



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Giovanni Turelli

Per un'archeologia del comodato

**Dalla 'essenziale gratuità' dell'art. 1803 cod. civ. al
'*gratia debent*' di Cic. *fin.* 2.35.117**

Numero XIV Anno 2021
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Per un'archeologia del comodato

Dalla 'essenziale gratuità' dell'art. 1803 cod. civ. al '*gratia debet*' di Cic. *fin.* 2.35.117

1. Col presente contributo – il cui sottotitolo, è bene chiarirlo subito, ha natura retorico-provocatoria (ne è una spia, peraltro, l'andamento retrogrado) e non cela alcuna aspirazione attualizzante – non perseguo il fine della ricostruzione del comodato¹, né nell'esperienza giuridica

¹ Per il diritto romano, senza pretesa di esaustività, per un quadro generale cfr.: C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG*, 52, 1894, 469 ss. e 53, 1894, 41 ss., 257 ss., ora in *Opere di Contardo Ferrini*, III. *Studi vari di diritto romano e moderno: sulle obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 81 ss.; E. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*'. *Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*, 19, 1907; 5 ss.; F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954; ID., voce *Comodato (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 3, Torino, 1959, 688 ss.; G. SCHERILLO, voce *Comodato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 7, Milano, 1960, 981 ss.; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano, 1983, il quale (1 s.), registrando «la scarsa attenzione da parte della disciplina romanistica», segnala quella del Ferrini come «la prima organica trattazione dedicata *ex professo*» al comodato; ID., voce *Comodato nel diritto romano*, in *Dig. disc. prin. – Sez. civ.*, 3, Torino, 1988, 31 ss.; P. CERAMI, *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in *AUPA*, 43, 1995, 283 ss.; da ultimo, A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018, ove, 1 s., ntt. 1 e 2, accurata ricostruzione della bibliografia, anche dedicata ad aspetti specifici. Quanto alle trattazioni di diritto moderno, relative all'ordinamento italiano, cfr., per una panoramica: E. BRUNORI, *Del comodato*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, II. *Libro delle obbligazioni*, 2. *Dei contratti speciali*, Firenze, 1949, 1 ss.; F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, 8.2, Torino, 1950; M. FRAGALI, *Comodato*, in *Commentario del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni. Art. 1754-1860*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1953, 146 ss.; G. TAMBURRINO, voce *Comodato (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, 7, Milano, 1960, 994 ss.; A. LUMINOSO, voce *Comodato. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, 7, Roma, 1988, 1 ss.; R. TETI,

romana, né come schema 'modello' per gli ordinamenti giuridici moderni. Espongo, piuttosto, alcune considerazioni relative a un aspetto specifico, che si risolve, infine, nella discussione del passo del *De finibus bonorum et malorum* di Cicerone citato nel titolo.

L'occasione mi è stata offerta, nel contesto di uno studio che vorrebbe avere maggiore ampiezza, dal rilievo della singolarità del carattere gratuito del comodato, tale da suscitare ancora nel diritto e nella scienza giuridica contemporanei ambiguità e incertezze. Una gratuità che non esclude, come noto, la possibilità di un vantaggio per il comodante; che, in tale evenienza, suscita imbarazzi in merito alla graduazione della responsabilità per il comodatario; che pone interrogativi circa la natura (e financo la presenza) della causa del comodato, nonché, correlativamente, sul carattere di realtà del medesimo.

È il filo della gratuità, pertanto, a condurre la riflessione, con quel che ne consegue in termini di rinvii e approssimazioni su tematiche e aspetti pure altrettanto (se non più) importanti². Lo scopo è dunque

voce *Comodato*, in *Dig. disc. priv. – Sez. Civ.*, 3, cit., 37 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, 7, Torino, 1999, 651 ss.; A. GALASSO, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano, 2004, dove a 1 s., nt. 1 si trova una esposizione articolata e ragionata della bibliografia più rilevante, italiana e straniera; O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 12. *Obbligazioni e Contratti*², 4.1, Torino, 2006, 341 ss.; N. CIPRIANI, *Del comodato*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, *Libro quarto – Delle obbligazioni (artt. 1173-2059)*, IV.2, *Tomo II (artt. 1537-2059)*³, Napoli, 2010, 2001 ss.; F. SCAGLIONE, *Il comodato. Art. 1803-1812*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger e F.D. Busnelli, Milano, 2011.

² Non verrà dunque affrontato uno dei temi centrali degli studi sul comodato: la compresenza di due strumenti di tutela processuale, *in factum* e *in ius*, su cui mi limito a rinviare, oltre che alle voci enciclopediche citate in nt. prec., a F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 49 ss., 103 ss.; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 67 ss.; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 292 ss., 312 ss.; A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., spec. 99 ss., ove, oltre a un quadro della problematica, è possibile individuare ulteriore bibliografia di dettaglio. Né lo sarà l'altro grande tema: la commisurazione della responsabilità alla *utilitas contrahentium*, se non tangenzialmente. Anche in questo caso, la vastità del tema, che sconfinava in quello più generale della responsabilità contrattuale, non consente un adeguato ragguaglio bibliografico; mi limito a rinviare a F. PASTORI, *Il comodato*, spec. 237 ss.; P. ZANNINI,

decisamente limitato: svolgere alcune riflessioni intorno a quel nodo problematico in cui sembrano intrecciarsi unilateralità contrattuale e ambigua corrispettività, con l'inevitabile scivolamento verso altre figure giuridiche o verso una normatività che oggi qualificheremmo come etico-sociale e non giuridica³. Un nodo che, a mio avviso, risale all'esperienza

Spunti, 91 ss.; A. MILAZZO, *Il contratto*, 225 ss. Sul problema di una connessione tra *utilitas* e «valutazioni 'moralessanti'» si sofferma 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*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 166 s. (ove ulteriore bibliografia). Più in generale, sulla *utilitas contrabentium*, oltre al classico di D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, 76, 1956, 68 ss., cfr., per una panoramica, M. NAVARRA, *Note in tema di «utilitas»: Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, 50, 2004, 84 ss.; ID., *'Utilitas contrabentium' e sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 223 ss.; inoltre, l'ampia sintesi di G. SANTUCCI, *'Utilitas contrabentium'. Note minime su una regola che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 277 ss. (alle ntt. 3 e 4 articolato ragguaglio bibliografico).

³ Oltre alle considerazioni che svolgerò più avanti (cfr. *infra*, nt. 48), è evidente che la perifrasi appena impiegata non consente di sfuggire al problema della qualificazione del 'giuridico' e conseguentemente di ciò che ne resti al di fuori – espressione di una normatività 'soltanto' religiosa, etica o sociale – nell'esperienza romana. Ritengo che ancora particolarmente utili possano essere le riflessioni di R. ORESTANO, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, spec. 533 ss., ma anche ID., *Dietro la consuetudine*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 13, 1963, 521 ss., ora in *'Diritto'*, cit., spec. 432 ss., nonché 436 ss. per le interessanti riflessioni in merito al ruolo che «l'accertamento giudiziale o l'elaborazione dottrinarina» svolgono nella «traduzione» dei 'modi di vita' in 'formulazioni precettive'. Sulla problematica del rapporto tra etica e diritto, con particolare «attenzione all'età fra Labeone e Pomponio», cfr., per un quadro, A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 147 ss. Per una ricostruzione del percorso che ha condotto alla «nascita della distinzione tra 'diritto' e 'morale' nel pensiero moderno» e di come tale distinzione non possa applicarsi all'esperienza giuridica romana, cfr. ora R. FIORI, *'Bonus vir'. Politica filosofia retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011, 141 ss., spec. 169 ss. (nella specie v. 182, nt. 158, sul tema della pretesa o presunta «consapevolezza», da parte dei romani, «della differenza tra categorie dello spirito di cui si assume non avessero rintracciato il *proprium*»). È tenendo conto di questa problematica e alla luce delle presenti annotazioni che, talora, nel presente lavoro, impiegherò l'espressione 'fuori dal diritto' o l'aggettivo 'extragiuridico' – e dunque essenzialmente per comodità espressiva.

giuridica romana, indietro fino al momento in cui il comodato si presentava «come mero rapporto della prassi sociale»⁴.

2. «Il comodato è essenzialmente gratuito». Il secondo comma dell'art. 1803 cod. civ. fissa la gratuità come caratteristica attinente all'essenza del comodato⁵. Esso riproduce alla lettera l'art. 1806 cod. civ. del 1865. La continuità tra i due codici è espressamente rimarcata nella *Relazione al Re*: «Il comodato rimane con la caratteristica essenziale della gratuità», dove si soggiunge subito appresso: «in modo che la promessa o la corresponsione di un compenso dà luogo ad una figura di contratto diverso, da identificarsi caso per caso»⁶.

Tuttavia, pur a fronte di linee tanto chiare, concludere per l'assenza di profili problematici sarebbe quanto meno affrettato. Vi sono, infatti, alcune questioni che in certa misura si può dire scaturiscano dalla 'essenziale gratuità' del comodato⁷. Mi riferisco – si tratta, d'altro canto,

⁴ F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 38.

⁵ Sull'essenziale gratuità come requisito del 'tipo legale' del comodato, cfr. F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 36 s. Che il «carattere 'essenzialmente gratuito' del comodato serve a identificare il tipo contrattuale e la correlativa disciplina» è altresì sottolineato da L. NIVARRA, *Le mobili frontiere della gratuità: revocatoria fallimentare*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzaresse, Milano, 2008, 125, nel contesto di una interessante riflessione circa la polisemia della locuzione 'atto a titolo gratuito', da definire «in rapporto agli obiettivi di volta in volta avuti di mira dal legislatore». Sulle «numerose accezioni normative» e sulle «notevoli difficoltà semantiche» della nozione di gratuità, v. anche A. GALASSO, S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, cit., 5 (ove a nt. 6 indicazioni bibliografiche), con invito (25 s.) a porre attenzione a non equiparare sistematicamente gratuità ad 'assenza di corrispettiva', giacché quella non si esaurisce in questa.

⁶ *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del «Codice civile»*, in Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma 1943 – anno XXI, 165 n. 734.

⁷ *Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*. 1. *Prefazione e relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi. Relazione al progetto del libro delle obbligazioni*, Roma, 1942, 271, n. 547. «Nel riaffermare la gratuità del rapporto ... non mi è parso, poi, di potere dichiarare, ... che, se è convenuto un compenso, il contratto si trasforma in locazione. Invero, il compenso eventualmente pattuito può non avere il carattere di corrispettivo,

di cose note – ai nodi, tra loro collegati, (a) della realtà del comodato e (b) della (in)compatibilità con la presenza di una utilità per il comodante⁸.

Il primo, peraltro, è tema che apre due ulteriori profili, a loro volta interconnessi: (a₁) la qualificazione della consegna e (a₂) la causa del contratto.

a₁) La scienza giuridica moderna ha ricevuto dalla tradizione romanistica il comodato come contratto reale⁹, nel solco della

e assumere quello di un obbligo modale ...». Cfr. M. FRAGALI, *Comodato*, cit., 153 ss., con precisazione in merito al fatto che la gratuità non sia desumibile «dalla sola circostanza che non sia stato espressamente convenuto un compenso», dovendosi invece avere riguardo «alla presumibile volontà delle parti, desunta dalle circostanze che diedero luogo al rapporto, dalla qualità dei contraenti e dalle relazioni che essi intrattenevano»; MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 652 segnala dubbi sull'identificazione del concetto di gratuità, per i quali cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, cit., 345 ss. e R. SACCO, *Il contratto*, cit., 872 ss.; A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 94 ss., in cui il discorso sulla gratuità è innestato su quello intorno alla causa del comodato; F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 45 ss., con particolare interesse al profilo distintivo tra gratuità e liberalità. Sul comodato modale, cfr. M. FRAGALI, *Comodato*, cit., 156 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, 346 s.; A. GALASSO, *Il comodato*, 155 ss.; F. SCAGLIONE, *Il comodato*, 95 ss. In generale, per alcuni criteri di distinzione tra atti gratuiti e onerosi, v. R. NICOLÒ, *Surrogatoria – Revocatoria*, in *Commentario del codice civile. Libro sesto. Tutela dei diritti. Art. 2900-2969*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1953, 236 ss. In una prospettiva più ampia, merita attenzione l'emersione, nell'epoca più vicina a noi, della nuova realtà della gratuità etica e solidaristica, accanto a quella, tradizionale, di stampo patrimoniale e non oneroso: cfr. A. GALASSO, S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 4.

⁸ Aspetti che possono complessivamente riassumersi nella più generale riflessione sul fatto che «il comodato ... non è, o non è più, uno schema negoziale utilizzato esclusivamente a fini di compiacenza, amicizia, affetto, o per mero spirito di liberalità, ancor meno per un segno di cortesia», perché già nell'esperienza giuridica romana «si asseriva che talora il comodante nutriveva un interesse non liberale alla concessione dell'uso gratuito di una cosa» (A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 104, in pagine dedicate alla causa del comodato).

⁹ La paternità del diritto romano è affermata nei *Lavori preparatori*, cit., 270, n. 545: «Mi è parso opportuno mantenere al comodato il carattere reale che aveva nel diritto romano non ostante l'esistenza di una corrente di dottrina favorevole ad una sua disciplina sotto il tipo del contratto consensuale»; la ragione della realtà è esplicitata immediatamente dopo: «Il comodato dà luogo a rapporti giuridici che stanno ai margini di quelli di cortesia, e perciò può essere eccessivo considerare perfetto il contratto prima ancora della consegna della cosa comodata». Cfr. M. FRAGALI, *Comodato*, cit., 146

classificazione gaiana¹⁰. Tuttavia, nell'età moderna¹¹, è stata avanzata qualche perplessità in merito alla necessità della consegna per il perfezionamento dei contratti reali, con l'intento di ricondurli nell'alveo della consensualità¹², in ragione del fatto che nel diritto italiano dei contratti il semplice consenso è idoneo alla produzione di effetti, così che «ogni convenzione inidonea a produrre effetti in virtù del consenso è nulla sì che nessuna *traditio* potrebbe mai sanarla o renderla perfetta»¹³.

ss., con sintetica ed efficace descrizione delle principali questioni correlate al nodo della realtà e inquadramento della dottrina; A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 77 ss.; di «dogma della realtà» parla F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 9 ss., con accurata ricostruzione del percorso storico e concettuale, a partire dal diritto romano. Sul contratto reale, in generale, cfr., per un inquadramento, F. MESSINEO, voce *Contratto (Diritto privato – Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 9, Milano, 1961, 883 ss.

¹⁰ Gai. 2 *aur.* [= *rer. cott.*] D. 44.7.1.3; I. 3.14.2. Nel senso di una sostanziale continuità tra principî romani e legislazioni moderne, cfr. D. MAFFEI, voce *Comodato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, 7, Milano, 1960, 994, pur senza trascurare (992) che, ferme le linee generali del modello romano, statuti e consuetudini comunali «talvolta si discostarono in modo rilevante dai principî del diritto comune romano-canonico».

¹¹ Segnala U. SANTARELLI, voce *Comodato nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. – Sez. Civ.*, 3, Torino, 1988, 35, come la realtà del comodato non sia mai stata messa in discussione nelle età precedenti, benché l'*interventus rei* abbia nel tempo assunto valori diversi (v. anche ID., '*Commodo utentis datum*'. *Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, 1972, 88 ss.).

¹² Oltre ai cenni in F. CARRESI, *Il comodato*, cit., 8 s., si veda l'articolata trattazione di P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, spec. 140 ss.; cfr. inoltre R. TETI, *Comodato*, cit., 37 s.; più ampiamente F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 1 ss., sia pure nel contesto della trattazione dell'elemento della consegna con riferimento a tutti i contratti reali. Un peso, a favore dell'emersione della tesi della consensualità, ha senz'altro avuto la configurazione del comodato come contratto consensuale nel diritto tedesco (§598 BGB): cfr., per un ragguaglio articolato e bibliografia specifica, A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 5 s., il quale peraltro precisa che, sul versante disciplinare, il BGB non si discosta troppo dagli «altri codici di matrice romanistica»; F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 10 s. (ove, a nt. 24, preziose indicazioni bibliografiche), segnala l'emersione delle tesi consensualistiche nella dottrina tedesca «sin dalla metà del XIX secolo».

¹³ R. SACCO in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*⁵, diretto da R. Sacco, 6.1, Torino, 2004, 866; più ampiamente, sulla problematica in generale, ID., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito, del comodato*, in *BBTC*, 1971, I, 502 ss.; utile sintesi e altra bibliografia in F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 1 ss.; R. TETI, *Comodato*, cit., 38.

Laddove il consenso non sia ritenuto di per sé idoneo a fare nascere un contratto, in altre parole, non potrà essere certo la consegna a raggiungere tale effetto.

Pur sostanzialmente respinta, questa posizione ha imposto un rinnovato e più approfondito riesame del nodo della realtà, se non altro al fine di individuare, per quella che taluno ha qualificato in termini di «anomalia»¹⁴, una razionale giustificazione che valga a mantenere valida la relativa categoria contrattuale e in particolare la realtà del comodato. La consegna, allora, è stata recuperata quale elemento 'formale' del contratto in parola, a «compensare la mancanza di causa del comodato e, più in generale, dei contratti reali»¹⁵. Sul cenno alla causa, torneremo a breve. Segnaliamo, invece, che, per altro verso, alla conclusione della necessità della consegna nel comodato pervengono anche quanti colgono in tale atto l'elemento di trasformazione di un rapporto di cortesia, rilevante solo socialmente, in rapporto anche giuridicamente rilevante¹⁶. In entrambi i casi, la consegna della *res* assume un ruolo centrale e decisivo, vuoi quale elemento di forma che perfeziona il

¹⁴ Cenni F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 653 s., 660, il quale giudica l'«anomalia» discutibile e derivante «anzitutto da una scarsa riflessione sui precedenti romanistici e sulla comparazione degli ordinamenti giuridici vigenti, nonché da una inadeguata comprensione della funzione, cui il comodato risponde, e della sua gratuità»; R. TETI, *Comodato*, cit., 38.

¹⁵ R. TETI, *Comodato*, cit., 38. La posizione è stata sostenuta principalmente da P. FORCHIELLI, *I contratti*, cit., 97 s., nel senso che la consegna vale, nei contratti taciti, quale comportamento concludente di manifestazione della volontà contrattuale, assurgendo al rango di «forma negoziale» (ma, ciò posto, sulla pretesa inderogabilità di tale requisito nei contratti reali, si vedano 114 ss.); cfr. anche F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 654, ove, a nt. 13, ampio e articolato ragguaglio sul dibattito dottrinario; O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, cit., 342 ss.

¹⁶ R. TETI, *Comodato*, cit., 38. Sul comodato come rapporto di cortesia, cfr. E. BRUNORI, *Del comodato*, cit., 10 ss.; F. CARRESI, *Il comodato*, cit., 13 ss., il quale ricorda che, nel diritto tedesco, il comodato è tenuto distinto dai rapporti di cortesia (*Gefälligkeitsvertrag*); M. FRAGALI, *Comodato*, cit., 159 s.; F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 661, ntt. 46 e 49; 670 s.; efficace sintesi in N. CIPRIANI, *Del comodato*, cit., 2003 s.; L. SANTORO, *L'atto di cortesia: irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *Il principio di gratuità*, cit., 225 ss.

contratto, vuoi quale elemento che trasferisce un rapporto sociale entro la sfera del diritto.

Ma il punto per noi di maggiore interesse riguarda la valorizzazione della consegna quale elemento ancora oggi necessario, secondo parte della dottrina, non già per *reverentia antiquitatis*, bensì in ragione della gratuità, che impedirebbe – in presenza di un sacrificio temporaneo e di una sola parte – di considerare giuridicamente impegnativa la semplice promessa di dare¹⁷. Al di sotto della continuità esteriore tra passato e presente, nel segno della realtà, va pertanto registrata l'attribuzione di nuovo significato a quest'ultima, in luogo di quello, nel frattempo perduto, di fonte dell'obbligazione. Del resto, durante l'età medievale e moderna era andato perduto proprio l'«originario referente sistematico», ovvero l'*obligatio*, sostituita dal *contractus*¹⁸.

In sintesi, la consegna non serve più per far nascere il contratto, ma resta in ogni caso elemento di perfezionamento di esso, perché la gratuità del contratto non consente di considerare sufficiente il solo consenso.

a₂) E veniamo al nodo della causa nel comodato¹⁹. È opinione comune e diffusa che dalla gratuità del comodato dipenda l'esilità, l'evanescenza²⁰, la debolezza o fragilità²¹ della causa, quando non già il difetto²² di essa. Se nei contratti onerosi l'intreccio tra prestazione e controprestazione assolve la funzione di giustificare vicendevolmente lo scambio e ne rappresenta la causa – operando in linea diretta nei

¹⁷ Cfr. R. TETI, *Comodato*, cit., 38; F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 653.

¹⁸ Cfr. U. SANTARELLI, *Comodato*, cit., 35; seguito da F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 669.

¹⁹ Ampia trattazione in A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 94 ss. Sugli 'equivoci' che ruotano intorno al termine 'causa', cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I. *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 262 ss. e le considerazioni sui *vestimenta* a 322 ss.

²⁰ F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 674, 710.

²¹ L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011, 17, 19, ripreso da A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 6 ss.

²² R. SACCO, *Causa*, cit., 547; ID., *Il contratto*, cit., 872 ss.; R. TETI, *Comodato*, cit., 38. Il punto è chiaramente collegato alla nozione che si accogla di causa del contratto: per un inquadramento cfr., oltre ai lavori citati *supra*, nt. 19, U. BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, 13.3. *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, Torino, 1999, 1 ss.

contratti di scambio, mentre in linea indiretta e mediata nei contratti associativi –, nei contratti gratuiti, benché non tutti²³, l'assenza di reciprocità tra vantaggi e sacrifici giuridici non consente una così evidente individuazione della causa, che va ricercata altrove²⁴. Il punto non è di poco momento, posto che – come noto – nel nostro ordinamento la causa è elemento essenziale del contratto (artt. 1325, 1418 cod. civ.). Ne segue che, non potendosene «rintracciare il nucleo in alcunché di oggettivo, ancorché esterno al negozio, ... essa si risolve in qualcosa di squisitamente soggettivo, che appartiene alla sfera interiore di chi attribuisce diritti o assume obblighi in modo gratuito e disinteressato e consiste nel suo *animus* di generoso altruismo verso la controparte». E si torna così al tema della consegna, quale «elemento di carattere oggettivo» che compensa la lacuna²⁵.

b) Il secondo profilo riguarda il tema dell'utilità del comodante. La gratuità 'essenziale' definisce una caratteristica connessa direttamente al tipo legale – mentre in via ordinaria, gratuità/onerosità sono presunte²⁶ –, da cui, come corollario, l'attribuzione patrimoniale unilaterale²⁷. Ciò significa che è sempre esclusa qualunque forma di corrispettività diretta, ma – ed è il punto più interessante – non significa altresì che non possa esservi una corrispettività indiretta²⁸. Una maggiore attenzione alla

²³ L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 15 ss. Alcuni modelli contrattuali gratuiti presentano una causa rientrante in uno dei seguenti tre tipi: lo scambio empirico; la realizzazione del credito nei contratti solutori; la garanzia, o altro vantaggio empirico, nella fideiussione gratuita. Nessuna di queste, però, figura in alcuni modelli contrattuali: comodato, mutuo, deposito, mandato e trasporto «in quanto non solo gratuiti, ma anche disinteressati».

²⁴ Cfr., più diffusamente, L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 14 ss. A questa concezione non è forse estraneo quell'atteggiamento di 'sospetto', su cui cfr. S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamento costituzionali*, in *Il principio di gratuità*, cit., 104, ma v. da 101 s.

²⁵ L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 17 s. Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 53.

²⁶ Cfr. F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 36 s.

²⁷ Cfr. M. FRAGALI, *Comodato*, 151 ss.

²⁸ Il punto è illustrato con estrema chiarezza da F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 36 ss., muovendo dalla scissione tra considerazione del tipo legale (rispetto al quale la gratuità esprime «uno schema astratto di attribuzione unilaterale con i caratteri della

dinamica di funzionamento ha condotto, infatti, a distinguere tra vantaggio e interesse, nel senso che l'assenza del primo non implichi di necessità l'assenza anche del secondo²⁹. Il comodante, in altre parole, può avere interesse al contratto, benché da esso non ricavi un vantaggio diretto, ma semmai indiretto.

La presenza di un vantaggio indiretto per il comodante, però, non pone solo un interrogativo circa il perimetro della gratuità e il margine di tolleranza oltre il quale si sconfinava nel corrispettivo e la gratuità viene meno (e con essa il comodato). Incide altresì, nel concreto, sulla disciplina della responsabilità del comodatario, giacché l'ordinamento italiano non consente di fare emergere l'interesse del comodante, che resta pertanto «sotto l'egida di una regolamentazione a lui favorevole»³⁰. Se infatti – come osserva Garofalo – vi è una «acquisita consapevolezza

temporaneità e talvolta della revocabilità») e degli interessi delle parti (rispetto ai quali la gratuità esprime la «presunzione di esistenza dell'interesse non patrimoniale in capo al disponente»). Ciò posto, il contratto rimane gratuito fintantoché il tipo legale corrisponde alla attribuzione unilaterale, anche nel caso in cui – sul fronte degli interessi delle parti – il disponente ricavi un corrispettivo per via indiretta. Si parla, in tal caso, di «attribuzioni unilaterali interessate» e «gratuità strumentale» alla corrispettività (37): la gratuità riguarda il tipo legale; la corrispettività attiene alla causa, cioè gli «interessi perseguiti e condivisi dalle parti» (38). Si tenga però anche conto delle osservazioni sui caratteri della corrispettività e sui rapporti tra onerosità e gratuità svolte sempre da F. SCAGLIONE, *Il comodato*, 38 s., ntt. 86, 87, con ampia bibliografia.

²⁹ M. FRAGALI, *Comodato*, cit., 155, 160 ss. (161, nt. 4 per altra bibliografia); con estrema chiarezza A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 79, scrive che «la gratuità che pure contrassegna l'essenza del tipo-comodato non è rivelatrice di per sé dell'interesse e dell'intento delle parti, indicando semplicemente l'assenza di un sacrificio economico dell'*accipiens* commisurabile in termini di corrispettività con quello sofferto dal *tradens*; ma poco o nulla rivela sulla natura degli interessi regolati, che a non voler seguire una via formalistica e astratta rappresenta il parametro appropriato per orientarsi sulla questione»; O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, cit., 346, con precisazione sul fatto che «non vi è dubbio, infatti, che il comodante ha sempre interesse a stipulare il contratto, anche se sovente esso non dovrebbe essere di natura patrimoniale, ma piuttosto coincidere con l'intento di fare acquisire un'utilità al comodatario».

³⁰ L. GAROFALO, *Sul comodato nell'interesse del comodatario e del comodante*, in *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, a cura di U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti e C. Marchetti, II, Milano, 2017, 1075, dove, nelle pagine che precedono, si può trovare la ricostruzione della disciplina codicistica italiana.

dell'ampia sfera d'impiego del comodato, del quale le parti si giovano anche per raggiungere fini patrimoniali pertinenti al comodante, innestando così nel contratto una 'causa commerciale', tuttavia è mancato un intervento sul tipo legale, così che la responsabilità del comodatario continua ad essere disciplinata «in modo uniforme, immemori di quanto reclama il canone dell'*utilitas contrabentium*»³¹. Ovvero, quel canone che, nel diritto romano, consente ai giuristi di intervenire sulla «misura della responsabilità dei contraenti, qualora, ovviamente il criterio dell'*utilitas* giustificasse la diversa soluzione»³².

Non è questo il luogo per – né è il fine del presente contributo – tentare di risolvere le problematiche connesse al comodato, riconducibili essenzialmente alle sue caratteristiche più rilevanti, realtà e gratuità³³. Peraltro, dalla prospettiva dello storico, in qualche modo ogni stagione della scienza giuridica, ha 'risolto' i problemi interpretativi connessi alle predette caratteristiche secondo percorsi concettuali e itinerari argomentativi esprimenti la cultura giuridica del tempo (e anche del luogo, in realtà). Ad esempio, l'accurata e articolata ricostruzione operata in anni recenti da Scaglione supera numerosi ostacoli concettuali, intrecciando l'analisi diacronica – che porta in evidenza la stratificazione storica³⁴ – con l'interpretazione dello schema contrattuale alla luce della cd. giurisprudenza degli interessi³⁵. Tuttavia, nella già evocata prospettiva

³¹ L. GAROFALO, *Sul comodato*, cit., 1067, con rinvio, per il riferimento alla causa commerciale, ad A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 113 ss. L'espressione *utilitas contrabentium*, divenuta di uso comune, in realtà compare in due soli testi (Paul. 68 *ad ed.* D. 20.1.12, C. 8.37.14.2), come segnala E. NICOSIA, '*Utilitas contrabentium*' e '*in diem addictio*', in *La compravendita*, cit., 257 ss.

³² G. SANTUCCI, '*Utilitas*', cit., 284, ma v. da 281 per una efficace sintesi. Cfr. altresì L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 35 ss.; inoltre cfr. *supra*, nt. 2.

³³ F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 7.

³⁴ F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 11 (parla di «frintendimento storico»), 55, mostra, oltre a spiccata sensibilità per il profilo storico della costruzione dello schema del comodato, anche consapevolezza circa la necessità di ricollocare le soluzioni normative entro il rispettivo contesto storico.

³⁵ Essa costituisce il presupposto necessario della ricostruzione dell'a., attraverso la cui griglia perviene a una ricostruzione normativa persuasiva e perfettamente coerente. Ed è lo stesso a. a segnalare che la sua ricostruzione è fondata su tale impostazione

dello storico, essa non appare che l'ultima ricostruzione, preferibile ad altre per il fatto di porsi in linea con una certa idea di diritto, prevalente o largamente condivisa, nel momento attuale, dalla scienza giuridica italiana o comunque europea continentale. Non necessariamente per il fatto di essere 'corretta' o 'più corretta' di altre.

Al di là di tutto, cioè delle soluzioni che ogni scienza giuridica ha elaborato, l'elemento residuale che si presenta agli occhi dello storico è quello della singolarità della gratuità del comodato, intorno alla quale, appunto, tutte queste elaborazioni ruotano. La dimensione della gratuità è quella da cui nasce tanto il problema della causa, quanto quello della consegna quale 'rimedio' alla debolezza della causa. Complementare alla gratuità, d'altro canto, è il tema dell'interesse del comodante, vuoi sul versante della compatibilità tra questo e la 'essenzialità' di quella, vuoi sul versante della misura dell'interesse 'tollerabile' senza esorbitare dal perimetro della figura contrattuale o della commisurazione della responsabilità in capo al comodatario.

Gratuità e realtà, infine, sono gli elementi in virtù dei quali nel comodato si coglie «una oscillazione fra il rilievo attribuito al meccanismo consegna-restituzione e la considerazione della peculiarità di un rapporto negoziale, rappresentata dalle sue specifiche motivazioni di ordine economico-sociale»³⁶. Sullo sfondo, peraltro, non si può ignorare che «il comodato si trova collocato ai confini fra rilevanza ed indifferenza giuridica»³⁷: retaggio della sua origine entro l'esperienza giuridica romana, di cui ancora oggi, tuttavia, sembra potersi cogliere un riverbero.

metodologica (cfr. F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 9, nt. 17) e che quest'ultima non è che l'impostazione prevalente nel presente momento storico (la consapevolezza della storicità emerge, ad esempio, alle pagine 19, nt. 54; 24, nt. 62); ancorché non manchi un cenno alla rilevanza costante, attraverso la storia, degli interessi dei contraenti (12 e nt. 31). Sullo sfondo si staglia la dialettica tra *Begriffsjurisprudenz* e *Interessenjurisprudenz*: cfr., per un inquadramento, E. PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, 13, Milano, 1964, 687 ss.

³⁶ A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 8.

³⁷ A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 9.

È infatti di grande interesse rilevare, ad esempio, che la giurisprudenza romana torna utile alla civilistica contemporanea per descrivere elementi tuttora centrali del comodato. Quando scrive che, nel corso della storia, due elementi originariamente tratti «dalla pratica delle relazioni sociali» sono confluiti «in altrettanti aspetti della definizione giuridica: la spontaneità della concessione (che caratterizza la *voluntas*) e la gratuità del prestito (che integra l'*officium*)»³⁸, Alfredo Galasso evoca esplicitamente un testo del giurista Paolo – sul quale tornerò a breve –, ove sarebbe «tracciata la differenza della prassi sociale che in vista dello scopo liberale o amichevole consentiva al comodante di richiedere *ad nutum* la restituzione della cosa prestata, rispetto all'ingresso del relativo rapporto nel campo del diritto, che dava luogo ad una obbligazione in senso tecnico del comodante in ordine al tempo ed al contenuto dell'uso concesso». L'evocazione del passo paolino ha tutta l'aria di essere ben più di un corredo erudito nel contesto di una trattazione per professionisti del diritto o un riferimento di stampo eminentemente storico-descrittivo: lo studioso, almeno a mio avviso, vi coglie la descrizione estremamente efficace della posizione ambigua, o forse ambivalente, del comodato; un'ambiguità, o ambivalenza, che attiene alla matrice stessa dello schema normativo e per questo consente un accostamento tra passato e presente. La polarità *voluntas/officium* mantiene interesse attuale, perché reca in sé traccia della oscillazione del comodato tra prassi sociale e rilevanza giuridica, che ancora oggi – sia pure con modalità e secondo una prospettiva diversa – si coglie in controluce nella figura contrattuale codicistica.

3. È dunque all'esperienza romana che dobbiamo ora volgere lo sguardo: si tratta, per mantenersi nella metafora del titolo del contribuente, di scendere in profondità, al di sotto dello schema giuridico moderno, in due sensi: cronologicamente, col prendere in esame l'archetipo elaborato

³⁸ A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 9. Accenna al testo anche F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 16 nt. 44, individuandovi la conferma dell'insorgere del *vinculum iuris* «solo a seguito della consegna della *res* al comodatario».

dal diritto romano; sostanzialmente, recuperando la dimensione 'sociale' del comodato.

Preliminarmente, però, non possiamo ignorare – sempre restando nella metafora archeologica – che più che di un livello, scendiamo di molti, tanti quanti ne vanno dal diritto romano classico al diritto contemporaneo, e che ci apprestiamo a 'saltarne' parecchi. Un brusco salto indietro nel tempo che esige almeno qualche cenno di spiegazione, che valga, se non a giustificare la scelta, quantomeno a testimoniare la consapevolezza della forzatura. Se può condividersi, in particolare su questo tema e per le ragioni che si sono poc'anzi esposte, l'argomento della circolarità «del pensiero giuridico, pur considerato in una dimensione diacronica»³⁹ – così da giustificare un accostamento tra passato e presente –, meno comprensibile, più in generale, è che di frequente lo sguardo si rivolga direttamente all'esperienza giuridica romana, 'saltando' la cd. età intermedia. Per parte mia, nel procedere a risalire dal presente direttamente al diritto romano, al di là di questioni legate alla natura circostanziata del contributo, vi sono anche ragioni di merito.

La prima concerne il fatto che il comodato sembra avere attraversato i secoli fino a noi senza subire innovazioni o mutamenti tali da sconsigliare l'accostamento tra il presente e l'esperienza giuridica romana⁴⁰.

La seconda riguarda il fatto che i punti su cui stiamo concentrando l'attenzione sembrano riconducibili all'origine stessa dello schema

³⁹ L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 85.

⁴⁰ Cfr. *supra*, ntt. 10 e 11. Si tratta, chiaramente, di una linea tendenziale, che non deve offuscare il *proprium* che, durante l'età intermedia, i giuristi conferirono nella ricostruzione del comodato, espressione della propria epoca: si leggano, ad esempio, le pagine di U. SANTARELLI, *'Commodo'*, cit., 65 ss., che muovono dal frammento di Paolo su cui ci soffermeremo a breve, in testo; oppure (215 ss.), la descrizione delle originali risultanze cui condusse l'*interpretatio* dei Glossatori in tema di responsabilità del comodatario; o, ancora (224 ss.), l'analisi del nuovo ruolo svolto dalla *gratia* nella graduazione della *culpa*.

contrattuale: mi riferisco al nodo della gratuità⁴¹ e all'intreccio, all'oscillazione tra piano sociale e piano giuridico.

Può essere pertanto utile risalire al momento di origine, non già per trovare soluzioni agli interrogativi attuali, quanto piuttosto per comprendere se le ragioni dei dubbi e delle difficoltà non risiedano proprio nell'osservare (al giorno d'oggi) la figura giuridica attraverso una griglia interpretativa non adatta a cogliere il valore e il significato di caratteri che hanno la loro ragion d'essere nel passato, nella storia del comodato: caratteri che agli occhi moderni appaiono problematici solo in quanto residui ormai decontestualizzati dall'ambiente in cui sono maturati.

4. Fissate così alcune coordinate, per così dire, esterne, possiamo volgere lo sguardo al diritto romano, ricordando quanto già precisato in apertura, ovvero che sarà preso in considerazione soltanto il nodo della gratuità sullo sfondo del passaggio dalla sfera sociale a quella giuridica.

Senza indugiare oltre, il testo in parola è il celebre passo di Paolo nel quale *officium e voluntas*, da un lato, sono giustapposti alla *necessitas*, intesa come obbligo giuridico, dall'altro:

Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3: *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui*

⁴¹ Oltre alcuni riferimenti nella giurisprudenza (Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17 pr. [a proposito della *gratuita habitatio*] e 3; in generale l'aggettivo *gratuitus* compare di rado: cfr. la voce *gratuitus*, in *VI*R, 2, Berolini, 1933, 1003), la gratuità del comodato è fissata espressamente nelle *Istituzioni* di Giustiniano (I. 3.14.2: *Commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum*). Con Azzone essa diventa parte integrante della definizione del comodato: *Commodatum est alicuius rei ad aliquem specialem usum gratuita facta concessio* (AZO, *Summa Codicis, de commodato, rubr. 2* [cito dall'edizione Venetiis, 1596, 332]); cfr. U. SANTARELLI, 'Commodo', cit., 33, ma da 23 ss. per il nodo della costruzione di una definizione. Con riferimento all'età intermedia, segnala F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 669, la maturazione di un contesto in cui la gratuità «rispecchiava valori etici cristiani su cui l'intera società consentiva». Sulla gratuità nel diritto romano, si tenga presente J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, spec. 95 ss. sul comodato.

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 nuda voluntas fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntas 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 esse dicendum est.

Ho riportato integralmente il passo, benché non intenda trattarne ogni aspetto, bensì soffermarmi sulla parte iniziale, dove più manifestamente si coglie il *limes* tra ambito sociale e ambito giuridico⁴², che è ciò su cui vorrei portare l'attenzione in questa sede. E tuttavia, per la piena intelligenza della problematica, è bene averne presente l'intero andamento⁴³.

⁴² Efficacemente sintetizza U. SANTARELLI, 'Commodo', cit., 3: «il comodato è per sua natura collocato sulla linea di confine tra costume e diritto (anzi, tra cortesia e diritto: tra le regole riconosciute moralmente e socialmente della prima e le norme – cogenti e munite di sanzione – del secondo».

⁴³ Se ne è occupato recentemente A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., spec. 171 ss., la cui esegesi è orientata – sullo sfondo di un'indagine complessiva incardinata sul nodo della causa del comodato (v., per l'inquadramento, 5 ss.) – alla critica della natura imperfettamente bilaterale del comodato, a favore della bilateralità (spec. 181, 224, nt. 165).

In sintesi, Paolo, nel contesto del commento edittole all'*actio commodati contraria*⁴⁴, sottolinea che il *commodare* muove dalla libera scelta⁴⁵ connessa agli *officia* e in base a ciò colui che concede il beneficio è altrettanto autonomo nel definire modalità e durata del comodato. Ma, una volta instaurata la relazione, il concedente non è più libero di tornare sulle proprie determinazioni, privando anzitempo il beneficiario della *res*: egli è ormai limitato non solo dall'*officium*, ma anche dall'obbligazione che è sorta col dare e ricevere (*suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*)⁴⁶ ed

⁴⁴ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, rist. Roma 2000, 1022 (Paul. n. 446; cfr. EP §98). Il testo ha formato oggetto di censure di varia natura, ma è oggi ritenuto «nel complesso affidabile»: così G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed., D. 13, 6, 17, 3* ('*officium*', '*beneficium*', '*commodare*'). Con un'appendice in tema di alterità tra morale e diritto, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla 'Palingenesia iuris civilis' agli 'Scriptores iuris Romani'*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017, 183 ss. (il contributo, senza Appendice, si può leggere anche in *AUPA*, 59, 2016, 241 ss.), il quale, oltre a una nuova complessiva verifica, si sofferma in particolare sulla valutazione di affidabilità dei concetti di *officium* e *beneficium*, già oggetto di «recise e apodittiche condanne» (184, nt. 6): emblematici i rinvii a G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in *RISG*, 28, 1899, 161 ss.; 29, 1900, 1 ss., ora in *Scritti giuridici*, 1, Cortona, 1930, da cui cito, 258, nt. 1; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Firenze, 1908, 17 s. nt. 2 (si interroga retoricamente sulla 'credibilità' di una tanto «prolissa avvertenza»). La storia dei dubbi sull'attendibilità del frammento nel complesso può essere ricostruita tramite E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I. *Ad libros Digestorum I-XX pertinens*, Weimar, 1929, 214 s.; si aggiungano oggi le riflessioni di G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, 2,2, Cassino, 2006, 41 ss.

⁴⁵ Sulla dinamica della libertà di scelta iniziale punta l'attenzione F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 33, individuandovi, peraltro, un «principio generale del negozio giuridico».

⁴⁶ Dove il riferimento a 'dare' e 'ricevere' è da intendersi, secondo G. FALCONE, *A proposito*, cit., 185, come indicante «il momento dell'incontro tra il *dare* da parte del comodante e l'*accipere* da parte del comodatario, che perfeziona il contratto», contro la diversa lettura di J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 595, nt. 7, che vi leggeva il movimento della *res* che viene data e poi restituita. Circa la presenza, nella *vulgata*, di *inter dantem accipientemque* in luogo di *dandum accipiendumque*, si veda ancora G. FALCONE, *A proposito*, 185 e nt. 7, contro la diversa dottrina che l'aveva invece recepita o giudicata plausibile.

è a questo fine – conclude il giurista, dopo avere elencato alcuni esempi a conferma della sua posizione⁴⁷ – che è prevista l'*actio contraria*.

Il frammento paolino apre uno spiraglio sul comodato come atto della prassi sociale, prima della recezione tra le forme del diritto. La dinamica descritta dal giurista fissa una contrapposizione tra *voluntas/officium*, da un lato, e *necessitas* dall'altro, collocando l'atto fondativo del comodato 'fuori dal diritto'⁴⁸, nell'ambito della libera

⁴⁷ Per una discussione complessiva sul passo, cfr. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 90 ss., 130, 133 s., 379, 387, 399; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 288 ss.; da ultimo, in modo articolato e con ampio ragguaglio bibliografico, A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., spec. 171 ss. Per la rilettura del passo nell'età intermedia, v. U. SANTARELLI, *Commodo*, cit., 65 ss.

⁴⁸ L'espressione 'fuori dal diritto' esige una puntualizzazione e deve essere intesa con cautela, a fronte di una situazione che si colloca tra etica e diritto e pone l'interrogativo su quale sia – e se vi sia – un limite netto tra i due piani. Certamente la separazione è netta se, con 'diritto', si intende il diritto positivo, ma non sempre la specificazione è presente. Ad ogni buon conto, rispetto alla tematica del *beneficium* – e del suo correlativo giuridico, il *creditum* – la dottrina prevalente è orientata nel senso di una separazione del diritto dall'etica (cfr. già *supra*, nt. 3): discutere allora in termini di 'dentro/fuori' dal diritto è certamente possibile e corretto. Tuttavia, non si possono tralasciare i dubbi che – muovendo dalla non perfetta definizione di cosa sia il 'giuridico' per i romani, e dalla considerazione delle caratteristiche dell'ordinamento normativo romano più antico (in cui i piani del giuridico e dell'etico si intrecciano tra loro e con quello religioso) –, sono stati sollevati circa la possibilità di segnare con nettezza il confine tra i due ambiti: R. FIORI, '*Bonus vir*', cit., 180 ss., ragiona in proposito di «indistinzione tra etica e diritto nel pensiero romano», proprio lavorando sui concetti di *beneficium* e *officium* nel pensiero di Cicerone e Seneca. E, sebbene nel corso della trattazione, l'a. in qualche misura circoscriva i tratti della 'indistinzione', precisando che non intende «dire che per i romani tutto è diritto» e, soprattutto, che «la differenza tra etica e diritto è qualitativa», così che, quando Cicerone «inserisce gli *officia* tradizionali romani in una prospettiva filosofica, non intende offrire ai suoi lettori romani una 'diversa' realtà, bensì descrivere in altro modo la medesima – e unica – realtà» (193); ciononostante, la posizione dello studioso è significativamente diversa da quella che abbiamo definito come prevalente e, almeno al momento, comune (la tesi di Fiori è oggetto di critica articolata da parte di G. FALCONE, *A proposito*, cit., 189 s., nt. 26, ulteriormente sviluppata nell'*Appendice*, 207 ss.). Non sono in grado, in questa sede, di approfondire il discorso, adducendo argomenti a favore o contro una delle due impostazioni: mi limito a prendere atto del fatto che, al fondo di entrambe, è posta una demarcazione tra ambito giuridico e ambito etico; demarcazione non solo teorica, ma della quale si hanno riscontri sul piano della realtà materiale, attraverso manifestazioni concrete di

autodeterminazione della parte. Il che risponde, come ovvio, alla dinamica della circolazione dei beni e dell'autonomia delle parti nella regolamentazione dei propri affari. Ma il fine di Paolo non è, con ogni evidenza, ribadire l'ovvio, quanto segnalare uno scarto tra il momento iniziale – la parte concedente può decidere se consegnare un bene e definire la durata della concessione, in piena autonomia⁴⁹ – e il momento successivo al compimento di tali atti, che invece ricade sotto il controllo del diritto, giacché l'intreccio tra dare e ricevere ha fatto nascere una obbligazione (*suscepta obligatio*) e, dunque, l'impedimento a compiere arbitrariamente atti contrari e interruttivi del rapporto non deriva solo dall'*officium*, bensì anche dal legame giuridico ormai instauratosi.

Per quanto qui di interesse, tra i vari studi che ne hanno considerato l'intreccio tra etica e diritto⁵⁰, è particolarmente utile quello di Falcone, per l'attenzione che dedica proprio alla parte iniziale, mentre solitamente

comportamenti e conseguenze diverse a seconda di quale sia l'ambito di riferimento coinvolto. E, in questa sede, ai fini della riflessione sul comodato, ciò mi pare sufficiente a giustificare l'impiego dell'espressione 'fuori dal diritto' (o altre consimili), come dettata da ragioni di comodità e senza implicare una presa di posizione rispetto alla problematica testé esposta.

⁴⁹ Vengono alla mente le parole, pur se riferite alla figura contrattuale moderna, di E. BRUNORI, *Del comodato*, cit., 2: «Gli è che, mentre nel campo del diritto, impera solenne la *necessità*, un'aura di libertà qui spira perenne; e, mentre là vige la costanza, la *immutabilità*, qui, se non vige è permessa, la dolce possibilità di dir di sì come di no; ed anche di dir di no dopo aver detto di sì, salvo (com'è naturale) a fare i conti con la propria coscienza, e con le reazioni dell'ambiente sociale». Espressioni connotate da un'eleganza d'altri tempi, che, in uno squarcio più ampio, costituiscono l'*incipit* della monografia di U. SANTARELLI, '*Commodo*', cit., 1 s., il quale ne trae spunto per rilevare come lo studio delle «zone di confine» dell'esperienza giuridica» consenta al giurista di trovare «il suo spazio più vero, che è quello di analizzare l'esperienza della società nel suo quotidiano svolgersi – caotico, magari, ma fecondo».

⁵⁰ Oltre ai lavori di Mantello e Falcone, più volte citati, va segnalato l'importante lavoro di D. NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13,6,17,3*, in '*Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*', hrsg. von M.J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart, 1993, 267 ss., con particolare rilievo (274 ss.) alla finalizzazione del dato filosofico alla costruzione giuridica, anche sul piano argomentativo; *adde*, in anni più recenti, G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, in '*Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*', a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 730 ss.

gli studiosi, rilevata l'origine sociale, di cortesia del comodato, concentrano il discorso sulla restante parte: ci si addentra nella sfera giuridica per descrivere o ricostruire la figura contrattuale. Meno frequentemente lo sguardo si volge all'indietro, allo schema relazionale che costituisce la matrice della figura contrattuale e, quando ciò avvenga, il discorso si sofferma perlopiù sui tratti di prassi sociale animata da spirito di cortesia. Più di rado, come nel caso dello studio testé ricordato, è stata sottolineata l'afferenza del comodato, inteso come atto sociale, all'ambito normativo etico, evocato dalla presenza dei termini *beneficium* e *officium*. Quando si intraprenda questa strada, la riflessione si apre necessariamente oltre il perimetro del comodato, per approdare all'elaborazione stoica in materia di *beneficia* e *officia*. La riflessione, in questo caso, varca il perimetro della giurisprudenza, aprendosi a Seneca e, in misura minore, ma non secondaria, a Cicerone.

Lungo tale prospettiva di ricerca, Falcone sposta l'attenzione sulla fase anteriore all'ingresso nel giuridico, rilevando come il giurista Paolo operi su due livelli e faccia convivere «la dimensione giuridica ... con una sottostante dimensione morale»⁵¹. Egli rileva, in primo luogo, la tensione tra *officium*, *voluntas* e *necessitas*, accomunati dalla funzione di fondamenti di 'doverosità', ma in due contesti diversi, rispettivamente etico⁵² e giuridico. In secondo luogo, colloca il *beneficium* nel campo dell'*officium*, nel solco di una radicata tradizione, risalente soprattutto a Seneca⁵³, ma anche, più indietro, a Cicerone.

⁵¹ G. FALCONE, *A proposito*, cit., 202.

⁵² G. FALCONE, *A proposito*, cit., 189, il quale non tralascia di discutere, pur dissentendo, la posizione di coloro che intravedono tra i giuristi romani anche una linea di pensiero che «riconderebbe all'*officium* anche gli obblighi giuridici» (196).

⁵³ G. FALCONE, *A proposito*, cit., 200, nt. 50, segnala che «il collegamento tra l'impianto del discorso di Paolo e l'elaborazione di Seneca è stato sostenuto» prima di lui, solo da Nörr, seguito da Mantello, negli studi citati in precedenza. Diversa la posizione di G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 738 ss., che rileva (739) come «agli stessi risultati sul versante della regolamentazione sarebbe potuto pervenire qualsiasi giurista, anche ove del tutto privo di conoscenze riguardanti la filosofia morale, atteso che l'unico momento determinante era la precisa individuazione del momento nel quale sorgeva il vincolo giuridico, rimanendo il tempo precedente, caratterizzato eventualmente dai soli doveri morali, sullo sfondo».

Va tenuto presente, nella lettura dello studio di Falcone, che il perno della riflessione è dato dalla volontà di comprendere l'impostazione del pensiero di Paolo. Ai nostri fini, rilevanti sono invece le considerazioni concernenti il comodato. Da questo punto di vista, lo studioso conclude che scopo del giurista romano fosse «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»⁵⁴. Vi è dunque un 'movente di doverosità', per così dire, anche a monte della prima concessione di un bene in prestito. Non però quale conseguenza di una originaria e primigenia intesa, che – detto con terminologia moderna – tradurrebbe la consegna della *res* in «atto esecutivo di un'obbligazione di dare sorta a carico del comodante»⁵⁵. Bensì quale comportamento imposto da una doverosità etica, di solidarietà sociale. Il discorso, in altre parole, si sposta decisamente sul versante del *beneficium*: il comodato «è *beneficium* in quanto azione volontaria benefica, emanazione di quel dovere, caratterizzata dalla gratuità della concessione»⁵⁶.

Nella prima parte del frammento di Paolo, quindi, siamo lontani dalla logica di un atto di libera scelta (come pensava, ad esempio, Pastori), perché il giurista inserisce il contratto di comodato entro un contesto culturale ben definito di relazioni interpersonali, forse 'extragiuridiche', ma non per questo prive di valore normativo, fosse pure 'soltanto' etico-sociale: la logica dell'*officium*, che – come ha rilevato sempre Falcone – permane anche una volta sorto il contratto⁵⁷.

Allontanandoci ora dal frammento paolino e considerando più da presso il comodato, l'evocazione del *beneficium* trascina dentro il ragionamento, implicitamente, la complessa dinamica che lo caratterizza: quella che lega il beneficiato al benefattore, spingendolo a corrispondere al bene ricevuto, sia pure (tendenzialmente) non in termini di

⁵⁴ G. FALCONE, *A proposito*, cit., 198.

⁵⁵ F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 10.

⁵⁶ G. FALCONE, *A proposito*, cit., 199.

⁵⁷ Cfr. G. FALCONE, *A proposito*, cit., 201 s.

corrispettivo patrimoniale⁵⁸. Seneca parla, in proposito, di *reddere* o *referre gratiam*⁵⁹. È un discorso che porterebbe lontano, come noto, e rimanda principalmente al *De beneficiis* di Seneca⁶⁰, ma al quale – come noto e come diremo nel prossimo paragrafo – non è estraneo nemmeno Cicerone. Qui è sufficiente ricordare che il *beneficium* si inserisce nella dinamica dell'*officium*⁶¹ e, a sua volta, sollecita una reazione, collocandosi in una zona ambigua tra rilevanza/irrelevanza giuridica – al punto che la linea di demarcazione rispetto al *creditum* non è sempre netta⁶²: basti

⁵⁸ Sullo sfondo, si intravede un problema più ampio, colto da A. MANTELLO, *'Beneficium' servile – 'debitum' naturale. Sen. den. ben. 3.18.1 ss. – D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post Lab.)*, Milano, 1979, 40 ss., e consistente nella definizione del livello di consapevolezza, da parte di Seneca, della distinzione tra piani diversi di 'reazione' al beneficio: quello legato all'indirizzo morale e quello dell'atto di materiale di corresponsione al beneficio ricevuto. Una concezione tipica dello stoicismo, trapiantata a Roma da Seneca, come segnala M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen, 1959, trad. it. *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Milano, 2005, 659.

⁵⁹ Le espressioni sono utilizzate indistintamente nel *De beneficiis* (3.2.2, 5.16.4; ma cfr. anche *ep.* 81.7), anche se – come segnala L. SCOLARI, *'Beneficium' e 'iniuria'. Rappresentazioni del dono e dell'offesa nel 'De beneficiis' di Seneca*, in *Biblioteca di ClassicoContemporaneo.eu*, 7, 2018, online, 90 (ove a nt. 249 altra bibliografia) – altrove Seneca (*ep.* 81.9-10) fissa una distinzione tra *reddere* e *referre*, attribuendo al primo verbo la qualificazione del mero atto restitutorio, a prescindere dalla volontà o meno di compierlo; mentre al secondo la restituzione volontaria: 9. *Mira in quibusdam rebus verborum proprietas est, et consuetudo sermonis antiqui quaedam efficacissimis et officia docentibus notis signat. Sic certe solemus loqui: «Ille illi gratiam rettulit». Referre est ultro quod debeas adferre. Non dicimus 'gratiam reddidit'; reddunt enim et qui reposcuntur et qui inviti et qui ubilibet et qui per alium. Non dicimus 'reposuit beneficium' aut 'solvit': nullum nobis placuit quod aeri alieno convenit verbum.* 10. *Referre est ad eum a quo acceperis rem ferre. Haec vox significat voluntariam relationem: qui rettulit, ipse se appellavit. Sapiens omnia examinabit secum, quantum acceperit, a quo, <quare,> quando, ubi, quemadmodum. Itaque negamus quemquam scire gratiam referre nisi sapientem, non magis quam beneficium dare quisquam scit nisi sapientem – hic scilicet qui magis dato gaudet quam alius accepto.*

⁶⁰ La trattazione principale in argomento, negli studi romanistici, è, come noto, quella di A. MANTELLO, *'Beneficium'*, cit., spec. 39 ss. sulla nozione di *beneficium*.

⁶¹ Per una sintesi, cfr. L. SCOLARI, *'Beneficium'*, cit., 32 ss.

⁶² Cfr. A. MANTELLO, *'Beneficium'*, cit., 72 ss.; P. LI CAUSI, *Fra 'creditum' e 'beneficium'. La pratica difficile del 'dono' nel 'De beneficiis' di Seneca*, in *QRQ online*, 2, 2009, 234 s. Sulla formazione della nozione di *creditum*, cfr., per tutti, B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, 32, 1971, 5 ss., spec. 146 ss. per l'estensione e astrazione del termine.

ricordare, al proposito, che Gaio qualifica il comodatario *beneficii debitor*⁶³. Opportunamente, rispetto al tale qualificazione, è stato osservato che «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 *commodatum* 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'»⁶⁴.

Il nostro discorso, a questo punto, si apre a una prospettiva diversa: dall'apparente unidirezionalità comodante/comodatario alla reciprocità tra i due, secondo un movimento bidirezionale.

5. Alla tesi di un equilibrio e di una simmetria consapevolmente ricercati, tra doverosità etica e doverosità giuridica, mi sembra possano non essere estranee alcune notazioni su un passo ciceroniano sovente citato, al quale tuttavia gli storici del diritto non hanno dedicato particolare attenzione:

Cic. *fin.* 2.35.117: *Tollitur beneficium, tollitur gratia, quae sunt vincla concordiae. Nec enim, cum tua causa cui commodas, beneficium illud habendum est, sed faeneratio, nec gratia deberi videtur ei, qui sua causa commodaverit. Maximas vero virtutes iacere omnis necesse est voluptate dominante*⁶⁵.

⁶³ Gai 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55.1: *Enum, 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 beneficium debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.*

⁶⁴ G. FALCONE, *A proposito*, cit., 201, nt. 51.

⁶⁵ L'attenzione maggiore al passo è dedicata da A. MANTELLO, 'Beneficium', cit., 75 (ove a nt. 92, in un'inquadratura del contesto ciceroniano e indicazioni bibliografiche), che lo menziona quale esempio di riflessione sul problema della contrapposizione tra *beneficium* e *creditum* da una prospettiva filosofica – e ricorda che la medesima impostazione si trova in Cic. *Lael. de am.* 9.31: *Ut enim beneficium liberalesque sumus, non ut exigamus gratiam (neque enim beneficium faeneramus sed natura propensi ad liberalitatem sumus), sic amicitiam non spe mercedis adducti sed quod omnis eius fructus in ipso amore inest, expectandam putamus.* Per il resto, solo P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 120, nt. 9, si spinge oltre la mera citazione, definendolo «particolarmente significativo», ma senza discuterne oltre; F.

L'argomento del dialogo *De finibus bonorum et malorum*, come noto, è dato dalla proposizione epicurea sul piacere come sommo bene, con Cicerone nel ruolo di contraddittore⁶⁶. Nella parte da cui è tratto il passaggio in esame, la discussione verte sul rapporto tra le virtù e il piacere, con l'intento di dimostrare che quelle sono da anteporre a questo e se quest'ultimo prevasse, quelle ne sarebbero schiacciate e annullate, abolendo (*tollitur*) benefici (*beneficium*) e riconoscenza (*gratia*), individuati come vincoli stessi della concordia (*vincla concordiae*).

La nostra attenzione si appunta, in particolare, sulla frase centrale (*Nec enim... commodaverit*), nella quale, con intento esemplificativo, si afferma non doversi considerare *beneficium* il prestito dato nel proprio vantaggio (*tua causa cui commodas*), quanto piuttosto un prestito ad interesse (*faeneratio*); né è dovuta riconoscenza (*gratia deberi*) a chi abbia prestato cortesemente, a proprio vantaggio (*sua causa commodaverit*).

Il testo presenta un alto tasso di tensione retorica, perché tutta la confutazione ciceroniana si fonda sulla dialettica⁶⁷, e se ne deve dunque tenere conto nella lettura, evidenziando alcuni elementi.

Un primo aspetto si coglie a vista ed è la struttura chiasmica (*a, b, b, a*) imperniata intorno alla (*c*) *faeneratio*: (*a*) *cum tua causa... commodas* – (*b*) *Nec... beneficium* – (*c*) *sed faeneratio* – (*b*) *nec gratia deberi* – (*a*) *qui sua causa commodaverit*⁶⁸. Si tratta di una *commutatio* in senso improprio, ovviamente, perché l'elemento *b* cambia – da *beneficium* a *gratia* –, ma sul versante semantico, a mio avviso, l'effetto rimane, in ragione proprio del legame

PASTORI, *Il comodato*, cit., 115, nt. 9, lo cita a sostegno del fatto che Cicerone ignorasse il comodato come figura contrattuale.

⁶⁶ Cfr. N. MARINONE, *Introduzione*, in M. Tullio Cicerone. *Opere politiche e filosofiche*, 2, 19 ss.

⁶⁷ N. MARINONE, *Introduzione*, cit., 20.

⁶⁸ Sul chiasmo (o *commutatio*) come figura retorica di pensiero, cfr. H. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Ismaning bei München, 1960, trad. ing. *Handbook of Literary Rhetoric. A Foundation for Literary Study*, Leiden-Boston-Köln, 1998, 354 ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*¹⁵, Milano, 2014, 246 s.; per il profilo filosofico della commutazione, C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958, trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2013, 463 s.

di complementarità e della simmetria concettuale tra *beneficium* e *gratia*, come subito diremo.

Il secondo aspetto, infatti, riguarda l'impostazione speculare determinata dalla corrispondenza *beneficium/gratia* e la finalità retorico-argomentativa assegnata al parallelismo: giacché questi sono i due poli di una relazione bilaterale e reciproca, sulla quale tornerò più avanti, Cicerone rileva sia che *commodare sua causa* non è un *beneficium* (ma una *faeneratio*), sia – con un parallelismo speculare avente finalità rafforzativa – che *gratia non deberi* a chi dia a prestito avendo di mira un vantaggio personale (ovvero: attui un *commodare sua causa*). In sostanza: la prima parte della frase serve da (primo) esempio per chiarire il concetto che si sta sostenendo; la seconda opera quale (secondo) esempio – potremmo dire, di grado superiore – per sostenere conclusivamente la validità del primo. Ragion per cui, poiché dire che *gratia non deberi* equivale, a livello di contenuto, a negare la presenza di un *beneficium*, ne consegue che, sul piano dell'argomentazione retorica, può parlarsi di struttura (sostanzialmente) chiasmica.

La marcata finalità argomentativa, tuttavia, non deprime il testo di interesse agli occhi dello storico del diritto, benché sia discusso l'impiego della nozione giuridica di *commodare* in Cicerone e, più in generale, nell'età repubblicana⁶⁹. Lo esclude Pastori che, su Cicerone nello specifico, sostiene un impiego della nozione con un generico significato di elargizione gratuita, senza che possano ravvisarsi indizi di tutela giuridica⁷⁰. Di diversa opinione Zannini, il quale, oltre a una critica della posizione di Pastori⁷¹, adduce elementi a sostegno, pervenendo alla

⁶⁹ Ad esempio, con riferimento alle attestazioni in Plauto e Catone, ne esclude la rilevanza giuridica C. FERRINI, *Storia*, cit., 93 s., sia pure ipotizzando che la formula *in factum* per la tutela del comodato fosse già conosciuta ai tempi di Cicerone (89) e che quella *in ius*, per quanto introdotta più tardi, possa datarsi «sul finir della repubblica o sul principio dell'impero» (92).

⁷⁰ F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 35 ss., che ribadisce il concetto anche in occasione dell'unica citazione del testo che stiamo esaminando (115, nt. 9).

⁷¹ P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 119.

conclusione della rilevanza giuridica del comodato a partire «per lo meno già all'epoca di Marco Giunio Bruto»⁷².

Il tema non può essere approfondito in questa sede. Quanto al testo in esame, alcuni elementi testuali suggeriscono che Cicerone si ponga entro un'ottica giuridica: *commodare, tua/sua causa, faeneratio*.

Il concetto di *commodare sua causa* appartiene al lessico del diritto, ad individuare, appunto, casi in cui il comodante coltivi un interesse proprio⁷³. Lo schema è dunque riprodotto esattamente nell'argomentazione ciceroniana, il che potrebbe deporre nel senso di un riferimento consapevole e tecnico alla figura contrattuale, sia pure con finalità dialettiche. E proprio alla cifra retorica ritengo debba imputarsi quella che, diversamente, non potrebbe che apparire come un'imprecisione, quando non un errore, in punto di diritto: l'affermazione secondo cui un prestito nel proprio interesse ricade nello schema della *faeneratio*⁷⁴. Il perseguimento di una *utilitas* da parte del comodante non escludeva, in realtà, la figura contrattuale correlata, bensì incideva sulla commisurazione della responsabilità addebitabile al comodatario⁷⁵. Il fatto però che il parallelo tra *beneficium* e *faeneratio* ricorra altrove in

⁷² P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 122 ss. (la citazione è a pagina 133).

⁷³ Cfr. Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.5.10: *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit*; Ulp. 29 ad Sab. D. 13.6.10.1: *Si rem inspectoris dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. Sed et si dum refertur periiit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit*. Sui due frammenti cfr., per tutti, D. NÖRR, *Die Entwicklung*, cit., 77 ss.

⁷⁴ Il *fenus* è una figura riconducibile alle XII Tavole (18.8). Sui dubbi in merito alla datazione, oltre che per un inquadramento generale, cfr. L. PARENTI, *Il regime degli interessi*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, 647 ss. La scelta di Cicerone nel testo in discussione appare particolarmente oculata in termini di efficacia retorica, se si considera – sempre seguendo L. PARENTI, *Il regime degli interessi*, 646 s., nt. 3 – che, sul versante della terminologia, col «termine *faenus* veniva inoltre indicato anche il prestito (di denaro o cose fungibili) con interessi».

⁷⁵ Cfr. cenni *supra*, nt. 32.

Cicerone⁷⁶ e, successivamente, in Seneca⁷⁷, suggerisce che si tratti di un *topos* retorico inserito in un entimema e la giustapposizione risponda a un'esigenza iperbolica⁷⁸. Non sarebbe pertanto possibile – ammesso di voler accogliere tale tesi – addurre il passo quale indizio di una non piena maturazione della figura giuridica del comodato ancora al tempo di Cicerone⁷⁹.

Venendo infine al merito, il passo è estremamente significativo quanto alla struttura concettuale che ne emerge, quella della graziosa concessione in prestito che, in quanto tale, si connota come *beneficium* e chiama in gioco un 'debito' di gratitudine, la *gratia*: la meccanica del comodato viene immessa in un circuito relazionale che genera un movimento in due direzioni, dal comodante al comodatario e viceversa. Ora, è ben vero, come poc'anzi detto, che Cicerone si muove entro una riflessione retorica e non strettamente tecnico-giuridica, ma è altresì vero che – se si tratta di un entimema – le premesse, quand'anche non sorrette da certezza scientifica, devono comunque rispondere a criteri di verosimiglianza, senza la quale gli argomenti perderanno di forza⁸⁰.

⁷⁶ Cic. *Lael. de am.* 9.31 (cfr. *supra*, nt. 65), che R. FIORI, 'Vir bonus', cit., 184, adduce ad esempio del fatto che Cicerone distinguesse «il *beneficium* dal *debitum*».

⁷⁷ Cfr. P. LI CAUSI, *Fra 'creditum' e 'beneficium'*, cit., 234 s.

⁷⁸ Mi pare in effetti si possa individuare uno schema entimematico: (a. premessa maggiore) Il prestito gratuito è *beneficium*, mentre quello a interesse è *faeneratio*; (b. premessa minore) Tu dai in prestito coltivando un interesse personale (*tua causa*); (c. conclusione) Ergo attui una *faeneratio*, non un *commodatum*. Sull'iperbole, cfr. H. LAUSBERG, *Handbook*, cit., 410; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale*, cit., 178 ss.; ma anche C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato*, cit., 314 ss.: la funzione delle iperboli «è quella di dare un punto di riferimento che, data una direzione, vi attiri la mente, per poi obbligarla a tornare un po' indietro». Quanto al carattere topico dell'immagine, va ricordato che, più in generale, «l'échange entre la *gratia* et le *beneficium* n'est pas, lui non plus, sans analogie avec les rapports d'un débiteur et d'un créateur» (J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*, Paris, 1972, 204, con citazione di fonti).

⁷⁹ Si ricorderà che tale è la tesi di F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 31 ss., che, pur non poggiando sul presente testo, lo cita però unicamente a tal proposito (115, nt. 9).

⁸⁰ Sull'entimema, cfr. H. LAUSBERG, *Handbook*, cit., 169 ss.; sulla verosimiglianza necessaria delle premesse, R. BARTHES, *L'ancienne rhétorique*, Paris, 1970, trad. it. *La retorica antica*, Milano, 2011, 70 ss.; O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique. Théorie et*

Tutto questo per dire che, nel testo in esame, l'evocato schema del comodato, anche se il discorso non è strettamente giuridico, deve comunque corrispondere alla realtà della figura giuridica; diversamente, ne uscirebbe indebolito il ragionamento complessivo.

Cicerone, nel *de officiis*, inquadra la *beneficentia* come una delle due componenti – l'altra è la *iustitia* – che presiedono alla virtù della conservazione della *societas hominum*⁸¹: è uno strumento che «governa l'uso corretto e appropriato dei beni personali» e «assicura la realizzazione del sé all'interno delle dinamiche di interazione sociale»⁸². Non è qui luogo per affrontare la definizione di *beneficium*⁸³: possiamo limitarci a qualificarlo come azione spontanea tendente a fare del bene, finalizzata alla creazione di un legame di *amicitia* e che, nella cultura romana, opera come strumento relazionale⁸⁴. I *beneficia* sono inoltre in stretta correlazione con gli *officia* e, pur non potendosi sovrapporre completamente le due figure⁸⁵, è certo che i primi costituiscano una

*pratique*², Paris, 1994, trad. it. *Introduzione alla retorica*, Bologna, 1996, 175 s.; sulla 'forza degli argomenti', C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato*, cit., 497 s.

⁸¹ Cic. *off.* 1.7.20 (ma da 1.14.42 ss. per la trattazione in dettaglio). Cfr. R. FIORI, '*Vir bonus*', cit., 223 ss.

⁸² G. PICONE, *Di generazione in generazione: «mores», «memoria», «munera» nel «de officiis» di Cicerone*, in *Marco Tullio Cicerone, «De officiis». Quel che è giusto fare*, a cura di G. Picone e R.R. Marchese, Torino, 2019, XXIII.

⁸³ Mi limito a rinviare, oltre che ad A. MANTELLO, '*Beneficium*', cit., spec. 39 ss., a P. LI CAUSI, *Fra «creditum» e «beneficium»*, cit., 232 ss. e L. SCOLARI, '*Beneficium*', cit., 20 ss., per un più generale inquadramento e ulteriore bibliografia.

⁸⁴ Cfr. J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 163 ss. Con riferimento all'*amicitia*, cfr. l'interessante ricostruzione di R. RACCANELLI, L. BELTRAMI, *Dono e amicizia*, in *Con i Romani. Un'antropologia della cultura antica*, a cura di M. Bettini e W.M. Short, Bologna, 2014, 187 ss.

⁸⁵ Sul punto, cfr. J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 164 s., cui *adde* le osservazioni di G. FALCONE, *«Obligatio est iuris vinculum»*, Torino, 2003, 89, nt. 240 (e, più ampiamente, sul dualismo *beneficium-creditum*, 75 ss.); L. SCOLARI, '*Beneficium*', cit., 34 s. Il tema, come si comprende, si apre qui su un orizzonte vastissimo, che può essere ricostruito (anche nella bibliografia), oltre che attraverso i lavori citati in questa nelle seguenti note, aggiungendo almeno A. MANTELLO, '*Beneficium*', cit., 72 ss.; ID., *Un'etica*, cit., 147 ss.; G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 692 ss.; R. FIORI, '*Vir bonus*', cit., spec. 180 ss.; G. FALCONE, *A proposito*, cit., spec. 189 ss.

chiave d'innescio dei secondi. Da un «acte purement spontané»⁸⁶ nasce il *referre gratiam*, che, per Cicerone, è *officium necessarium*, «benché distinto dal debito disciplinato dal diritto positivo»⁸⁷, comportamento cui il *vir bonus* deve attenersi necessariamente – sospinto, dirà Seneca, dal *pudor*⁸⁸.

All'altro capo della polarità fissata da Cicerone troviamo la *gratia*, sentimento «in cui è compreso il ricordo delle amicizie e dei benefici ricevuti da altri e la volontà di ricambiarli»⁸⁹. La nozione di *gratia* è di notevole ampiezza e soprattutto presenta un'accezione attiva e una passiva, a qualificare tanto colui che compie un'azione benevola, quanto chi la riceve: la ricchezza della famiglia lessicale che ruota intorno al

⁸⁶ J. HELLEGOUARCH, *Le vocabulaire*, cit., 163.

⁸⁷ R. FIORI, '*Vir bonus*', cit., 184, con riferimento a Cic. *off.* 1.15.47 (cfr. testo *infra*, nt. 92). Va segnalato che, rispetto a Cicerone, in Seneca si profila lo sforzo di separare il *beneficium* dalla logica del debito giuridico: cfr. A. MANTELLO, '*Beneficium*', cit., 72 ss.; G. FALCONE, *A proposito*, cit., 248, nt. 26; P. LI CAUSI, *La teoria in azione. Il dono di Eschine e la riflessione senecana sui 'beneficia'*, in *Ann. Online Univ. Ferrara – Lettere*, 1, 2008, 95 ss.; L. SCOLARI, '*Beneficium*', cit., 53 s.

⁸⁸ Cfr., senza pretesa di esaustività, Sen. *ben.* 1.2.4, 2.7.3, 3.1.4, 3.16.1, 7.29.1; *ep.* 81.32. Scrive L. SCOLARI, '*Beneficium*', cit., 216: «Il *pudor* consiste invece in un movimento della coscienza morale, non indolore, in grado di condurre a un ripensamento della propria condotta attraverso l'interiorizzazione delle norme di contenimento etico della società. L'individuo esperisce dunque l'azione del suo *pudor* in rapporto a una forma di discredito sociale che mette in gioco la *dignitas* del soggetto, la sua adeguatezza rispetto al ruolo identitario ch'egli assume». Lo colloca nell'ambito della interiorità anche G. FALCONE, '*Obligatio*', cit., 81 (cfr. inoltre ID., *A proposito*, cit., 192 s., ma anche 189 ss., nt. 26, in risposta alle considerazioni di Fiori, *infra*, in questa nt.). Ne mette in maggiore evidenza il profilo legato al versante esteriore del controllo sociale G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 699; mentre R. FIORI, '*Vir bonus*', cit., 189, lo collega più decisamente al «sistema di valori espressi dall'etica del gruppo», in direzione di «parametri chiaramente socio-giuridici come *maiestas* e *honos*». Cfr. inoltre J. HELLEGOUARCH, *Le vocabulaire*, cit., 283.

⁸⁹ Cic. *inv.* 2.53.161 (definizione quasi identica in *inv.* 2.22.66): *gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur* (trad. it. G.E. MANZONI, a cura di, *Cicerone. Opere di retorica*, Brescia, 2019, 227). Versione romana della $\chi\acute{\alpha}\rho\iota\varsigma$ greca, la *gratia* «non è un'obbligazione a ricambiare, ma una scelta stimolata da una disposizione positiva fondata sul ricordo del bene di cui si è stati destinatari» (L. SCOLARI, '*Beneficium*', cit., 48); É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I, Paris, 1969, trad. it. *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, 151 ss., da cui cito.

concetto consente di coprire le diverse applicazioni⁹⁰. In particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, essa è individuata come virtù «provoquée par un *beneficium* dont elle constitue en quelque sorte le paiement»⁹¹. Da cui discende la qualificazione della *gratia* in termini di *officium*⁹². Al contempo, rispetto alle virtù, essa si pone quale parametro di misura del 'benvolere' e della 'influenza sugli altri' al buon cittadino: la pratica delle virtù fa acquistare *gratia*⁹³.

Valutati nel complesso, *beneficium* e *gratia* stabiliscono dunque una relazione di reciprocità che vincola le due parti, pur sfuggendo alle maglie del diritto e operando a livello etico-sociale⁹⁴: la relazione beneficante/beneficato non è riconducibile a quella creditore/debitore, perché è finalizzata alla «costituzione di una relazione duratura tra le parti, anche al di là del *referre gratiam*»⁹⁵, mentre nella seconda lo scopo è «'sciogliere' una relazione»⁹⁶. Si tratta di una «una struttura asimmetrica in cui chi dà gode di una fondamentale prerogativa, la libertà di dare oppure no, e chi riceve ha l'obbligo morale di re-agire improntando la propria azione non al principio dell'equivalenza, ma a quello della *gratia*»⁹⁷. Il mutamento è radicale perché col *beneficium* non si punta

⁹⁰ J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 202 ss.

⁹¹ J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 203, il quale ricorda l'icastica affermazione di Sen. *ben.* 5.11.1: *Beneficium et gratiae relatio ultra citro ire debent*.

⁹² Cic. *off.* 1.15.47: *nullum enim officium referenda gratiam magis necessarium est*; cfr. J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 204.

⁹³ Cfr. J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 206; ma anche M. PANI, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari, 2010, 66, con riferimento alla sfera politica. Similmente accade in quella giuridica: D. MANTOVANI, *Il diritto e la costituzione in età repubblicana*, in *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, 182, segnala che la pratica del *responsum* si traduceva in «apprezzamento» (*gratia*) per il giurista.

⁹⁴ Nel senso precisato *supra*, ntt. 3 e 48.

⁹⁵ R. FIORI, *Vir bonus*, cit., 188.

⁹⁶ P. LI CAUSI, *Fra 'credutum' e 'beneficium'*, cit., 246.

⁹⁷ G. PICONE, *Di generazione*, cit., XXV s. Asimmetria relazionale – come ricorda l'a. (XXVII ss., a proposito di Cic. *off.* 2.69) – che si pone in linea con quella della società di stampo patrizio, nella quale l'elargizione benefica non punta allo scambio economico equivalente, ma alla costruzione di un tessuto relazionale sociale e politico.

«sull'acquisizione di un 'valore di scambio', bensì sul conseguimento di un 'valore di legame'»⁹⁸.

Tornando al passo in esame, siamo ora in grado di apprezzare meglio il peso delle parole di Cicerone. Egli applica la dinamica ora descritta alla 'relazione comodataria' – per utilizzare un'espressione che vorrebbe essere neutra rispetto ai piani etico-sociale e giuridico –, in cui la corrispondenza tra *commodare* e *gratia deberi* è strutturata su quella *beneficium/gratiam referre*. Questo, se da un lato colloca la seconda entro una dinamica più circostanziata e concreta – si potrebbe dire: entro una dinamica giuridico-contrattuale –; dall'altro, struttura la prima secondo un modello di interazione tra soggetti che va molto oltre quella che oggi chiameremmo 'mera cortesia', assumendo i contorni di una relazione di reciprocità, in cui ciascuna parte ha interesse e ricava vantaggio.

La 'relazione comodataria' è dunque fissata come reciproca e la *gratia* opera sui due fronti: alla concessione 'gratuita' del comodante corrisponde la 'gratitudine' del comodatario⁹⁹.

6. In esito all'esame di Cic. *fin.* 2.35.117, e a conclusione del presente contributo, non ritengo di potere affermare alcunché di definitivo e risolutivo in merito alle difficoltà che al giorno d'oggi perdurano intorno alla descrizione e all'inquadramento del comodato. Né, a mio avviso, questo è lo scopo dello studio storico delle forme del diritto. Si è però messo in luce come, nella storia del comodato, la relazione tra le parti non fosse affatto sbilanciata a vantaggio di una delle due, ma, in qualche misura, perfettamente in equilibrio – sul piano relazionale – tra

⁹⁸ P. LI CAUSI, *Fra 'creditum' e 'beneficium'*, cit., 236. Lo sottolinea, con riferimento alla pratica consultiva dei giuristi, D. MANTOVANI, *Il diritto*, cit., 182, quando scrive che la «logica del *beneficium* ... era più avvolgente di quella di scambio, poiché tendeva a instaurare una relazione durevole che non si esauriva, anzi si rinfocolava per effetto dei vicendevoli uffici».

⁹⁹ Alludo qui all'ambivalenza dell'aggettivo *gratus* (alla base del sostantivo *gratia*), che «si dice delle due parti in presenza: 'colui che accoglie con favore, che testimonia riconoscenza', o 'colui che è accolto con favore, che è gradito': valore reciproco che interviene nelle costruzioni dove appare ora l'uno ora l'altro aspetto» (É. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 151).

l'elargizione del *beneficium*, consona ai doveri del *bonus vir*, e la 'restituzione' altrettanto 'doverosa' – rispetto alla tavola dei valori sociali – in termini di *gratia*: agli occhi del giurista si tratta di reciprocità, ma da un punto di vista più ampio il movimento innescato è circolare o, più precisamente, a spirale¹⁰⁰.

L'equilibrio è andato perduto con la trasformazione del comodato in contratto – mi si permetta di esprimermi così, per brevità –, perché in quel momento il profilo 'extragiuridico' del *referre gratiam* è stato messo in ombra, in quanto non produttivo di una *utilitas* economicamente valutabile¹⁰¹. La reciprocità – *rectius*: circolarità – relazionale non si traduce in bilateralità giuridica, perché la 'prestazione' del comodatario non ha natura patrimoniale, così che il contratto nasce

¹⁰⁰ Cfr. P. LI CAUSI, *Fra 'creditum' e 'beneficium'*, cit., 229, con riferimento a Sen. *ben.* 1.4.3, in cui il movimento circolare, 'agonistico' è descritto esemplarmente: ... *docendi sunt <libenter dare>, libenter accipere, libenter reddere et magnum ipsis certamen proponere, eos, quibus obligati sunt, re animoque non tantum aequare sed vincere, quia, qui referre gratiam debet, numquam consequitur, nisi praecessit; hi docendi sunt nihil inputare, illi plus debere*. Sullo sfondo, ancorché non vi abbiamo finora accennato, si pone evidentemente la dinamica del *pollatch* quale strumento di creazione di legami, studiata da M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, in *L'Année Sociologique*, 1, 1923-1924, 30-186, trad. it. *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, in *Teoria generale della magia*, Torino, 2000, 153 ss. (per riferimenti all'agonismo, 160 ss.) Lo studio di Mauss è tenuto sempre presente nelle trattazioni sul *beneficium*, anche se non sempre un parallelismo è possibile, utile od opportuno, come spiega P. LI CAUSI, *Fra 'creditum' e 'beneficium'*, 227 ss., 246 ss. Merita attenzione il saggio di D. VIDAL, *Les trois Grâces ou l'allégorie du don. Contribution à l'histoire d'une idée en anthropologie*, in *Gradhiva*, 9, 1991, 30 ss., che – attraverso un'analisi comparata – avanza la tesi di un utilizzo del *De beneficiis* di Seneca da parte di Mauss come base di costruzione della propria teoria; nel cui solco si inserisce R. RACCANELLI, in R. RACCANELLI, L. BELTRAMI, *Dono*, cit., 196. Si veda altresì, da una prospettiva più estesa, S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur': gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, in *Il principio di gratuità*, cit., 151 ss.

¹⁰¹ Sul carattere patrimoniale della prestazione (quale «contenuto oggettivo dell'obbligazione»), cfr., per tutti, M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 28 ss. (la citazione tra parentesi è a 22). Nello schema contrattuale moderno, è la non patrimonialità della prestazione del comodatario che spiega la gratuità rispetto al comodante; al tempo stesso, l'intreccio tra due prestazioni entrambe non patrimoniali consentirebbe di spiegare la differenza tra comodato e rapporto di cortesia: cfr. F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 73 (ma v. già 55).

unilaterale¹⁰². *Utilitas*, che, tuttavia, nel comodato è assente *plerumque* (come scrive Ulpiano)¹⁰³, ma non sempre¹⁰⁴: un'evenienza che i romani hanno affrontato, come accennato, attraverso una graduazione delle responsabilità dei contraenti¹⁰⁵ – e che, incidentalmente, non mi pare sia riducibile entro le categorie moderne di unilateralità e bilateralità (imperfetta o meno).

Non si sfugge, allora, a una sensazione di incompletezza e claudicazione del comodato, verosimilmente residuo di quello schema concettuale maturato in un contesto valoriale e normativo di stampo etico-giuridico (almeno, ai nostri occhi) e diverso da quello strettamente giuridico-positivo odierno. In certa misura, è come se la dinamica di reciprocità – 'extragiuridica' e fondata su una doverosità di natura etico(-giuridica) –, caratterizzante lo schema 'sociale' del comodato, fosse rimasta sul fondo del contratto di comodato, componente di un nucleo duro non intaccato dalla recezione dello schema tra gli strumenti del diritto. E benché nella sfera giuridica il comodato sia stato qualificato come gratuito, per l'assenza di un corrispettivo a favore del comodante,

¹⁰² Non ignoro la categoria della bilateralità imperfetta, ma, ai fini del ragionamento che sto svolgendo, quella dell'unilateralità risponde meglio alle esigenze di chiarezza ed efficacia espressiva. Sulla categoria dei contratti bilaterali imperfetti, cfr. per tutti G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 224 ss.

¹⁰³ Ulp. 28 *ad ed. D. 13.6.5.3: Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est quinti mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.* La bibliografia sul passo può essere ricostruita attraverso P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 92 ss.; per la genuinità di *plerumque*, cfr. S. TAFARO, 'Regula' e 'ius antiquum' in *D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984, 213 ss. Per gli sviluppi di età intermedia intorno all'avverbio *plerumque*, posto in relazione alla nozione di *gratia*, cfr. U. SANTARELLI, 'Commodo', cit., 226 ss., a partire da Gl. *plerumque ad D. 13.6.5.3*.

¹⁰⁴ «Il '*plerumque*' ... mirava a sottolineare, appunto, che il prestito d'uso era costituito a vantaggio del comodatario soltanto nella stragrande maggioranza dei casi, ma non sempre necessariamente» (P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 310).

¹⁰⁵ «Dunque, il governo del canone dell'*utilitas contrabentium* permetteva di selezionare le regole vevoli per la responsabilità del comodatario in ragione dell'atteggiarsi del caso concreto e in particolare della sussistenza o meno, accanto all'immane vantaggio del comodatario, di quello del comodante» (L. GAROFALO, *Sul comodato*, cit., 1063). Cfr. anche *supra*, nt. 32.

quella traccia originaria non è andata perduta. In questo senso il passo di Paolo è emblematico dell'oscillazione del concetto tra normatività 'extragiuridica' (*officium*) e giuridicità contrattuale (la *suscepta obligatio*).

Se guardiamo al fenomeno studiato, senza il filtro della moderna concezione del 'giuridico' (scisso dall'etica, ma non solo), siamo infatti in grado di cogliere nella polarità *beneficium/gratia*, la cui dinamica si rispecchia nello schema del comodato, la realizzazione di un equilibrio tra le parti, interagenti non entro il circuito «normale degli scambi, di ciò che si dà per ottenere», bensì in «quello del favore e della riconoscenza, di ciò che si dà senza attesa di ricambio, di ciò che si offre per 'ringraziare'»¹⁰⁶. Non, però, col fine di dire – il che sarebbe ovvio – che il contratto di comodato è contrassegnato da intenti di cortesia e amicizia, quanto di porre mente al fatto che tali intenti, nella società in cui quella figura contrattuale è sorta, avevano carattere normativo (ancorché non in senso giuridico moderno) ed esercitavano una forma di pressione 'debitoria' sul beneficiato, innescando quel movimento spiraliforme, nel quale, adottando per approssimazione il lessico giuridico moderno, potrebbe cogliersi la causa, intesa quale funzione (economico-)sociale, dell'interazione tra soggetti.

Se quindi lo sbilanciamento strutturale che ancora si percepisce è dovuto alla memoria di quella originaria reciprocità, tuttora riverberante nell'ontologia del moderno contratto di comodato, la griglia che abbiamo costruito offre uno strumento interessante. Non già, beninteso, per suggerire soluzioni contemporanee modellate sull'antico, quanto nel senso di presentarsi quale strumento concettuale di lettura e comprensione delle problematiche connesse al comodato. Esso 'sistematizza', per così dire, la 're-azione' del comodatario (e, simmetricamente, l'interesse eventualmente perseguito dal comodante), che diversamente appare occasionale e di difficile collocazione, rispetto a una dinamica che si presenta – nella sfera strettamente giuridica – come unidirezionale. Si potrebbe dire che il comodato/*beneficium* solleciti ancora e sempre una 're-azione', ma che, solo quando assuma rilevanza

¹⁰⁶ É. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 153.

economica, essa venga percepita come *utilitas* ed entri nel raggio d’azione del diritto.

Sempre assumendo tale prospettiva, anche l’evocata categoria della ‘corrispettività indiretta’¹⁰⁷ apparirebbe sussumibile – nella sostanza e solo per approssimazione, non già nel senso di identificarla col *referre gratiam* – entro lo schema concettuale del comodato, quale soluzione moderna ad un’avvertita esigenza di riequilibrio che non intacchi la ‘essenziale gratuità’, per come oggi – dopo un percorso di secoli, che l’ha reinterpretata e riempita di nuovi contenuti – essa è concepita.

ABSTRACT

Il contributo si occupa della caratteristica della ‘essenziale gratuità’ (art. 1803 cod. civ.) del comodato nel diritto moderno e delle problematiche che essa pone, per sviluppare una riflessione intorno al contratto di comodato nel diritto romano. Al centro della ricerca si pone l’approfondimento del profilo sociale ed etico del comodato, accanto a quello giuridico, come emerge in Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3. In particolare, ci si sofferma sull’esame di Cic. *fin.* 2.35.117 dove compare un interessante parallelismo tra comodato e *beneficium*, nonché il riferimento alla relazione tra *beneficium* e *gratia*, che sembra offrire una chiave di lettura del rapporto tra comodante e comodatario.

The paper deals with the ‘essenziale gratuità’ (art. 1803 cod. civ.) of the gratuitous loan in modern law and with the difficulties it poses, to develop some remarks on the *commodatum* in Roman law. The core of the research is the study of the social and ethical aspects of the bailment,

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, nt. 28. La categoria della corrispettività indiretta è evocata anche da L. GAROFALO, *Sul comodato*, cit., 1074, prima di ribadire che a «essere irrimediabilmente confliggente con la gratuità del contratto è invero la mera ‘corrispettività diretta’, ossia la compresenza di interessi di natura patrimoniale trasfusi in una struttura basata sullo schema dell’attribuzione bilaterale, fosse anche derivante dall’attribuzione di un *modus*, allorché questo vada oltre l’utilità che il comodatario trae dall’operazione».

alongside the juridical one, as they emerge in Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3. In particular, we focus on the exegesis Cic. *fin.* 2.35.117: the source presents an interesting comparison between *commodare* and *beneficium*, and also the mention to the connection between *beneficium* and *gratia*, that could be a key to explain the relationship between the bailor and the bailee.

PAROLE CHIAVE

Comodato, *commodatum*, *beneficium*, *gratia*

Gratuitous loan, bailment, *commodatum*, *beneficium*, *gratia*, grace

GIOVANNI TURELLI

Email: giovanni.turelli@unibs.it

