamente anche nel microcosmo, in particolare, dei rapporti negoziali.

E la stampella è stata, in questo caso, individuata nella clausola di correttezza e buona fede (art. 1175 cod. civ.).

Riallacciandosi ad alcuni storici arresti della Corte di Cassazione (sentenze nn. 3775 del 1994, 10511 del 1999, 18128 del 2005 a sezioni unite, n. 20106 del 2009; arresti vivacemente, come è noto, criticati dalla dottrina rimasta ancorata al dogma codicistico della autonomia negoziale), è in prosieguo intervenuta sul tema la stessa Corte costituzionale. La quale – con l'ordinanza n. 248 del 2013, replicata dalla successiva ordinanza n. 77 del 2014 – ha legittimato *l'intervento del giudice nella fase di formazione del contratto* a fini ablatori o correttivi, di clausole negoziali riflettenti un rego-

lamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò «in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità (totale o parziale), *ex* articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con *il precetto dell'articolo 2 Cost.* (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che *entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede*, cui attribuisce *vis normativa*, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato».

5. Il bilanciamento tra diritti fondamentali e dovere di solidarietà. Il conseguente “livello di tollerabilità” di lesioni minime di quei diritti (Sezioni unite Corte di cassazione, sentenza n. 26972/2008). Il bilanciamento tra tutela della salute a fini solidaristici in tema di disciplina risarcitoria delle microlesioni da sinistro stradale (Corte cost. n. 235/2014).

Titolarità dei *diritti fondamentali e dovere di solidarietà*, costituendo i due aspetti complementari ed inscindibili della *dignità della persona*, vanno incontro, in taluni casi, ad una esigenza di *bilanciamento* nei confronti del medesimo soggetto titolare, all'un tempo, di entrambe tali situazioni – attiva e passiva – di spessore costituzionale.

Così, con riferimento alla risarcibilità del c.d. danno esistenziale, ha puntualizzato la Cassazione (sentenza n. 26972 del 2008) come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà comporti che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il «livello di tollerabilità» che «ogni persona inserita nel complesso contesto sociale [...] deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone».

In precedenza la Corte costituzionale (nella occasione, in particolare, della denunciata previsione di limiti alla responsabilità del vettore aereo in tema di trasporto di persone) aveva a sua volta, già chiarito come non si configuri ipotesi di illegittimità costituzionale per lesione del diritto inviolabile alla integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con altro valore di rilievo costituzionale, come, in quel caso, il valore dell'iniziativa economica privata connesso all'attività del vettore (sentenza n. 132 del 1985).

E più di recente, la stessa Corte (nel respingere le censure di incostituzionalità rivolte al meccanismo tabellare di risarcimento delle microlesioni

da sinistro stradale (di cui all'art. 139 del codice delle assicurazioni), ha rilevato come «in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata – in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche *fini solidaristici*, e nel quale l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi – la disciplina in esame, che si propone il contenimento di tali contrapposti interessi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza» (sentenza n. 235 del 2014).

6. Il bilanciamento tra singoli diritti fondamentali, in titolarità di diversi soggetti, in situazioni di reciproco conflitto. La premessa che nessun diritto è “tiranno” nei confronti degli altri. Il bilanciamento tra il diritto alla salute e all'ambiente salubre e il diritto al lavoro nel caso dell'ILVA di Taranto (Corte cost. n. 85/2013) e tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini (Corte cost. n. 278/2013).

Una delicata operazione di *bilanciamento* si impone anche *tra gli stessi diritti fondamentali*, quando questi in titolarità di soggetti diversi, si presentino come reciprocamente antagonisti, nel contesto di una determinata normativa.

Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano, infatti, in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri.

La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (sentenza n. 85 del 2013).

In applicazione di tali principi la Corte costituzionale ha, tra l'altro escluso l'illegittimità della legge n. 231 del 2012 (che ha consentito la prosecuzione temporanea dell'attività di impresa negli stabilimenti dell'ILVA di Taranto), ravvisando nella disciplina censurata «la realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione,

in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali» (sentenza n. 85 del 2013).

Viceversa – con riguardo all'art. 28, co. 7, della legge n. 184 del 1988, denunciato «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica» – la Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, ha ritenuto non ragionevole (sul piano diacronico) la *prevalenza* attribuita dal legislatore al *diritto* (della madre) *all'anonimato*, rispetto al *diritto* (del figlio) *a conoscere le proprie origini* e ad accedere alla propria storia parentale. Ed ha, perciò, dichiarato l'illegittimità costituzionale della riferita disposizione «nella parte in cui [ai fini, appunto, di un più corretto bilanciamento degli opposti interessi] non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione».

6.1. *Il bilanciamento tra il diritto alla salute, nel suo aspetto socialmente pretensivo, ed il limite oggettivo delle risorse disponibili.*

In altri peculiari casi in cui il diritto fondamentale della persona si connota per un duplice aspetto: oppositivo (alla sua violazione) e (socialmente) pretensivo riguardo alle forme della sua tutela, è proprio tale secondo aspetto a venire in rilievo ai fini del bilanciamento con altre concorrenti esigenze.

Il riferimento va, per tal profilo, a titolo esemplificativo, al diritto alla salute che, nella sua dimensione pretensiva, è configurato dalla Corte delle leggi come «un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti», tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (sentenza n. 200 del 2005, n. 304 del 1994 e n. 247 del 1992).

6.2. *La verifica di ragionevolezza del bilanciamento di valori antagonisti operata dal legislatore, in sede di controllo di costituzionalità. Il limite della reductio ad legitimitatem non a rima obbligata.*

La verifica di ragionevolezza del bilanciamento di valori antagonisti operata dal legislatore spetta, di regola, alla Corte in sede di scrutinio di legittimità costituzionale del prodotto normativo.

Regola che trova, però, eccezione nell'ipotesi in cui la *reductio ad legitimitatem*, di una norma che rifletta un non adeguato bilanciamento dei valori in essa coinvolti, risulti non «a rima obbligata», per cui la Corte, nell'ambito del margine di discrezionalità che ravvisi, nella specie, riservato al legislatore, demanda, appunto, a quest'ultimo di individuare «il punto di equilibrio» tra gli opposti interessi in gioco.

Mi limito a citare al riguardo la sentenza n. 87 del 2013, che ha preso in esame la disciplina sul trattamento di malattia dei lavoratori del commercio (art. 2110 cod. civ. decreto legislativo n. 1304 del 1947), denunciata nella parte in cui fissa un periodo massimo (180 giorni) di debenza della indennità di malattia, senza differenziare la posizione del lavoratore dializzato.

La Corte costituzionale ha pur riconosciuto, come, in quel caso, allo stato della vigente normativa, il diritto alla salute «rischiava [per il lavoratore dializzato] di risultare compromesso nel suo nucleo minimo ed irriducibile», ma ha poi appunto rilevato come (alla stregua anche della stessa prospettiva del rimettente) sussistesse una pluralità di soluzioni correttive possibili (tra le quali, oltre quella di una deroga, o di una più favorevole modulazione del periodo massimo indennizzabile, anche quella della estensione al dializzato, del trattamento previsto dalla legge n. 1088 del 1970, per il lavoratore colpito da tubercolosi).

Dal che quindi il riconoscimento del ruolo primario spettante al legislatore ai fini di un intervento in materia, in ragione della pluralità e complessità degli interessi in essa coinvolti. Atteso che «con riferimento alle situazioni di malattia del dipendente nell'ambito del rapporto di lavoro, oltre alla esigenza di tutela della salute del lavoratore (in correlazione anche alla sua capacità reddituale), come ragione che giustifica entro certi limiti la conservazione del posto di lavoro nonostante la sua incapacità di fornire la sua prestazione, viene in rilievo l'esigenza, contrapposta, di garanzia economica dell'imprenditore – per il profilo della misura dei limiti, economici e temporali, entro cui possa su di lui riversarsi il rischio di una malattia cronica o recidivante del dipendente – e, parallelamente, per il profilo del

concorso pubblico al finanziamento del trattamento indennitario, il limite delle risorse disponibili (*ex plurimis*, sentenze n. 248 del 2011, n. 94 del 2009, n. 354 del 2008 e n. 45 del 2005)».

7. La tutela dei diritti della persona nel sistema di pluralità delle fonti nazionali e sovranazionali. Il principio della massima espansione delle garanzie. La differenza tra la tutela *frazionata* dei diritti dell'uomo elencati nella Convenzione EDU da parte della Corte di Strasburgo e la tutela *sistemica* "dei diritti della persona" da parte della Corte costituzionale. Il contrasto di pronunzie delle due Corti sulla medesima legge nel caso delle c.d. pensioni svizzere e la soluzione adottata dalla successiva sentenza n. 264/2012 della Corte costituzionale.

Veniamo, quindi, al rapporto tra il sistema costituzionale e quello sovranazionale CEDU di tutela dei diritti dell'uomo.

Punto di partenza obbligato è quello costituito dalle cosiddette "sentenze gemelle" della nostra Corte n. 348 e n. 349 del 2007. Con le quali è stato puntualizzato che «le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, § 1, della Convenzione) – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali» (sentenza n. 236 del 2011 – che conferma la validità di tale ricostruzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 – e le precedenti n. 1 del 2011, n. 196 del 2010, n. 311 del 2009).

Si è ulteriormente così precisato che, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, «il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica» (vedi anche sentenza n. 93 del 2010). Se questa verifica dà esito negativo e il contrasto non può essere risolto in via interpretativa, il giudice comune, non potendo disapplicare la norma interna né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la CEDU, nella interpretazione che ne ha fornito la Corte di Strasburgo, e pertanto con la Costituzione, deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., ovvero all'art. 10, primo comma, Cost.,

ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta.

Nella giurisprudenza costituzionale si è da ciò, quindi, desunto che, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa.

Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. Di conseguenza, il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela.

In definitiva, se, come più volte affermato (sentenze n. 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007), il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'applicazione di riserve, della Convenzione, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento di cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui la nostra Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sentenza n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele.

Esemplarmente applicativa dei riferiti principi è la sentenza n. 264 del 2012, con la quale la Corte italiana è stata chiamata a risolvere un (apparente) contrasto tra una sentenza della Corte di Strasburgo ed altra precedente propria pronunzia, relative entrambe ad una medesima legge dello Stato. La quale, dopo aver superato indenne il vaglio di costituzionalità, era stata poi, nella sede europea, considerata invece violativa del diritto convenzionale al giusto processo (art. 6, § 1, CEDU); ed, in seguito a ciò, veniva nuovamente

all'esame della Corte costituzionale, per denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in ragione dell'obbligo dello Stato di uniformarsi alla giurisprudenza della Corte europea.

Questa, in particolare, la vicenda normativa, sottostante a quel contrasto: una vicenda scandita in cinque *steps* e che ha visto impegnate in sequenza, in una singolare triangolazione, la Corte di cassazione, la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale.

L'antefatto è costituito da una serie di vertenze instaurate contro l'INPS da lavoratori italiani che avevano prestato parte della loro attività lavorativa in Svizzera, i quali pretendevano che la rispettiva pensione, in applicazione del d.P.R. n. 488 del 1966, fosse loro liquidata sulla base dell'ultima retribuzione percepita, ancorché i contributi versati in Svizzera (e poi trasferiti in Italia) fossero di gran lunga inferiori a quelli corrisposti, nel corrispondente periodo, dai lavoratori in Italia.

Per superare l'orientamento giurisprudenziale prevalentemente favorevole alla tesi dei lavoratori interviene – è questo *l'incipit* della vicenda – la legge n. 296 del 2006 che, all'art. 1, comma 777, in via di interpretazione autentica, e con effetto quindi retroattivo, dispone che la retribuzione pensionabile, nel caso di lavoro svolto all'estero, debba essere proporzionata all'entità dei contributi effettivamente versati.

Da ciò in progressione:

– la denuncia di questa legge alla Corte costituzionale, che con sentenza n. 172 del n. 2008 ritiene insussistenti i suoi denunciati vizi di incostituzionalità;

– la condanna dell'Italia da parte della Corte EDU. La quale (con la sentenza *Maggio ed altri c. Italia*, dell'anno 2011) – pur respingendo la pretesa dei ricorrenti a vedere accertata anche la violazione dell'art. 1 del I Protocollo, sulla tutela della proprietà (nella specie, del credito ad un maggior importo pensionistico) – ritiene, comunque violato, dalla legge n. 296 del 2006, il principio del giusto processo (art. 6, § 1 CEDU), per il profilo del non consentito intervento del legislatore diretto a modificare, in favore dello Stato, l'esito di giudizi in corso tra questo e privati soggetti;

– la reiterata rimessione, da parte della Corte di cassazione, della questione di legittimità costituzionale della predetta legge n. 296, per contrasto, come detto, con l'art. 117 Cost.; e con assunzione, come norma interposta, dell'art. 6, § 1 della CEDU, come appunto interpretato dalla Corte di Strasburgo, con specifico riferimento a quella medesima legge.

A questo punto la Corte costituzionale si trovava di fronte ad una (apparentemente) ineludibile alternativa:

– dichiarare l’incostituzionalità della legge 296 del 2006, in ossequio al pronunciato della Corte europea, con ciò smentendo la propria precedente sentenza;

– ovvero negare alla disposizione convenzionale il ruolo di norma interposta (in relazione al parametro dell’art. 117 Cost.), in ragione di un qualche ravvisato “*controlimite*”, ostativo al suo ingresso nell’ordinamento interno, secondo lo schema collaudato delle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007.

Con la citata sentenza n. 264 del 2012, la nostra Corte ha individuato, invece, una terza via.

Ha ritenuto bensì, infatti, che il diritto al giusto processo (*ex art. 6 § 1, CEDU*), nel suo contenuto ostativo alla retroattività di leggi incidenti in senso modificativo del correlativo esito, entrasse, nell’ordinamento interno (senza ostacolo di controlimiti) negli esatti termini risultanti dalla esegesi della Corte EDU, quale anche ribadita e puntualizzata con specifico riferimento al giudizio *Maggio c. Italia*, relativo alla stessa legge n. 296 del 2006.

Ma ha considerato poi che, una volta penetrato nel nostro ordinamento, con assunzione di rango costituzionale (e non sub costituzionale come presupposto dalle già citate sentenze gemelle del 2007), quel diritto (di provenienza europea) dovesse comunque – al pari di ogni altro diritto/valore considerato nella Carta costituzionale – essere sottoposto ad un giudizio di *bilanciamento* con altri (eventuali) valori antagonisti, parimenti apicali.

Valori, questi ultimi che – previamente, nella specie individuati in quelli della eguaglianza e della solidarietà, all’interno del sistema previdenziale – sono stati ritenuti (nella richiamata sentenza) nel loro complesso prevalenti sul diritto al giusto processo, con conseguente reiterato esito di salvezza della legge 269 del 2006.

Ed è appunto in questa finale operazione di *bilanciamento* – che la Corte costituzionale, nella stessa sentenza n. 264, ha inteso puntualizzare che “*solo ad essa compete*” – che si realizza, nella delineata nuova sua accezione, il “*marginale di apprezzamento*” che lo Stato reputa dover essergli riconosciuto.

Un bilanciamento in ragione e in esito al quale anche un diritto dato (in quel caso il diritto al giusto processo), la cui tutela risulti più avanzata nella disciplina posta dalla CEDU, può cedere alla sintesi assiologica, maggiormente apprezzabile, espressa *dal sistema* dei valori che vengono contestualmente in gioco nella materia in esame.

Ciò in quanto, come già adombrato nella precedente sentenza n. 317 del 2009, il riconoscimento dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nel processo di assorbimento dei relativi stru-

menti di garanzia all'interno del sistema italiano di protezione dei diritti costituzionali, deve condurre necessariamente «alla massima espansione delle garanzie»; e in tale massima espansione deve essere «compreso il *necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela».

Vale a dire che, nella dialettica tra Corte nazionale e Corte europea, il margine di apprezzamento consentito alla prima deriva dalla necessità di comparare la tutela *frazionata*, accordata dalla Corte di Strasburgo nel concreto rapporto tra il titolare del diritto e lo Stato che lo abbia in tesi violato, con la tutela necessariamente *sistematica* di quel diritto in relazione al complesso degli altri diritti fondamentali con cui interagisce.

La diversa aggettivazione dei diritti (esistenziali) della persona nella Convenzione – che li definisce “*umani*” – e nella nostra Carta – che li qualifica “*fondamentali*” – non è, del resto, priva di rilievo.

In quanto riflette il diverso ruolo che tali diritti giocano all'interno dei due rispettivi ambiti: in quello europeo come diritti di cui è portatore il soggetto nel concreto rapporto *sub iudice*; nell'ordinamento interno come diritti aventi radice in *norme* costituenti le *fondamenta* di una complessa architettura istituzionale in cui lo Stato è in funzione della persona, e non viceversa.

Il fatto, dunque, che la pronuncia della Corte costituzionale non si esaurisca nella decisione della fattispecie (in relazione al quale può anche essere già intervenuta sentenza della CEDU), ma si risolva in un *giudizio su norme*, postula, appunto, l'esigenza di un *margin*e di apprezzamento, che consenta, a questa Corte, di discostarsi dal *dictum* di Strasburgo ove l'adesione a questo possa avere *effetti sistemici* negativi sull'ordinamento complessivamente inteso.

La riprova della necessità di un tal spazio di apprezzamento, ai fini della introduzione nel *sistema* ordinamentale di principi enunciati dalla Corte europea in un contesto di tutela parcellizzata [del singolo diritto], è offerta, all'evidenza, proprio dalla fattispecie interessata dalla richiamata sentenza n. 264.

Se, in quel caso, la nostra Corte, invece di respingerla, avesse riconosciuto fondata la questione di costituzionalità della legge 296, in adesione alla precedente sentenza *Maggio c. Italia* (che ne aveva rilevato il contrasto con l'art. 6 § 1 della Convenzione) e l'avesse, quindi, espunta dall'ordinamento, avrebbe con ciò negativamente inciso sul sistema pensionistico, contraddicendo non solo il *sistema* nazionale di valori interagenti, ma anche la sostanza di quella decisione CEDU, che aveva escluso il diritto dei ricorren-

ti ad ottenere il più favorevole criterio di calcolo da essi preteso: potendo, appunto, detta Corte, parcellizzando le proprie forme di tutela, riconoscere indennizzi per profili di contrasto di una data legge nazionale con singoli precetti della Convenzione, senza doverne, necessariamente, per ciò, pretendere la caducazione.

8. L'inclusione dei diritti EDU, come “principi generali”, nell’ambito dell’ordinamento della Unione europea, con il Trattato di Lisbona. La problematica dell’eventuale conseguente estensione ai diritti CEDU del regime di diretta applicabilità nell’ordinamento interno, proprio dei regolamenti, delle sentenze e delle direttive autoapplicative della U.E.

Parallelo ma diverso – nella sua genesi storica e nei successivi approdi – è il tema dei rapporti tra la nostra Corte costituzionale e la Corte di giustizia del Lussemburgo, con riguardo al profilo, in particolare, del ruolo delle fonti comunitarie nell’ordinamento interno.

Tali rapporti, dopo iniziali anni di tensione e di contrasti, sono stati, come ben noto, composti con la storica sentenza n. 170 del 1984, che ha riconosciuto la “diretta applicabilità”, nel nostro ordinamento, dei regolamenti della Comunità europea. Diretta applicabilità in prosieguo estesa alle sentenze, interpretative ed a quelle pronunciate in sede contenziosa dalla Corte di giustizia, e poi ancora alle direttive ove «incondizionate e sufficientemente precise» (sentenze nn. 113 del 1985, 389 del 1989, 64 del 1990). E ciò attraverso il meccanismo della previa disapplicazione – *rectius*: “non applicazione” – delle norme nazionali eventualmente in contrasto con le suddette fonti europee.

Da qui, il consolidato discrimine tra le norme dell’U.E. e quelle della Convenzione EDU: le prime direttamente appunto applicabili nel nostro ordinamento, le seconde rilevanti, invece, solo per via indiretta, come parametri interposti ai fini della violazione dell’art. 117, primo comma, della Costituzione.

Nel 2009, è entrato poi in vigore il Trattato di Lisbona che, al suo art. 6, ha previsto che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU «fanno parte del diritto dell’Unione europea in quanto principi generali».

Si è posto, a questo punto, allora il quesito se non si sia determinata, di conseguenza, una sorta di attrazione delle disposizioni della CEDU nell’ambito dell’ordinamento della UE, che consenta, per l’effetto, di trasferire an-

che a quelle disposizioni l'attributo della applicabilità diretta nell'ordinamento interno.

Con la sentenza n. 80 del 2011, la nostra Corte ha diffusamente esaminato il problema dell'impatto del nuovo art. 6 TUE sulla *tutela multilivello* dei diritti fondamentali ed ha escluso che esso possa essere interpretato nel senso di voler trasformare la Convenzione in una parte del diritto europeo.

Successive pronunce della Corte costituzionale hanno ulteriormente consolidato questa esegesi, *escludendo* che l'art. 6, § 3, TUE abiliti il giudice nazionale a disapplicare la legge interna contrastante con i principi della Convenzione.

In particolare, la sentenza n. 210 del 2013 ha chiarito che «*in linea di principio, dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione*» (sentenze n. 303 del 2011, n. 349 del 2007).

Da ultimo, la sentenza n. 96 del 2015 ha puntualizzato che «*diversamente dal diritto comunitario, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno*» ed ha ribadito che la collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti «*resta immutata anche dopo il richiamo operato dall'art. 6 del Trattato sull'unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona*».

Sulla medesima problematica si è pronunciata anche la Corte di giustizia di Lussemburgo, sollecitata dal Tribunale di Bolzano, nel caso *Kamberaj* (sentenza 24 aprile 2012, C – 571/10, *Kamberaj*), affermando recisamente che «*il rinvio operato dall'art. 6, § 3, TUE alla CEDU [...] non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa*».

9. Prospettive.

Va pur sempre, però, sottolineato che l'inclusione dei diritti fondamentali della CEDU a livello di "principi generali" dell'ordinamento della Unione europea, se non vale ad estendere il connotato della diretta applicabilità alle norme della Convenzione, può comunque innescare un effet-

to positivo di attenuazione, se non di superamento, del primato della dimensione economica e di mercato nella politica dell'Unione (dimensione, questa, enfatizzata dalla logica del cosiddetto *Fiscal Compact*), in funzione di una legittimazione della Unione a sua volta piuttosto fondata sui diritti dell'uomo e sulla solidarietà.

È, infine, auspicabile che la centralità del valore della dignità della persona, come sintesi non scindibile dei diritti fondamentali e del dovere di solidarietà, non resti confinata nella lettera delle fonti, ma innervi il tessuto vivo delle dinamiche sociali, superando le barriere dei particolarismi ed aprendosi anche ai “nuovi diritti” della persona che reclamano riconoscimento e tutela. E che si attui cioè il passaggio dallo stadio della enunciazione – di una enunciazione astratta dalla realtà della grave crisi economica e dei conflitti politici ed etici che caratterizzano l'attuale scenario non solo europeo – a quello di una effettiva attuazione dei diritti umani e della solidarietà, calata nel concreto governo delle cose.

VITTORIO PARLATO *

Postulati teologici, diversità di interpretazioni e di norme nella chiesa d'Occidente ed in quella d'Oriente, nel corso dei secoli

ABSTRACT

- ✓ Nel saggio viene preso in considerazione il diverso sviluppo e la differente attuazione di alcuni brani scritturistici, dovuti a molteplici circostanze storico-politiche e culturali, relativi al primato pontificio ed alla collegialità episcopale, specie nel secondo millennio; da ultimo si pone l'accento sull'influenza, anche politica, che il papato romano ed il patriarcato bizantino hanno avuto, ed hanno, nei loro territori e nella politica internazionale, anche alla luce dell'azione sinergica del governo russo ed del patriarcato di Mosca, la terza Roma.
- ✓ The essay considers the different development and the different implementation of certain scriptural passages, due to various historical, political and cultural circumstances, related to papal primacy and episcopal collegiality, especially in the second millennium. It also underlines the influence of the Roman papacy and Byzantine Patriarchate on their territories and the international politics.

* Già professore ordinario di Diritto ecclesiastico (ssd IUS/11) e preside della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Urbino.

VITTORIO PARLATO

POSTULATI TEOLOGICI, DIVERSITÀ DI INTERPRETAZIONI
E DI NORME NELLA CHIESA D'OCCIDENTE
ED IN QUELLA D'ORIENTE, NEL CORSO DEI SECOLI

SOMMARIO: 1. Comparazione tra diverse concezioni ecclesiali. – 2. Il dato scritturistico, Matteo 16,16-19 e 18,18; Giovanni 20, 21-23. – 3. I primi dati giuridici, i canoni VI di Nicea I e XXXIV dei *Canones Apostolorum*. – 4. Dalla pentarchia alla diarchia: primato romano e primato costantinopolitano. Il ruolo dei principî 'secondari' – 5. Dalla pentarchia al primato romano. Gli eventi storici. – 6. L'esercizio delle prerogative primaziale del vescovo di Roma in Occidente: limiti di modalità e di tempi. Le Decretali pseudo-isidoriane e il *Dictatus Papae*; i concili Vaticano I e Vaticano II, le codificazioni. – 7. Le implicazioni giuridiche circa la potestà nella Chiesa cattolica. – 8. Dalla pentarchia al primato costantinopolitano. Il Concilio di S. Sofia (879-880). Il Patriarca ecumenico da *protos* della chiesa dell'*oikoumene* bizantino a etnarca dei cristiani nell'Impero ottomano, filetismo e autocefalie di chiese. Chiese nazionali, chiese etniche. – 9. Prerogative e interventi del Patriarca ecumenico, oggi. – 10. Le implicazioni giuridiche circa la potestà nella Chiesa ortodossa. Ecclesiologia conciliare, potere sinodale. – 11. La collegialità nelle singole chiese orientali. – 12. Considerazioni conclusive. Attività diplomatica odierna delle due Rome; la speciale *συναλληλία* tra governo russo e patriarcato di Mosca, la terza Roma.

1. Comparazione tra diverse concezioni ecclesiali.

Rientra sicuramente tra le tematiche del corso di *Diritto comparato delle religioni* la comparazione dell'ecclesiologia e la conseguente normativa di due realizzazioni cristiane diverse: quella cattolica e quella ortodossa; ecclesiologia e normativa, che, pur partendo da un medesimo dato scritturistico, in molti casi sono difforni in quanto condizionate da differenti presupposti teologici, pastorali, storici e culturali.

È nella logica ecclesiale che l'ordine giuridico canonico debba risultare conforme al dogma e che debba, con le sue norme, salvaguardare la finalità istituzionale della Chiesa, cioè la *salus aeterna animarum*. Il diritto canonico è quindi un sistema di norme giuridiche impostato e dominato da un complesso di principî teologici e da una dottrina extra e meta giuridica.

A quei principî teologici e a quella dottrina il diritto canonico deve

conformare i propri comandi e i propri istituti, in quanto traggono da essi origine e giustificazione, sicché la formulazione teologica è alla base della formulazione giuridica, il dogma è fondamento della legge e, addirittura, dell'ordinamento medesimo.

Nella concezione cattolica le prescrizioni bibliche, e i principî teologici che ne derivano, assurgono al rango di *diritto divino* in quanto vengono *canonizzati*, resi obbliganti, dall'autorità gerarchica della Chiesa¹; nella concezione orientale cattolica o ortodossa le antiche norme comuni a tutte le chiese, soprattutto bizantine, i *Sacri Canones*, sia a carattere dogmatico che disciplinare, rivestono un carattere speciale, esse sono norme primarie immodificabili, imprescindibili².

Nel caso della comparazione tra istituti del diritto canonico latino, e di quello delle chiese ortodosse il fondamento scritturistico è comune, sostanzialmente comuni sono anche i principî contenuti nei *Sacri Canones* del primo millennio; la differente normazione odierna è dovuta all'accentuazione di altri principî, principî che si possono qualificare come 'secondari', ma che hanno permeato le specifiche realtà ecclesiali sì da costituirli come dati di base da cui derivano necessariamente soluzioni giuridiche difformi.

Principî 'secondari' non vuol dire principî di minore importanza, ma principî che si aggiungono agli altri comuni, principî che sono nati per una interpretazione teologica o giuridica diversa dello stesso dato scritturistico cui fanno almeno implicito riferimento; principî che sono stati determinati da fattori storici anche secolari, dalla prevalenza del trascendente o della razionalità, da consuetudini e valutazioni sociali e pastorali, da esigenze contingenti, poi divenute irrinunciabili.

Questi principî secondari sono stati determinati anche da fattori esterni alla dottrina della fede, ma funzionali alla realtà temporale contingente.

Il saggio tratterà istituti che hanno riferimento nel dato scritturistico, ma che per diversa interpretazione a causa di fattori storici e culturali hanno avuto realizzazioni diverse: primato romano, collegialità, ufficio episcopale sono temi di attualità anche per gli ortodossi, perché essi stessi sentono il

¹ Non ritengo di dover affrontare la dibattuta tematica sul significato di canonizzazione; su ciò cfr. per tutti, S. GHERRO, *Diritto canonico (nozioni e riflessioni)*, I - *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2005, p. 70-86, a me, in questa sede, interessa solo rilevare che una serie di norme sono presentate di diritto divino, e come tali operanti nella Chiesa.

² V. PARLATO, *Confessionalismo e giurisdizionalismo nella Grecia degli anni '80*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1988, Padova, 1989, p. 197 e bibl. ivi citata.

problema dell'unità della Chiesa di Cristo e di conseguenza il ruolo del vescovo di Roma nella comunione inter-ecclesiale.

2. Il dato scritturistico. Matteo 16,16-19 e 18,18; Giovanni 20, 21-23.

Nel passo del Vangelo di Matteo si legge (Mt., 16,16-19),[Gesù] «Disse loro: "Voi chi dite che io sia?" Rispose Simon Pietro: "Tu sei il Cristo, il Figlio del Dio vivente". E Gesù: "Beato te, Simone figlio di Giona, perché né il sangue né la carne te l'hanno rivelato, ma il Padre mio che sta nei cieli. Ed io ti dico: Tu sei Pietro e su questa pietra edificherò la mia Chiesa e le porte degli inferi non prevarranno contro di essa. A te darò le chiavi del regno dei cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli»³.

L'esegesi romano-cattolica di questo passo è tutta volta ad evidenziare il ruolo di Pietro nella Chiesa nascente, nel Collegio apostolico, di Pietro che per virtù dello Spirito Santo ha riconosciuto e proclamato il Cristo come Figlio di Dio.

Il testo continua (Mt. 18, 21) dove si legge: «In verità vi dico [riferito ai discepoli]: tutto quello che legherete sopra la terra sarà legato anche in cielo e tutto quello che scioglierete sopra la terra sarà sciolto anche in cielo»⁴.

Nel Vangelo di S. Giovanni (Giov. 20, 21-23) si legge: «Gesù disse loro di nuovo: "Pace a voi! Come il Padre ha mandato me, anch'io mando voi". Dopo aver detto questo, alitò su di loro e disse: «Ricevete lo Spirito Santo; a chi rimetterete i peccati saranno rimessi e a chi non li rimetterete, resteranno non rimessi».

La Chiesa fin dai primi tempi ha ritenuto che il potere qui citato appartenesse anche ai vescovi come rappresentanti delle chiese locali.

La Chiesa Ortodossa si basa su questo passo per attribuire a tutti i successori degli apostoli – i vescovi – le facoltà attribuite a Pietro.

³ In un testo critico più recente si legge: *Simon Pietro rispose: «Tu sei il Cristo, il Figlio del Dio vivente». Gesù, replicando, disse: «Tu sei beato, Simone, figlio di Giona, perché non la carne e il sangue ti hanno rivelato questo, ma il Padre mio che è nei cieli. E anch'io ti dico: tu sei Pietro, e su questa pietra edificherò la mia chiesa, e le porte dell'Ades non la potranno vincere. Io ti darò le chiavi del regno dei cieli; tutto ciò che legherai in terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai in terra sarà sciolto nei cieli».*

⁴ Nel testo critico più recente si legge: *"Io vi dico in verità che tutte le cose che avrete legate sulla terra saranno legate nel cielo, e tutte le cose che avrete sciolte sulla terra saranno sciolte nel cielo".*

3. I primi dati giuridici: i canoni VI di Nicea I e XXXIV dei *Canones Apostolorum*.

Due canoni del IV secolo, tenendo presente il dato biblico relativo alla guida dell'*Ecclesia Christi*, rispecchiano antiche modalità di organizzazione della Chiesa; il primo è il canone VI del Concilio di Nicea I del 325, primo concilio ecumenico.

È questo di Nicea il concilio nella cui formula di fede si professa che la Chiesa è “una, santa, cattolica ed apostolica”, cioè che è la chiesa che si rifa alla dottrina degli Apostoli, che è retta dai successori degli Apostoli attraverso un successione ininterrotta che conferisce agli ordinati *in sacris* i poteri apostolici per guidare il popolo di Dio; in questo sta il dettato ecclesiale degli ultimi due brani evangelici riportati. La Chiesa cattolica e le chiese orientali separate ritengono che il Cristo abbia conferito agli Apostoli i poteri di governare la Chiesa e di darsi dei successori: la successione apostolica consiste, infatti, nell’ordinazione di un vescovo, attraverso l’imposizione delle mani e la recita di una precisa formula, da parte di un altro vescovo per il quale si possa risalire ad un’ordinazione ininterrotta dagli apostoli e dai loro immediati successori, attraverso i secoli.

Quanto ai canoni succitati: il primo, can. VI di Nicea I (del 325), recita: “*Antiqua consuetudo servetur per Aegyptum, Lybiam et Pentapolim ita ut Alexandrinus episcopus horum habeat potestatem, quia et urbis Romae episcopo parilis mos est. Similiter autem et apud Antiochiam ceterasque provincias sua privilegia servantur ecclesiis*”. Cioè: sia conservata l’antica consuetudine vigente in Egitto, Libia e Pentapoli cosicché il vescovo di Alessandria mantenga l’autorità su questi territori poiché la stessa usanza vale anche per il vescovo di Roma. Similmente anche per Antiochia e per le altre province siano conservate le loro prerogative.

I Padri a Nicea prendono atto, quindi, che alcune chiese avevano goduto, sin dall’età sub-apostolica, di un prestigio particolare, sia a causa della loro origine apostolica, sia a causa della fama e santità di uno dei loro vescovi, sia per importanza civile della città⁵.

Il vescovo di Alessandria si vede riconfermato un potere eccezionale (ἐξουσία) non su una provincia come ogni metropoli, bensì su più province e su più metropoli⁶; la sua situazione è paragonata a quella del vescovo

⁵ V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale nelle chiese orientali dal IV al X secolo*, *Contributo allo studio della communio*, Padova, Cedam, 1969, p. 11-12 e bibl. ivi citata.

⁶ Oltre ad ordinare tutti i vescovi e metropoli il vescovo di Alessandria interviene a

di Roma, si tratta di *mos parilis*. Dalle fonti si rileva che il vescovo di Roma ha una giurisdizione, in quel periodo sub-apostolico, sulle dieci province civili della diocesi dell'Italia suburbicaria e quelle delle isole maggiori⁷; limitatissima era poi l'influenza che la sede di Roma attuava in Africa dove un vero primato era esercitato dalla sede di Cartagine fino all'invasione dei Vandali del 455⁸.

Mentre il vescovo di Alessandria si vede riconfermato il suo potere su tutta la diocesi civile d'Egitto; nella diocesi civile d'Oriente è il sinodo dei vescovi che ha la supremazia, salvi quei poteri, non menzionati, che il concilio di Nicea aveva riconosciuto al vescovo di Antiochia⁹.

* * *

Il secondo è il canone XXXIV dei *Canones Apostolorum*, una compilazione (del 380 circa) che raccoglie norme e prassi precedenti; il canone in oggetto rispecchierebbe una realtà siriana, ma accettato dalle chiese orientali ed anche occidentali, inserito nei *Sacri canones*, il suo valore giuridico è sancito dal can. II del Concilio Trullano, del 691, e poi dal can. I del concilio di Nicea II, del 787¹⁰, il canone è conosciuto anche in Occidente (Decreto di Graziano, C.9, q.3, c.5), esso afferma: "*De prima-*

difesa dell'ortodossia convocando sinodi, inviando lettere, deponendo anche vescovi, risolvendo controversie, promulgando norme per tutti quei territori, V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 13, nota 12. La comparazione con i poteri del vescovo di Roma va intesa per quel che concerne i poteri ultra-metropolitani, cfr. sul punto V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 13, nota 11.

⁷ Tuscia-Umbria, Campania, Lucania-Bruttium, Apulia-Calabria, Sannio, Piceno, Valeria, Sicilia, Sardegna e Corsica, cfr. C. VOGEL, *Unité de l'Eglise et pluralité des formes historiques d'organisation ecclésiastique du III au V siècle*, in *L'Episcopat et l'Eglise universelle*, Paris, Du Cerf, 1962, p. 629.

⁸ Cfr. anche C. VOGEL, *Unité de l'Eglise et pluralité des formes historiques* cit., p. 630-631.

⁹ L'esistenza di una differenza di poteri tra i vescovi di Alessandria e quello di Antiochia con conseguente presa d'atto, senza indicazione di causa, risulta dai deliberati del Concilio di Costantinopoli I, del 381, dove, anche qui, il can. II stabilisce: "*Qui sunt super diocesim episcopi, nequaquam ad ecclesias quae sunt extra terminos sibi praefixos, accedant nec eas hac praesumptione confundant. Sed iuxta canones Alexandrinus antistes quae sunt in Aegypto regat solummodo. Et Orientis episcopi Orientem tantum gubernent servatis privilegiis, quae nicaenis canonibus ecclesiae Antiochenaе tributa sunt*". V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 14-15 e bibl. ivi citata

¹⁰ Sul valore giuridico di questo canone e dei canoni del concilio Trullano, ormai considerati canonici dei due concili ecumenici Costantinopolitano II e Costantinopolitano III (concilio chiamato anche Quinsesto del 691), cfr. D. SALACHAS, *Il diritto canonico delle*

*tu episcoporum. Episcopus gentium singularum scire convenit, quia inter eos primus habeatur, quem velut caput existiment et nihil amplius praeter eius consientiam gerant, quam illa sola singuli, quae paroeciae [in greco τῆ παροικία] propriae et villis quae sub ea sunt competant. Sed nec ille praeter omnium conscientiam faciat aliquid; sic enim unanimitas erit et glorificatur deus per Christum in spiritu sancto”*¹¹. Cioè: bisogna che i vescovi di ciascuna nazione sappiano chi tra di loro sia il primo e lo considerino come il loro capo e non facciano nulla di importante senza il suo assenso; ciascuno non si occuperà che di ciò che riguarda la sua eparchia/diocesi e i territori che da essa dipendono; ma anch’egli non faccia nulla senza l’assenso di tutti; così la concordia regnerà e Dio sarà glorificato, per Cristo nello Spirito Santo¹².

Questi due canoni sono le prime norme che traducono in termini giuridici i principî evangelici del primato di alcuni vescovi e della collegialità episcopale.

4. Dalla pentarchia alla diarchia: primato romano e primato costantinopolitano. Il ruolo dei principî ‘secondari’.

La chiesa di Roma ha giustificato, e giustifica, gli speciali poteri attribuiti al suo vescovo, anche al di là del dato normativo di cui al can. VI del concilio di Nicea I, dal fatto che in Roma abbia predicato l’apostolo Pietro, egli ne sia stato il primo vescovo, Roma è quindi una sede petrina, come Alessandria, dove ha predicato Marco, inviato da Pietro, ed Antiochia, la prima sede episcopale di Pietro. Pietro ha fondato e diretto come vescovo la chiesa di Roma, lì ha subito il martirio, ed i vescovi successori succedono nelle speciali prerogative attribuite dal Cristo a Pietro;

Chiese orientali nel primo millennio, Confronti con il diritto canonico attuale delle Chiese orientali cattoliche: CCEO, Bologna, Centro Editoriale Dehoniano, 1997, p. 13-17.

¹¹ *Regulae ecclesiasticae sanctorum apostolorum per Clementem prolatae.* Il testo è quello dell’edizione critica curata di P. P. JOANNOU. in *Les canons des Synodes particuliers* (P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fonti*, fascicolo IX, *Discipline générale antique*, t.1,2), Grottaferrata, 1962, p. 24.

¹² Per la traduzione cfr. D. SALACHAS, *Il diritto canonico delle Chiese orientali nel primo millennio* cit., p. 73. P. P. JOANNOU, *op. cit.*, *loc. cit.*, traduce *paroecia* con *diocèse*. Sui *Canones Apostolorum* cfr. anche D. CECCARELLI MOROLLI, *Alcune riflessioni intorno ad una importante collezione canonica delle origini: “Gli 85 Canoni degli Apostoli”*, in *Studi sull’Oriente Cristiano*, Roma 2002, p. 151 s. Anche nella traduzione da lui citata *paroecia* è eparchia.

il ruolo imperiale della città di Roma non incide sulle prerogative di Pietro e dei suoi successori¹³.

* * *

Con il concilio di Calcedonia, del 451, la Chiesa risulta divisa in cinque grandi circoscrizioni ultra-metropolitane, i cinque patriarcati¹⁴: Roma, Costantinopoli, Alessandria, Antiochia e Gerusalemme (cui si aggiunge la chiesa di Cipro¹⁵). Tutto il territorio dell'Impero romano era compreso in quelle cinque grandi circoscrizioni¹⁶, in linea con il principio dell'adeguamento della gerarchia ecclesiastica alla divisione amministrativa dell'Impero.

Roma e Costantinopoli sono le due capitali dell'Impero, Alessandria ed Antiochia sono le due città più importanti dell'Oriente, in Gerusalemme ha predicato e vi ha subito il martirio Gesù Cristo.

Il titolo di patriarca viene assunto dai cinque vescovi in quegli anni, senza una deliberazione ad hoc, ma come titolo corrispondente allo speciale ruolo ricoperto.

Quello che merita rilevare è che agli inizi quando si parla di chiesa di Roma, di chiesa di Costantinopoli, di chiesa di Alessandria, di chiesa di Antiochia, di chiesa di Gerusalemme non si intendeva riferirsi alle circoscrizioni territoriali sottoposte alle succitate chiese, ma alla chiesa particolare dove risiede il vescovo-patriarca, considerata chiesa madre. Nel IV e V secolo il patriarcato può essere considerato come 'comunione' di chiese locali o regionali raggruppate intorno ad una chiesa-madre, unite dal *vinculum communionis* (unità di fede, di culto e di disciplina) tra loro e soggette alle speciali prerogative del patriarca.

¹³ V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 49 e bibliografia ivi citata.

¹⁴ Per una diversa valutazione della pentarchia cfr. anche F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Riflessioni sulla collegialità episcopale nel sistema della pentarchia*, in *Studi in onore di P. A. D'Avack*, vol. III Milano, Giuffrè, 1977, p. 1043 s.

¹⁵ La cui autocefalia venne giustificata dal fatto che quella chiesa fosse stata fondata dall'apostolo Barnaba, nel IV secolo Cfr. A. PALMIERI, *Chypre (Eglise de)* in *Dictionnaire de Théologie catholique*, II,2, Paris, 1923, 2424-2472.

¹⁶ Una riprova di ciò sta nel fatto che quando, nel 379, le diocesi civili di Macedonia e di Dacia che facevano parte della Prefettura dell'Ilirico e quindi dell'Impero d'Occidente, furono unite all'Impero d'Oriente, i papi per salvaguardare le loro speciali prerogative sui vescovi di quelle regioni, conferiscono al vescovo di Tessalonica una potestà vicaria: V. PARLATO, *Il vicariato di Tessalonica (IV - VII sec.)*, in *Studi in memoria di Pietro Gismondi*, vol. II, 2, Milano, Giuffrè, 1991, p. 98-112 e bibliografia ivi citata.

Attraverso lo sviluppo della teoria della pentarchia si giungerà ad un grado di astrazione che permetterà di individuare nella chiesa patriarcale non più la chiesa madre, dove risiede il vescovo-patriarca, bensì una unità organica composta di più chiese locali sotto l'autorità gerarchica di un prelado: il Patriarca; la conseguenza sarà che il fulcro della vita ecclesiale si sposterà dalle chiese locali e dalle chiese metropolitane al patriarcato¹⁷.

* * *

Il concilio di Costantinopoli, dell'869-870 (VIII ecumenico per la chiesa di Roma) segna l'apice della concezione confederale, pentarchica, della Chiesa; da tutto il contesto si deduce che il vescovo di Roma ha una giurisdizione sull'Occidente; nelle sessioni conciliari si proclama che Dio ha fondato la sua Chiesa sui cinque patriarchi e che se anche quattro di loro dovessero errare, uno di essi rimarrà sempre a custodire il gregge di Cristo¹⁸.

Questo concilio è, però, disconosciuto dagli ortodossi. Si sostiene che fu annullato da papa Giovanni VIII¹⁹; i canoni di questo concilio non si trovano in nessuna collezione canonica orientale e non può essere portato come documento a suffragio della pentarchia da parte ortodossa.

A sostegno della pentarchia gli ortodossi pongono invece il concilio di Santa Sofia dell'879-880, tenuto, anche questo, a Costantinopoli, un concilio che riabilita Fozio e disconosce il precedente sinodo; dai canoni si ricava il principio della pentarchia e l'affermazione della reciproca parità tra Roma e Costantinopoli in relazione alla potestà coercitiva.

5. Dalla pentarchia al primato romano. Gli eventi storici.

Si è sostenuto e si sostiene che l'ecclesiologia e la realtà ecclesiale del primo millennio fu modificata dalla volontà della chiesa di Roma di raffor-

¹⁷ In Oriente si sostenne che il potere supremo nella Chiesa spettasse ai cinque patriarchi. "Cette idée – scriveva L. DUSCESNE, *Autonomies ecclésiastiques, Eglises séparées*, vol. I, Paris, 1906, p. 167 – s'est perpétuée dans le droit byzantin; à Rome on l'acceptait dans le langage officiel, mais sans enthousiasme".

¹⁸ J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Florentiae-Venetiis-Parisiis-Lipsiae, 1759 s., XVI, coll. 140-141; V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 176.

¹⁹ Lo stesso Papa in una epistola inviata all'Imperatore afferma: "sanctam Constantino-poli synodum contra eundem sanctissimum Photium definimus omnino damnatam et abrogatam esse": J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum* cit., XVII, col. 490 e *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, Bologna-Friburgi, Centro Editoriale Dehoniano, 1962, p. 133.

zare il primato pontificio e di trasformare la comunione inter-ecclesiale in una istituzione gerarchica universale soggetta al Romano pontefice²⁰. Questo processo di accentramento operato dalla chiesa romana, che fu sicuramente una delle cause della rottura permanente della comunione tra chiesa latina e chiese orientali, non è stato, però, solo un fenomeno dell'Occidente, ma come vedremo in seguito anche dell'Oriente.

Quanto all'Occidente il papato romano – di fronte alle invasioni barbariche, al Regno longobardo e poi franco in Italia, alla ricostituzione dell'Impero Romano d'Occidente (Francia, Germania, Italia centro-settentrionale) con Carlo Magno – ha necessità di porsi come potere alternativo e concorrente a quello imperiale; di qui l'utilizzo dei principî dello *ius publicum romanum*, del costituirsi come altro pilastro della *Res publica sub Deo*, accanto all'imperatore del Sacro Romano Impero, ridotto poi solo alla Germania e all'Italia centro-settentrionale.

La Chiesa non fu, più, soltanto una *societas fidelium*, la comunità dei fedeli, come l'aveva definita sant'Agostino, ma venne concepita come un *coetus* gerarchicamente costituito. Tutti i diritti della gerarchia furono attribuiti al papa di Roma, *episcopus universalis*, anche se non si giunge a far derivare da lui ogni potere episcopale, come avverrà in seguito.

Il Papa di Roma, per le cose spirituali, e l'Imperatore Romano-germanico, per le cose temporali, simboleggiavano la fondamentale unità della famiglia umana²¹ e si ponevano, almeno de iure, là dove non lo erano de facto, come supremi reggitori dell'intera umanità; da loro due derivava ogni potere.

Come l'Imperatore è il *dominus mundi in temporalibus*, così il Papa di Roma è il *dominus totius Ecclesiae, Occidentis et Orientis*; i patriarchi orientali sono soggetti alla sua potestà di vescovo metropolitano, con poteri ben superiori a quelli che la tradizionale normativa dei concili ecumenici e particolari del primo millennio attribuiva al vescovo metropolitano nei confronti dei suffraganei.

²⁰ G. ALBERICO, *Cardinalato e collegialità*, Firenze, Vallecchi, 1969, p.6 s. e 11 s.; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Riflessioni sulla collegialità episcopale nel sistema della Pentarchia* cit., p. 1043 s.; per un'analisi storica approfondita cfr. F. DVORNIK, *Byzance et la primauté romaine*, Paris, Du Cerf, 1964, p.45 s. e 59 s. e V. PARLATO, *La conferma pontificia ai decreti del Concilio di Calcedonia*, in *Studi in on. di P. A. D'Avack*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1976, p.499.

²¹ Sulla *Respublica christiana* cfr. P. BELLINI, *Influenze del diritto canonico sul diritto pubblico europeo*, in P. BELLINI, *Saeculum christianum, Sui modi di presenza della Chiesa nella vicenda politica degli uomini*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 57 s.

Il Romano pontefice è il successore di Pietro, l'apostolo, il solo apostolo, che ha ricevuto per sé e per i suoi successori nella sede romana, unica sede apostolica d'Occidente, gli speciali poteri dal Cristo per custodire l'intera Chiesa, egli è il *Vicarius Christi*, il *Vicarius Petri*, egli è posto tra Dio e gli uomini²².

La concezione della Chiesa romano-cattolica ha due punti fermi cui ha ancorato il proprio sistema giuridico: la filosofia aristotelica, su cui si fonda la teologia scolastica, ed il diritto romano post-classico, su cui si fonda lo *ius canonicum* classico; la Chiesa ortodossa si riferisce piuttosto, attraverso la mediazione dei Padri dei primi due secoli²³, alla concezione filosofica di Platone, al misticismo, e vive nel sistema giuridico bizantino di cui si professa erede²⁴.

6. L'esercizio delle prerogative primaziale del vescovo di Roma in Occidente: limiti di modalità e di tempi. Le Decretali pseudo-isidoriane e il *Dictatus Papae*, i concili Vaticano I e Vaticano II, le codificazioni.

Credo che una cosa sia da chiarire subito, quando noi oggi parliamo di speciali prerogative primaziale di alcuni vescovi rispetto ad altri vescovi e ad altre chiese, durante il primo millennio, non dobbiamo aver presente i caratteri tipici della giurisdizione ultra-metropolitana o metropolitana classica del diritto canonico occidentale.

²² Scrive P. BELLINI, *Saggi di storia dell'esperienza canonistica*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 88, Quando i canonisti parlano del Papa "lo chiamano «dominus universalis totius mundi» oppure lo «denominano universalis monarca totius populi christiani ed de iure totius mundi». Parlano (p. 101) di quella greca come chiesa "a nobis aliena"; l'imperatore romano d'Oriente è qualificato come *imperator inferior*, rispetto a quello *maximus* d'Occidente (p. 104), l'Ostiense scrive che ci fu la traslazione dell'impero da Costantinopoli ai Franchi, giacché i Bizantini non riconoscevano il primato romano (p. 103).

²³ Per una sintesi dell'influsso platonico sulla prima patristica vedi J. DANIELOU, *Messaggio evangelico e cultura ellenistica*, Bologna, il Mulino, 1975.

²⁴ Di qui la critica allo studio dei teologi cattolici, studio inteso come speculazione razionale sulle formule della fede al fine di spiegarne i contenuti, come anche le perplessità sul considerare la Chiesa come un *corpus*, un *ens iuridicum* di cui si diviene membri attraverso un atto di adesione alle proposizioni di fede, in una logica di razionalizzazione della teologia a tutto discapito del mistero dell'Incarnazione del Cristo; per cui non solo la Verità dimora in una persona, ma che questa Verità si era calata in una Persona; cfr. A. PORPORA, *Percorsi della teologia ortodossa contemporanea, L'eccelesiologia ecumenica di Ioannis Zizioulas*, in *Oriente Cristiano*, 2007, p. 33-34.

Un'antica e tradizionale prerogativa dei patriarchi, ribadita da concili ecumenici e particolari, è quella di consacrare i vescovi metropolitani soggetti, controllandone così la nomina, e conferir loro la *communio ecclesiastica*, che poteva avvenire, per i vescovi più lontani dalla sede patriarcale, tramite lettere di comunione. Il vescovo di Roma consacrava di norma, come sopra detto, i vescovi dell'Italia centro meridionale e delle isole maggiori²⁵, si limitava a riconoscere i vescovi di Arles in Gallia e di Tessalonica in Macedonia²⁶ e con lettere di comunione li nominava anche suoi vicari per quei territori.

L'affermazione del potere primaziale, ultra-metropolitano, in Occidente sarà realizzato per tappe; nel 445 l'imperatore d'Occidente emana un editto con il quale riconosce pienamente il primato giurisdizionale del papa in Occidente con la seguente formula 'nulla deve essere fatto contro o senza l'autorità della chiesa romana'. Sarà solo alla metà dell'VIII secolo che si imporrà a tutti i metropolitani dell'Occidente di ricevere il pallium da Roma, quale segno di soggezione alla sede romana²⁷.

Roma esercita anche il suo ruolo ultra-metropolitano, sempre in Occidente, patrocinando e favorendo l'attività missionaria nei popoli del Nord Europa: Irlandesi e Anglosassoni²⁸ e in seguito, a cavallo tra il primo e secondo millennio, presso Magiari, Polacchi e alcuni Slavi. Nello stesso periodo si assiste alla creazione di nuovi regni che si vengono formando in Europa, al di fuori dell'Impero, continuando a rompere (dopo la Francia) così de facto l'unità del popolo di Dio²⁹.

Tutto questo territorio viene considerato l'Occidente, il territorio patriarcale del vescovo di Roma, territorio caratterizzato da un riferimento alla tradizione rituale, giuridica, culturale e linguistica latina.

È alla fine del IX secolo, essendo papi Niccolò I e Giovanni VIII, che sono recepite, a Roma, le Pseudo decretali isidoriane³⁰, che, senza creare

²⁵ C. VOGEL, *Unité de l'Eglise et pluralité des formes historiques* cit., p. 629.

²⁶ Cfr. V. PARLATO, *Il vicariato di Tessalonica* cit., p. 98-112, in cui il pontefice investe di poteri vicariali vescovi di Tessalonica e di Arles già nominati (p.100-101), cfr. anche C. VOGEL, *Unité de l'Eglise et pluralité* cit., p. 630 e 632.

²⁷ G. A. COUSSA, *E praelectionibus in librum secundum codicis iuris canonici, De personis, de clericis in specie*, Grottaferrata, Typis monasterii exarchici cryptoferratensis, 1953, p. 135; J. MEYENDORFF, *Lo scisma tra Roma e Costantinopoli*, Magnano, Ed. Qiqajon, 2005., p. 28-29.

²⁸ C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 71 s.

²⁹ C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica* cit., p. 67 s.

³⁰ C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica* cit., p. 211, ricorda come già van Espen avesse rilevato la falsità della raccolta. Nella concezione giuridica della Chiesa si perpetuava lo

un diritto nuovo, fanno risalire ai papi martiri dei primi secoli, il primato pontificio, facendo sì che si dovessero applicare a tutta la Chiesa, anche ai patriarcati orientali, le prerogative che regolavano i rapporti tra il vescovo di Roma, patriarca d'Occidente, e i suoi vescovi suffraganei³¹.

Intorno all'anno 1075, con *Dictatus Papae* Gregorio VII – proprio basandosi sulle citate Pseudo decretali isidoriane – realizza, in 27 proposizioni, la centralizzazione della Chiesa sotto il primato romano. Ne riporto qualcuna più significativa:

La Chiesa romana è stata fondata unicamente da Dio.

Il Pontefice romano sia l'unico ad essere di diritto chiamato universale.

Egli solo può deporre o reinsediare i vescovi.

Egli solo può usare le insegne imperiali.

Egli non può essere giudicato da nessuno.

Nessuno può condannare chi si è appellato alla Santa Sede.

Tutte le maiores causae di qualsiasi Chiesa debbono essere portate a lui.

Che la Chiesa Romana non ha mai errato; né, secondo la testimonianza delle Scritture, mai errerà per l'eternità.

Una prima crisi del primato romano si ha con la contemporanea presenza nel 1414 di tre papi, uno a Roma (Gregorio XII), uno ad Avignone (Benedetto XIII) e un terzo a Pisa (Giovanni XXIII); il concilio di Costanza (1414-1418) convocato per risolvere la questione detterà norme che anteporranno il concilio al romano pontefice (teoria conciliare), norme poi disattese dai successivi papi.

La riforma protestante, se da un lato staccherà buona parte dell'Occidente dal cattolicesimo romano, dall'altro rinsalderà l'autorità e potestà papale con i decreti del concilio di Trento (metà del XVI sec.).

In ambito temporale nel XVIII e XIX secolo si realizza la concezione dello 'stato assoluto' unico detentore della sovranità su un determinato territorio e di un solo ordinamento giuridico primario, ogni altra regolamentazione trae giuridicità, positività da quello³².

I due antichi principî del diritto romano: "*Quod Principi placuit legis*

spirito giuridico romano, le false decretali rispondevano alla concezione allora dominante, ritenuta verità assoluta. Così scriveva A. DE STEFANO, *L'idea imperiale di Federico II*, Firenze, Vallecchi, 1927, p. 153.

³¹ Y. CONGAR, *De la communion des églises* cit., in. *L'épiscopat* cit., p. 237; H. LEGRAND, *Il papa patriarca in occidente: attualità di un titolo inattuale*, in *Nicolaus, Rivista di Teologia ecumenico-patristica*, 1, 2007, p. 19 – 42.

³² O. GIACCHI, *Lo stato laico*, Milano, Vita e Pensiero, 1978, p. 20.

habeat vigorem” e “*Princeps legibus est solutus*”, su cui si basava questa teoria, sono fatti propri anche dalla chiesa di Roma, il cui vescovo, *Vicarius Christi*, deve essere considerato come unico interprete dello *ius divinum*, e la sua volontà è creatrice di diritto³³. Egli è superiore allo *ius humanae constitutionis* sì da poterlo mutare nell’interesse del *finis Ecclesiae*, in relazione alle circostanze contingenti.

* * *

Il concilio Vaticano I segna l’apice della concezione del primato pontificio; va precisato comunque che quando si parla di potestà ordinaria, attribuita al papa di Roma, si indica che è una potestà che non è delegata, ma inerente alla carica (*adnexa officio*). Ciò significa che per esercitare il primato, compito specifico che è suo nella Chiesa, il papa non ha bisogno di un incarico che provenga da altre autorità.

Non si attribuisce al papa una giurisdizione cumulativa con i vescovi diocesani per ciò che concerne la loro diocesi: solo i vescovi sono gli ordinari, il papa non è l’ordinario di ogni diocesi. Per la fede cattolica, definita nel Vaticano I, il potere primaziale del Papa di Roma non deriva da un incarico, ma è connesso al suo compito ed è immediato perché non ha bisogno di passare attraverso un intermediario per essere esercitato³⁴.

Ancora circa il primato di giurisdizione pontificio nel *De vi et ratione primatus Romani Pontificis*, n. 3³⁵, si precisa anche che i poteri pontifici sono quelli “previsti nell’uso perpetuo della Chiesa”, uso tradotto dalle dichiarazioni dei concili ecumenici “soprattutto quelli dove l’Oriente si incontra con l’Occidente nell’unione della fede e della carità”.

7. Le implicazioni giuridiche circa la potestà nella Chiesa cattolica.

La dottrina teologica seguita dalla canonistica di curia e la codificazione pio-benedettina, facendo propri i principî del concilio tridentino (sessio-

³³ Anche H. LEGRAND, *Primato e collegialità per la comunione della Chiesa*, in *Il Regno, Attualità*, 12/14, p. 422.

³⁴ H. LEGRAND, *Primato e collegialità* cit., p. 421; W. DEWAN, «*Potestas vere episcopalis*» *au premier concile du Vatican*, in *l’Episcopat* cit., p. 661 s.

³⁵ H. DENZINGER, *Enchiridion symbolorum, definitionum, et declarationum de rebus fidei et morum*, Barcinone, Herder, 1945, n° 3059.

ne XXIII, del 1562) e interpretando in modo ampio il dettato conciliare del Vaticano I (1870), hanno evidenziato solo due uffici ecclesiastici che traggono la loro istituzione dal diritto divino positivo, gli altri che hanno fondamento nel diritto umano³⁶.

Sono di diritto divino: il primato pontificio di cui è investito il vescovo di Roma, con relativa potestà ordinaria propria, e l'episcopato, proprio di ogni altro vescovo a capo di una chiesa locale (diocesi), con relativa potestà ordinaria propria; ogni altro ufficio partecipa di una di queste potestà, potestà che potrà essere ordinaria, ma vicaria.

Per la chiesa cattolica il potere di reggere il popolo di Dio, sia con l'azione di governo che di magistero è attribuito dalla suprema autorità, il Romano pontefice, il quale con la missio canonica o con atti equivalenti conferisce questo potere; di qui la distinzione della potestà d'ordine che viene conferita con l'ordinazione episcopale, dalle potestà di giurisdizione e di magistero che vengono attribuite con la consacrazione episcopale, ma non possono essere esercitate, se non nella comunione gerarchica con il papa di Roma³⁷.

³⁶ Non viene riconosciuta di diritto divino alcuna potestà sopra-episcopale, come invece si sosteneva da alcuno portando come prova il passo della epistola di S. Paolo a Tito, *Tit.*, 1,5; "Per questo ti ho lasciato a Creta perché regolassi ciò che rimane da fare e perché stabilissi presbiteri in ogni città, secondo le istruzioni che ti ho dato".

³⁷ La Nota esplicativa previa alla Costituzione conciliare del Vaticano II *Lumen Gentium*, in calce alla Nota stessa, recita: 2) Si diventa "membro del collegio" in virtù della consacrazione episcopale e mediante la comunione gerarchica col capo del collegio e con le membra. [...] Nella consacrazione è data una "ontologica" partecipazione ai "sacri uffici", come indubbiamente consta dalla tradizione, anche liturgica. Volutamente è usata la parola "uffici" (*munerum*), e non "potestà" (*potestatum*), perché quest'ultima voce potrebbe essere intesa di potestà esercitabile di fatto (*ad actum expedita*). Ma perché si abbia tale potestà esercitabile di fatto, deve intervenire la "determinazione" canonica o "giuridica" (*iuridica determinatio*) da parte dell'autorità gerarchica. E questa determinazione della potestà può consistere nella concessione di un particolare ufficio o nell'assegnazione dei sudditi, ed è concessa secondo le norme approvate dalla suprema autorità. Una siffatta ulteriore norma è richiesta "dalla natura delle cose", trattandosi di uffici, che devono essere esercitati da "più soggetti", che per volontà di Cristo cooperano in modo gerarchico. È evidente che questa "comunione" è stata applicata nella vita della Chiesa secondo le circostanze dei tempi, prima di essere per così dire codificata "nel diritto". Perciò è detto espressamente che è richiesta la comunione "gerarchica" col capo della Chiesa e con le membra. "Comunione" è un concetto tenuto in grande onore nella Chiesa antica (ed anche oggi, specialmente in Oriente). Per essa non si intende un certo vago "sentimento", ma una "realtà organica", che richiede una forma giuridica e che è allo stesso tempo animata dalla carità. La commissione quindi, quasi d'unanime consenso, stabilì che si scrivesse: nella comunione "gerarchica" ».

e nel N.B. si legge: "Senza la comunione gerarchica l'ufficio sacramentale-ontologico, che si deve distinguere dall'aspetto canonico-giuridico, 'non può' essere esercitato.

Il Codice pio benedettino del 1917 applica in pieno questo dato ecclesiale. Siamo dinanzi ad un'ecclesiologia papa-centrica: ogni altra potestà esistente nella Chiesa dovrà essere ricondotta ad una delle due sopra individuate. Così quanti prelati hanno potestà di supervisione e controllo su altri vescovi (i titolari di potestà ultra-diocesana o extra-diocesana) parteciperanno della potestà papale, la loro è una e potestà partecipate, ordinaria vicaria ad istar propria, di quella pontificia; ugualmente tutti i pastori che collaborano con il proprio vescovo (parroci e vicari vari) parteciperanno della potestà episcopale, la loro è una e potestà partecipate, vicaria, di quella episcopale. Ugualmente tutti i superiori religiosi esenti partecipano della potestà papale, la loro è una e potestà partecipata, vicaria, di quella pontificia³⁸.

Il principio era mitigato con riferimento alla potestà dei patriarchi orientali cui veniva riconosciuta una potestà ordinaria propria³⁹, anche se non di diritto divino, ma per antica consuetudine riconosciuta già dal concilio dal citato can. VI di Nicea I⁴⁰.

Il Concilio Vaticano II è stato celebrato quando anche nella concezione laica si è temperato il principio della sovranità dello Stato e della configurazione di ogni potere locale come espressione e delega di quello centrale. Dalla sovranità del principe siamo passati a una sovranità diffusa, dal concetto che il potere deriva dall'autorità suprema si è riconosciuto che ogni potere proviene dai cittadini, non più sudditi.

Il dato temporale ha inciso, anche in questo caso, sull'organizzazione ecclesiastica e ha sminuito le conseguenze dell'ecclesiologia papa-centrica sviluppando la collegialità episcopale; il § 25 della *Lumen Gentium* precisa che "I vescovi reggono le Chiese particolari [...] come vicari e legati di Cristo"; il nuovo codice non fa più riferimento ad una potestà vicaria del papa per i prelati titolari di potestà ultra-diocesana o extra-diocesana.

Il Codice dei canoni delle chiese orientali (del 1990) mantiene il principio dianzi ricordato, così il can. 55 recita: "Secondo l'antichissima tra-

³⁸ G. A. COUSSA, *E praelectionibus in librum secundum codicis iuris canonici* cit., p. 11; S. M. RAGAZZINI, *La potestà nella Chiesa. Quadro storico-giuridico del diritto costituzionale canonico*, Roma, Desclée, 1963, p. 41 – 60.

³⁹ *Ex officio et vi sedis*, cfr. G. A. COUSSA, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, I, Grottaferrata, Typis monasterii exarchici cryptoferratensis, 1948 p. 224.

⁴⁰ Cfr. anche V. PARLATO, *Introduction aux travaux du congrès*, in *Kanon*, XIX, 2006, p. XXIV-XXV. Lì si cita anche il can. II del Concilio Costantinopolitano I (a. 381) dove si ribadiscono gli speciali poteri del vescovo di Alessandria, e quelli diversi del vescovo di Antiochia.

dizione della Chiesa riconosciuta già dai primi Concili Ecumenici, nella Chiesa vige l'istituzione patriarcale"; e il can. 78 precisa: "La potestà che compete al Patriarca, a norma dei canoni e delle legittime consuetudini, sui vescovi e su tutti i fedeli cristiani della Chiesa a cui presiede è ordinaria e propria"⁴¹.

Inalterato rimane, comunque, il potere pontificio in merito alla convocazione, presidenza ed approvazione degli atti di un Concilio ecumenico. Il can. 338, §1 c.i.c. recita: "Spetta unicamente al Romano Pontefice convocare il Concilio Ecumenico, presiedendolo personalmente o mediante altri, come pure trasferire il Concilio stesso, sospenderlo o scioglierlo e approvarne i decreti". Al §2 si legge: "Spetta al Romano Pontefice determinare le questioni da trattare nel Concilio e stabilire l'ordinamento da osservare in esso; i Padri del Concilio, alle questioni proposte dal Romano Pontefice, possono aggiungerne altre, che devono essere approvate dallo stesso Romano Pontefice". Il ruolo del papa è ulteriormente precisato al can. 341, §1 c.i.c. "Non hanno forza obbligatoria se non quei decreti del Concilio Ecumenico che, insieme con i Padri del Concilio, siano stati approvati dal Romano Pontefice, da lui confermati e per suo comando promulgati".

* * *

Caduta di diritto e di fatto la concezione della *Res publica sub Deo* il papato di Roma è riuscito a mantenere e a farsi riconoscere una sovranità, una soggettività internazionale, indipendente dal dominio temporale dello Stato Pontificio e dello Stato Città del Vaticano; ha mantenuto il diritto di legazione attivo e passivo con moltissimi Stati; attraverso concordati o accordi internazionali si è fatto portatore degli interessi e diritti della Chiesa cattolica e dei fedeli cattolici in singoli Stati, nonché tutore di diritti fondamentali dell'uomo in linea con i principî del diritto divino naturale⁴².

⁴¹ G. MORI, D. SALACHAS, *Ordinamenti giuridici delle chiese cattoliche orientali*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 72.

⁴² Vedi da ultimo V. PARLATO, *Per un'interpretazione critica del can. 747, § 2 c.i.c.*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, n. 65,4 (2015), p. 581 s. e 588.

8. Dalla pentarchia al primato costantinopolitano. Il concilio di S. Sofia (879-880). Il Patriarca ecumenico da *protos* della chiesa dell'*oikoumene* bizantina a etnarca dei cristiani nell'Impero ottomano, filetismo e autocefalie di chiese.

Quanto all'Oriente il primato del vescovo di Costantinopoli, legato al ruolo civile della città di cui è il vescovo, è – come ho detto – in linea con il principio dell'adeguamento della gerarchia ecclesiastica alla divisione amministrativa dell'Impero⁴³ e si discosta da quello utilizzato da Roma per giustificare il suo primato. I bizantini ritengono, al contrario, che gli apostoli avessero predicato e fondato chiese locali, nominando i primi vescovi imponendo loro le mani, ma che non siano stati, essi stessi, vescovi; moltissime chiese locali in Oriente erano state fondate dagli apostoli, predicatori itineranti, Andrea istituì molte chiese in Tracia, tra cui quella di Bisanzio, dove costituì vescovo Stachis, nel 38⁴⁴.

Come ho detto prima, il primato pontificio è tema di attualità anche per gli ortodossi, perché essi stessi sentono il problema dell'unità della Chiesa di Cristo e di conseguenza il ruolo del vescovo di Roma.

Ricordo il citato passo del Vangelo di Matteo si legge (Mt., 16,16-19), «Ed io [Gesù] ti dico: Tu sei Pietro e su questa pietra edificherò la mia Chiesa e le porte degli inferi non prevarranno contro di essa. A te darò le chiavi del regno dei cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli».

L'esegesi greco-ortodossa sul punto è leggermente diversa da quella cattolica e fa leva non su Pietro che indica Gesù come Figlio di Dio, ma nella verità che Pietro ha proclamato, su questa verità di fede il Cristo fonda la sua Chiesa e le attribuisce i poteri che nel passo sopra citato sono attribuiti a Pietro, ma subito dopo (Mt., 18,21) dove si legge: «In verità vi dico [riferito ai discepoli]: tutto quello che legherete sopra terra sarà legato anche in cielo e tutto quello che scioglierete sopra la terra sarà sciolto anche in cielo» i poteri sono attribuiti a tutti gli apostoli e a tutti i successori di ogni apostolo⁴⁵, quindi ad ogni vescovo; e si aggiunge da qualcuno (Afanassief⁴⁶

⁴³ J. MEYENDORFF, *Lo scisma* cit., p. 18 s.

⁴⁴ Stachis è ricordato da S. Paolo nella epistola ai Romani, 16,9.

⁴⁵ Il riferimento scritturistico è a Matteo 18,18, dove si legge: «In verità vi dico [riferito ai discepoli]: tutto quello che legherete sopra terra sarà legato anche in cielo e tutto quello che scioglierete sopra la terra sarà sciolto anche in cielo». La Chiesa fin dai primi tempi ha ritenuto che questo potere appartenesse ai vescovi come i rappresentanti delle chiese locali.

⁴⁶ N. AFANASSIEF, *La chiesa che presiede nell'amore*, in *Il primato di Pietro nel pensiero*

e Zizioulas⁴⁷) che non è, semmai il successore di Pietro in Roma che gode una supremazia sugli altri vescovi, ma la Chiesa di Roma che gode di un primato su tutte le altre chiese⁴⁸. Sant'Ignazio di Antiochia scrive intorno al 110 che la Chiesa di Roma presiede alla carità, presiede l'agape; agape può essere inteso come ceto universale della comunità, della chiesa; da altri si è voluto vedere un'espressione metaforica⁴⁹: la chiesa di Roma può essere paragonata al vescovo di Roma presiede alle cene della carità degli antichi cristiani, altri vi ravvisano una presidenza della fratellanza d'amore; più valida l'interpretazione di agape come *communio (ecclesiarum)*⁵⁰.

cristiano contemporaneo, a cura di O. Cullman, Bologna, Il Mulino, 1965, p. 552-553, rileva che: "Nel quadro dell'ecclesiologia eucaristica non esiste un potere di un unico vescovo, perché non esiste un potere basato sul diritto: questo non significa però che l'ecclesiologia eucaristica non accetti l'idea di una direzione unica nella Chiesa; anzi questa idea è conseguente nella dottrina stessa dell'ecclesiologia eucaristica. Per questa dottrina una delle chiese ha la priorità, che si manifesta nella sua maggiore autorità di testimonianza su ciò che avviene nelle altre chiese [...]. Il concetto di primato è infatti il medesimo di quello di priorità, ma viene inteso nel suo aspetto giuridico; si spiega così perché, nel quadro dell'ecclesiologia universale il primato spetta a uno dei vescovi, che sta a capo della Chiesa universale, mentre nel quadro della ecclesiologia eucaristica la priorità appartiene a una delle chiese locali, e solo attraverso questa al suo vescovo".

⁴⁷ Su questa linea si è posto successivamente anche ZIZIOULAS, cfr. A. PORPORA, *Percorsi della teologia ortodossa contemporanea, L'ecclesiologia ecumenica di Ioannis Zizioulas*, in *Oriente Cristiano*, 2007, p. 121 ss. Da ultimo sul tema J. SYTY, *Il primato nell'ecclesiologia ortodossa attuale. Il contributo dell'ecclesiologia eucaristica di Nicola Afanassieff e John Zizioulas*, Roma, Antonianum, 2002.

⁴⁸ Tra alcuni ortodossi è stata accolta con rammarico la soppressione della qualifica del Pontefice come patriarca dell'Occidente; questo titolo viene associato alla dottrina della collaborazione tra patriarchi di uguale dignità, alla pentarchia; F. RJABYCH, *Papa Benedetto XVI e il dialogo* cit., p.7 e V. PARLATO, *Il vescovo di Roma, patriarca d'occidente, Alcune riflessioni*, in *Studi in onore di Giovanni Barberini*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 400 – 418, ora inserito del volume di V. PARLATO, *Cattolicesimo e ortodossia alla prova. Interpretazioni dottrinali e strutture ecclesiali a confronto nella realtà sociale odierna. Saggi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, p. 85 ss.

⁴⁹ G. D'ERCOLE, *Communio – collegialità – primato e sollicitudo omnium ecclesiarum dai Vangeli a Costantino*, Roma, P. U. L., 1964, p. 397.

⁵⁰ L. HERTLING, *Communio, Chiesa e papato nell'antichità cristiana*, Roma, L. Gregoriana, 1961, p. 43. G. FALBO, *Il primato della Chiesa di Roma alla luce dei primi quattro secoli*, Roma, Coletti, 1989, pp. 119-122 scrive: "La Chiesa di Roma presiede all'agape" (Rom. I, 1) scrive Ignazio di Antiochia. Ignazio, vescovo ad Antiochia viene deportato a Roma, intorno all'anno 110 sotto l'imperatore Traiano per divenire vittima dei giochi con le belve feroci. Un' epistola – quella nella quale compare la nostra espressione – è indirizzata ai cristiani di Roma, chiamandola la "Chiesa che presiede all'agape". Nonostante incertezze sul significato preciso dell'espressione – agape come "culto eucaristico", "celebrazione eucaristica" oppure come equivalente a "Chiesa tutta" in quanto tale, a "comunione delle Chiese" – è evidente che un vescovo proveniente da una lontana Chiesa dell'Oriente già riconosce, agli inizi del

Va detto, quindi, che la preminenza di Pietro non esclude però la responsabilità collegiale degli apostoli, né l'azione missionaria, tutta speciale, di San Paolo.

* * *

Il presule bizantino ha il titolo di Arcivescovo di Costantinopoli, Nuova Roma, e Patriarca ecumenico, già il titolo stesso indica due *munera* distinti.

Il primo lo qualifica come arcivescovo metropolita di Costantinopoli, a capo degli antichi esarcati della Tracia, del Ponto e dell'Asia corrispondenti ad altrettante province romane del tempo. Il can. III del concilio di Costantinopoli I, del 381, aveva attribuito al vescovo di Costantinopoli un primato d'onore, "*Verum tamen Constantinopolitanus Episcopus habeat honoris primatum post Romanum Episcopum: propterea quod urbs ipsa sit iunior Roma*". Questo primato d'onore non gli derivava dall'essere una sede fondata da un Apostolo, Andrea, il primo chiamato, fratello di Pietro⁵¹, ma dall'essere la seconda Roma, la nuova sede dell'Imperatore, dotata di un Senato, di un Prefetto urbano e di privilegi finanziari, una città di cui gli abitanti sono giunti, in parte, dall'antica Roma, da ciò il vescovo di questa città deve avere il primato almeno d'onore sulle altre chiese, dopo quello di Roma⁵². Tale primato non intaccava in un primo tempo i poteri esarcali del vescovo esarca di Eraclea⁵³, che poi passarono al vescovo della capitale imperiale⁵⁴.

Il secolo, un primato alla Chiesa di Roma. L'autore, pur sottolineando le diverse sfumature che i diversi studiosi colgono dell'espressione "presiedere nella carità", mostra come essa non possa essere intesa riduttivamente come semplice esemplarità morale a motivo di una maggiore carità, ma vada intesa come vero riconoscimento di una autorità e di una dignità che già viene affermata, immediatamente a ridosso del periodo apostolico.

⁵¹ Andrea, secondo il vangelo di S. Giovanni, non solo è stato chiamato prima di Pietro ma è lui che conduce Simon Pietro al Signore; cfr. J. MEYENDORDOFF, *Lo scisma tra Roma* cit., p. 37; E. MORINI, *Gli ortodossi, L'Oriente dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 48.

⁵² J. MEYENDORDOFF, *Lo scisma* cit., p. 16 s. e 23; V. MONACHINO, *Anno 381: il canone 3° del Concilio Costantinopolitano I*, in *Roma, Costantinopoli, Mosca*, Napoli, SEI, 1983, p. 253-259; D. STIERNON, *La "Nouvelle Rome" et la Siège apostolique*, in *Roma* cit., p. 261-266; F. DVORNIK, *Byzance* cit., p. 53, che riporta la tesi del patriarcato bizantino (VI secolo), secondo cui anche Costantinopoli è una sede petrina, in quanto la sua popolazione è parte di quella dell'antica Roma e quindi della chiesa di Roma, fondata da Pietro.

⁵³ Sono esarchi i vescovi di Cesarea di Cappadocia per l'Asia Proconsolare, di Efeso per il Ponto, di Eraclea per la Tracia. Rinvio all'ampia trattazione del tema a V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 15 s.

⁵⁴ V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 16 e 21; V. MONACHINO, *Anno 381* cit., p. 255; D. STIERNON, *La "Nouvelle Rome"* cit., p. 262; F. DVORNIK, *Byzance* cit., p. 39 e 46.

I canoni XXVIII del concilio di Calcedonia, del 451, e XXXVI del concilio Trullano, del 692, attribuiscono al vescovo di Costantinopoli i poteri ultra-metropolitani sui tre esarcati di Tracia, Asia e Ponto e sono alla base del secondo *munus*, quello di patriarca ecumenico.

Così anche in Oriente, sullo scorcio del primo millennio, assistiamo ad atti sinodali e tesi dottrinali volti a preporre la sede costantinopolitana ad ogni altra, anche patriarcale, ed a realizzare una limitazione di autonomie locali e delle prerogative patriarcali, sia pure in forme meno istituzionalizzate, meno accentratrici, ma comunque idonee a determinare un primato del patriarca bizantino su tutto l'Oriente cristiano.

Il concilio di Costantinopoli dell'879-880, chiamato anche di Santa Sofia, segna, a mio avviso, una tappa di questo processo.

A prima vista la norma si presenta come un patto tra Roma e Costantinopoli con il quale le due chiese si impegnano a considerare soggetti a pene canoniche coloro che i rispettivi patriarchi puniscono; dall'esame più approfondito del canone si nota che la norma precisa quali siano i soggetti puniti dal Papa che saranno considerati come tali anche da Fozio: quelli che siano originari d'Italia, in pratica del patriarcato d'Occidente, anche se risiedano fuori di esso, in territori sottoposti ai patriarcati orientali.

Se la Chiesa di Roma ha usato le categorie dello *ius publicum romanum* per contrapporsi all'ingerenza dell'Imperatore romano-germanico e rivendicare il suo ruolo nella *Res publica sub Deo*; l'ecclesiologia ortodossa, al contrario, respinge l'uso di categorie giuridiche per esprimere la realtà ecclesiale. La Chiesa è una comunione di vita e di amore che riflette il rapporto esistente tra le Persone della Santissima Trinità, pertanto essa non può essere descritta come una società temporale, definita per il rapporto esistente tra autorità e soggetti, ma come manifestazione di una realtà spirituale.

La Chiesa bizantina è la Chiesa dell'*oikoumene* bizantino, l'arcivescovo di Costantinopoli, agli inizi del VII secolo, assume il titolo di patriarca ecumenico per sottolineare la sollicitudo di quella cattedra nella parte orientale dell'Impero⁵⁵, di cui facevano parte altre quattro organizzazioni autocefale (i patriarcati di Alessandria, di Antiochia e di Gerusalemme, cui si aggiungeva l'arcivescovato di Cipro).

Il titolo di 'patriarca ecumenico' non era prerogativa del vescovo di Costantinopoli, ma dei cinque vescovi-primati che costituiscono la pentar-

⁵⁵ In tal senso D. T. STROTMANN, *L'évêque dans la tradition orientale*, in *L'épiscopat* cit., p. 314-315.

chia cui è affidato il supremo governo della Chiesa del Cristo⁵⁶. Essi sono i 'patriarchi dell'*oikoumene*', cioè di tutto il mondo abitato. Oggi il titolo è rimasto solo all'arcivescovo di Costantinopoli (i papi di Roma non hanno voluto usare un titolo che li uguagliava agli altri⁵⁷) i patriarchi di Alessandria, Antiochia e Gerusalemme, hanno riconosciuto la primazia di Costantinopoli su tutte le altre chiese orientali ed hanno lasciato solo ai titolari di quella sede la qualifica di 'patriarca ecumenico' che sancisce, con un nome specifico, un ruolo formalmente primaziale su tutto l'Oriente⁵⁸.

* * *

Con la caduta di Costantinopoli nel 1453 si apre una fase nuova per il patriarcato ecumenico; secondo l'Islam gli infedeli non sono tenuti al diritto islamico, ed in specie i sudditi cristiani dell'impero ottomano godranno di statuti personali e continueranno ad usare il loro diritto, diritto bizantino, nei rapporti di diritto privato e familiare; il patriarca bizantino viene considerato l'etnarca e capo dei cristiani e svolgerà così un ruolo anche civile.

All'inizio dell'età moderna la chiesa bizantina, poi, si considera, ed è considerata, continuatrice di quell' Impero in quanto, come autorità religiosa e civile, 'governava' i sudditi cristiani, titolari di un proprio statuto personale⁵⁹, nell'impero Ottomano⁶⁰. Così per l'ortodossia greca la dignità

⁵⁶ Il concilio di Costantinopoli, dell'869-870, disconosciuto come ho detto sopra dagli ortodossi, ma VIII ecumenico per la Chiesa di Roma, segna l'apice della concezione confederale, pentarchica, della Chiesa; da tutto il contesto si deduce che Dio ha fondato la sua Chiesa sui cinque patriarchi e che se anche quattro di loro dovessero errare, uno di essi rimarrà sempre a custodire il gregge di Cristo; J.D. MANSI, *Conciliorum* cit., XVI, coll. 140-141; J. MEYENDORDOFF, *Lo scisma* cit., p.31; F. DVORNIK, *Byzance* cit., p. 91; V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 176.

⁵⁷ E. MORINI, *Gli ortodossi* cit., p. 49. In senso parzialmente diverso J. MEYENDORDOFF, *Lo scisma* cit., p. 28 s.

⁵⁸ J. MEYENDORDOFF, *Lo scisma* cit., p. 32; F. DVORNIK, *Byzance* cit. p. 70 s. ; V. PARLATO, *La politica di accentramento effettuata dal patriarcato di Costantinopoli e conseguente lesione di autonomia degli altri patriarcati orientali nel IX secolo*, in *Kanon, Jahrbuch der Gesellschaft fuer das recht der ostkirchen*, V, 2, Wien, 1981, poi in V. PARLATO, *Le Chiese d'Oriente tra storia e diritto*, Saggi, Giappichelli, Torino, 2003, p. 11-20.

⁵⁹ Ai cittadini e ai popoli che non hanno abbracciato la fede dei conquistatori, l'Islam, è stato consentito sopravvivere, in una situazione giuridica specifica, sotto un' autorità religiosa cristiana, che, come quella islamica, esercitasse un potere religioso e civile. Il patriarca di Costantinopoli è così a capo del *millet* cristiano ortodosso. Cfr. E. MORINI, *Gli ortodossi* cit., p. 109.

⁶⁰ Sulla funzione storica della gerarchia cristiana nei territori dell'Impero Ottomano,

imperiale bizantina è stata surrogata dalla Chiesa e, per questo, essa ha assunto l'aquila bicipite come suo simbolo araldico.

* * *

Un primo limite alla giurisdizione del patriarca bizantino deriva dalla concessione dell'autocefalia alla Chiesa russa nel 1448; i vescovi russi, anche su pressione dello Zar, dopo aver rifiutato l'Unione con Roma, proclamata nel Concilio di Firenze, elessero Giona/Ionas come metropolita di Kiev, residente a Mosca, senza chiedere autorizzazione o conferma a Costantinopoli. Comincia da quell'anno l'autocefalia de facto della Chiesa russa, confermata poi nel sinodo di Mosca del 1459, accettata, poi, a Costantinopoli, anche come patriarcato nel 1589⁶¹.

La gerarchia ortodossa tenne vivo l'elemento nazionale ed animò e proteste il movimento di insurrezione contro i Turchi partecipando alla lotta per l'indipendenza nazionale, specialmente in Grecia⁶². Questa identificazione tra elemento nazionale e Chiesa ortodossa ha fatto sì che si sia creata, fin dagli inizi del nuovo stato indipendente, una reciproca interferenza tra autorità civile e autorità religiosa con protezione e controllo della prima sulla seconda.

Il desiderio per ogni nazione, che riusciva a liberarsi dal giogo ottomano, di costituire una propria chiesa nazionale, libera da interferenze esterne, è stato il motivo ispiratore e conduttore della creazione delle chiese autocefale, un desiderio che trova, come ho rimarcato, un fondamento dell'ecclesiologia ortodossa che vede le chiese legate ai propri Stati-nazione e che considera l'importanza della sede episcopale religiosa connessa all'importanza civile della città; ogni chiesa è l'espressione della tradizione cultura religiosità di ogni etnia e quindi di ogni stato nazionale indipendente; questa tesi (filetismo) in linea di principio è stata respinta

connessa con l'attribuzione di funzioni giurisdizionali in materia di diritto di famiglia, di cui, ancor oggi esistono poteri residui, cfr. V. PARLATO, *Le chiese d'oriente* cit., p. 152.

⁶¹ Geremia II, patriarca ecumenico, su pressione dello Czar Feodor e di suo cognato e reggente Boris Gudunov, concesse al metropolita di Mosca, Giobbe, nel 1589, il titolo di patriarca di Mosca e di tutta la Russia; su queste vicende della Chiesa russa cfr. *Oriente cattolico, Cenni storici e statistiche*, Città del Vaticano, 1962, p.290 s. e più recente A. CARPIFAVE, *Alessio II patriarca di Mosca e di tutte le Russie*, Milano, Mondadori, 2003, p. 97.

⁶² G. VLACHOS, *Stato e Chiesa in Grecia* cit. 1982, p. 88 s.; V. PARLATO, *Le Chiese d'Oriente* cit., p.139 s.

da Costantinopoli già nel lontano 1872, con implicito riferimento alla rivendicata autocefalia della Chiesa bulgara, ma di fatto, poi, fu accettata anche da Costantinopoli⁶³.

Così abbiamo la Chiesa serba, autonoma nel 1831, auto-proclamata autocefala nel 1879, fu riconosciuta da Costantinopoli nel 1920, anche come patriarcato. Similmente la Chiesa romena, autoproclamatasi autocefala nel 1865, fu riconosciuta come tale dal Patriarcato ecumenico nel 1885, e poi come patriarcato nel 1925⁶⁴; la Chiesa bulgara, autocefala per atto del Sultano nel 1870, fu riconosciuta da Costantinopoli nel 1945, patriarcato, per decisione unilaterale nel 1955, sarà riconosciuto dal Patriarca ecumenico solo nel 1971⁶⁵; la Chiesa greca, autoproclamatasi autocefala nel 1832, fu riconosciuta tale dal Patriarca ecumenico nel 1850⁶⁶; la Chiesa albanese, autoproclamatasi autocefala nel 1922, fu riconosciuta da Costantinopoli nel 1937; la Chiesa dei Territori Cechi e Slovacchi, già parte della chiesa serba, divenne dopo il secondo conflitto mondiale, un esarcato del patriarcato moscovita, la sua autocefalia, concessa dal patriarca di Mosca nel 1951, fu riconosciuta dal patriarcato ecumenico solo nel 1998.

* * *

Al termine delle guerre balcaniche e del primo conflitto mondiale con conseguente frantumazione dell'Impero Ottomano e nascita della Repubblica Turca, laica, il patriarcato si vide ridotto, in modo esponenziale, il numero dei fedeli, sia per l'appartenenza di essi alle nuove chiese autocefale, sia per lo scambio di popolazioni (greci in Grecia e turchi in Turchia). In vero estese la sua autorità su altri fedeli, quelli della diaspora anticomunista russa in Occidente, specie in Francia, e quelli della Finlandia ed Estonia, i cui Paesi, conquistata l'indipendenza dalla Russia sovietica, si misero sotto la sua protezione, sì che si crearono le chiese autonome di Finlandia e di Estonia nell'ambito della giurisdizione patriarcale stessa⁶⁷.

⁶³ E. MORINI, *Gli ortodossi* cit., p. 42.

⁶⁴ Cfr. V. PARLATO, *Le Chiese d'Oriente* cit., p. 65 s.; E. P. TĂVALĂ, *Kirche un Staat in Rumänien*, Sibiu, Lucian Blaga University Press, 2012.

⁶⁵ E. MORINI, *Gli ortodossi* cit., p. 57.

⁶⁶ Dopo la liberazione del Paese dal dominio Turco i vescovi greci non volevano più dipendere da un primate, il patriarca di Costantinopoli, inquadrato nel sistema di governo dell'Impero Ottomano.

⁶⁷ E. MORINI, *Gli ortodossi* cit., p.37-56.

La giustificazione giuridica di questo fu basata sull'interpretazione estensiva del canone XXVIII del Concilio di Calcedonia⁶⁸. Lì invero si affermava, sulla base di una regola generale, che spettava al vescovo primate di ogni diocesi civile ordinare, e quindi controllare la nomina, i vescovi dei territori barbari, al di fuori dell'Impero, vicini alla Tracia, al Ponto e all'Asia⁶⁹. In forza di ciò Costantinopoli rivendicava e rivendica, ed esercitava, ed in parte esercita, una giurisdizione su fedeli e territori esterni a quelli su cui si esercitava la giurisdizione delle singole chiese autocefale nazionali, anche perché tutte queste avevano ricevuto nei secoli precedenti il Tomo di autocefalia proprio dal Patriarcato ecumenico, il quale aveva distaccato popoli e territori dalla sua giurisdizione territoriale precedente, come ho appena detto.

L'avvento dei regimi comunisti nell'Europa orientale ha spinto molti fedeli ortodossi a trasferirsi ovunque; il Patriarcato ecumenico ha provveduto alla loro assistenza spirituale creando gerarchie in molti Stati dell'Occidente, nelle Americhe, in Asia orientale ed in Oceania.

Bartolomeo I, nel discorso di intronizzazione nel 1991 ha ricordato che: "I cristiani ortodossi dei quattro continenti, Africa compresa, che non ricadono nelle giurisdizione delle chiese autocefale, sono sotto la diretta giurisdizione del patriarcato ecumenico [...] le chiese ortodosse d'Europa, America e del resto dell'Asia e dell'Australia, che non sono sotto la giurisdizione delle [...] chiese autocefale, sono governate dal patriarcato ecumenico"⁷⁰.

Dopo la caduta dei regimi comunisti nei Paesi in cui operavano quelle singole chiese autocefale si è avuta una maggiore credibilità delle gerarchie ortodosse degli Stati, non più condizionate da governi sostanzialmente av-

⁶⁸ La giurisdizione del patriarca ecumenico oltre i confini dell'antico patriarcato, limitato alle tre diocesi civili di Tracia, Ponto e Asia, è esercitata in base al can. XXVIII del concilio di Calcedonia e al can. XXXVI del concilio Trullano. Il processo di accentramento operato da Costantinopoli, già dal IX secolo, causato dalla tragica situazione in cui versavano gli altri patriarcati orientali dilaniati da scismi e soggetti alla dominazione araba, ha legittimato l'interpretazione estensiva dei poteri del Patriarca Ecumenico nei territori posti al di fuori dell'Impero bizantino, sia in Oriente che in Occidente, e vista la definitiva rottura della comunione ecclesiastica con la sede di Roma, il diritto-dovere per Costantinopoli di provvedere alla cura spirituale di quanti, seguaci dell'*ortodossia*, abitassero in Occidente. Cfr. V. PARLATO, *Le Chiese d'Oriente* cit., p. 83.

⁶⁹ L'Arcidiocesi delle Parrocchie Ortodosse di Tradizione Russa in Europa Occidentale (con sede a Parigi), esarcato del Patriarcato Ecumenico è uno degli esempi; così anche parrocchie romene, estoni, ed altre si mettevano sotto la tutela della sede Costantinopolitana.

⁷⁰ BARTHOLOMEOS I, *Incontro al mistero*, Magnano, Ed. Qiqajon, 2013, p. 305.

versi; ciò da un lato ha spinto i fedeli di quelle chiese dimoranti in Occidente a considerarsi membri delle loro chiese nazionali e dall'altro quelle stesse chiese hanno potenziato, se non istituito ex novo, un'azione pastorale nei confronti di quei loro fedeli con l'invio di gerarchie proprie.

Tutto ciò, anche per la contestazione dottrinale⁷¹ del primato costantinopolitano in Occidente, ha ristretto l'attività della gerarchia del patriarcato ecumenico nella diaspora a fedeli greci o di chiese che non hanno istituito la loro gerarchia nei singoli Stati.

9. Prerogative e interventi del Patriarca ecumenico, oggi.

Il Patriarcato ecumenico, oggi, è considerato come la più alta autorità spirituale dell'Ortodossia⁷². Il Tomo del Patriarca ecumenico Geremia II che nel 1589 elevava la Chiesa ortodossa Russa a Patriarcato recita: "Il patriarca di Mosca, al pari degli altri patriarchi, ha come capo e principio la sede apostolica di Costantinopoli". Nella sua veste di *primus inter pares* tratta con gli altri vescovi capi di chiese locali su questioni di fede, di morale cristiana; convoca incontri pan-ortodossi a tutti i livelli⁷³ e si qualifica come istituzione a carattere sovranazionale e sovra regionale⁷⁴.

In caso di mancanza di tribunali d'appello nelle chiese autocefale si ricorre al tribunale patriarcale ai sensi dei canoni IX e XVII del Concilio di Calcedonia⁷⁵.

⁷¹ Vedi da ultimo G. GRIGORIȚĂ, *L'Ortodoxie entre autonomie et synodalité, Les prescriptions des saints canons et les réalités ecclésiales actuelles*, inserito del volume di V. PARLATO, *Cattolicesimo e ortodossia alla prova. Interpretazioni dottrinali e strutture ecclesiali a confronto nella realtà sociale odierna. Saggi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, p. 109-163.

⁷² Il Tomo del Patriarca ecumenico Geremia II che nel 1589 elevava la Chiesa ortodossa Russa a Patriarcato recita: "Il patriarca di Mosca, al pari degli altri patriarchi, ha come capo e principio la sede apostolica di Costantinopoli". A. CARPIFAVE, *Alessio II patriarca di Mosca* cit., p. 24. Cfr. anche V. PARLATO, *La politica di accentramento effettuata dal patriarcato di Costantinopoli e conseguente lesione di autonomia degli altri patriarchi orientali nel IX secolo*, in *Kanon*, cit., p. 83 s.

⁷³ Il primato di Costantinopoli, non nel senso del potere, ma nel senso di iniziativa e dell'armonia F. RJABYCH, *Papa Benedetto XVI e il dialogo della chiesa cattolica romana con le chiese ortodosse*, in *O Odigos*, *Rivista del Centro ecumenico "P. Salvatore Manna"*, Bari, 1/2012, p. 6.

⁷⁴ BARTHOLOMEOS I, *Incontro al mistero* cit., p. 305.

⁷⁵ Cfr. ad es. quanto avveniva nella chiesa autocefala di Cipro in T. GIANKOU, *Fundamental of New Charter of Orthodox Church of Cyprus*, in corso di pubblicazione negli atti del

Solo al patriarca ecumenico spetta il diritto di porre sotto la sua esclusiva e diretta dipendenza alcuni monasteri prevalentemente nel monte Athos (athoniti), monasteri stavropedici, attualmente una decina⁷⁶.

In Albania, dopo la caduta del regime comunista (1990), quando la libertà religiosa fu restaurata, erano rimasti solo ventidue preti ortodossi. Per far fronte a tale situazione, il Patriarcato ecumenico nominò il greco Anastasio Yanullatos come esarca, amministratore, della Chiesa ortodossa albanese e nominò altri tre vescovi greci e così si ricostituì il nuovo Sinodo della Chiesa autocefala albanese. Anastasio, poi, fu eletto arcivescovo metropolitano di Tirana e di tutta l'Albania il 24 giugno 1992 e il 2 agosto seguente ebbe luogo la cerimonia di intronizzazione a Tirana⁷⁷.

Il patriarca ecumenico convocherà e presiederà il santo e grande sinodo della Chiesa Ortodossa a Costantinopoli nel 2016; i suoi fratelli primati delle chiese ortodosse autocefale siederanno alla sua destra e alla sua sinistra⁷⁸.

Sempre un vescovo del patriarcato ecumenico presiede le riunioni delle conferenze episcopali inter-ortodosse istituite nei singoli Stati della diaspora, in sua assenza il vescovo del patriarcato di Alessandria e gli altri secondo l'ordine dei Dittici⁷⁹.

XXI Congresso della Società del diritto delle Chiese Orientali *Leggi particolari e questioni attuali nelle Chiese*, Bari, 10-13 Settembre 2013. Sui canoni indicati cfr. V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale* cit., p. 18.

⁷⁶ Stavropedici in quanto esenti dalla giurisdizione del vescovo locale e direttamente dipendenti dal patriarca; stavro-pedici dai termini *stavros* (croce) *pighnimi* (infiggo), croce infissa nelle fondamenta del monastero, o dietro l'altare, dal patriarca o da un suo rappresentante.

⁷⁷ Oggi, nella chiesa ortodossa l'esarca è un alto prelato incaricato da un patriarca di reggere i fedeli del patriarcato nella diaspora. Il patriarca di Costantinopoli, constatata l'assenza di vescovi nella chiesa autocefala d'Albania, intervenne a sanare la situazione creatasi, nominando nel 1991 un cittadino greco, consacrato vescovo titolare di Androusa.

⁷⁸ *Messaggio della sinassi dei primati delle Chiese ortodosse (Fanar-Costantinopoli 6-9 marzo 2014)*, in *O Odigos* cit., 1/14, p. 31.

⁷⁹ La quarta conferenza pan-ortodossa, tenuta a Chambésy (Ginevra) nel giugno 2009, in attesa dell'auspicata istituzione di una sola chiesa e un solo vescovo per ogni territorio, ha previsto un coordinamento a carattere pastorale tra i vescovi operanti nei territori della diaspora, costituendo un'Assemblea Episcopale inter-ecclesiale per ciascuno dei territori 'occidentali': America del Nord e del Centro; America del Sud; Australia, Nuova Zelanda ed Oceania; Gran Bretagna e Irlanda; Francia e Belgio; Paesi Bassi e Lussemburgo; Austria; Italia e Malta; Svizzera e Liechtenstein; Germania; Paesi Scandinavi; Spagna e Portogallo. È interessante rilevare, però, che ogni Assemblea sarà presieduta *ex officio* "dal più anziano dei vescovi che dipendono dal Patriarcato Ecumenico e, in sua assenza, da colui che segue nell'ordine dei Dittici" cioè dal più anziano dei vescovi che dipendono dal Patriarcato di

10. La potestà nella Chiesa ortodossa. Ecclesiologia conciliare, potere sinodale.

L'identificazione della missione dei Dodici con quella che Cristo ricevette dal Padre dimostra a sufficienza la pienezza della potestà conferita al ceto sacerdotale. Se l'azione pastorale si realizza attraverso una localizzazione del loro impegno missionario e la cura pastorale di una porzione geografica del territorio, questo non significa e non può significare il venir meno della loro responsabilità collegiale nei confronti della chiesa universale.

Le chiese ortodosse considerano come autorità suprema nella Chiesa universale il concilio ecumenico, così come è qualificato negli atti del II Concilio di Nicea del 787; i criteri per l'ecumenicità sono: collaborazione del papa di Roma, consenso dei patriarchi di Costantinopoli, Alessandria, Antiochia e Gerusalemme, la materia trattata deve riguardare i dogmi di fede, possono essere aggiunti canoni disciplinari; le definizioni dommatiche debbono essere coerenti con la dottrina precedente, i deliberati debbono essere ricevuti dalla conoscenza del pleroma ecclesiale, occorre, in sostanza, il consenso non solo dei vescovi presenti, ma la successiva accettazione scritta anche dalla quasi totalità dei vescovi assenti⁸⁰.

* * *

Nella realtà ortodossa si preferisce non definire con formule precise ogni principio fideistico, la fede è quella definita nei sette concili ecumenici del primo millennio; il principio dell' *economia* – un' *habilitas* ecclesiastica a derogare in concreto i canoni quando lo richiedano le mutate realtà dei tempi in funzione della salvezza delle anime – permette un'applicazione della morale e del diritto che tenga presente la debolezza dell'essere umano.

Anche nell'ecclesiologia ortodossa vi è una distinzione tra clero e laicato, distinzione non di funzioni, ma di status⁸¹.

Alessandria, poi di Antiochia, ecc. (art. 4.2. del Regolamento), anche i vicepresidenti saranno i vescovi più anziani delle "chiese che seguono immediatamente nell'ordine dei dittici" (art. 4.3. del Regolamento). Il riconoscimento del ruolo di Costantinopoli e degli altri antichi patriarchati è evidente.

⁸⁰ G. A. COUSSA, *Epitome* cit., p. 65.

⁸¹ Le fonti neotestamentarie sono chiarissime sia sull' istituzione dei Dodici sia sulla

Per la Chiesa ortodossa i concetti di potestà d'ordine, di potestà di giurisdizione e di potestà di magistero, in relazione ai *munera santificandi, regendi e docendi* conferiti al vescovo tramite la sacra ordinazione, così come considerati dalla chiesa cattolica, non corrispondono alla concezione ortodossa e orientale.

In sostanza non si conosce una distinzione nella potestà episcopale (ordine, giurisdizione e magistero) giacché l'ordinazione *in sacris* a capo di una chiesa locale conferisce in pieno l'ufficio episcopale; al superiore (sia esso patriarca, arcivescovo, metropolita) spetta il controllo preventivo dell'idoneità del consacrando, come spetta altresì controllare che mantenga il *vinculum communionis* (unità di fede, di culto e di disciplina) con la chiesa autocefala o autonoma di appartenenza, non è sua competenza il conferimento dell'ufficio e le potestà giuridiche relative.

Il venir meno del *vinculum communionis* porrà il soggetto e i suoi eventuali fedeli fuori della comunione ortodossa, come sono oggi le chiese scismatiche di Macedonia e di Ucraina, proprio in Ucraina il metropolita Filarete, promotore dello scisma e postosi a capo della Chiesa ortodossa Patriarcato di Kiev è stato ridotto allo stato laicale e scomunicato dalla Chiesa ortodossa ucraina autonoma nell'ambito del patriarcato moscovita⁸².

* * *

loro funzione nella chiesa nascente. Si legge infatti in: *Mt.*,10,1; '*Chiamati a sé i dodici discepoli, diede loro il potere di scacciare gli spiriti immondi e di guarire ogni sorta di malattie e di infermità* e in *Mt.*,18,18. "*In verità vi dico: [ai ministri della Chiesa ai quali si indirizza questo discorso] tutto quello che legherete sopra la terra sarà legato anche in cielo e tutto quello che scioglierete sopra la terra sarà sciolto anche in cielo*". Le affermazioni di Matteo sulla costituzione dei dodici apostoli trovano sostanziale conferma in Marco e Luca. Si tratta di un gruppo specifico unito al Cristo, in cui nessuno, all'inizio, appare in una situazione preferenziale rispetto agli altri. Negli Atti si legge: *At.*,15,2 e 4, '*Poiché Paolo e Barnaba si opponevano risolutamente e discutevano animatamente contro costoro, fu stabilito che Paolo e Barnaba e alcuni altri di loro andassero a Gerusalemme dagli apostoli e dagli anziani per tale questione [Controversia di Antiochia][...] Giunti poi a Gerusalemme, furono ricevuti dalla Chiesa, dagli apostoli, e dagli anziani e riferirono tutto ciò che Dio aveva compiuto per mezzo loro*' e *At.*,16,4, '*Percorrendo la città, trasmettevano loro le decisioni prese dagli apostoli e dagli anziani di Gerusalemme, perché le osservassero*'.

⁸² G. GRIGORIȚĂ, *L'Orhtodoxie* cit., p. 160.

11. La collegialità nelle singole chiese ortodosse.

Questo modo di essere della chiesa ha fondamento nel citato can. XXXIV dei Canoni Apostolici. Esso è fondamentale per la comprensione dell'istituzione patriarcale e sinodale nelle Chiese d'Oriente, ne ricordo il contenuto: bisogna che i vescovi di ciascuna nazione [*ethnos*] sappiano chi è il primo [*protos*] tra di loro e lo considerino come il loro capo e non facciano alcunché di importante senza il suo parere, e ciascuno operi solo in merito a cose riguardanti la propria eparchia/diocesi e i territori che ne dipendono; ma neppure quello [il primo o capo] faccia qualcosa, senza il parere di tutti: così ci sarà concordia e sarà glorificato Dio, il Padre, il Figlio e lo Spirito Santo.

Il Canone XXXIV è il più antico che abbiamo sull'azione conciliare, e si riferisce ai vescovi di ogni nazione. Per "nazione" [*ethnos*] s'intende una regione, oppure, secondo alcune interpretazioni, una vasta area geografica, con le sue caratteristiche etniche e culturali che il cristianesimo, nel suo progressivo estendersi, ha sempre inteso rispettare⁸³. Esso coniuga due principi. Il primo è che in ogni regione ci deve essere un solo *protos*, o capo, il secondo è che il *protos* non può agire senza gli altri (istituzione di sinodalità).

Non esiste nessun ministero che non sia espresso sotto forma di comunione. La concezione orientale della Chiesa richiede un'istituzione che esprima l'unicità della Chiesa, e non solo la sua molteplicità. Ma la molteplicità non può essere assorbita dalla primazia del *protos*. Il ministero insostituibile del *protos* non può sostituire il ministero degli altri pastori delle Chiese locali.

Così, ancor oggi la Chiesa ortodossa dà ampio spazio al principio di collegialità che si concretizza nel principio di partecipazione e corresponsabilità al governo ecclesiastico ed all'azione pastorale.

A capo di ogni chiesa autocefala o autonoma sta un sinodo composto da tutti i vescovi residenziali, Santo Sinodo, accanto a questo esiste anche un piccolo sinodo – Sinodo permanente – cui partecipa un ristretto numero di prelati in rappresentanza dell'episcopato di quella chiesa; esso esercita il potere esecutivo e tratta affari ordinari.

In ogni singola diocesi esistono organismi collegiali, uno di soli chierici

⁸³ Questo Canone è ben noto in Occidente citato nel Decreto di Graziano, C. 9, q. 3, c. 5.

con funzione di tribunale, uno misto con competenze economiche, consigli di questo tipo esistono anche in ogni parrocchia.

Elettorato attivo e passivo dei sinodi, loro tipologia e competenze, sono rimesse al diritto proprio di ciascuna chiesa autocefala o anche autonoma, secondo il grado di autonomia riconosciuta.

12. Considerazioni conclusive. Attività diplomatica odierna delle due Rome; la speciale *συναλληλία* tra governo russo e patriarcato di Mosca, la terza Roma.

Anche qui il ruolo dei 'principi secondari'. L'aver la chiesa di Roma, basato il suo primato sul dato scritturistico piuttosto che sulla realtà contingente storico-politica del IV – V secolo, le ha permesso di mantenere quelle sue prerogative indipendentemente dall'evolversi degli avvenimenti, anzi le ha consentito di controllarli, se non di guidarli come nel caso della *translatio imperii*⁸⁴ dai Bizantini ai Franchi; la sede romana, rimasta dentro un mondo cristiano, ne ha saputo plasmare la filosofia, la politica, la normativa, l'arte.

Alessandria, Antiochia, Gerusalemme e sopra tutte Costantinopoli, che hanno basato la loro primazia sul dato storico politico contingente, sono state travolte dai mutamenti politici; le prime tre cadute sotto dominazione islamica già verso la metà del settimo secolo hanno perso il loro ruolo; il patriarcato di Costantinopoli – dapprima legato alle fortune imperiali, si è visto alla metà del XV secolo soggetto ad un potere autoritario non cristiano, islamico, che, seppure le ha riconosciuto un ruolo civile, come istituzione rappresentativa dei sudditi cristiani – non ha potuto svolgere ruolo alcuno nella politica di quell'Impero.

Proprio perché istituzione dell'impero islamico ha perso in parte dei fedeli al momento in cui questi divenivano cittadini di Stati che si erano affrancati dalla dominazione turca.

Solo la forte personalità carismatica di due patriarchi contemporanei, Atenagora I e Bartolomeo I, grazie anche al movimento storico-teologico precedente e concomitante al concilio Vaticano II e alle mutate realtà politiche internazionali, ha permesso ad essi di presentarsi come esponenti

⁸⁴ P. BELLINI, *Saggi di storia dell'esperienza canonistica*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 98-99.

del cristianesimo orientale, per quanto attiene la teologia, la spiritualità, e i valori della loro tradizione e cultura⁸⁵.

Va dato atto alla Santa Sede del coinvolgimento crescente del Patriarcato ecumenico nell'attività di promozione della pace da essa svolta; e proprio come attuazione della possibile azione di pace va visto l'incontro di papa Francesco con i presidenti di Israele e dell'ANP nei giardini della Città del Vaticano, l' 8 giugno 2014; è stato evidente il coinvolgimento nell'azione diplomatica della Santa Sede, azione sotto forma di preghiere a Dio, al Dio di ognuna delle tre religioni⁸⁶, anche da parte del Patriarca ecumenico (e in modo minore del Patriarca di Gerusalemme), prelati di primissimo piano dell'Ortodossia.

* * *

Diversa è la condizione del patriarcato di Mosca, la terza Roma, dapprima espressione della politica zarista, poi limitato e controllato nelle sue attività da un regime ateo e laicista, oggi è riconosciuto come elemento fondante della nuova Russia; esso interagisce con le autorità governative sia in campo nazionale che internazionale. La chiesa russa ha oggi il maggior numero di fedeli ortodossi, comprende più chiese autonome, con differenti gradi di autonomia.

Per la sua visione legata all'ortodossia tradizionale è la meno sensibile ai temi dell'ecumenismo ed al dialogo inter-ecclesiale.

Come la gerarchia ortodossa, nei secoli passati, ha salvaguardato l'identità culturale delle differenti popolazioni in Russia e nella penisola balcanica sotto la dominazione mongola ed ottomana, ed ha tutelato i valori etnico-cristiani sotto i regimi comunisti, attraverso una rivalutazione della chiesa come chiesa nazionale⁸⁷, chiesa di ogni singolo popolo, così oggi essa si pone come baluardo contro l'appiattimento delle identità nazionali funzionale alla globalizzazione culturale.

Anche su pressioni del patriarcato moscovita la Legge fondamentale della Federazione Russa del 1° ottobre 1997 riconosce lo "speciale contri-

⁸⁵ Sugli incontri di Bartolomeo I con istituzioni e personalità di molti Stati e Organizzazioni internazionali cfr. BARTHOLOMEOS I, *Incontro al mistero* cit., p. 299 s.

⁸⁶ Non dimentichiamoci che il Dio dei Cristiani racchiude il mistero della SS.ma Trinità.

⁸⁷ Cfr. S. FERRARI, *La libertà religiosa nell'età della globalizzazione e del postmoderno, La questione del proselitismo*, in *Coscienza e libertà*, n. 35, 2001, p. 14-15.

buto dell'ortodossia alla storia della Russia, alla formazione e allo sviluppo della spiritualità e della cultura russa" ⁸⁸.

La Chiesa ortodossa russa, in linea con il potere politico, pone un limite al valore e all'inderogabilità dei diritti fondamentali dell'uomo; sostenendo che «les droits de l'individu ne peuvent être mis en opposition avec les valeurs et les intérêts de la patrie, de la communauté, de la famille», e precisa: «Autrement dit, la personne humaine, inscrite dans la tradition et dans la communauté – la famille, la paroisse, la patrie – représente pour l'Église russe un idéal à promouvoir en Europe et dans le monde entier» ⁸⁹.

L'interesse accordato alle vicissitudini delle Chiese mediorientali rappresenta un orientamento costante dell'Ortodossia russa. E il suo revival attuale, con i martellanti richiami dei leader ortodossi russi alla necessità di proteggere i cristiani dei Paesi arabi, si muove in perfetta sinergia con l'agenda mediorientale della Russia del presidente Putin che rivendica nel suo disegno geo-politico anche il ruolo – già degli Zar – di protettore dei cristiani d'Oriente ⁹⁰.

Al Summit internazionale tenutosi a Bari il 29 e 30 aprile 2015, organizzato dalla comunità di S. Egidio l'Ambasciatore russo presso la Santa Sede ha ricordato la Dichiarazione in difesa dei diritti dei cristiani in Medio Oriente nel marzo del 2015 che è stata elaborata su iniziativa del Vaticano, della Russia e del Libano, e appoggiata da più di sessanta Paesi ⁹¹.

⁸⁸ C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico, Tradizione europea e legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 97.

⁸⁹ E. ASTAFIEVA, *La géopolitique du religieux ou la géopolitique par le religieux: le cas russe*, in *Diplomatie*, n° 66, Paris, Arcion, 2014, p. 54. Come non ricordare la prima epistola di S. Pietro (2,13-18) dove si impone di rispettare l'ordine costituito e perfino agli schiavi di obbedire ai loro padroni anche se malvagi (*parere dominis etiam discolis*).

⁹⁰ Rinvio a V. PARLATO, *Il dialogo con l'Ortodossia e la comune presa di posizione sui conflitti odierni. (Nota alla Dichiarazione comune di Francesco e Bartolomeo I del 30 novembre 2014, al Fanar.)*, in *Stato chiese e pluralismo confessionale*, n. 3, 2015, nota 34. Nel luglio 2013, i Primate e i rappresentanti delle Chiese del Medio Oriente presenti a Mosca per il mille-venticinquantesimo anniversario del battesimo della Rus' sono stati ricevuti dallo stesso Putin. A livello ecclesiale, il Patriarcato di Mosca ha rinsaldato i rapporti con le Chiese ortodosse del Medio Oriente anche con cospicue risorse economiche per soccorrere il popolo travolto dal conflitto.

⁹¹ Cfr. F. MARINO, *Christians in the Middle East: what Future*, in *O Odigos* cit., 2/2015, p. 28.

PAOLO PASCUCCI*

I tirocini negli Uffici giudiziari di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013. Il progetto marchigiano e il ruolo delle Università

ABSTRACT

- ✓ Questo scritto costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato in occasione del Convegno su "Ufficio per il processo, Tirocini formativi e buone prassi. Il modello marchigiano", organizzato da Regione Marche, Corte di Appello delle Marche, Tar Marche, Università di Urbino Carlo Bo, Università di Macerata, Università di Camerino, Università Politecnica delle Marche, e svoltosi ad Urbino presso il Palazzo Ducale il 18 dicembre 2015. L'intervento è stato presentato a nome dei Dipartimenti di Giurisprudenza di Urbino e di Macerata, della Scuola di Giurisprudenza di Camerino e del Dipartimento di Management di Ancona, quali parti integranti del progetto presentato in occasione del Convegno.
- ✓ This paper is an elaboration and reworking of the speech presented at the Conference on "Ufficio per il processo, Tirocini formative e buone prassi. Il modello marchigiano", organized by the Marche Region, the Court of Appeals of the Marche Region, the Regional Administrative Court of the Marche Region, the Universities of Urbino, Macerata and Camerino, the Marche Polytechnic University, and held at the Palazzo Ducale in Urbino, December 18, 2015. The speech has been presented on behalf of the Law Departments of Urbino and Macerata, the Law School of Camerino and the Department of Management of Ancona, as parts of the project presented at the same Conference.

* È professore ordinario di Diritto del lavoro (ssd IUS/07) e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGIUR) dell'Università di Urbino.

PAOLO PASCUCCI

*I TIROCINI NEGLI UFFICI GIUDIZIARI DI CUI
ALL'ART. 73 DEL D.L. N. 69/2013.
IL PROGETTO MARCHIGIANO E IL RUOLO
DELLE UNIVERSITÀ*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I tirocini negli Uffici giudiziari: la mancanza di una convenzione presupposta. – 3. *segue*: ulteriori elementi di specialità. – 4. La mancanza di un promotore. – 5. Quale ruolo per le Università? – 6. I docenti coinvolti nella ricerca. – 7. Ulteriori prospettive di indagine. – 8. Conclusione.

1. Premessa

Come è noto, l'art. 73 del d.l. n. 69/2013, convertito con modificazioni nella legge 98/2013, rubricato «Formazione presso gli uffici giudiziari», ha previsto l'introduzione di un particolare percorso formativo per i migliori laureati in giurisprudenza – un tirocinio di 18 mesi presso gli Uffici giudiziari in affiancamento ad un magistrato formatore¹ – che, valorizzando sul campo la formazione del giovane, può anche fornire supporto al giudice nell'ambito del cosiddetto “Ufficio per il processo”.

Con riferimento a tali tirocini, il 20 luglio 2015 è stata sottoscritta una convenzione quadro tra la Regione Marche, la Corte di appello delle Marche anche in rappresentanza di tutti gli Uffici giudiziari delle Marche, il Tar Marche, l'Università di Urbino Carlo Bo, l'Università di Macerata, l'Università di Camerino e l'Università Politecnica delle Marche. Con tale convenzione, la Regione si impegna a sostenere economicamente i suddetti tirocini mediante borse di studio, così favorendo un'iniziativa che può avere valide ricadute sia sul piano della formazione professionale dei giovani laureati in giurisprudenza sia sul migliore funzionamento del servizio pubblico della giustizia, arrecando evidenti vantaggi ai cittadini ed al sistema socio-economico territoriale regionale.

¹ Cfr. P. PASCUCCI *Tirocini*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2014, p. 356 ss.

La convenzione prevede inoltre un'attività di studio e di monitoraggio da parte dei quattro Atenei marchigiani, coordinati da quello urbinato, sullo svolgimento dei suddetti tirocini al fine di analizzare in una prospettiva interdisciplinare l'impatto e le conseguenze della citata previsione normativa.

2. I tirocini negli Uffici giudiziari: la mancanza di una convenzione presupposta

Per comprendere appieno il motivo del coinvolgimento delle Università marchigiane nel progetto occorre premettere alcune considerazioni sul modo in cui sono concepiti i tirocini di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013.

Tali tirocini prevedono un contatto diretto tra l'aspirante tirocinante e l'Ufficio giudiziario. Come è stato opportunamente sottolineato², l'art. 73 del d.l. n. 69/2013 non richiede – come avviene nel caso dei tirocini speciali (anch'essi connessi agli Uffici giudiziari) di cui all'art. 37, comma 4, del d.l. n. 98/2011, convertito in l. n. 111/2011, o, ancora, nell'ipotesi più generale dei tirocini formativi e di orientamento di cui all'art. 18 della l. n. 196/1997 e di cui all'accordo Stato-Regioni del 24 gennaio 2013 – una convenzione a monte ed a base dell'esperienza formativa, sottoscritta tra il soggetto promotore della stessa (ad esempio, l'Università) ed il soggetto ospitante (l'amministrazione in cui si svolge il tirocinio). L'assenza di una convenzione presupposta al tirocinio differenzia sensibilmente il tirocinio di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013 dai vari tirocini formativi previsti nell'ordinamento e, da ultimo, da tutti quelli che, sulla base dell'art. 1, comma 34, della l. n. 92/2012, sono oggi disciplinati dalle norme regionali emanate alla luce delle Linee guida contenute nell'Accordo Stato-Regioni del 24 gennaio 2013³.

Pur con tutte le debite specificità ed almeno per quanto attiene alla mancanza di una convenzione presupposta, il tirocinio di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013 tende così ad avvicinarsi più ad un modello di tirocinio o praticantato professionalizzante di cui si rivengono tracce nei percorsi che emergono negli ordinamenti di varie libere professioni (si pensi agli avvocati, ai consulenti del lavoro, ai commercialisti ecc.), nei quali l'esperienza

² Risoluzione del Consiglio superiore della magistratura del 29 aprile 2014.

³ S. VERGARI, *Linee guida sui tirocini e prospettive di riforma regionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, p. 443 ss.

sorge sulla base di un contatto e di un rapporto diretto tra tirocinante e soggetto ospitante/formatore.

Eppure il legislatore del 2013, nella rubrica dell'art. 73, ha usato la stessa espressione «tirocinio formativo» che tradizionalmente denomina le esperienze di formazione in situazione (*on the job*), effettuate sulla base di una convenzione e, soprattutto, non ha esitato nel testo della norma ad utilizzare ripetutamente (per ben 21 volte) il vocabolo di origine francese con cui abitualmente ci si riferisce a tali esperienze: *stage*⁴.

D'altro canto, nessuno può mettere in dubbio che il tirocinio/*stage* di cui si sta parlando possa essere considerato un'esperienza precipuamente formativa, come traspare a chiare lettere sia dalla complessiva *ratio* dello stesso art. 73, sia dai suoi elementi testuali: dalla rubrica della norma, nella quale si evoca la «Formazione presso gli uffici giudiziari», al suo testo in cui emergono sovente sia la parola «formazione» sia l'espressione «periodo di formazione teorico-pratica».

3. segue: ulteriori elementi di specialità

Se si scende in un'analisi più di dettaglio, si possono cogliere ulteriori elementi che indicano la spiccata specialità del tirocinio in questione.

Si pensi alle previsioni dell'art. 73 nelle quali la finalità formativa del tirocinio si esplica anche tramite la sua funzione ausiliaria rispetto alle attività dell'ufficio, come quando si stabilisce che «gli ammessi assistono e coadiuvano il magistrato nel compimento delle ordinarie attività»⁵, o là dove si evoca la garanzia della «continuità dell'attività di assistenza e ausilio»⁶.

Oppure si pensi alle previsioni da cui traspare come la stessa finalità formativa del tirocinio, lungi dal limitarsi ad una generica ed indistinta verifica sul campo delle conoscenze del laureato, risulta intimamente connessa allo specifico contesto amministrativo e funzionale nel quale lo stesso tirocinio si svolge, proiettandosi idealmente verso la costruzione di una figura destinata ad operare in tale contesto. In tal senso depongono:

- la previsione dell'ammissione dei tirocinanti ai corsi di formazione

⁴ PASCUCCI, *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁵ Art. 73, comma 4, secondo periodo.

⁶ Art. 73, comma 4, secondo periodo.

decentrata organizzati per i magistrati dell'ufficio ed ai corsi di formazione decentrata loro specificamente dedicati e organizzati con cadenza almeno semestrale secondo programmi indicati per la formazione decentrata da parte della Scuola superiore della magistratura⁷;

– il fatto che il tirocinio può essere compatibile con altre attività (compreso il dottorato di ricerca, il tirocinio per l'accesso alla professione di avvocato o di notaio e la frequenza dei corsi delle Scuole di specializzazione per le professioni legali) purché garantisca il conseguimento di un'adeguata formazione⁸;

– la previsione secondo cui l'esito positivo dello *stage* costituisce titolo per l'accesso al concorso per magistrato ordinario⁹, titolo di preferenza a parità di merito nei concorsi indetti dall'Amministrazione della giustizia, dall'Amministrazione della giustizia amministrativa e dall'Avvocatura dello Stato¹⁰, titolo di preferenza per la nomina a giudice onorario di tribunale e a vice procuratore onorario¹¹;

– il fatto che l'esito positivo dello *stage* presso gli uffici della Giustizia amministrativa è equiparato a tutti gli effetti a quello svolto presso gli uffici della Giustizia ordinaria¹².

Se a tutto ciò si aggiunge il fatto che i tirocini in questione non sono appannaggio di tutti i laureati in giurisprudenza, bensì soltanto di coloro che abbiano conseguito rimarchevoli risultati di profitto nel corso di studio¹³, non è difficile cogliere lo scopo più intimo della disposizione in esame.

Il legislatore mira a gettare le basi per far sì che, mediante uno strumento modellato in parte sulla falsariga delle esperienze di formazione *on the job*, prenda corpo una classe di giovani laureati adeguatamente preparati i quali, al di là delle loro specifiche e più varie aspirazioni professionali, pos-

⁷ Art. 73, comma 5, secondo periodo.

⁸ Art. 73, comma 10.

⁹ Art. 73, comma 11-*bis*.

¹⁰ Art. 73, comma 14.

¹¹ Art. 73, comma 15.

¹² Art. 73, comma 19.

¹³ L'art. 73 si riferisce ai laureati in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'art. 42-*ter*, comma 2, lett. g, del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di età.

sano legittimamente ambire anche a rappresentare una risorsa per la futura organizzazione della giustizia.

A ben guardare, si tratta di qualcosa che va al di là non solo – come è ovvio – delle consuete esperienze formative e di orientamento che si realizzano mediante i tirocini (curricolari o meno) degli studenti di giurisprudenza negli Uffici giudiziari, ma anche delle esperienze di formazione professionale previste dal menzionato art. 37, comma 4, del d.l. n. 98/2011, le quali, pur destinate ai laureati “più meritevoli”, non appaiono così esplicitamente finalizzate a quella specifica formazione che emerge invece nell’art. 73 del d.l. n. 69/2013.

4. La mancanza di un promotore

Per la verità, si potrebbe dubitare che la netta specialità del tirocinio di cui all’art. 73 del d.l. n. 69/2013 giustifichi pienamente il fatto che, diversamente dai vari tirocini che emergono nell’ordinamento, nel caso di specie non sia prevista una convenzione a monte né compaia un soggetto promotore del tirocinio stesso: vale a dire quel soggetto che è normalmente portatore di un interesse – qualificabile in termini di interesse pubblico generale – alla realizzazione del tirocinio quale strumento di valorizzazione del percorso dei soggetti che sta formando o di cui si occupa (si pensi agli Istituti scolastici ed universitari per i propri studenti o ai Centri per l’impiego per i soggetti in cerca di occupazione)¹⁴.

Ad onta di ciò che troppo spesso accade, in cui il suo ruolo è interpretato in chiave essenzialmente burocratica, il promotore è invece il vero centro propulsore ed il garante del tirocinio; è colui che non solo concorda con il soggetto ospitante le modalità di effettuazione del tirocinio nella convenzione; è anche e soprattutto colui che progetta il percorso del tirocinio (progetto formativo e di orientamento) e ne monitora l’andamento e gli esiti fino a certificarne il risultato.

Orbene, data l’importanza di questa figura, se il legislatore del 2013 non ha previsto un soggetto promotore per i tirocini negli Uffici giudiziari ciò pare doversi essenzialmente ascrivere non solo al peculiare contesto nel quale essi si svolgono ed alle particolari finalità formative che essi perseguono, ma forse anche ad alcune difficoltà registrate in passato nel raccordo

¹⁴ PASCUCCI, *Stage e lavoro*, cit., *passim*.

con i soggetti promotori delle convenzioni di cui all'art. 37, comma 4, del d.l. n. 98/2011.

Non a caso, del resto, molti dei compiti che, nelle altre ipotesi di tirocini, normalmente incombono sui promotori, nell'art. 73 del d.l. n. 69/2013 sono invece stati ricondotti in capo al magistrato che affianca il tirocinante. Un'ulteriore conferma della spiccata specialità della disciplina della materia e della volontà di preservare tale specialità.

5. Quale ruolo per le Università?

Sebbene per la legittima realizzazione degli speciali tirocini di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013 la legge non abbia previsto né un promotore né una convenzione, le Università hanno comunque un interesse (anch'esso qualificabile come generale) a che i propri migliori laureati in giurisprudenza possano irrobustire, affinare e qualificare le conoscenze acquisite nel corso di studio, mediante la specifica formazione teorico-pratica insita nei tirocini in questione, traducendole in specifiche competenze tali da rafforzare la loro occupabilità.

Tale interesse traspare a chiare lettere nelle stesse premesse della convenzione del 20 luglio 2015 precedentemente citata. È quindi evidente che le Università marchigiane, quali parti della convenzione, pur non assumendo alcun ruolo formale di soggetti promotori dei tirocini – che nel caso di specie non è previsto –, possono tuttavia svolgere innanzitutto nella sostanza un compito propulsivo sollecitando i loro migliori laureati ad accedere ai tirocini.

Nelle premesse della stessa convenzione si sottolinea inoltre l'interesse degli Atenei marchigiani sia a verificare gli esiti e gli sviluppi dei percorsi dei propri laureati, sia ad analizzare, mediante un'attività di osservazione, monitoraggio e studio, le modalità di svolgimento dei predetti tirocini, i quali, per il particolare rilievo che assumono anche alla luce delle previsioni della convenzione, rappresentano un originale ed innovativo oggetto di indagine scientifica.

Affinché le quattro Università possano adeguatamente svolgere le predette attività di ricerca sulle modalità di svolgimento dei tirocini, gli Uffici giudiziari si impegnano a fornire alle stesse i dati necessari per la realizzazione dell'attività di ricerca, con espressa salvaguardia dell'anonimato delle parti del processo, del giudicante e del tirocinante, nel pieno rispetto dei principi di autonomia ed indipendenza della magistratura

nonché in totale ossequio alla normativa ed alle circolari in materia di riservatezza dei dati.

I risultati delle indagini che, grazie soprattutto alla somministrazione di questionari, saranno condotte dagli Atenei marchigiani sulla scorta di tali previsioni, consentiranno di acquisire innanzitutto, anche in una apprezzabile prospettiva di trasparenza, elementi utili sulla realizzazione dei tirocini, evidenziandone i lati positivi ed eventuali criticità, e permetteranno agli stessi capi degli Uffici giudiziari ed ai magistrati formatori di verificare la necessità di eventuali correttivi finalizzati a riorientare le attività ed a qualificarle ulteriormente.

Peraltro, da tale monitoraggio potranno altresì trarre beneficio gli stessi Atenei, che potranno ricavarne utili indicazioni in merito al grado di adeguatezza della formazione fornita ai propri laureati nei corsi di studio, individuando così i necessari aggiustamenti in merito alla metodologia mediante la quale è gestita l'offerta formativa. Detto in altri termini, quella verifica sul campo delle conoscenze acquisite nel corso di studio che è insita nel tirocinio varrà non solo per chi è stato formato, ma anche per i formatori, costituendo un test assai probante circa l'efficacia della didattica svolta, in perfetta coerenza con i processi di verifica della qualità della didattica che da alcuni anni sono stati introdotti nel sistema universitario.

D'altra parte, il monitoraggio e la ricerca degli Atenei sullo svolgimento dei tirocini può apportare un significativo contributo anche ai fini dell'evidenziazione dei *fabbisogni formativi dei tirocinanti* di cui si dovrà tenere conto nell'organizzazione della formazione a loro dedicata. Il riferimento riguarda sia i corsi di formazione decentrata di cui all'art. 73, comma 5, specificamente dedicati ai tirocinanti e organizzati con cadenza almeno semestrale secondo programmi che sono indicati per la formazione decentrata da parte della Scuola superiore della magistratura, sia l'attività di formazione dei tirocinanti che, in base al successivo comma 5-*bis*, deve essere condotta in collaborazione con i Consigli dell'Ordine degli avvocati e con le Scuole di specializzazione per le professioni legali, secondo modalità individuate dal Capo dell'Ufficio, ove gli stessi tirocinanti siano anche essere iscritti alla pratica forense o ad una di tali Scuole di specializzazione.

Proprio con riferimento ai fabbisogni formativi potrebbero quindi crearsi interessanti interazioni tra gli Atenei, la stessa Scuola superiore della magistratura ed i capi degli Uffici e ciò anche al di là delle ipotesi in cui la legge formalmente evoca la collaborazione in materia di formazione con le Università in relazione alle Scuole di specializzazione per le professioni legali.

Per altro verso, è auspicabile che il coinvolgimento nel progetto delle Università marchigiane possa anche favorire la realizzazione di esperienze di confronto e di collaborazione tra gli Uffici giudiziari che ospitano i tirocini di cui all'art. 73 e le stesse Scuole di specializzazione per le professioni legali che operano nel territorio regionale e ciò anche al di là della diversa impostazione dell'art. 73 del d.lgs. n. 69/2013 rispetto a quella dell'art. 37, comma 4, del d.l. n. 98/2011.

6. I docenti coinvolti nella ricerca

I docenti universitari coinvolti in prima battuta nella ricerca saranno i giuslavoristi dei quattro Atenei marchigiani, in quanto i tirocini formativi – e quelli di cui qui si discute in questo non fanno eccezione – presentano una serie di aspetti che costituiscono un naturale oggetto di indagine per gli studiosi del diritto del lavoro.

Il riferimento vale soprattutto per quanto attiene alla finalità prettamente formativa del tirocinio, desumibile non solo dalla presenza di momenti di formazione teorica, ma soprattutto dalla peculiare natura del “lavoro” insito nel tirocinio, che non a caso non consente di configurarvi un rapporto di lavoro (fatti salvi i casi di uso illecito dello strumento), non sussistendo una corrispettività tra prestazione lavorativa e formazione. In qualsiasi tipologia di *stage* un simile scambio non è assolutamente configurabile, giacché, se così fosse, non di *stage* si tratterebbe, bensì di un contratto di lavoro con finalità formativa. Il lavoro insito nello *stage* non è il lavoro che costituisce oggetto di scambio nel contratto di cui all'art. 2094 c.c., né quello riscontrabile nei suoi sottotipi a finalità formativa (apprendistato), ma, nonostante le apparenze, non è altro, a ben guardare, che una particolare tipologia di formazione: appunto la formazione *on the job*¹⁵. Una formazione che, in quanto tale, presuppone una peculiare progettazione, così come un particolare monitoraggio ed una altrettanto specifica valutazione.

Ovviamente, accanto ai giuslavoristi, altri giuristi saranno presto coinvolti nella ricerca per quanto attiene alle specifiche questioni relative alle materie che via via potranno emergere.

¹⁵ PASCUCCI, *Stage e lavoro*, cit., *passim*.

7. Ulteriori prospettive di indagine

Il monitoraggio e la ricerca sull'effettuazione dei tirocini costituisce peraltro soltanto il primo importante aspetto di un possibile più ampio coinvolgimento degli Atenei nel progetto.

È infatti evidente come un altro profilo di grande interesse che meriterebbe di essere adeguatamente indagato concerne le ricadute dei tirocini sul piano dell'efficacia organizzativa e del funzionamento degli Uffici giudiziari.

Viene qui in luce proprio la funzionalità dei tirocini per l'“Ufficio del processo”, di cui essi costituiscono parte integrante offrendo un importante supporto allo svolgimento delle attività istituzionali dei magistrati e contribuendo a rendere più efficiente e sollecita la risposta di giustizia degli uffici nei quali gli stessi tirocinanti operano.

In questa prospettiva, che al momento è ancora da costruire, ma che costituisce indubbiamente l'approdo naturale della ricerca che si sta avviando, emerge il ruolo imprescindibile anche della componente universitaria di estrazione non giuridica, ma aziendalistica: e ciò spiega il coinvolgimento, accanto ai tre Atenei marchigiani in cui sono attivi Dipartimenti giuridici (Urbino, Macerata e Camerino), di quello di Ancona con il suo Dipartimento di Management.

8. Conclusione

L'originalità del modello marchigiano dell'Ufficio del processo consiste dunque non solo nel finanziamento dei tirocini messo a disposizione dalla Regione, ma anche nell'accompagnamento scientifico dell'esperienza da parte delle Università.

Per usare una metafora che può trarsi dallo stesso progetto di cui qui si parla, come il magistrato formatore affianca e sostiene il tirocinante nel suo percorso di formazione *on the job*, così le Università si pongono a fianco dei magistrati e dei tirocinanti per monitorare e sostenere la loro esperienza.

Il tempo dirà se la scelta sia stata saggia e se recherà buoni frutti. Per ora si può dire che essa appare in linea con il nuovo modello di Università che ormai da tempo è invalso: un'Università che, per un verso, si prende cura dei suoi studenti e della loro sorte anche dopo la conclusione del percorso di studi e che, per altro verso, è, insieme agli altri attori istituzionali ed alle parti sociali, un soggetto che si assume, per quanto le compete, la respon-

sabilità dello sviluppo del territorio in cui opera e di cui è parte integrante, anche in quella prospettiva di “terza missione” che, con la didattica e la ricerca, costituisce il suo indefettibile scopo istituzionale, comunicando e divulgando la conoscenza attraverso una relazione diretta con la sua comunità territoriale di riferimento.

Finito di stampare nel giugno 2016
per i tipi delle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

