

GIUSEPPE FALCONE

A proposito di Paul. 29 *ad ed.* – D. 13.6.17.3  
(*officium, beneficium, commodare*)

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA  
UNIVERSITÀ DI PALERMO  
(AUPA)

Estratto

VOLUME LIX  
(2016)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
(AUPA)

DIRETTORE  
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzaella	Palermo
Enrico Mazzaese Fardella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,  
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it)

## INDICE DEL VOLUME

### LESSICI E MODELLI PRECETTIVI NEL DISCORSO GIURIDICO ROMANO GIORNATA DI STUDIO CON GIANFRANCO PURPURA (Palermo, 28 gennaio 2016)

G. FALCONE, Una giornata di studio con Gianfranco Purpura .....	9
P. BUONGIORNO, <i>Senatus consulta</i> : struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C.-138 d.C.) .....	17
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I .....	61
G. PURPURA, Il linguaggio precettivo delle immagini e il cd. <i>Missorium</i> di Teodosio .....	85
G. SANTUCCI, <i>Verba edicti et definitiones</i> : Labeone e Pedio nel commento ulpiano <i>de pactis</i> .....	101
E. STOLFI, I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani .....	111

### ARTICOLI

P. CERAMI, Riflessioni in tema di ' <i>condictio Iuventiana</i> ' e ' <i>iniusta locupletatio</i> ' ....	153
P. CERAMI, <i>Iuris publici interpretatio et contentio de iure publico</i> (a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese) .....	183
A. CHERCHI, Riflessioni sulla condizione giuridica delle <i>metallariae</i> nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7 .....	209
G. FALCONE, A proposito di Paul. 29 <i>ad ed.</i> - D. 13.6.17.3 ( <i>officium, beneficium, commodare</i> ) .....	241
R. LAURENDI, Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I <i>collegia iuuenum</i> tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato <i>de cognitionibus</i> D. 48.19.28.3 .....	261

### NOTE

G. FALCONE, La versione greca della cost. <i>Imperatoriam</i> e la sua attribuzione .....	289
G. NICOSIA, La nascita postdecemvirale della ' <i>mancipatio</i> ' e quella ancora posteriore della distinzione tra ' <i>res Mancipi</i> ' e ' <i>res nec Mancipi</i> ' .....	303
F. TERRANOVA, Nota minima sul comodato c.d. <i>ad pompam vel ostentationem</i> ...	317
M. VARVARO, Gai 4.21 e la presunta <i>manus iniectio ex lege Aquilia</i> .....	333



GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

A proposito di Paul. 29 *ad ed.* – D. 13.6.17.3  
(*officium, beneficium, commodare*)

ABSTRACT

The article deals with the significance and role of the references to *officium* and *beneficium* in D. 13.6.17.3, concerning the commentary of Paulus to the *iudicium contrarium commodati*. In this text '*officium*' expresses ethic dutifulness tout court; and the key-point of Paulus' reasoning consists in underlining the coexistence of an ethical and a juridical dimension within the legal operation of *commodare*. In the light of the comparison between this and some other texts of the same Paulus (D. 17.1.1.4; 39.4.21; 43.1.2.1), it seems possible to suggest – as trace for a specific, future investigation – a peculiar attention of this jurist for ethical perspectives connected to legal institutions.

PAROLE CHIAVE

Paolo; *officium*; *beneficium*; *commodatum*; *iudicium commodati contrarium*; etica e diritto.



## A PROPOSITO DI PAUL. 29 AD ED. – D. 13.6.17.3 (OFFICIUM, BENEFICIUM, COMMODARE)\*

1. In connessione con il proprio commento all'editto concernente l'*actio commodati contraria* e al fine di chiarire e giustificare l'ambito di applicazione di questo strumento processuale,<sup>1</sup> Paolo compie una interessante apertura di respiro teorico nella quale, con riferimento al contratto di comodato, la prospettiva dell'operazione giuridica (*commodare; obligatio; negotium*) incrocia quella della dimensione etica (*officium; beneficium*):

D. 13.6.17.3 (Paul. 29 ad ed.) *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere incohavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile dicendum est.*

Il brano è stato studiato in un fondamentale saggio di Dieter Nörr sotto la specifica angolazione dei rapporti tra etica e diritto.<sup>2</sup> E dal medesimo punto di vista è stato considerato

\* I contenuti delle pagine che seguono sono stati in parte esposti nella Relazione 'Presenze del non-giuridico nella riflessione dei prudentes. Gli orizzonti dell'*officium*', che ho presentato al Convegno internazionale "Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis al progetto *Scriptores iuris romani*", svoltosi all'Università di Roma "La Sapienza" nei giorni 14-15 ottobre 2016. Il testo apparirà anche nel volume dei relativi *Acti*.

<sup>1</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889, 1022 riferisce il testo paolino (n. 446) oggetto del presente studio al commento al titolo editale '*Commodati vel contra*' (EP. 98). In particolare, l'*actio commodati contraria*, esplicitamente menzionata in chiusura di D. 16.3.17.3 (ma v. a., al suo interno, i cenni '*invicem propositae sunt actiones*' e '*mutuas ... actionesque civiles*'), compare già in D. 16.3.17.1 '*Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*'.

<sup>2</sup> D. NÖRR, *Ethik und Recht in Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D.13.6.17.3*, in *Ars boni et aequi. Festschrift f. W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 267 ss.

anche in altre ricerche negli ultimi decenni.<sup>3</sup> Nonostante l'attenzione ripetutamente dedicata, ritengo che il duplice riferimento ivi contenuto all'*officium* meriti di essere nuovamente esaminato, insieme con il richiamo al *beneficium* e con il rapporto instaurato dal giurista con l'operazione giuridica-comodato.

2. La fonte, un tempo giudicata pesantemente alterata e talvolta quasi integralmente di fattura postclassica o giustiniana,<sup>4</sup> viene oggi generalmente ritenuta, quanto alla sostanza, nel complesso affidabile,<sup>5</sup> pur se qua e là singoli appunti sono tuttora mossi soprattutto sul piano formale. In ragione di ciò, conviene compiere una autonoma valutazione critica del dato testuale.<sup>6</sup>

Non vi è motivo, a mio avviso, di sostituire le parole '*inter dandum accipiendumque*' con '*inter dantem accipientemque*'.<sup>7</sup> Queste parole possono ben essere mantenute, sol che si riconosca che la costruzione '*inter*' + gerundio esprime una prospettiva temporale e precisamente il senso di 'durante', 'nel momento in cui', in conformità del resto a due altri passaggi del discorso impostati anch'essi in chiave temporale: '*cum id fecit, id est postquam commodavit...*' e '*ut appareat, quod principio beneficium ac voluntatis fuerat...*'. In siffatta prospettiva, però, esse vanno intese non come "tra il momento del dare e il momento del ricevere indietro"<sup>8</sup> (in questo caso, si sarebbe dovuto incontrare '*recipiendumque*'), bensì come indicanti il momento dell'incontro tra il *dare* da parte del comodante e l'*accipere* da parte del comodatario, che

<sup>3</sup> A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini (Atti del seminario di San Marino, 12-14 gennaio 1995)*, Torino 1996, 163 s.; G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", Torino 2003, 177 ss.; T. RUNDEL, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Munster 2005, 189 ss.; G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in A. Corbino - M. Humbert - G. Negri (cur.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 738 ss.

<sup>4</sup> Oltre al solito *Index Interpolationum*, può consultarsi la segnalazione critica di varie diagnosi di alterazione compiuta, in tempi recenti, da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 41 ss. e note vivi.

<sup>5</sup> Con l'eccezione di J. PARICIO, *La pretendida formula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio*, in RIDA 29, 1982, 241, il quale considera l'intero testo gravemente sconnesso e inaffidabile. Anche I. CREMADDES UGARTE, *El officium en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Salamanca 1988, 106 considera il testo "muy interpolado" (nel quadro, peraltro, di un'analisi dello stesso alquanto disinvolta).

<sup>6</sup> Senza, però, che sia necessario soffermarsi appositamente su recise e apodittiche condanne delle parti del testo nelle quali si menzionano l'*officium* e il *beneficium* in quanto "inutili", "prolisse", "ampollose" (così, G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in RISG 28, 1899, 214 nt. 104 = *Scritti giuridici*, I, Cortona 1930, 258 nt. 1; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Firenze 1908, 17 nt. 2; E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., 18 nt. 3). Come vedremo, sono invece proprio le notazioni che coinvolgono l'*officium* e il *beneficium* a costituire i perni del complessivo ragionamento di Paolo.

<sup>7</sup> '*Inter dantem accipientemque*' si legge nella *vulgata*; ed è soluzione accolta da FR. EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in ZSS 30, 1909, 113 e nt. 1 e da E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculiani e sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 18, e giudicata "möglichlicherweise richtige" da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 269 nt. 3.

<sup>8</sup> Così J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 595 nt. 7.

perfeziona il contratto. Paolo, in sostanza, indica il rapporto obbligatorio che il comodante assume (*suscepta obligatio*) nel momento in cui, essendosi deciso a *commodare*, avviene la saldatura, propria di un *obligatio re contracta*, dei due elementi del *dare* e dell'*accipere* tra le parti.

Parimenti, ritengo possa assumersi l'integrale genuinità della motivazione '*Geritur enim – praestationes actionesque civiles*'.<sup>9</sup> Invero, se il richiamo alla bilateralità al livello di compimento dell'operazione giuridica (*geritur negotium invicem*) si contrappone alla unilateralità della *voluntas* di concedere (o meno) un *beneficium*, la sottolineatura della bilateralità al livello degli effetti obbligatori (*invicem propositae sunt actiones; converti in mutuas praestationes actionesque civiles*) ben si giustifica con la circostanza che il discorso è parte di un commento al *iudicium contrarium* spettante al comodatario nei confronti del comodante.<sup>10</sup> Analogamente l'uso in sé dei termini '*praestationes*' e '*actiones civiles*' può ben attribuirsi a Paolo,<sup>11</sup> in quanto ottimamente si raccorda alla peculiare impostazione complessiva del discorso, diretto, come si vedrà appositamente, a coordinare prospettiva etica (*officium, beneficium*) e dimensione giuridica: da un lato, '*praestationes*' concorre a sottolineare il subentrato rapporto obbligatorio recante con sé veri e propri doveri giuridici (*praestationes*, appunto);<sup>12</sup> dall'altro lato, la menzione di *actiones civiles* doveva avere il compito di segnalare l'esistenza di strumenti di tutela di diritto positivo (della *civitas*) in aggiunta all' "impedimento" (avverso una richiesta intempestiva) proveniente dall'*officium* (*infra*, § 5).<sup>13</sup>

<sup>9</sup> All'interno di questo tratto, invece, i riferimenti alla bilateralità di effetti sono ritenuti rimaneggiati da P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 327 (= ID., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in AUPA 43, 1995, 317).

<sup>10</sup> Del resto, anche da un punto di vista generale, non è necessario impegnarsi a giustificare un preteso "errore" commesso da Paolo nel presentare il comodato (come anche il mandato) quale operazione da cui derivano effetti obbligatori per entrambe le parti, pensando, come possibile scusante, al fatto che, come per la compravendita e per la locazione, anche per il comodato esisteva una formula *in ius ex fide bona* (utilizzabile come *iudicium contrarium*): in tal senso, G. SCHERILLO, v. '*Comodato (dir. rom.)*', in *Enc. dir.* 7, 1960, 992 (richiamato da G. FINAZZI, *Ricerche*, cit., 42 nt. 54). In realtà, la tradizionale caratterizzazione di comodato e mandato come contratti 'bilaterali imperfetti', con l'avvertenza che solo eventualmente scaturiscono obblighi anche per il comodante e il mandante, è più una esigenza dei moderni interpreti: basti considerare la naturalezza, per dir così, con la quale si esprime Gai 3.155 '*... contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*'.

<sup>11</sup> Diversamente, considera le parole '*actiones civiles*' di fattura compilatoria (oltre a E. BETTI, *loc. cit.*) A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, in *SDHI* 19, 1953, 189; F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milano 1954, 90 e nt. 63; M. KASER, *Oportere und ius civile*, in *ZSS* 83, 1966, 32 nt. 149. Ancora ultimamente, P. ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in *Φιλία. Studi per G. Franciosi*, IV, Napoli 2007, 2869 s. afferma che il richiamo alle *actiones civiles* può destare "qualche sospetto".

<sup>12</sup> Altri riscontro di '*praestationes*' dai libri *ad edictum* di Paolo sono in D. 10.3.1 e in 19.4.1.

<sup>13</sup> A suo tempo, B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', in AUPA 7, 1918, 94, aveva intuito che la qualifica '*civiles*' alludeva al fatto che si trattava di uno strumento del diritto positivo in contrapposizione alla dimensione non giuridica dell'*officium*; ma attribuiva siffatto significato della qualifica (come, del resto, l'intero tratto '*Cum autem id fecit – consummare*!') ai compilatori giustiniane. Non mi pare che possa accogliersi la diversa spiegazione (del mantenimento) della designazione '*civiles*' proposta da G. FINAZZI, *Ricerche*, cit., 43 e nt. 59 in relazione al fatto che l'unica *formula commodati contraria* era verisimilmente quella in *ius*, onde la qualifica sarebbe stata impiegata per precisare che non si trattava di *actiones honorariae*: invero, è difficile immaginare che Paolo, nel precisare specificamente che comodante e comodatario sono esposti

Quanto alla menzione, nella parte centrale, del *mandatum* – ‘*voluntatis est enim mandatum suscipere, necessitatis consummare*’ – credo che debba escludersi la possibilità, pur autorevolmente prospettata,<sup>14</sup> che detta menzione si ponga in continuità rispetto alle frasi, subito precedenti, sull’*absentis negotia gerere* (‘*ut accidit – coepisset*’), le quali farebbero riferimento, secondo questa lettura, alla gestione compiuta dietro apposito incarico.<sup>15</sup> Invero, mentre il *suscipere mandatum* si determina, notoriamente, con il semplice consenso, il giurista insiste appositamente, nelle notazioni che precedono, su un avvenuto inizio di attività: ‘*negotia gerere incohavit*’, ‘*si is non coepisset*’. Tali notazioni, cioè, non sono state congegnate in relazione al *mandatum*, bensì in relazione alla *negotiorum gestio* spontaneamente intrapresa. Dunque, il cenno al *mandatum* costituisce una novità rispetto al discorso fin lì compiuto. Ebbene, per giustificare la presenza di questa novità si profilano due possibili soluzioni. O si accede alla recente ipotesi, secondo cui il testo originario sarebbe stato ‘*voluntatis est [enim] <etiam> suscipere mandatum, necessitatis consummare*’;<sup>16</sup> oppure immaginiamo che sia caduto, nella trasmissione del testo, un tratto, anche assai breve, nel quale il confronto veniva esteso alla figura del *mandatum*:<sup>17</sup> soluzione, quest’ultima, che mi parrebbe avere il vantaggio di preparare un cenno che, anche con la predetta emendazione [*enim*] <*etiam*>, resterebbe un po’ troppo brusco ed isolato.

È incerta la genuinità della frase ‘*aut etiam sciens vitiosa commodaveris*’. L’origine insitica è stata sostenuta in tempi non vicini,<sup>18</sup> per la sostanza, in quanto non si tratta, a differenza degli altri due esempi ai quali la fattispecie è accostata (...*si pugillares commodasti, ... importune repetendo; si ... tigna commodasti, deinde protraxisti*), di un caso di anticipata richiesta di restituzione, come ci saremmo attesi giusta la cornice dell’intero svolgimento paolino (‘*Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre...*’); e per la forma, in ragione del tempo ‘*commodaveris*’, diverso dal ‘*commodasti*’ usato a proposito dei due esempi ai quali questo è accostato. Mentre il rilievo formale è agevolmente superabile, giacché l’uso di ‘*commodaveris*’ può giustificarsi come

ad azioni reciproche, non tenesse in mente che il primo aveva a disposizione anche un’*actio commodati in factum*. D’altra parte, la spiegazione in questione si fonda esplicitamente (cfr. nt. 59 *in fine*) sul presupposto che la locuzione ‘*actiones civiles*’ facesse riferimento alle *formulae*; sennonché, nel loro diretto ed apposito contrapporsi al *beneficium* e alla *nuda voluntas*, le *actiones* dovevano essere verosimilmente richiamate da Paolo quali strumenti processuali considerati complessivamente e dall’esterno, non già in relazione allo specifico profilo della loro *conceptio verborum*.

<sup>14</sup> Da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 269 nt. 6.

<sup>15</sup> Lo studioso tedesco richiama, in proposito, Gaio in D. 44.7.5pr. ‘*Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati...*’.

<sup>16</sup> È quanto propone G. FINAZZI, *Ricerche*, cit., 41 e 44, richiamandosi alla versione B. 716-21 ‘*καὶ τὴν ἐντολὴν ἐκούσιως μὲν ὑποδέχεται τις, ἐξ ἀνάγκης δὲ πληροῖ*’ (trad. Heimbach: *Etiam mandatum sponte quis suscipit, necessario autem implet*). Va, comunque, segnalato, che la versione dei Basilici è, nel suo complesso, ben distante da quella del Digesto, essendo frutto di un radicale sfrondatamento del discorso paolino: cfr. *infra*, § 5 su nt. 56 (nella quale è trascritto l’intero testo).

<sup>17</sup> Potrebbe pensarsi – giusto a titolo di esempio – ad un passaggio stringato ed essenziale del tipo “lo stesso deve dirsi *si quis mandatum suscepisset*” (magari caduto per errore indotto dal precedente omoteleuto ‘*coepisset*’).

<sup>18</sup> Da K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, Leipzig 1924, 37 s.; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS 71, 1954, 130; G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, 105 s.

espressivo del fatto che la natura *vitiosa* delle travi sarebbe emersa solo in un secondo momento rispetto all'avvenuto *commodare*, l'autonomia della fattispecie solleva, in effetti, qualche perplessità. A meno che non si pensi ad un voluto allargamento di orizzonte contenutistico da parte dello stesso Paolo, diretto ad accomunare ipotesi nelle quali il comodatario subisce un danno e ha, perciò, il diritto ad ottenere il risarcimento attraverso *iudicium contrarium*.<sup>19</sup>

Infine, mi pare che avesse senz'altro ragione F. Schwarz<sup>20</sup> – il solo studioso, a quanto mi consta, ad aver notato e tentato di risolvere il problema – nel considerare l' *'etiam'* della frase conclusiva *'Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile dicendum est'* come spia del fatto che, nel testo originario,<sup>21</sup> compariva subito prima il riferimento ad un'altra risposta processuale sanzionatrice del comportamento del comodante, risposta rispetto alla quale il *iudicium contrarium* poteva essere indicato quale strumento ulteriore: “per queste ipotesi è da dire che è utilizzabile a n c h e il *iudicium contrarium*”. Segnatamente, lo studioso tedesco pensava alla menzione di una *denegatio actionis* a fronte della richiesta processuale prematura del comodante. Potremmo, forse, come congettura non necessariamente alternativa, immaginare un richiamo alla *retentio* (cfr. Pomponio in D. 13.7.8pr. *'...non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo...'*). L'omissione, in ogni caso, potrebbe forse esser stata determinata, più che da una svista di un amanuense, da una voluta semplificazione, da parte dei compilatori, di un discorso che aveva come direttrice tematica principale la presenza di *'actiones'* (... *invicem propositae sunt actiones...*; ...*converti in mutuas praestationes actionesque civiles*).

3. Nel complessivo ragionamento di Paolo l'elemento-*officium*, sul quale intendo in modo apposito soffermarmi in questa occasione, compare due volte: nella frase iniziale, là dove si afferma che dare in comodato è questione di *voluntas* e di *officium*, anziché di *necessitas*;<sup>22</sup> e nel rilievo secondo cui la richiesta intempestiva di restituzione della cosa data in comodato è impedita non solamente dall'*officium* ma anche dall'*obligatio*.

Ci troviamo di fronte ad un impiego del termine *'officium'* con il massimo grado possibile di astrazione concettuale. Esso è qui assunto, al pari di *'voluntas'* e di *'necessitas'*, come categoria astratta, allude all'idea stessa di dovere morale in opposizione all'obbligatorietà *'giuridica'*.

<sup>19</sup> Così, esplicitamente, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 388; ma questo ragionamento deve ritenersi implicito presso la generalità degli studiosi, i quali negli ultimi decenni non hanno più formulato alcun rilievo su questa parte del testo. È, peraltro, il caso di precisare che, quand'anche si optasse per un'origine insitica della prospettazione di questa fattispecie, non ne deriverebbe un carattere spurio anche della frase *'adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet'*. Il verbo *'decipi'*, infatti, può benissimo indicare – oltre che l'essere raggirati per il fatto che il comodante ha scientemente consegnato travi difettose – anche l'essere ingannati già per il fatto che comodante ha, dapprima, dando in comodato, mostrato disponibilità a consentire l'uso della cosa e poi, invece, chiede indietro la cosa anzitempo. D'altra parte, l'immagine di un *beneficium* che (anziché soccorrere) “trae in inganno” è utilizzata anche in un'altra occasione dallo stesso Paolo: D. 46.5.8pr. (Pap. 5 *quaest.*) *PAULUS notat: qui sub conditione 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.*

<sup>20</sup> F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., 130.

<sup>21</sup> Testo che, peraltro, Schwarz (*loc. cit.*) considerava esso stesso come “ein nachklassischer Traktat”.

<sup>22</sup> Già la Glossa notava che la correlazione *'magis ... quam'* è qui adottata “*elective, non comparative*”.

A questo proposito, avverto una volta per tutte che mi esprimo, in relazione all'*officium*, in termini di dovere 'morale'<sup>23</sup> adottando l'aggettivo (al riparo dalla mutevolezza che può aver segnato la nozione di morale attraverso la storia) in aderenza al senso restituito dalle stesse fonti romane, e precisamente in aderenza alla qualificazione, da Cicerone in poi (*de fato* 1),<sup>24</sup> come 'moralis' della *philosophia* che si occupa dei *mores*, vale a dire dei comportamenti in quanto obiettivizzazioni esterne di *virtutes* e cioè di predisposizioni e sollecitazioni interiori.<sup>25</sup> E segnalo altresì che, proprio con riguardo agli orizzonti dell'*officium*, la consapevolezza di una opposizione tra sfera morale e sfera giuridica in relazione a due diversi tipi di doverosità – già attestata, nella cultura romana, dall'elaborazione senecana in materia di *beneficia*<sup>26</sup> – apparteneva, al tempo di

<sup>23</sup> Secondo un'aggettivazione, del resto, tradizionalmente utilizzata *sic et simpliciter* in dottrina: da F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, 14 ss., a D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., *passim*, a G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., *passim*.

<sup>24</sup> '... quia pertinet ad mores, quos ethos illi vocant, nos eam partem philosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augescentem linguam latinam nominare moralem'.

<sup>25</sup> Cfr., ad es., Cic., *acad.* 1.34 'pars philosophiae, quae posita est in virtute et in moribus'; *de orat.* 1.10.42 '... nihil te de bonis rebus in vita, nihil de malis, nihil de animi permotionibus, nihil de hominum moribus, nihil de ratione vitae didicisse' (il riferimento alla filosofia morale è rivelato dal cenno subito precedente, a Socrate); *de orat.* 1.19.85 'de dis immortalibus, de disciplina iuventutis, de iustitia, de patientia, de temperantia, de modo rerum omnium, ceteraque, sine quibus civitates aut esse aut bene morata esse non possent'; 1.19.86 'de aequitate, de iustitia, de fide, de frangendis cupiditatibus, de conformandis hominum moribus'. Quanto a Seneca – autore del quale mi appresto a considerare, nella nt. seguente, alcune prese di posizione – basterà richiamare *epist.* 71.4-7, in cui la menzione della *philosophia* concernente i *mores* è coordinato alle *virtutes* e all'*honestum*.

<sup>26</sup> Un motivo che ricorre nel *De beneficiis*, infatti, è la contrapposizione tra *beneficium* e operazione giuridica (*creditum*, per lo più) dal punto di vista della doverosità che inerisce, dal lato passivo, alle due figure. Esiste un dovere di restituzione dei *beneficia*, per il quale è questione di '*officium reddendi*' (*ben.* 1.3.8; 1.4.6; 2.32.1; 4.21.3; 5.22.1; 5.25.6; 7.22.1; 7.26.3; 7.28.1; v. a. *epist.* 81.6 e 25) e per il quale Seneca (come già Cicerone, Sallustio, Cesare, Livio) adotta la stessa terminologia dei rapporti obbligatori: '*debere*', '*obligari*', '*obstringere*'. Ma si tratta di una doverosità che, pur avvertita come stringente, lo stesso Seneca nettamente rappresenta come diversa e contrapposta rispetto alla doverosità giuridica, propria del *creditum*: l'osservanza di quest'ultima è ricondotta all'esistenza di meccanismi processuali (cfr. *ben.* 3.7.1-3, trascritto *infra*, in nt. 50; 3.14.2; 7.23.3), e perciò è una '*res necessaria*' e non volontaria (*infra*, nt. 50 *in fine*), l'osservanza dell'*officium reddendi* è, invece, rimessa all'*arbitrium* dei beneficiati (3.7.1) sì come indirizzato e sollecitato da spinte interiori quali la *fides* e il *pudor* (1.2.4; 3.1.4; 3.14.2; 5.23.1; 7.28.3; 7.29.2; v. a. *epist.* 81.12 *in fine*). Sui dati qui assai sommariamente riassunti rinvio all'apposita disamina di G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 75 ss.

È ingiustificata la sottovalutazione dei due profili che emergono dalla predetta elaborazione senecana – e cioè: l'opposizione 'cogenza processuale - incoercibilità' in ordine ai due tipi di doverosità e la rilevanza dell'interiorità e della scelta individuale indirizzata dalle *virtutes* – recentemente compiuta da R. FIORI, *Vir bonus. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 180 ss. (il quale, in tal modo, esclude recisamente la possibilità di scorgere, ancora in relazione al primo Principato, finanche solo una coscienza della separatezza tra diritto e morale: cfr. p. 141 ss.).

Quanto al primo profilo, scrive Fiori (p. 188 s.): «il discrimine tra *beneficium* e *creditum* – meglio: tra *officium* e *debitum* – non è tanto nel *cogere* in quanto strumento coercitivo predisposto dall'ordinamento positivo, quanto nell'essere il primo indirizzato alla costituzione di una relazione duratura tra le parti, anche al di là del *referre gratiam*, e il secondo finalizzato invece al mero soddisfacimento di un'esigenza economica. Il *cogere*, in altre parole, diviene rilevante non nel senso che la coazione sia la caratteristica della 'giuridicità' e dunque del *creditum*, ma nel senso che nel rapporto di credito [...] non si instaura quel rapporto di recipro-

Paolo, anche alla riflessione giurisprudenziale, come mostra il seguente brano in tema di

ca *amicitia* che invece il *beneficium* mira a costituire». Sennonché, il perseguimento, tramite la pratica dei *beneficia*, di un «valore di legame» (p. 188) è considerato dallo stesso Seneca un aspetto non già prevalente e caratterizzante la dicotomia tra le due figure, bensì ulteriore rispetto alla questione del tipo di doverosità che discende dall'aver ricevuto (a titolo di *beneficium* o a titolo di *creditum*) e come attinente ad un ambito distinto e particolare (*altera pars*) della propria teorizzazione, indicato con le parole *'quomodo se gerere homines in accipiendis beneficiis debeant'* (*ben.* 2.18.1): è in questo contesto che Seneca, premessa la regola (§ 2) *'non ab omnibus accipiendum'* e avvertendo che, piuttosto *'eligendum est, a quo beneficium accipiam; et quidem diligentius quaerendus beneficii quam pecuniae creditor'* (§ 5), spiega l'esigenza di maggior cura nella scelta di colui a cui chiedere un *beneficium* con la circostanza che lo scambio di *beneficia* determina il sorgere di una relazione duratura e di *amicitia*.

Quanto al secondo profilo, Fiori (p. 189) afferma che la virtù che appositamente indirizza all'osservanza dell'*officium*, e cioè il *pudor*, è non già una "spinta interiore" (come l'avevo considerata in *"Obligatio est iuris vinculum"*, cit., 81), bensì «un meccanismo del tutto eteronomo, nel senso che indica [...] un atteggiamento dello spirito formato in relazione al sistema di valori espressi dall'etica di gruppo». Ora, non vi è dubbio che, come ha rilevato questo studioso, «i *beneficia* [...] appartengono a un codice di comportamenti su cui si regge l'intera società romana» (p. 187). Per parte mia, aggiungo che è parimenti indubbio che la pratica degli *officia* si collega inscindibilmente a quel fenomeno diffuso e totalizzante che consiste nel controllo collettivo dei comportamenti dei singoli in quanto riflessi di qualità e atteggiamenti interiori (rinvio a G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana*, in AUPA 54, 2010-2011, spec. 90 s.), controllo avvertito come assai condizionante (lo rilevava già F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., 15). In questo medesimo sfondo, del resto, si iscrive il fatto stesso che virtù specifica che veglia sull'osservanza dell'*officium* è il *pudor*: si tratta, infatti, del sentimento del ritegno, della predisposizione interiore ad avvertire il peso del controllo sociale e del giudizio collettivo di disapprovazione per la mancata osservanza dell'*officium*. Tuttavia – ecco il punto che mi divide dallo studioso romano – il ritegno è, in sé, un sentimento o atteggiamento dello spirito e per ciò stesso il suo intervento in funzione dell'osservanza dell'*officium* è da considerare come spinta e sollecitazione interiori ad attuare, con i comportamenti, i valori condivisi e 'codificati' dal corpo sociale. In altri termini: il controllo sociale e il giudizio di approvazione/disapprovazione sono, sì, fattori esterni rispetto all'agire dell'individuo, ma il tenere o meno in considerazione tale controllo, il preoccuparsi o meno di tale giudizio (e quindi l'orientare o meno il proprio comportamento nel senso dell'osservanza dell'*officium*) dipendono dal possesso o meno del *pudor* da parte dell'individuo e dal grado di incidenza con cui questa virtù ne sollecita e indirizza la volontà. Tant'è che è lo stesso Seneca a parlare in proposito, più volte, di *'conscientia'*: *'bona'*, se si è determinata per l'osservanza dell'*officium* del *reddere gratiam*, *'mala'* in caso contrario. In *ben.* 3.1.4, ad es., egli afferma che un *beneficium* non restituito è rimasto prigioniero *'in mala conscientia'*, *'in malis pectoribus'*. E in un articolato contesto unitario (*ben.* 4.21.3ss.) egli utilizza, per il caso opposto di restituzione del *beneficium*, ripetutamente come equipollenti e scambiabili i sintagmi *'bona conscientia'*, *'voluntas bona'* e *'bona fides'* (il riferimento è alla virtù-*fides* che ha dispiegato la sua capacità di indurre all'adempimento). Conviene riferire distesamente questo secondo riscontro. In *ben.* 4.21.3 Seneca afferma che, come per ogni virtù, anche nel caso del *'gratum esse'* (cfr. 4.19 in fine: *'Quid est autem honestius, quam gratum esse? Huius virtutis materia tam late patet quam vita'*), ogni valutazione concerne l'animo (*'Nam ut omnium aliarum virtutum, ita huius ad animum tota aestimatio redit'*). Pertanto (§ 4), come l'uomo eloquente resta tale anche se tace, come l'uomo forte resta tale anche se sta con le mani nella cintola, così è grato anche (semplicemente) chi vuole esserlo e ha non ha altro testimone della sua volontà che se stesso (*'ita gratus est etiam qui vult tantum nec habet voluntatis suae ullum alium quam se testem'*). Di più (§ 5), talvolta è grato anche colui che appare all'opinione comune ingrato: allora, costui che altro segue se non la sua coscienza? (*'Hic quid aliud sequitur quam ipsam conscientiam?'*). E costui (§ 6), anche se sottoposto a supplizi, mai arriverà a dire: "Che cosa ho voluto? A che mi giova ora la *bona voluntas*?" (*'Quid mihi volui? Quid nunc mihi prodest bona voluntas?'*). Questa domanda retorica sfocia, subito dopo, in una considerazione nella quale è stabilita una equipollenza tra *'bona voluntas-bona conscientia-bona fides'*, la quale mostra come la *fides* che presiede, come il *pudor*, all'adempimento dell'*officium*, è intesa come attivata e realizzata

fedecommissi, accolto dai compilatori delle Istituzioni di Giustiniano:

I. 2.23.1. *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut etiam praetor proprius crearetur, qui <de> fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium [appellabant] <appellamus>.*

Il giurista classico autore del testo escerpito<sup>27</sup> illustra uno sviluppo storico: da una fase iniziale, nella quale i *fideicommissa* erano ‘*infirma*’ giacché si reggevano non su un *vinculum iuris* bensì esclusivamente sul *pudor* dei soggetti rogati (‘...*nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur*’) – i quali, dunque, se non lo avessero voluto, non avrebbero potuti esser costretti ad adempiere –, ad una progressiva escogitazione di forme di tutela processuale della volontà del disponente sempre più stabili ed apposite. Il giurista, cioè, istituisce una contrapposizione tra mera rilevanza del *pudor* e “situazione vincolante sul piano del diritto” (tradurrei così ‘*vinculum iuris*’)<sup>28</sup> in quanto realizzante una costrizione all’adempimento in forza di strumenti processuali. Che ad esser contrapposta alla dimensione giuridica (*vinculum iuris*) sia l’*officium*<sup>29</sup> può ritenersi sicuro in ragione del riferimento al *pudor*. Al riguardo, oltre ad un’affermazione come quella (già) di Plauto (*Trin.*, 697), che “ricordarsi del proprio *officium* costituisce l’*honor* dell’*homo pudicus*”, possono addursi la coppia concettuale ‘*pudens et officiosus*’ di alcuni luoghi ciceroniani<sup>30</sup> e i ripetuti accostamenti senecani tra il *pudor* e l’*officium* di restituzione del *beneficium*,<sup>31</sup> ma soprattutto, può addursi un brano del *De fini-*

dalla *conscientia*. Richiamo l’intero passaggio: «Se anche la *bona fides* vede applicata a sé le torture, non discende dal suo fastigio e sovrasta la pena. [...] Il soggetto non sentirà questa voce: “a che mi giova ora la *bona voluntas*?” Essa giova anche nella tortura, anche nel fuoco: anche se il fuoco si avvicini alle singole membra e circondi a poco a poco il corpo vivo e lo stesso cuore pieno di *bona conscientia* si sciolga goccia a goccia: il fuoco piacerà a colui del quale esso fa rilucere la *bona fides*». Nel medesimo ordine di idee cfr. anche *ben. 5.25.5* ‘*Paucis a n i m u s s u i r e c t o r o p t i m u s ; p r o x i m i s u n t , q u i a d m o n i t i i n v i a m r e d e u n t*’; 6 ‘*Inest interim animis v o l u n t a s b o n a , s e d t o r p e t m o d o d e l i c i i s a c s i t u , m o d o o f f i c i i i n s c i t i a*’.

Ribadita, dunque, la pregnante sussistenza dei due profili nel modello senecano, l’opposizione tra doverosità dell’*officium* e doverosità discendente dal *creditum* va, per ciò, letta come espressione della coscienza di una separatezza tra ‘diritto’ e ‘morale’ (nel senso precisato nel testo).

<sup>27</sup> A mio avviso, Gaio nelle *Res cottidianae*: cfr. G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, cit., 50 ss. e spec. 60 ss. (v.a. 100 ss.). Ivi, 50 nt. 133 le ragioni delle lievi emendazioni del testo proposte.

<sup>28</sup> Per questa interpretazione cfr. G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, cit., 101 nt. 283.

<sup>29</sup> Come ha ben visto G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 215.

<sup>30</sup> Cic., *fam.* 13.21.2; *pro Roscio com.* 6.18.

<sup>31</sup> *Supra*, nt. 25.

*bus bonorum et malorum* (2.18.58-59)<sup>32</sup> in cui Cicerone proprio con riferimento all'adempimento di una *rogatio* fedecommissaria parla esplicitamente di '*officium sequi*', ricondotto alla sollecitazione di *virtutes* (*humanitas, probitas, aequitas, fides, iustitia*), e – si badi – adduce tale *officium sequi* quale esempio di condotta non coercibile dall'ordinamento giuridico positivo (§ 2.17.57).<sup>33</sup> Nello sfondo di questa tradizione concettuale, peraltro, è notevole che il giurista, pur proponendosi di spiegare la denominazione '*fideicommissum*' ('*et ideo fideicommissa appellata sunt, quia...*'), abbia menzionato non già la *fides*, come ci saremmo aspettati in una prospettiva etimologizzante, bensì, per l'appunto, il *pudor*.

Tornando al discorso di Paolo, può osservarsi che la portata generalissima e per dir così 'categoriale' del termine *officium* è la stessa che questo giurista ha adottato allorché, al fine di giustificare la gratuità del *mandatum*, ha indicato il fondamento, storico e dogmatico al contempo,<sup>34</sup> di questo contratto:

D. 17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*) *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium vero est officio merces: interueniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*

Un testo, quest'ultimo, nel quale si noterà il duplice ricorso all'idea di *officium* in quanto tale: una prima volta, in coppia e sullo stesso piano della figura e del valore in sé dell'*amicitia* ('*originem ex officio atque amicitia trahit*'); una seconda volta, allorché il giurista osserva che l'elemento-*merces* è contrario alla figura in sé dell'*officium* ('*contrarium vero est officio merces*').

Questi due brani paolini costituiscono le attestazioni di '*officium*' aventi più alto livello di astrazione nella documentazione giurisprudenziale pervenutaci: astrazione superiore non solo, ovviamente, rispetto agli impieghi del termine nel senso concreto di compito, incarico, servizio, singolo dovere specifico o complesso di doveri, ruolo, ma anche rispetto ad impieghi di ampia portata, quali '*ex officio amicitiae gerere*' (lo stesso Paolo, D. 42.5.23, in tema

<sup>32</sup> Cic., *fin.* 2.18.58. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit [...] nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes; ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sex. Peducaeus, Sex. F., is qui hunc nostrum reliquit efficiem et humanitatis et probitatis suae filium, cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus, cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio, equite Romano splendido, Nursino, ultero ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum exposuit hereditatemque reddidit. Sed ego ex te quaero, quoniam idem tu certe fecisses, nonne intellegas eo maiorem vim esse naturae, quod ipsi vos, qui omnia ad vestrum commodum et, ut ipsi dicitis, ad voluptatem referatis, tamen ea faciatis e quibus appareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plusque rectam naturam quam rationem pravam valere. 59. [...] Perspicuum est [...], nisi aequitas, fides, iustitia profiscantur a natura, et si omnia haec ad utilitatem referantur, vir bonus non posse reperiri; deque his rebus satis multa in nostris de re publica libris sunt dicta a Laelio.*

<sup>33</sup> Il discorso svolto in *fin.* 2.18.58-59 costituisce, infatti, l'esplicazione a titolo paradigmatico delle affermazioni che l'Arpinate compie subito prima, in chiusura del § 57, e che vertono sull'impossibilità di sanzionare determinati comportamenti. In particolare, nelle battute conclusive del § 57 Cicerone elogia la retta condotta del potente Pompeo, il quale, se avesse voluto, '*esse ... iniquus poterat in punere*', ed esclama '*Quam multa vero iniuste fieri possunt, quae nemo possit reprehendere!*'. Sulla testimonianza ciceroniana cfr. G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", cit., 93 ss.

<sup>34</sup> Per la presenza di entrambe le finalità si esprime G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano 1974, 244.

di *negotium* di impubere) o ‘*ex officio pietatis facere*’ (Marciano, in D. 5.2.2, in tema di testamento), ‘*ex officio pietatis dare*’ (Ulpiano, in D. 25.3.5.17, in tema di alimenti): impieghi che sono, invece, circostanziati dall’indicazione di un preciso referente (*amicitia, pietas*).<sup>35</sup>

Nel testo sul *iudicium contrarium commodati*, in sostanza, ‘*officium*’ esprime la doverosità etica tout court. Una significativa corrispondenza – senza che la suggestione del confronto si traduca in ipotesi di ascendenza culturale o, addirittura, di specifico prestito – si registra con l’impiego del termine in due importanti passaggi del *De officiis* ciceroniano:

Cic., *off.* 1.10.31. *Sed incidunt saepe tempora, cum ea, quae maxime videntur digna esse iusto homine, eoque quem virum bonum dicimus, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, facere promissum quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem, ea migrare interdum et non servare fit iustum. Referrī enim decet ad ea, quae posui principio fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitati serviatur. 32. Potest enim accidere promissum aliquod et conventum, ut id effici sit inutile vel ei, cui promissum sit, vel ei, qui promiserit ... Nec promissa igitur servanda sunt ea, quae sint iis, quibus promiseris, inutilia, nec si plus tibi noceant, quam illi prosint cui promiseris, c o n t r a o f f i c i u m e s t maius anteponi minori, ut, si constitueris cuiquam te advocatum in rem praesentem esse venturum atque interim graviter aegrotare filius coeperit, n o n s i t c o n t r a o f f i c i u m non facere quod dixeris, magisque ille, cui promissum sit, a b o f f i c i o d i s c e d a t, si se destitutum queratur. Iam illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? Quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus;*

Cic., *off.* 3.25.95. ... *Ergo et promissa non facienda non numquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum s i t, o f f i c i u m n o n r e d d e r e. Quid? Si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo: facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. Sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta: facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta.*

Il significato e la peculiare prospettiva sono affini: sia in Cicerone che in Paolo l’*officium* è l’astratta doverosità alla quale rapportare l’adozione (e la valutazione) di comportamenti. Cicerone dice di un determinato comportamento che “è *contra officium*” o che il suo autore “*ab officio discedit*”,<sup>36</sup> di un altro comportamento, all’opposto, che “è *officium*”; il giurista

<sup>35</sup> Ad un livello ancor meno generale si colloca l’*officio pietatis fungi* di Papiniano, in D. 10.2.57pr. (*Arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur...*) e il celsino *‘officium fidei praestandae’* riferito da Ulpiano in D. 24.1.5.15 (*‘Si quis rogatus sit praecepta certa quantitate uxori suae hereditatem restituere et is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo digestorum scripsit magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum quam donasse uideri ...’*), che allude all’adempimento di uno specifico dovere o compito (*officio fungi*), quello di *‘praestare fidem’* eseguendo un fedecommesso. Diversamente, per la medesima fattispecie dell’adempimento di una *rogatio* fedecommissaria, Cicerone (*fin.* 2.18.58-59) parlava, in prospettiva astratta, di *‘officium sequi’* tout court: cfr. *supra*, nt. 31.

<sup>36</sup> Analoga concettualizzazione si trova in *off.* 1.14.43 *‘...id autem tantum abest ab officio, ut nihil magis officio possit esse contrarium’*.

severiano afferma che l'*officium* “impedisce” l’intempestiva pretesa di restituzione del comodante.

Mette conto precisare che, all’interno del materiale giurisprudenziale giunto fino a noi, i due testi di Paolo, quello sul *iudicium commodati contrarium* e quello sulla gratuità del *mandatum*, sono i soli nei quali si trovi utilizzato il termine ‘*officium*’ in relazione al dovere in quanto tale.<sup>37</sup> Come pure, va segnalato che soltanto in un testo dello stesso Paolo è attestato un impiego della forma avverbiale ‘*officiose*’.<sup>38</sup> Questi due dati possono costituire, certo, frutto di una coincidenza, imputabile ad una mera casualità della documentazione superstita. Ma fa riflettere il fatto che Paolo è, ancora, il giurista che, di fronte all’*interdictum* ‘*De homine libero exhibendo*’, esperibile da *quivis de populo* per il caso di uomo libero trattenuto da qualcuno *dolo malo* e perciò indicato da Ulpiano come proposto dal pretore *tuendae libertatis causa*, ha escogitato, invece, l’inquadramento quale strumento ‘*officii tuendi causa*’,<sup>39</sup> avendo considerato, cioè, quale interesse da tutelare l’*officium*, e precisamente il dovere di solidarietà nell’umana convivenza.<sup>40</sup> Pur con la predetta consapevolezza circa una eventuale

<sup>37</sup> Non ritengo, infatti, che possa addursi, come ulteriore riscontro di un valore generalissimo di ‘*officium*’, anche D. 21.1.31.14 (Pedio-Ulpiano) ‘*Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit ceterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt: et ita Pedius ait*’. G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 246 interpreta il testo nel senso che Pedio «ricorre al concetto di *officium* per giustificare la ratio di ogni intervento spontaneo (spaziatura mia) nella cura d’interessi altrui». Senonché – a parte il fatto che i testi addotti a sostegno (D. 3.1.1.5; 4.5.5.2; 4.5.6; 5.1.12.2; 16.1.1.1; 16.1.2.1; 50.17.2pr.) non sono, in realtà, conducenti, giacché in essi si parla di *officia* o di *officium* nel senso più concreto di ‘compiti’ (-o), ‘incarichi’ (-o) –, solleva riserve la circostanza che, al posto di parole quali, ad es., ‘*e i s q u e, qui ex officio ... interveniunt*’, il giurista scrive ‘*c e t e r i s q u e qui ex officio ... interveniunt*’. Questo dato, invero, rende preferibile una lettura secondo la quale Pedio alludeva “ai restanti soggetti” che intervengono anch’essi, come il *procurator* e il *curator*, non già spontaneamente, bensì in base ad un ruolo, o incarico, affidato loro (‘*ex officio*’): penserei, ad es., al *cognitor*, ma anche alle figure del *curator prodigi* e del *curator furiosus* (Pedio e Ulpiano, cioè, menzionando esplicitamente il *curator* accanto al *tutor*, potrebbero aver pensato, primariamente, alla figura più importante, quella del *curator* dei minori di venticinque anni).

<sup>38</sup> D. 34.9.21 (Paul. 5 *sent.*) ‘*Portiones quoque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt: omnes enim heredes vel eos qui loco heredis sunt o f f i c i o s e agere circa defuncti vindictam convenit*’.

<sup>39</sup> D. 43.1.2.1 (Paul. 63 *ad ed.*) ‘*Interdicta autem competunt uel hominum causa uel diuini iuris aut de religione, sicut est ‘ne quid in loco sacro fiat’ uel ‘quod factum est restitatur’ et de mortuo inferendo uel sepulchro aedificando. hominum causa competunt uel ad publicam utilitatem pertinentia uel sui iuris tuendi causa uel o f f i c i i t u e n d i c a u s a uel rei familiaris. publicae utilitatis causa competit interdictum ‘ut uia publica uti liceat’ et ‘flumine publico’ et ‘ne quid fiat in uia publica’: iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de libertis exhibendo: o f f i c i i c a u s a de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur*’. A suo tempo, la complessiva classificazione degli interdetti conservata in questo frammento fu ritenuta di origine postclassica da A. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, in ZSS 36, 1915, 160; di recente, invece, il testo è stato assunto, implicitamente, come classico da G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, 49 ss. e da R. SCEVOLA, ‘*Utilitas publica*’. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, 159 ss.

<sup>40</sup> C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile*, III, Torino 1915, 52: interdetti «impetrati non per un proprio interesse in senso stretto, ma bensì per un interesse di umanità»; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, 108: gli interdetti *officii tuendi gratia* «hanno il loro fondamento in uno squisito senso di solidarietà umana e civile»; più di recente, F. CANCELLI, v. ‘*Ufficio (dir. rom.)*’, in *Enc. dir.* 45, 1992, 608: “umana solidarietà”.

accidentalità dei primi due dati, si affaccia l'ipotesi che ci troviamo di fronte ad una serie di indizi di una precipua attenzione e valorizzazione da parte di Paolo, forse più spinta che in altri giuristi, della prospettiva etica dell'*officium* in quanto tale.

4. Si è autorevolmente sostenuto<sup>41</sup> che, a fronte della fissazione, da parte di Paolo, di una dicotomia tra *officium* e doveri giuridici, una differente linea di pensiero, magari sabiniana, ricondurrebbe all'*officium* anche gli obblighi giuridici. Lo mostrerebbero i seguenti brani (il primo e il terzo in tema di mandato, il secondo in tema di mandato e deposito):

D. 17.1.36.2 (Iav. 7 ex Cass.) ...*propius est, ut cum huiusmodi incommodis mandatum suscipi possit praestari quae officium et in partibus emendis perinde atque in toto debeat ab eo, qui tale mandatum sua sponte susceperit;*

D. 47.2.62(61).5 (Afric. 8 quaest.) ....*multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse;*

D. 17.1.27.2 (Gai. 9 ad ed. prov.) *Qui mandatum susceperit, si potest id explere, desere pro missum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit, alterius opera utatur ...*<sup>42</sup>

Su questa linea interpretativa si è detto che, diversamente che per il giurista severiano, per Giavoleno, Africano e Gaio «l'*officium* non è estraneo al piano dei doveri giuridici e ad essi contrapposto, ma coincide con l'obbligo giuridico».<sup>43</sup>

In realtà, un raffronto in questi termini e la conseguente individuazione di differenti linee di pensiero non è proponibile.

Intanto, perché Paolo, da una parte, gli altri tre giuristi, dall'altra, ragionano con accezioni diverse del termine *officium*. Il giurista severiano, come si è appena sottolineato, opera con il concetto di dovere morale in quanto tale; gli altri, con il valore più concreto di compito, incarico, specifico dovere assunto. Lo dimostrano il contesto delle affermazioni e l'uso delle aggettivazioni '*officium suum*', '*id officium*', '*promissum officium*'.<sup>44</sup> In secon-

<sup>41</sup> D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 275.

<sup>42</sup> Sullo stesso piano si colloca, dello stesso giurista, il testo di Gai 4.83: ...*nec interest, praesens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.*

<sup>43</sup> G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 739 s.

<sup>44</sup> In sostanza, '*officium*', nei brani dei tre giuristi, si pone nella prospettiva più concreta nella quale, ad es., si situa anche il noto brano dell'orazione ciceroniana *pro Roscio amer.* (§ 111) che costituisce la testimonianza-principe del collegamento tra *mandatum*, *fides* e *amicitia* e nella quale si parla di '*mutua officia*' (espressione che bene, di recente, G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 762, ha inteso nel senso concreto di "servigi reciproci"): '*In privatis rebus, si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat*

do luogo, in quanto completamente distinte sono le prospettive e le finalità dei discorsi: per Paolo, diversamente che per i tre giuristi, non si tratta di indicare comportamenti, prestazioni, doveri ai quali è chiamato un soggetto ‘*obligatus*’ in base a un contratto, ma si tratta di segnalare la rispondenza della decisione di *commodare* ad una generale doverosità etica e, nel seguito del discorso, di stigmatizzare come contrario a tale doverosità un comportamento del comodante. Tant’è che lo stesso Paolo, quando si riferisce, come i tre giuristi, al contenuto di un dovere contrattuale, non esita ad utilizzare lui stesso, dal medesimo punto di vista concreto, la medesima terminologia ‘*officium praestare*’ usata da Giavoleno in tema di *mandatum*:

D. 19.5.5.4 (Paul. 5 *quaest.*) ... *si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, uel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificaui et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo interuenisse uidetur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamuis enim et impendia sequantur, tamen m u t u u m o f f i c i u m p r a e s t a m u s et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possuum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem) ...*

5. L’*officium* quale dovere morale si esplica, nella concreta fattispecie considerata da Paolo, nel prestare aiuto ad altri attraverso la concessione di un *beneficium*.<sup>45</sup>

Questo termine compare ben tre volte nel discorso, e in tre punti-chiave. Una prima volta, per precisare che, nella fase della formazione dell’accordo, la determinazione di limiti e durata del godimento della *res* spetta a chi ‘*beneficium tribuit*’, cioè al comodante; una seconda volta, allorché il giurista spiega che ciò che all’inizio della trattativa era stata questione di *beneficium* e di semplice volontà, in seguito alla formazione del vincolo obbligatorio si trasforma (*converte*) in un rapporto di prestazioni e azioni reciproche; una terza volta, nella notazione moraleggiante ‘*adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*’. Ma l’idea del *beneficium* va anche colta in filigrana tra le righe del discorso svolto nella parte centrale del testo, là dove Paolo compie un confronto con la posizione del gestore di un affare dell’assente: le parole ‘*ut accidit in eo...*’ riassumono la notazione precedente circa la conversione di una iniziativa volontaria benefica in un rapporto di prestazioni e azioni reciproche, con la conseguenza che il gestore non può abbandonare l’affare intrapreso *impune*. E lo stesso deve dirsi per l’ulteriore<sup>46</sup> riferimento al *mandatum*, l’accettazione del quale (*suscipere*) è, evidentemente, considerata da Paolo alla stregua di un *beneficium*.

*omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum m u t u i s o f f i c i i s g u b e r n e t u r. 112. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? Cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. S u s c i p i s o n u s o f f i c i i q u o d t e p u t a s s u s t i n e r e p o s s e; q u o d m a x i m e v i d e t u r g r a u e i i s q u i m i n i m e i p s l e u e s s u n t. Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam fere, nisi amico; neque credit, nisi ei quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset, nisi credidisset.*

<sup>45</sup> Cfr. G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in *Derecho romano de obligaciones*, cit., 671: «senso meramente etico della solidarietà».

<sup>46</sup> Cfr., infatti, *supra* § 2 su ntt. 14-17.

Sia l'*officium* che il *beneficium* vengono da Paolo collegati all'elemento-*voluntas*. Si considerino, al riguardo, l'*incipit* del testo '*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit*' e la formulazione '*... quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat...*'. Il senso di questo collegamento consiste in ciò, che dare in comodato è frutto di una determinazione volontaria, rispondente ad un sentimento del dovere di solidarietà, e non già costretta da una *necessitas*, da un (preesistente) obbligo; ed è *beneficium* in quanto azione volontaria benefica, emanazione di quel dovere, caratterizzata dalla gratuità della concessione.<sup>47</sup> Solo una volta che il comodante '*beneficium tribuit*', vale a dire una volta che, avendo preso la decisione di *commodare*, conclude il contratto, subentra la *necessitas*, e cioè l'obbligatorietà di prestazioni giuridiche, tale in forza dell'esistenza di azioni a sanzione del mancato adempimento delle stesse: con riguardo al comodante, subentra, in particolare, l'obbligo di consentire al comodatario il godimento della cosa nei tempi e nei modi stabiliti (astenendosi, in particolare, da una richiesta anticipata di restituzione della cosa). Ciò vale anche per il rapporto tra la volontarietà della gestione degli affari di un assente rispetto alla *necessitas* di portarli a compimento una volta (liberamente) intrapresi e per la volontarietà dell'accettazione di un incarico (*suscipere mandatum*) e cioè della conclusione di un contratto di *mandatum*, rispetto alla *necessitas* di adempimento del *mandatum* stesso.

È stato opportunamente osservato<sup>48</sup> che questo tipo di ragionamento ben si presta ad essere valutato come riflessione squisitamente tecnico-giuridica, analoga ad altre compiute dai *prudentes* – tra i quali lo stesso Paolo in D. 17.1.22.11 (32 *ad ed.*) '*sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet*<sup>49</sup> –, senza che essa abbia ad alimentarsi di prestiti culturali di qualsivoglia matrice e, in particolare, di un preteso collegamento con il contrappunto fissato da Seneca nel *De beneficiis* tra adempimento vo-

<sup>47</sup> Si ricordi, del resto, il collegamento tra gratuità e *officium* (di cui il *beneficium-commodare* è, appunto, manifestazione) scolpito dallo stesso Paolo in D. 17.1.1.4 (*supra*, § 3).

<sup>48</sup> Da G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 739 s.

<sup>49</sup> La notazione costituisce cornice di un discorso sulla possibilità di *renuntiare* da parte del mandatario. A questo testo G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 739 aggiunge la notazione di Giavoleno in D. 17.1.36.2 (lav. 7 *ex Cass.*) '*... propius est, ut cum huiusmodi incommodis mandatum suscipi possit praestarique officium et in partibus emendis perinde atque in toto debet ab eo, qui tale mandatum suscipit*'. Ma può citarsi anche la notazione di Gaio in D. 34.5.7.1 (Gai. 1 *fideicom.*) '*Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fidei commisisset, ut, cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset: verissimum est utile esse fideicommissum. nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat: pluri enim in enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligare cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat*' (su questo brano cfr. G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", cit., 103 nt. 286).

Si pone, invece, in una prospettiva differente, e dunque non ritengo (diversamente da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 273 s.) che possa addursi tra i possibili precedenti ("Vorbildern") dell'opposizione paolina '*voluntas - necessitas*', la seguente presa di posizione di Labeone, riferita dallo stesso Paolo in D. 3.5.18.2 (Paul. 9 *ad ed.*): '*Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili ...*'.

lontario dei *beneficia* e adempimento indotto dall'esistenza di uno strumento processuale, che rende l'adempimento stesso come '*res necessaria*' (*ben.* 3.7.1-3).<sup>50</sup> Nello stesso orizzonte puramente tecnico-giuridico, aggiungo, ottimamente si giustifica anche il fatto che Paolo proietta l'obbligatorietà-*necessitas* nell'esperibilità di *actiones* ('*invicem propositae sunt actiones*'; '*praestationes actionesque civiles*'): anziché apparire come eco della '*res necessaria*' senecana, il dato trova la spiegazione più naturale nella circostanza che oggetto apposito del commento del giurista è proprio l'ambito di applicazione di un'azione, il *iudicium commodati contrarium*. Del resto, anche la raffigurazione del *commodare* in termini di *beneficium* era radicata all'interno dello stesso ambiente giurisprudenziale, come mostra un brano del commento all'editto provinciale di Gaio che assume il comodatario *sic et simpliciter* come '*beneficii debitor*'.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Sen., *ben.* 3.7.1. ... *pars optima beneficium perit, si actio sicut certae pecuniae aut ex conducto et locato datur. Hoc enim in illo speciosissimum est, quod dedimus vel perdituri, quod totum permisimus accipientium arbitrio; si appello, si ad iudicem voco, incipit non beneficium esse, sed creditum. 2. Deinde cum res honestissima sit referre gratiam, desinit esse honesta, si necessaria est; non magis enim laudabit quisquam gratum hominem quam eum, qui depositum reddidit aut, quod debebat, citra iudicem solvit. 3. Ita duas res, quibus in vita humana nihil pulchrius est, corrumpimus, gratum hominem et beneficium; quid enim aut in hoc magnificum est, si beneficium non dat, sed commodat, aut in illo, qui reddit, non quia vult, sed quia necesse est? Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.*

Per apprezzare compiutamente questa testimonianza è opportuno, da un lato, tener conto del fatto che il '*referre gratiam*' è, di per sé, qualificato '*res honestissima*' in conformità alla considerazione del *gratum esse* come *virtus* rispetto alla quale "nulla è più *honestum*" (*ben.* 4.19.4 in fine: '*Quid est autem honestius, quam gratum esse? Huius virtutis materia tam late patet quam vita*'; v. a. *ben.* 1.4.4: '*honestissima contentio*' in relazione al *se grate gerere*; e *ben.* 4.6.3: la coincidenza tra *gratum esse* e *honestum* è quanto di più rilucente e avvertito in modo unanime); dall'altro lato, che l'affermazione che tale res '*desinit esse honesta, si necessaria est*' va accostata ad un assunto come quello limpidamente espresso da Seneca nell'*epistula* 66, e segnatamente nel § 16 '*nihil honestum est quod ab invito, quod a coacto fit; omne honestum voluntarium est. [...] Non potest honestum esse quod non est liberum; nam quod timet servit*' e nel § 17 '*...Omne honestum iniussum incoactumque est*'.

Il collegamento tra l'impianto del discorso di Paolo e l'elaborazione di Seneca era stato sostenuto, per la prima volta, da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 270 ss., seguito da A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista?*, cit., 163 e da me stesso ("*Obligatio est iuris vinculum*", 177 ss.).

<sup>51</sup> D. 47.2.55.1 (Gai 13 *ad ed. prov.*) '*Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et bene facere debitor sibi acquirere. unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donec*'. Gaio dà notizia di un responso, secondo il quale chi ha dato in comodato una cosa altrui avuta in comodato risponde per furto; e dopo aver chiosato che, alla luce di detto responso, commette furto anche colui che converte in proprio lucro l'*usus* di una cosa altrui, supera l'ipotetica obiezione (legata, evidentemente, alla gratuità del comodato) che, in questo caso, non vi sarebbe un *facere sui lucri causa*, osservando che un tipo di *lucrum* consiste nel fare largizioni con mezzi altrui e nell'acquisire a sé un *beneficii debitor*. Il fatto che Gaio adotti quest'ultima locuzione senza alcuna esplicitazione rivela che erano diffuse e radicate nella società e nella cultura romane tanto la rappresentazione del *comodatum* come *beneficium* quanto la circostanza che il destinatario di un *beneficium* era *adstrictus* da un dovere di ricambiare, stringente al punto da poter essere senz'altro qualificato '*debitor*' (cfr., del resto, già Petron., *Satyr.* 126 '*Sive ergo nobis vendis quod peto, mercator paratus est, sive [...] commodas, effice ut beneficium debeam*'). Sul testo di Gaio rinvio a G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", cit., 133.

Con l'occasione, mette conto notare che, se il dare in comodato è inteso come un *largiri* in ragione

È degna di nota la circostanza che, pur se l'elemento-chiave del ragionamento paolino è il contrappunto tra la libera formazione della volontà di *commodare* e la necessità di comportamenti una volta che il contratto è concluso ('*suscepta obligatio*'; '*geritur negotium*') e pur se, in quest'ottica, il giurista sottolinea con forza la vicenda del subentrare del vincolo e della coercibilità del rapporto obbligatorio ('*quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat converti in praestationes actionesque civiles*'), l'*officium* con la sua doverosità morale continua ad essere avvertito come presente e come esercitante un ruolo: non più, adesso, sollecitatore di un comportamento (il *commodare*), bensì impeditore di una condotta contraria allo spirito di solidarietà e *beneficentia* (la prematura richiesta della cosa comodata): '*non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio*'. Anzi, a ben guardare, l'articolazione interna di questa affermazione rivela che la persistente presenza ed operatività dell'*officium* viene come data per scontata, come una base certa rispetto alla quale la portata ostativa dell'intervenuta *obligatio* costituisce aggiunta di una prospettiva ulteriore. In altri termini, per Paolo la dimensione morale dell'*officium* non viene sostituita dalla conclusione dell'operazione giuridica: nella sua rappresentazione del regime del comodato, la dimensione giuridica convive con una sottostante dimensione morale.

Anche la parte finale del testo dà conto di siffatta coesistenza. Infatti, dopo che si chiude il confronto con la *negotiorum gestio* e con il *mandatum*,<sup>52</sup> i concreti esempi di comportamento del comodante sono presentati sotto lo schema concettuale '*non recte facies*', il cui significato è "non ti comporterai correttamente" da un punto di vista morale. Il senso è lo stesso riconoscibile in altri testi giurisprudenziali, tra i quali basterà richiamare, ad esempio, quello in cui Ulpiano qualifica come '*non recte facere*' e, poco dopo, come '*facinus*' la condotta della concubina che, dopo essere stata tale con il patrono, cominci ad esserlo anche con il figlio o con il nipote (25.7.1.3).<sup>53</sup> Tant'è che Paolo fa sfociare la diagnosi '*non recte facies*' direttamente nella notazione di stampo parenetico<sup>54</sup> '*adiuvare quippe nos, non decipi benefi-*

del suo carattere gratuito, la rappresentazione di questo *largiri* come *beneficium* serve a Gaio, anziché a rimarcare tale gratuità, a giustificare, all'opposto, l'idea che dare in comodato è configurabile come fonte di *lucrum*, in ragione, appunto, del dovere di ricambiare. A quest'ultimo proposito può addursi anche un brano di Ulpiano (D. 5.3.25.11 – Ulp. 15 *ad ed.*), ove il donante (e Gaio, in chiusura, accostava la donazione al comodato) viene presentato, per il fatto stesso di donare, quale autore di un '*sibi aliquem naturaliter obligare*' (pur negandosi, rispetto alla specifica questione affrontata, che ciò configuri un arricchimento per il donante): '*Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in toto damnum adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt ... Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt...*'.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, § 2 su ntt. 14-17.

<sup>53</sup> D. 25.7.1.3: *Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est.* Per altri impieghi nella medesima prospettiva cfr. D. 7.1.13.8 (Ulp. 18 *ad Sab.*) '*... si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet*'; D. 50.16.73 (Ulp. 80 *ad ed.*) '*Haec verba in stipulatione posita eam rem recte restitui fructus continent: recte enim verbum pro viri boni arbitrio est*'; D. 1.16.4.4 (Ulp. 1 *de off. procons.*) '*Recte et ordine faciet, si edictum decessori suo miserit significetque, qua die fines sit ingressurus*'; nonché D. 36.1.65.10 (Gai. 2 *fideicom.*) '*Si vero nominis ferendi condicio est, quam praetor exigit, recte quidem facturus videtur, si eam expleverit: nihil enim male est, honesti hominis nomen adsumere ...*'.

<sup>54</sup> «Il finale è un omaggio alla morale quasi parenetico»: così F. CANCELLI, v. '*Ufficio*', cit., 613.

*cio oportet*. In sostanza, con perfetta corrispondenza rispetto alla correlazione iniziale ‘*non officium tantum, sed et suscepta obligatio*’ (ove l’*obligatio* è esplicitata in termini di *negotium* e questo, a sua volta, in termini di *praestationes* e *actio nes* reciproche), anche nella parte conclusiva viene indicata la contrarietà all’*officium* (‘*non recte facies*’) e la coesistente reazione processuale, del diritto positivo: ‘*contrarium iudicium utile dicendum est*’.<sup>55</sup>

Non saprei se l’accostamento alle figure della *negotiorum gestio* e del *mandatum* implichi che anche con riguardo a queste vicende Paolo si rappresentasse siffatta coesistenza tra momento etico e prospettiva giuridica (se, cioè, per il giurista “*officium impedit*” anche l’abbandono dell’affare intrapreso o dell’incarico assunto) o se tale accostamento fosse stato pensato da Paolo come circoscritto alla distinzione tra *nuda voluntas* e subentrata *necessitas*. In ogni caso, già da solo il complessivo discorso relativo al comodato testimonia un’enfaticizzazione del profilo etico nella messa a fuoco – si badi –, non già della (semplice) configurazione dogmatica di un contratto, bensì del concreto regime giuridico dello stesso e dei relativi strumenti di tutela proposti nell’editto pretorio. Ove si consideri che nella corrispondente versione dei Basilici (B. 13.1.17), pur mancando del tutto qualsiasi riferimento all’*officium* (e al *beneficium*), il discorso mantiene una incisiva nettezza sul piano tecnico-giuridico,<sup>56</sup> ancor più risalta la peculiare opzione argomentativa e l’intera linea direttrice assunte da Paolo e cioè l’aver proiettato l’illustrazione del funzionamento del *iudicium contrarium commodati* nella prospettiva della coesistenza fra dimensione giuridica e dimensione morale. Potrebbe trattarsi – insieme con gli elementi più su richiamati (§ 3): l’uso in sé di ‘*officium*’ in funzione ‘categoriale’ (in questo brano come in D. 17.1.1.4), l’*hapax legomenon* del riscontro di ‘*officiose*’ e la considerazione dell’*officium* quale interesse tutelato dall’*interdictum De homine libero exhibendum* – di un’ulteriore traccia nel senso di una ipotizzabile precipua attenzione di questo giurista<sup>57</sup> per gli orizzonti della doverosità morale dell’*officium* nell’analisi degli istituti giuridici.

<sup>55</sup> Il riferimento al *iudicium contrarium*, come si è detto (*supra*, § 2), nell’originale classico dovette esser preceduto, con ogni verosimiglianza, dalla menzione di una ulteriore reazione giuridica al comportamento riprovevole del mandante.

<sup>56</sup> B. 716-15 ‘Ο κίχρων ὀφείλει, εἴτι βούλεται, συμφωνεῖν ἐν ἀρχῇ μεθὸ γὰρ χρήσει, οὐ δύναται πρὸ καιροῦ ἀφαιρεῖσθαι τὸ χρησθέν.’ Ἴσως γὰρ ἔχρησάς μοι πτυχτὴν εἰς τὸ ἐν αὐτῇ προσγράψαι μοι τὸν χρεώστην μου, ἢ ξύλαι εἰς ὑπόρθωσιν. Εἰ δὲ καὶ ἐν εἰδήσει αὐτὰ ἐπίψογα παράσχης, ἐνέχη τῇ κατὰ τῶν ἐν χρήσει λαμβανόντων ἀγωγῇ. Καὶ ὁ ἀρξάμενος γὰρ τὰ τοῦ ἀπόντος διοικεῖν οὐκ ἀζημίως αὐτὰ καταλιμπάνει· εἰ μὴ γὰρ αὐτὸς διώκησεν, ἴσως ἂν ἕτερος διώκησε. καὶ τὴν ἐντολὴν ἐκουσίως μὲν ὑποδέχεται τις, ἐξ ἀνάγκης δὲ πληροῦ (trad. Heimbach: *Qui commodat, ab initio, si velit, pacisci debet: postquam enim commodavit, ante tempus definitum auferre rem commodatam non potest: fortasse enim pugillares mihi commodasti, ut in eis debitor meus mihi caveret, vel tigna ad fulcimentum. Nam et si sciens ea vitiosa commodaveris, commodati actione teneris. Nam et qui absentis negotia gerere incohavit, impune ea non deserit: nisi enim ille gessisset, alius fortasse gesturus erat. Etiam mandatum sponte quis suscipit, necessario autem implet*). La vistosa scarnificazione del testo di Paolo si deve al fatto che, conformemente alla normale provenienza delle versioni greche dei frammenti del Digesto raccolte nei Basilici, anche questo testo dovette derivare dalla *summa* dell’Anonimo (cfr., per tutti, J.H.A. LOKIN - N. VAN DER WAL, *Historiae iuris graeci-romani delineatio*, Groningen 1985, 82).

<sup>57</sup> Quanto al giurista classico – a mio avviso, come detto, Gaio – autore del testo conservato in I. 2.23.1 sul riconoscimento giuridico dei fedecommessi (*supra*, § 3), il fatto che costui ha impostato il proprio discorso in chiave di contrapposizione tra due fasi storiche non consente di sapere se il ‘*t a n t u m pudore ... continebantur*’ comporti che, con riguardo al più maturo regime dell’istituto, ormai corredo da tutela processuale, anche egli, come Paolo rispetto al comodato, si rappresentasse una coesistenza tra le due dimensioni, quella del *pudor/officium* e quella giuridica.

Il mio intervento – programmaticamente circoscritto alla presenza dell'*officium* nello svolgimento di D. 13.6.17.3 – si ferma qui; con l'auspicio di potere, in una futura ricerca apposita, allargare il campo di indagine verificando la sussistenza di eventuali segni e profili ulteriori di una sensibilità e attenzione di Paolo per le prospettive etiche collegate (o collegabili) al fenomeno giuridico.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Cfr. intanto, per qualche riflessione sul punto, A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista?*, cit., 162 ss.



La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it).



Finito di stampare nel mese di dicembre 2016  
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Palermo)



