



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Giorgia Zanon

**Appunti sul tempo della restituzione
nel comodato**

Numero XV Anno 2022
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. Trisciunglio (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), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) 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

Appunti sul tempo della restituzione nel comodato

SOMMARIO: 1. Il tempo nel comodato: una questione che si ripete – 2. *Beneficium* e riconoscenza in un passo di Cicerone – 3. Quando il *beneficium* si scioglie nel dono. *Precarium*, comodato, donazione – 4. Tra volontà e doverosità etica nel pensiero di Paolo – 5. Conclusioni.

1. *Il tempo nel comodato: una questione che si ripete*

Vi sono alcune questioni giuridiche che sembrano travalicare i confini spazio-temporali per tornare puntualmente a riproporsi, in una dimensione storica e universale, da oltre duemila anni; è questo il caso della determinazione del tempo della restituzione della cosa comodata che si pone ogniqualvolta il fatto concreto si allontani dalla linearità del modello – base: prestito gratuito di una cosa per un tempo o un uso determinato, con obbligo di restituzione alla scadenza pattuita o esaurito l'uso¹. A questo proposito, l'art. 1810 del codice civile del 1942 recepisce la nostra tradizione² imponendo al comodatario la restituzione *ad nutum*

¹ Così recita l'articolo 1803 del codice civile del 1942, sostanzialmente analogo al corrispondente art. 1807 del codice del 1865. Nel caso di morte del comodatario, i suoi eredi saranno tenuti alla restituzione *ad nutum* pure in presenza di una scadenza contrattuale (art. 1811) La disposizione ha così esteso la portata dell'art. 1807 secondo comma del codice civile del 1865 che limitava il beneficio solo qualora il contratto fosse stato stipulato con particolare riguardo alla persona del comodatario.

² Contrario, F. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018, 171 ss., secondo il quale la norma di cui all'art. 1810 cod. civ. sarebbe in aperto contrasto con la struttura romana del comodato di cui l'uso della cosa e il termine di restituzione costituivano elementi essenziali.

nell'assenza di un termine pattuito o comunque desumibile dall'uso³: una disposizione, questa, a rigore inutile essendo immanente alla natura del rapporto, pur se inteso quale fatto istituzionale⁴.

Fornito di una tutela autonoma tramite *actio in factum* non prima della fine dell'età repubblicana⁵, lo schema del *commodatum* – che, agli inizi,

³ L'art. 1809, secondo comma, ammette peraltro il diritto del comodante a richiedere la cosa anche prima della scadenza del termine o della cessazione dell'uso specifico in caso di urgente e impreveduto bisogno. Come ricordato da P. CERAMI, *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in *AUPA*, 43, 1995, 321 ss., si tratta di una norma che origina nell'orientamento ermeneutico dei giuristi-teologi del tardo diritto comune volto a temperare il divieto di *intemptive usum commodatae rei auferre* enunciato, come si dirà, in *Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.7.3*. Il rilievo non è privo di interesse in quanto attesta un caso di intromissione di valutazioni *lato sensu* etiche entro i confini giuridici del rapporto.

⁴ Ci si riferisce qui all'idea espressa da J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, trad. it., Milano, 1996, 9 ss., circa l'esistenza, nell'ambito delle relazioni umane, di fatti istituzionali, fatti sociali, cioè, che troverebbero la loro regola costitutiva nella interrelazione tra un dato della realtà – preesistente e indipendente rispetto all'azione umana (*brute facti*) – e un accordo collettivo da parte dei fruitori delle istituzioni. Ciò significa che, seppur sottoposti a valutazione soggettiva, tali fatti manterrebbero una loro ontologia oggettiva (quanto meno con riferimento agli elementi tipici del rapporto) tale da essere riconosciuta, in termini di 'verità' dall'intera opinione pubblica (o dalla maggior parte di essa).

⁵ La relativa tardività del riconoscimento del comodato come contratto, dapprima tutelato mediante *actio in factum* e, solo successivamente (in epoca labeoniana) munito di azioni civili di buona fede (cfr. *Gai 4.47*), è opinione comune in dottrina, anche se vi è incertezza sulla cronologia della suddetta progressione. Se l'opinione di F. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 68 ss., è nel senso di ritenere che già attorno al II secolo l'*actio commodati* costituisse un rimedio conosciuto e generalmente applicato, più cautamente, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 191 ss., colloca la concessione di una tutela autonoma del prestito d'uso al tempo di Quinto Mucio. Si ritiene, inoltre, plausibile che in origine fossero oggetto di comodato solo le cose mobili, essendo impiegato, per i rari casi di prestito immobiliare, lo schema della *fiducia cum amico* (contrario, tuttavia, sulla base della diversità di funzione perseguita da tale istituto, P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del 'commodatum'*, Milano, 1983, 9 ss.). Un passo di Ulpiano (*Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1*) attesta, in ogni caso, come la discussione giurisprudenziale circa l'ammissibilità del comodato immobiliare fosse già sopita nella seconda metà del I sec. d.C., quando il parere favorevole di Cassio relativamente alle *res soli* venne confermato da Viviano

doveva probabilmente riguardare solo beni mobili – trova la sua origine nel contesto di un’economia di tipo agro-pastorale: si intuisce che il prestito dovesse rappresentare una necessità quotidiana indotta dall’esigenza, dobbiamo ipotizzare frequente, di disporre di cose, anche d’uso corrente in relazione all’attività lavorativa, da parte di soggetti economicamente meno provveduti⁶. Il prestito si poteva così introdurre congruamente in relazioni amicali, pur se esso sarebbe potuto insorgere da rapporti in cui sentimenti come l’amicizia o l’altruismo potevano essere del tutto assenti e sostituiti da profili di convenienza.

Non è facile per l’interprete gestire la coesistenza tra elementi giuridici ed extra-giuridici (o pre-giuridici), la quale può essere particolarmente pregnante tra l’uomo comodante e l’uomo comodatario; resta, tuttavia, da vedere se questa coesistenza trapassi inalterata, o non trapassi affatto, nella dimensione normativa del rapporto. In ogni caso, a voler considerare l’essenza depurata da elementi di doverosità o di correttezza umana e, a maggior ragione, in loro assenza, vi è che il prestito era concepito e realizzato senza corrispettivo, con la conseguente unilateralità del vantaggio (almeno sotto il profilo economico).

Da questo punto di vista, la vivacità della discussione giurisprudenziale in argomento⁷ è indicativa dello sforzo di pervenire alla

anche con riguardo alle abitazioni: *proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari possi ait.*

⁶ Per una sintesi del progressivo assorbimento del comodato come ‘fatto sociale’ nel mondo del diritto tramite concessione di azioni dirette e contrarie, P. ZANNINI, voce *comodato (dir. rom.)*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 32 ss. Per l’età medievale, cfr. U. SANTARELLI, voce *comodato (dir. interm.)*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, III, cit., 34 ss. che riferendosi all’ambiente artigiano proprio delle città comunali e mercantili del basso Medioevo esplicita come il ricorso al prestito d’uso si attagliasse tanto a situazioni di utilità e cortesia reciproca quanto a rapporti di ‘doverosità’ etica.

⁷ Basta scorrere il titolo 6 (*commodati vel contra*) del tredicesimo libro del Digesto per rendersi conto della ricchezza e della complessità dei rapporti umani considerati dalla giurisprudenza ai fini della concessione o meno delle azioni di comodato. E d’altra parte, è proprio grazie a questa articolata discussione che il comodato può collocarsi tra quelle ‘figure giuridiche tradizionali’ – nel senso, cioè, di consolidate e tuttora basilari – a cui si è pervenuti nel corso della storia tramite il rinnovarsi di accordi

costruzione coerente dello schema giuridico del comodato, isolando la ‘nuda giuridicità’ rispetto alla ricchezza e alla complessità del *background* sociologico e antropologico⁸ che, nella sua estrema variabilità, può indubbiamente essere fuorviante (e forse ha talora effettivamente fuorviato) nel momento cruciale dell’individuazione della regola.

Utile e apprezzabile risulta un recente lavoro pubblicato su questa Rivista. Giovanni Turelli⁹ ha approfondito questa sorta di struttura che ha certamente rappresentato la base per la costruzione del tipo contrattuale, oltre che per la formulazione, secondo il filo della congruenza, di opzioni solutorie divenute nel tempo sempre più generali e astratte, pur senza perdere la loro sostanziale conformità alla natura delle cose.

Più esattamente, nell’intento di sciogliere, per quanto possibile, le incertezze oggi riscontrabili in dottrina con riferimento alle (pretese) anomalie riscontrabili nell’ambito del comodato, Turelli si propone di scendere «in profondità, al di sotto dello schema giuridico moderno» scandagliandone l’originaria afferenza alla dimensione etico-normativa; egli giunge così a individuare, a monte della concessione del prestito, una sorta di un *officium*, cioè una doverosità funzionale ad elargire un *beneficium*, la cui cogenza (seppur su un piano extra giuridico) sarebbe tale da non ammettere un’opzione diversa rispetto al *commodare*.

A tale «movente di doverosità» non potrebbe che corrispondere una altrettanto doverosa reazione di riconoscenza (*reddere gratiam*) da parte

intersoggettivi circa l’accoglimento di opzioni estremamente generali e, in un certo senso, intuitive o quanto meno facilmente afferrabili; su tutto ciò, T. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfigurem*, in *Juristenzeitung*, I, 1971, 1 ss., ora in *Diritto e Società*, 4, 1999, 531 ss., con introduzione di U. Vincenti.

⁸ A proposito del contributo degli elementi ‘pre-giuridici’ ed ‘extra-giuridici’ ai fini della formazione del ‘giuridico’, G. FINAZZI, *‘Amicitia’ e doveri giuridici*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana. Dall’epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 663 ss., il quale (con specifico riferimento all’*amicitia*) giustamente sottolinea come, una volta tradotti in norma, essi siano comunque destinati a muoversi su piani distinti e paralleli rispetto a quelli del diritto, costituendo, questo, l’unico ambito di interesse del giurista.

⁹ G. TURELLI, *Per un’archeologia del comodato. Dalla ‘essenziale gratuità’ dell’art. 1803 cod. civ. al ‘gratia deberi’ di Cic. fin. 2.35.117*, in *TSDP*, 14, 2021, 1 ss.

del comodatario in grado di innescare un movimento «spirale» di reciprocità nel quale, secondo l'Autore, potrebbe riconoscersi la «funzione (economico)-sociale dell'interazione tra soggetti» e, quindi, sostanzialmente, la causa (ormai celata) del contratto, sanando così quella sorta di squilibrio relazionale che sembra oggi affliggere i giuspositivisti¹⁰.

2. 'Beneficium' e riconoscenza in un passo di Cicerone

Ovvio che alla base di qualunque rapporto umano vi sia una pulsione variamente connotata: economica, ideale, morale, religiosa, estetica etc. La *conventio*, anche nel senso più strettamente giuridico, evidenzia

¹⁰ G. TURELLI, *Per un'archeologia*, cit., 8 ss. Diversamente, A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 5, secondo cui individuare la causa del comodato in un rapporto di cortesia o di benevolenza equivarrebbe a «negare l'esistenza stessa della causa nel suddetto contratto»; ravvisando la possibilità di intravedere una «lettura diversa, in cui la gratuità essenziale del comodato quale assenza di un corrispettivo, legata al vantaggio goduto dal comodatario, possa convivere e porsi anzi in posizione di compatibilità con un interesse specificamente patrimoniale del comodante», l'Autore (anche sulla base del passo paolino di cui a Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3) perviene a riconoscere la natura «bilaterale» del rapporto stesso il quale si caratterizzerebbe per «la reciprocità delle prestazioni e delle azioni poste a tutela delle stesse» (222 ss.). Pur condividendo con questi Autori l'idea di una certa 'fragilità' della causa del comodato, quale conseguenza della essenziale gratuità dell'atto, P. COSTA, «*Rem commodare*», *realità e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, 21, 2021, 1 ss., ravvisa piuttosto nella realtà del contratto quel «*quid* oggettivo» in grado di permettere il riconoscimento inequivoco della volontà del concedente di prestare un bene senza corrispettivo, affermando che «sul piano dogmatico ben si apprezza come la dazione della cosa affianchi il consenso conferendo una stabilità causale sufficiente all'attribuzione gratuita connotante il comodato, un'attribuzione gratuita che, come tale, sarebbe incoercibile se derivante da un generico impegno...». Sotto questo profilo, l'Autore critica efficacemente la diversa opinione espressa da A. WEGMANN STOCKEBRAND, 'Obligatio re contracta'. *Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im Römischen Recht*, Tübingen, 2017 (ma vedi già C.A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain F. Wubbe*, a cura di P. Pichonnaz, Genève, 2009, 19 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, 3, a cura di L. Vacca, Torino, 2014, 3 ss.), il quale, considerando il comodato espressione di consensualità, configura invece la *datio* come momento meramente esecutivo del precedente accordo tra le parti.

etimologicamente l'incontro da cui scaturisce la relazione che, se ispirata da reciprocità ed equilibrio, può essere lo strumento idoneo alla soddisfazione delle attese degli attori: un archetipo normativo dentro il quale entra, trasformandosi, il rapporto fattuale tra uomini.

Ecco dunque che a monte del *cum-venire* e, ancora, del rapporto giuridicizzato viva, anzi dia *in primis* la vita, la relazione umana: per esempio di *amicitia* che, nel contesto contrattuale, si oggettiva e si standardizza nella mera condivisione di intenti che rende possibile la conclusione e l'esecuzione del contratto stesso¹¹.

Aristotele aveva fatto chiarezza individuando nella reciprocità il fondamento di qualunque relazione amicale¹², ma escludendo che essa potesse avere quale *altera pars* Dio o gli esseri inanimati: la ragione è che tra queste entità e l'uomo non sarebbe possibile una vera amicizia la quale implicherebbe una «corresponsione di affetti». Tra le diverse specie di amicizia che coinvolgono «eguali» vi è quella «secondo l'utile»: qui le parti non sono puramente amici o amici in sé, in quanto condizionati da un obiettivo di vantaggio. Si capisce che questa sia l'amicizia più labile in quanto, frequentandosi per interesse, gli amici tendono a chiedere sempre di più, ritenendo di avere meno di quanto gli spetti¹³.

Aristotele sottolinea la diversità che si pone tra l'amicizia legale o politica – la quale è generata da una pattuizione introduttiva di un'obbligazione non ambigua e con forma di contratto – e l'amicizia eticamente orientata in quanto volta a perseguire esclusivamente ciò che

¹¹ Considera l'*amicitia* privata un importante «fattore istituzionale» della società e del diritto in età tardo repubblicana, B. ALBANESE, *L'«amicitia» nel diritto privato romano*, in *Jus*, 14, 1963, 20 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, a cura di M. Marrone, Palermo, 1991, 145 ss., il quale evidenzia come lo sviluppo di relazioni amicali in qualche modo formalizzate proceda in parallelo al dissolvimento di più antichi modelli aggregativi, aprendo la strada a quelle nuove forme di amicizia «costituzionale» che costituiranno uno degli istituti più originali del regime imperiale, a partire da Ottaviano. Più cauto, A. PALMA, *'Iura vicinitalis'. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, 13 ss., che, pur concordando sull'importanza degli *officia* amicali soprattutto quale forma virtuosa di interazione sociale, esclude, tuttavia, l'idea di una «giuridicizzazione» dell'amicizia sino al punto da formalizzarla («in un 'quasi negozio'»).

¹² In proposito, cfr. U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, 2010, 37 ss.

¹³ Aristot., *Eth. Nic.* 8.1162 b-1163 a.

è eticamente bello, senza pretendere, dall'amico, prestazioni di diversa natura.

Assai differente sarà infatti la condizione di chi, avendo ricevuto, non ricambi «per impossibilità» ovvero ricambi solo «per quanto sia in grado», in quanto, nel contesto di un'amicizia eticamente connotata, la relazione resterà comunque bella, perché realizzativa della bellezza; ovvio che un tale squilibrio sarà invece difficilmente tollerabile, o non sarà tollerato affatto, da chi abbia «venduto o abbia dato in prestito»¹⁴.

Insomma, se alla base di una relazione di opportunità - com'è in ogni caso il contratto - potrebbero rinvenirsi elementi extra-giuridici di valore *lato sensu* etico, percepiti come fonte di generici doveri di *dare*, appare però improprio volerne ricavare comunque un'attitudine 'obbligante', specie se questa prospettiva sia coltivata parzialmente, nel caso di riferimento al comodato¹⁵. A ben vedere, Aristotele assimila correttamente comodato e compravendita, dato che in entrambi questi rapporti conta *sub specie iuris* esclusivamente l'obbligo (di chi deve dare il prezzo o restituire la cosa): con il che, anche per il filosofo, non rileverebbero i motivi psicologici sottostanti la transazione. Sicché il debitore che non paghi il prezzo e il comodatario che non restituisca (secondo quanto pattuito con il comodante) assumerebbero un comportamento analogo, se non proprio identico, con ogni congrua conseguenza.

È stato evocato in questo contesto un interessante passo del *de finibus* ciceroniano: Turelli lo adduce a sostegno della tesi di un (originario) equilibrio della relazione comodataria che resterebbe connotata dal dare

¹⁴ Aristot., *Eth. Eud.*, 7.1243 b.

¹⁵ Sulla rilevanza dell'*amicitia* nel senso di «comunanza di interessi e disponibilità alla condivisione di vantaggi, anche di ordine pratico» cui era connaturata tanto la prassi dei *beneficia* (attribuzioni spontanee e disinteressate) quanto la dimensione degli *officia*, recentemente M. MILANI, '*Amicitia*' e '*societas*', in *LR online*, 2020, il quale, pur riconoscendo, con G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 751, che le origini del comodato si collocano, plausibilmente, nel quadro di rapporti sociali e amicali, manifesta tuttavia perplessità circa la rilevanza giuridica di questi stessi nell'ambito del rapporto contrattuale.

(il *beneficium*) – avere (la *gratia*), trattandosi di prestazioni reciprocamente (o circolarmente) doverose per entrambe le parti:

Cic. *de fin.* 2.35.117: *Ergo in iis adolescentibus bonam spem esse dicemus et magnam indolem suis commodis inservituros et quicquid ipsis expedit facturos arbitrabimur? Nonne videmus quanta perturbatio rerum omnium consequatur, quanta confusio? tollitur beneficium, tollitur gratia, quae sunt vincla concordiae. Nec enim, cum tua causa commodos, beneficium illud habendum est, sed faeneratio, nec gratia deberi videtur ei, qui sua causa commodaverit. Maximam vero virtutes iacere omnis necesse est voluptate dominante.*

Respingendo la tesi epicurea della preminenza del piacere rispetto alla virtù, Cicerone si interroga su quali speranze e aspirazioni potranno nutrire quei giovani che, schiavi dei loro piaceri (*suis commodis*), perseguiranno soltanto ciò che risulta loro conveniente; è evidente come da simili condotte si generi una «universale perturbazione» in grado di confondere la stessa percezione delle cose. Così si abolisce il beneficio, così si abolisce la riconoscenza, così si compromettono i cardini della concordia. E, così, qualora tu, in vista del tuo vantaggio, creda di «fare un piacere»¹⁶ (*commodos*) a taluno, questo non è un beneficio, ma un prestito ad interesse, che non merita riconoscenza.

Volendo ammettere che il discorso si collochi in ambito propriamente giuridico e non meramente filosofico-retorico (come invece sembra a me maggiormente probabile¹⁷), Cicerone negherebbe

¹⁶ Così nella traduzione di N. MARINONE, *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*, III, Torino, 1988, 225 ss.

¹⁷ Il dialogo *De finibus bonorum et malorum*, pur privo di sostanziale originalità, si colloca all'interno della produzione filosofica di Cicerone della quale rappresenta forse il momento più impegnativo. In esso l'Autore si propone di approfondire il punto fondamentale dell'etica ellenistica, cercando di individuare quale sia il sommo bene (*finis*, appunto, tanto nel senso di aspirazione che di termine della vita umana) cui improntare la condotta degli uomini. Tra le altre cose è da segnalare come il significato attribuito a *commodum* quale generica forma di piacere (che si rinvia a proposito del comportamento dei giovani 'egoisti') mal si concilia con l'accezione propriamente tecnica che si vorrebbe riconoscere alla voce verbale contenuta nella frase immediatamente successiva (*cum tua causa commodos ... qui sua causa commodaverit*). Come

che il *commodatum* concesso nell'interesse del comodante possa essere considerato un *beneficium*, ricadendo, semmai nell'arcaica figura della *faeneratio*, ossia, sostanzialmente, del prestito a interesse¹⁸, ove non è

opportunamente delineato da A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 10 ss., tanto Cicerone quanto le fonti letterarie ad esso coeve sembrano utilizzare il termine *commodatum* nel suo significato più generale (e generico) di *commodum dare* e cioè di dare (in senso non necessariamente materiale) ad altri un vantaggio. Solo in un'accezione più ristretta e «speciale», l'espressione risulta identificare il dare gratuitamente una cosa che, però deve essere restituita, distinguendosi così tanto dal mutuo (ove non è la stessa cosa a dover essere restituita) che dalla donazione (dove l'attribuzione è definitiva). Altre testimonianze in P. COSTA, «*Rem*», cit., 13 ss., che opportunamente insiste sul costante riferimento alla temporaneità del beneficio nelle medesime contenuto.

¹⁸ Privo, nel diritto romano, di uno specifico ed autonomo schema giuridico, com'è, per noi, il mutuo (sul punto, cfr. R. CARDILLI, 'Fenus, usurae' e interessi pecuniari come 'frutti civili', in *La dette contre le développement: quelle stratégie pour les peuples méditerranées?*, sous la direction de P. Catalano et A. Sid Ahmed, Paris, 2002, 17 ss.), il *fenus* si traduceva, nella sostanza, nell'impiego di un negozio astratto al fine, appunto, dell'imposizione di tassi solitamente molto elevati a scapito della parte più debole del rapporto la quale veniva costretta, quasi invariabilmente, ad un interminabile e sempre più gravoso processo di indebitamento. Si comprendono, pertanto, le ragioni, anche filosofiche, della «ripugnanza» manifestata dai romani nei confronti del prestito ad interesse (si veda, ad esempio, il passo di Catone il Censore, *de agri cult.*, praef. 1, che considera il *fenerator* un individuo peggiore del ladro), su cui si sofferma A. ARNESE, *Usura e 'modus'. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013, 17 ss.; andando a colpire gli appartenenti ai ceti più bassi della popolazione, la pratica della *faeneratio* finiva, d'altra parte, per porsi quale vero e proprio «fenomeno di classe» (sul punto, cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tassi usurari e giurisdizione*, in *D@S*, 7, 2008, 2 ss., che osserva come, accanto alla stragrande maggioranza di plebei indigenti, non mancassero peraltro coloro che, già tra IV-III secolo, godevano di grandi disponibilità economiche), suscitando tensioni e conflitti tali da poter essere paragonati soltanto a quelli attinenti alla questione della terra (così, R. CARDILLI, 'Leges fenebres, ius civile' ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac. Ann., VI, 16, 1-2, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2008, 377 ss., che, oltre al noto passaggio di Tacito, Ann. 6.16.1, secondo cui *Sane vetus urbi faenebra malum et seditioinum discordiarumque creberrima causa, eoque cobibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus*, segnala anche Liv. 2.32.7 ss.; Cic. *de rep.* 2.33.58; Dion. 6.41). L'attività del prestito fu nel tempo progressivamente assunta da corporazioni di *argentarii* ai quali furono riconosciute, soprattutto in epoca giustiniana, diverse forme di privilegio anche attraverso lo snaturamento di principi classici, come nel caso del superamento della presunzione di gratuità del mutuo o dell'ammissione di una deroga al *beneficium excussionis* in favore delle banche; su tutto ciò, G. LUCHETTI,

dovuta alcuna gratitudine nei confronti del concedente. Ma lascia perplessi il voler trarre, *a contrario*, una regola generale circa la sussistenza, in qualsiasi rapporto di comodato, di una sorta di corrispondenza sinallagmatica tra il vantaggio arrecato dal concedente e la riconoscenza dovuta dal comodatario in quanto *vir bonus* e, come tale, chiamato (eticamente) a ricambiare il beneficio ricevuto in forza di quel sistema di valori (come la *beneficentia* e la *iustitia*) indispensabili per il funzionamento dell'umano consorzio.

A questo proposito, è anzitutto da segnalare che il richiamo ciceroniano alla *faeneratio* sembrerebbe suggerire che si tratti qui di un prestito fondato su un interesse propriamente patrimoniale, ciò che, com'è noto, azzerando la essenziale gratuità dell'atto¹⁹, escluderebbe in radice la presenza di un rapporto di comodato. Ma anche ritenendo che il passo si riferisca ad un'ipotesi di elargizione sorretta da una generica utilità (un'utilità cioè non strettamente economica) per il comodante, è da dire che sotto il profilo giuridico, ciò rilevarebbe esclusivamente ai fini della valutazione della responsabilità del comodatario²⁰.

Banche, banchieri e contratti bancari nella legislazione giustiniana. Osservazioni a proposito della recente ricerca di A. Díaz Bautista, Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano), Murcia, 1987, in BIDR, 33-34, 1991-1992, 461 ss.

¹⁹ Sul punto, cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*², Torino, 1950, 258, il quale, con le parole dell'art. 1101 del codice civile del 1865 (in quello del 1942 è invece assente ogni definizione al riguardo), discrimina tra contratti a titolo oneroso e contratti a titolo gratuito sulla base del fatto che mentre nei primi entrambe le parti si procurano un vantaggio (economico) mediante equivalente, nei secondi, invece, una sola delle parti risulta essere avvantaggiata senza equivalente. Ciò significa che nei contratti a titolo oneroso ciascuna parte ottiene un vantaggio dietro corrispettivo, mentre in quelli a titolo gratuito (di cui una sottospecie è rappresentata dagli atti di liberalità), una parte (il beneficiario) consegue un vantaggio senza corrispettivo.

²⁰ Come è noto, l'ordinaria responsabilità addossata in età classica al comodatario si estendeva alla custodia (cfr., ad es., Ulp. 38 *ad ed.* D. 13.7.13.1; Paul. 5 *ad Sab.* D. 18.6.3; Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.4; Gai. 3.14.2) e alla colpa, questa, peraltro, non identificabile con la diligenza del *bonus pater familias*, ma con la ben più gravosa *exacta* o *exactissima diligentia custodiendae rei* (I. 3.14.2; Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18), ovvero con la *diligentia diligentissimi patris familias*, la quale incontrava il solo limite del caso fortuito e della forza maggiore (I. 3.14.2; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.3-4); ciò, secondo Gaio (3.205-207, ma cfr. anche Africano in 5 *quaest.* D. 30.108.12 e Ulpiano in 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2) appariva invero

Forse è più verosimile che, richiamando il *beneficium*, Cicerone intendesse evocare non tanto l'idea del mero vantaggio ad altri attribuito

congruente con il fatto che è il comodatario a trarre l'esclusivo vantaggio dal rapporto. Perciò, qualora l'*utilitas* contrattuale fosse invece divisa tra le parti era ammessa una attenuazione nei limiti del dolo (Gaio in 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr.; Ulpiano in 28 *ad ed.* D. 13.6.5.1-12 e 29 *ad Sab.* D. 13.6.10). In proposito, approfonditamente, G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, 54 ss., il quale sottolinea il carattere flessibile della buona fede ai fini della definizione della struttura del singolo rapporto e della configurazione della responsabilità delle parti secondo il criterio della *utilitas contrabentium*. A partire dalle fonti romane, i giuristi medievali pervennero a elaborare, sulla base del criterio dell'utilità, una dottrina tripartita della colpa: la *culpa lata* (comprendente anche il dolo) era il criterio di responsabilità di chi non avesse tratto alcun vantaggio dal contratto; la *culpa levis* rappresentava il limite dell'imputabilità qualora il rapporto fosse nell'interesse di entrambe le parti, mentre la *culpa laevissima* (avvicinabile alla *custodia*), si applicava a chi fosse l'unico ad avvantaggiarsi dal contratto. Abbandonato dalla codificazione napoleonica, il criterio della *utilitas contrabentium* sarebbe, tuttavia, stato recuperato nei più importanti codici novecenteschi, come dimostra, in particolare, il codice civile svizzero del 1911 che ancora lo menziona espressamente. Per quanto riguarda l'esperienza giuridica italiana, un riferimento all'*utilitas* sarebbe rintracciabile, secondo l'Autore, nelle disposizioni di cui agli articoli 1768 e 1710 del codice civile che, con riferimento a deposito e mandato, introducono un criterio meno rigoroso di valutazione della responsabilità del debitore nel caso in cui il contratto sia a titolo gratuito. Analoga *ratio* sarebbe sottesa nelle regole sancite dagli artt. 1805 e 1812 in tema di perimento della cosa a carico del comodatario e di responsabilità (solo dolosa) per i vizi della cosa a carico del comodante. Diversamente opina L. MAGANZANI, *Il criterio dell' 'utilitas contrabentium' e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in *Fides. Humanitas. Ius. Studii in onore di L. Labruna*, V, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 3087 ss., la quale, ricostruendo il pensiero della dottrina, dai glossatori sino alle moderne alle codificazioni, sostiene l'idea di un progressivo «oscuramento» del criterio romano in tema di variazione della responsabilità, citando, in proposito, la programmatica formulazione dell'art. 1224 del codice civile del 1865 («da diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato all'art. 1843»). In effetti, il progressivo affermarsi della legge quale unico, indiscutibile parametro per la risoluzione dei casi, eliminando almeno *in thesi* ogni discrezionalità in capo all'interprete, sembra porsi, almeno ideologicamente, in contrasto con la persistenza di disposizioni volte, invece, ad ammettere la possibilità di deviazioni rispetto al dettato della norma generale, ritenuta, per definizione, completa ed esaustiva.

senza corrispettivo (come, appunto, nel comodato) quanto piuttosto il ‘dono’ disinteressato e definitivo, quale sarà teorizzato da Seneca (che distingue recisamente tra atto giuridico e liberalità²¹): è in quest’ultimo contesto, di pura oblazione, che potrebbe apparire pertinente quella relazione (extra-giuridica) di bilateralità (*beneficium/gratia*) su cui insiste Turelli a proposito del comodato²².

²¹ Sen. *de ben.* 4.12.2. Pur non escludendo il verificarsi di casi ‘limite’ in cui appare difficile riconoscere l’essenza del rapporto, Seneca discrimina invero tra *creditum* e *beneficium* (solo quest’ultimo in grado di suscitare la riconoscenza del destinatario), tanto da opporsi nettamente a tutte quelle forme di coazione giuridica volte ad ottenere l’adempimento della gratitudine nascente da una liberalità, come nel caso dello schiavo manomesso nei confronti dell’ex padrone. Da questo punto di vista, come ribadito da A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile*’ – ‘*debitum naturale*’. *Sen., de ben.* 3.18.1 ss. – *D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)*, Milano, 1973, 79 ss., rispetto a Cicerone, il «bisogno di contrapporre l’atto liberale all’atto giuridico» diventa, per il filosofo, ancor più prepotente se si considera il contesto socio - politico del I secolo d.C., nell’ambito del quale, oltre all’*accusatio ingrati liberti* prevista dalla legge *Aelia Sentia*, gli indirizzi politici di Caligola, Claudio e Nerone parevano muovere verso una repressione giuridica dell’ingratitude *tout court*, tanto da proporre, in sede di *consilium principis*, la revoca della manomissione per il liberto considerato ‘indegno’.

²² Senza poter qui adeguatamente approfondire la complessità e la profondità del pensiero seneciano in ordine al *beneficium* e la sua tendenziale corrispondenza alla nostra idea di beneficenza, ci si limita a ricordare come, per il filosofo, la formula del dono, ben lungi dall’autorealizzarsi in maniera naturale, costituisca una pratica problematica che richiede cura e attenzione costanti (in proposito, cfr. P. LI CAUSI, *Fra ‘creditum’ e ‘beneficium’*. *La pratica difficile del ‘dono’ nel ‘de beneficiis’ di Seneca*, in *QRO online*, 2, 2009, 232 ss., con accurata considerazione della letteratura più recente in argomento). Ed infatti, proprio al fine di evidenziare come la stessa ingratitude del destinatario sia sovente riconducibile alla negligenza dell’autore della liberalità, Seneca propone un confronto con il (ben diverso) prestito (giuridico), laddove la scelta di concludere l’affare è sempre preceduta da accurate valutazioni sulla persona (e, quindi, la solvibilità) del futuro debitore, esattamente come prima della semina si verifica la fertilità del suolo (Sen. *de ben.* 1.1.2): *Nec mirum est inter plurima maximaque vitia nullum esse frequentius quam ingrati animi. Id evenire ex causis pluribus video. Prima illa est, quod non eligimus dignos, quibus tribuamus. Sed nomina facturi diligenter in patrimonium et vitam debitoris inquirimus, semina in solum effectum et sterile non spargimus: beneficia sine ullo dilecti magis proicimus quam damus*. Vi è anche da dire che mentre, nell’ambito di una prospettiva contrattualistica, la relazione tra le parti appare di tipo ‘oggettivo-quantitativo’, il dono instaura piuttosto tra gli ‘agenti della transazione’ un rapporto ‘personale’ e ‘qualitativo’, il cui scopo è

Sotto il profilo dell'esistenza o meno di un interesse latamente egoistico quale giustificazione dello spostamento patrimoniale (l'utile ottenuto dal comodatario) si gioca, in effetti, la linea di discriminazione tra gratuità e liberalità²³, tra mero vantaggio e dono²⁴, il quale soltanto, nella sua definitività, è considerato in grado di superare la logica contrattuale dello 'scambio' (anche se non meramente economico²⁵), per aprirsi alla

l'apertura di un legame' ipoteticamente infinito (il celebre paradigma del dare/ ricevere/ ricambiare individuato da M. MAUSS, nel suo celebre *Saggio sul dono* del 1923 e applicato poi a molteplici rapporti sociali e giuridici della Roma antica (ospitalità, clientela, atti gratuiti etc.), da J. MICHEL, *La gratuità nel diritto romano nell'antropologia sociale*, in *Interpretazione e gratitudine, XIII Colloquio sulla interpretazione (Macerata 30-31 marzo 1992)*, a cura di G. Galli, Macerata, 1994, 209 ss. (per una argomentata critica della asserita 'necessità' del dono ai fini dello sviluppo delle relazioni di scambio, cfr. V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, 5, 1996, 63 ss.) Assolutamente condivisibili, al riguardo, le osservazioni di L. MAGANZANI, *Romanistica e antropologia. Per un dialogo interdisciplinare*, in *BIDR*, 106, 2012, 174 che, pur ribadendo come il diritto romano vada studiato «con le metodologie che gli sono proprie» (e, quindi, sostanzialmente, tramite l'esegesi testuale, accompagnata dalla conoscenza del «patrimonio di interpretazioni stratificatesi nei secoli della cd. tradizione romanistica»), utilmente segnala l'opportunità di ampliare il «retroterra culturale» del romanista alla materia dell'antropologia, quanto meno nei settori più vicini a quelli giuridici, promuovendo così la consapevolezza della relatività di ogni conclusione scientifica.

²³ Delinea limpidamente la linea di discriminazione tra i due concetti, P. GIUNTI, *Le donazioni*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI, L. MAGANZANI, C. MASI DORIA, I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per un'introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 2021, 453 ss., che, quale esempio di comodato sorretto da un vantaggio economico, porta il caso della biblioteca che effettui il prestito gratuito agli studenti iscritti presso quell'ateneo.

²⁴ In effetti, nell'ambito della *lex Cincia de donationibus*, le elargizioni patrimoniali colpite dal divieto appaiono tecnicamente qualificate come *dona* (cfr. Ulp. 43 *ad ed.* Ulp. D. 50.16.194), anche se poi tale nomenclatura non appare sempre rispettata dalla giurisprudenza.

²⁵ Su tale forma di egoismo – che è sempre reciproco – si fonda, infatti, secondo R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972, 202 quella «logica dello scambio» che rappresenta il movente di tutti coloro che si avvicinano all'ambito dei traffici commerciali.

dimensione della pura generosità²⁶, legittimando quella aspettativa di gratitudine che sta, ancor oggi, alla base della considerazione del donatario quale ‘primo’ obbligato agli alimenti²⁷.

In conclusione, resta che il meccanismo relazionale del *beneficium/gratia*, tratteggiato da Turelli, laddove effettivamente presente, costituisce solo una delle molteplici opzioni rinvenibili alla base del comodato (e che, viceversa, può porsi al di sotto di qualsiasi altra forma di affare), di modo che sarebbe fuorviante misurare su quest’unico parametro la congruenza delle soluzioni interpretative via via individuate per i molteplici e complessi casi della vita umana.

²⁶ Sebbene possa forse revocarsi in dubbio l’esattezza della definizione di ‘dono’ come gesto di pura abnegazione, certo è che l’essenza stessa della benevolenza consiste nel «desiderare il bene dell’altro, senza pretesa o effettiva ricezione di un contraccambio»; così L. SCOLARI, *‘Beneficium’ e ‘iniuria’. Rappresentazioni del dono e dell’offesa nel ‘De Beneficiis’ di Seneca*, Palermo, 2019, 30, la quale opportunamente insiste sulla «assenza di una garanzia di restituzione» in capo al donante.

²⁷ Art. 437 cod. civ.: «Il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obbligato, a prestare gli alimenti al donante, a meno che si tratti di donazione fatta in riguardo di un matrimonio o di una donazione remuneratoria». L’esclusione dell’obbligo con riferimento a ipotesi di donazione in qualche modo ricollegate ad un dovere familiare o sociale sembra confermare, in questo specifico caso, l’operatività di valori extra-giuridici anche ai fini della regolamentazione del rapporto, la cui *ratio* si identifica, all’evidenza, nella (presunta e pretesa) gratitudine del donatario. Per una sintesi dell’evoluzione dell’obbligo alimentare, dall’ordinamento romano in poi, G. LUCETTI, *‘Alimenta’, in 800 anos de historia a través del derecho romano*, a cura di A. Castresana, Salamanca, 2018, 25 ss. L’individuazione degli obbligati nel diritto romano resta equivoca anche se è indubbio che l’istituto tragga la sua origine nell’ambito della famiglia agnazia laddove è il *pater* a provvedere ai bisogni e alle esigenze materiali del gruppo, nell’esplicazione di un potere-dovere elementare inerente alla sua potestà (in questo senso, A. SACCOCCIO, *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla ‘obligatio ex lege’*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, 35, 2014, 6 ss., il quale esclude che, prima del I-II sec. d.C. si possa parlare di un «vero e proprio obbligo legale di prestare gli alimenti», anziché di un generale dovere morale di soccorso). In ogni caso, se tra gli stretti congiunti è sul vincolo di solidarietà familiare e di *pietas* che si fonda l’obbligo, per il più abbiente, di soccorrere il meno abbiente, tra donatario e donante è certamente la gratitudine dovuta verso colui che, dopo essersi spogliato di un bene a favore del donatario, sia caduto in stato di bisogno.

Si può infatti certamente prestare per benevolenza o per solidarietà familiare o sociale, ma anche per aggirare una disposizione normativa (penso al divieto di donazioni tra coniugi o all'obbligo della collazione ereditaria), per ottenere visibilità o prestigio politico, per simpatia, per altri magari non commendevoli scopi; in vista della propria morte, della partenza per la guerra o per un lungo viaggio. Come pure per ottenere indirettamente un vantaggio²⁸ (quando per esempio si presta al contadino locatario del proprio fondo l'attrezzatura agricola necessaria per coltivarlo, promuovendo così l'ottenimento di un profitto) e persino per disfarsi di qualcosa di superfluo (e, in effetti, in tal caso Aristotele, al pari di Cicerone, esclude che qui si attui realmente un *beneficium*). In queste evenienze, il delinarsi di una reazione di gratitudine quale risposta del ricevente, forse astrattamente concepibile, non sembra poter assumere la valenza di una costante apprezzabile sul piano della doverosità giacché la costanza, e anche la primazia, sono piuttosto da predicare in riferimento all'assoluta libertà e unilateralità della concessione²⁹.

²⁸ Ancor oggi è opinione diffusa che la presenza di una qualche utilità per il comodante sia compatibile con la gratuità del contratto stesso, sempre che si tratti di un'utilità indiretta conseguente alla detenzione ed all'uso del bene che, nel proprio interesse, il comodatario farà della cosa. In proposito, cfr. T. TETI, voce *comodato* (*dir. vig.*), in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 39. Da questo punto di vista, ha dunque ragione G. TURELLI, *Per un'archeologia*, cit., 9 ss., il quale opina che se, nel comodato, «è sempre esclusa qualunque forma di corrispettività diretta», ciò «non significa altresì che non possa esservi una corrispettività indiretta», pur ponendosi, in tal caso, 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)».

²⁹ D'altra parte, come dimostra la vivace discussione intercorsa tra i giuristi a proposito dell'individuazione delle ragioni 'extra-giuridiche' sottese al divieto della donazione tra coniugi, creato, in realtà, allo scopo di introdurre un correttivo alle frodi attuate contro la legge Voconia (relativa, com'è noto all'incapacità successoria della donna) – le quali vanno dal tentativo di impedire che l'amore eccessivo porti un coniuge a spogliarsi di tutte le sue sostanze a favore dell'altro (Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.31.7 nonché Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.1), o a non occuparsi dell'educazione della prole (Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.1.2), sino alla salvaguardia della purezza dell'amore coniugale (Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3) e al timore che il donante cada in stato di necessità (Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.1.28.2) – una singola regola può perseguire differenti funzioni, che via via si aggiungono a

3. Quando il ‘beneficium’ si scioglie nel dono. ‘Precarium’, comodato, donazione

Passiamo ora in rassegna, seguendo la cronologia dei giuristi, alcuni passi del Digesto in tema di comodato. Essi, pur privi di particolari motivi di uniformità, attestano comunque lo sforzo di isolare, all’interno di quel coacervo di particolarità di cui è fatta l’esperienza umana, singoli elementi depurati da ciò che appare estraneo ad una costruzione giuridica di tipo categoriale³⁰.

In questa selezione – tra ciò che è e non è – l’elemento identitario del comodato è *ab origine* individuato nella temporaneità dell’uso con il conseguente obbligo della restituzione; la temporaneità tipicizza il rapporto rispetto agli altri che pur condividono con il comodato l’uso gratuito di una *res* (alludo in particolare alla donazione).

Pomponio ne tratta appropriatamente: e dalle sue parole ha origine un noto broccardo:

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 39.5.9 pr: *In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. Potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam.*

Il riferimento è qui al caso della concessione del godimento di una casa a titolo gratuito: è la situazione soggettiva di chi abbia ricevuto a titolo di *commodatum* o di *precarium*³¹. Pomponio comunque assimila la

quella inizialmente prefissata, senza che il riconoscimento dell’una escluda l’operatività dell’altra.

³⁰ In proposito, C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto, Contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Bologna, 1984, 115 ss., il quale efficacemente osserva come «la giurisprudenza romana, con minor rigore sistematico, ma con più aderenza alla realtà, segue in un certo senso la strada opposta a quella della odierna scienza giuridica: l’attenzione è rivolta al rapporto instaurato, di cui si indaga la natura, cioè i tratti fondamentali, traendone poi di volta in volta le conseguenze più idonee a risolvere i problemi insorti, in via puramente argomentativa».

³¹ Sul testo, ampiamente, K. SLAPNICAR, ‘*Gratis habitare*’. *Unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht*, Berlin, 1981, 82, che segnala come la collocazione del frammento operata dal O. LENEL, ‘*Paläogenesia iuris civilis*’, II, Leipzig, 1889, 142 ss.,

concessione ad una donazione, almeno ai fini della *lex Cincia*³². In questa prospettiva, il vantaggio ottenuto dal concessionario, che non paga alcun corrispettivo per il godimento dell'immobile, risulta sensatamente equiparato a quello di chi riscuota concretamente una somma di denaro, presupposto, questo, espressamente richiesto dalla legge per l'applicazione della sanzione³³.

Per giungere alla conclusione che interessa, il giurista supera il paradigma della *donatio* intesa quale *corporis datio*, ammettendo anche la donazione *in liberando* (*potest enim et citra corporis donationem valere donatio*): qui la *donatio* si compie semplicemente scegliendo di rinunciare ad un vantaggio economico, come fa quel creditore che convenga con il debitore una dilazione di pagamento (*velut si donationis causa cum debitore meo... petam?*), il che implica la rinuncia agli interessi, il cui ammontare costituisce il *donatum*.

Una volta ampliato il tradizionale concetto di donazione, diviene possibile assimilare al caso della dilazione di pagamento quello di chi goda gratuitamente di una abitazione per un tempo non irrilevante. Qui, ovviamente, il vantaggio sarà dato dalla somma dei canoni non pagati.

all'interno del titolo *de donationibus* e non in quello *de servitutibus* (cui è dedicato sostanzialmente tutto il libro 33 del commento di Pomponio *ad Sabinum*), sia in effetti indicativa del riferimento del caso ad un rapporto obbligatorio.

³² L'espressione *donatio videtur* è paradigmatica del modo di procedere di un giurista del calibro di Pomponio, il quale pur guardandosi dal definire il contratto di comodato come donazione (la quale non costituiva invero uno specifico negozio, ma una *causa* volta a dar vita ad un'attribuzione patrimoniale definitiva e non collegata funzionalmente ad un corrispettivo), ritiene fondato applicare al caso sottoposto alla sua attenzione *il diritto proprio della donazione*, assimilando ad essa non l'uso della casa, ma il mancato pagamento di un canone di locazione. Diverso è l'atteggiamento precocemente dogmatico dei Basilici (47.1.8), che tende a livellare i diversi casi considerati da Pomponio (l'uso gratuito e la dilazione di pagamento, entrambi *tout court* qualificati come donazioni. In proposito, ancora K. SLAPNICAR, '*Gratis habitare?*', cit., 83 ss.

³³ Il passo viene collocato da F. CASAVOLA, '*Lex Cincia? Contributo alla storia delle origini della donazione romana*', Napoli, 1960, 102 e nt. 78, in quel «generale programma che guida la giurisprudenza romana nell'esame di ogni fattispecie donatoria permettendo di valutarla come tale anche quando non ricorra un trasferimento reale, in termini di acquisto con un procedimento dialettico di riconduzione alla configurazione archetipa del *dare* e del *capere*».

Il divieto legislativo *ex lege Cincia* risulta così analogicamente esteso ad un caso originariamente non sussumibile entro il disposto legale³⁴: l'estensione introdotta da Pomponio deve aver fornito un contributo significativo nel completamento delle previsioni di legge a cui l'*interpretatio* riconduce anche il *gratis habitare*.

Se il ragionamento di Pomponio ha quale implicito corollario, in conseguenza dell'assimilazione alla donazione, la non ripetibilità dell'utilità economica conseguita dal comodatario (e, dunque, sarà preclusa al *dominus* la richiesta *a posteriori* del controvalore dei canoni non pagati), rimarrà però sempre consentito al comodante di richiedere la restituzione dell'immobile, anche se resterà da vedere se sarà ammissibile o meno una restituzione *ad nutum*.

Ad un caso di *gratis habitare* senza limiti di durata, si riferisce un *responsum* di Cervidio Scevola:

Scaev. 5 *respons.* D. 39.5.32: *Lucius Titius epistulam talem misit: ille illi salutem. «Hospitio illo quamdiu volueris utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio»: quaero, an heredes eius habitatione eum prohibere possunt. Respondit secundum eaque proponerentur heredes eius posse mutare voluntatem.*

Il quesito rivolto al giurista concerne il caso di colui che abbia concesso ad altri l'uso gratuito e «per tutto il tempo desiderato» dei locali

³⁴ Evidenzia la diversità tra l'interpretazione analogica quale strumento per colmare le lacune del sistema normativo, propria dei sistemi continentali, e l'utilizzazione «scientifica» dell'analogia praticata negli ordinamenti casistico-giurisprudenziali, come quello romano di età classica, laddove essa rappresentava «quasi una necessità, implicata anche a livello teorico-metodologico dalla stessa struttura del diritto casistico», L. VACCA, *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in *Fides Humanitas. Ius. Studii in onore di L. Labruna*, VIII, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 5727 ss., che chiarisce come l'utilizzazione scientifica dell'analogia implichi «un'analisi rigorosa dei modelli preesistenti, siano essi costituiti da norme o da soluzioni giurisprudenziali, per definirne l'ambito di utilizzazione, individuando analogie o differenze tra i 'fatti' precedentemente presi in considerazione e disciplinati utilizzando una determinata 'ratio', e i fatti specifici dei nuovi casi di risolvere».

posti ai piani superiori di un immobile (verosimilmente quello in cui alloggiava lo stesso proprietario); morto il concedente, chiedono i suoi eredi se sia loro consentito allontanare dall’abitazione il beneficiario. La risposta è icastica: se le cose stanno nei termini indicati dai richiedenti, gli eredi possono mutare la volontà del *de cuius* chiedendo immediatamente il rilascio dei vani³⁵.

Come di consueto, il ragionamento di Scevola si articola secondo una struttura bifasica³⁶ dove la sintetica e neutra descrizione delle circostanze di fatto è seguita da una altrettanto concisa soluzione, la cui applicazione sarà poi subordinata all’accertamento (giudiziale) della ‘verità’ di quanto esposto.

È evidente l’intento dell’autore di decontestualizzare l’opzione solutoria dalle circostanze del caso, come è dimostrato dalla sostituzione dei nomi delle parti con quelli dei consueti figuranti, oltre che dalla assenza di qualsiasi motivazione³⁷. E in effetti la restituzione *ad nutum* discende qui dalla natura del fatto come tipizzato dalla norma, senza nulla concedere alla valutazione di elementi di doverosità etica o, comunque, extra-giuridici.

In altre parole, la soluzione è congrua rispetto all’essenza del rapporto di prestito³⁸: nell’orizzonte del giurista vi è solo la doverosità giuridica

³⁵ Come di dirà, lo scioglimento del rapporto di comodato a seguito della morte del comodatario si evince, invece, dal passo paolino contenuto in D. 13.6.17.2 (su cui tra breve ci soffermeremo) che dispone l’obbligo dell’erede alla restituzione del bene a semplice richiesta del comodante.

³⁶ Per un esempio strutturalmente analogo, cfr. Scaev. 5 *resp.* D. 12.6.61, su cui si sofferma I. FARGNOLI, *Cervidio Scevola e il problema di una ‘repetitio quasi indebiti soluti’*, in *Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2011, 101 ss.

³⁷ Come osservato da M. BRETONI, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze, 1976, 48 ss., è probabile che i *responsa* di Cervidio Scevola siano stati pubblicati da un anonimo editore, giungendo quindi ai compilatori in forma già abbreviata e, per così dire, ‘massimizzata’. Ciò non toglie che sia proprio «l’indole del responso di Scevola, il suo stile» a sorprendere ancora oggi per l’autorità (e non solo l’autorevolezza) della risposta: al giureconsulto importa inverò la decisione e «non la strada seguita per raggiungerla, non una motivazione argomentata».

³⁸ Così Alfeno Varo in 2 *dig.* D. 9.2.52.2: *In causa ius esse positum*.

che detta la soluzione nella quale resta perfettamente estranea ogni altra doverosità, ammesso che pur esistesse.

Se, nel passo nulla si dice circa la qualificazione giuridica del rapporto, quasi a precisare la limpida risposta del maestro interviene un testo di Ulpiano – che, com'è noto, sembra esser stato parte degli *auditores* di Scevola³⁹ – il quale ribadisce come tanto nel comodato quanto nel precario siano imprescindibili la transitorietà dell'uso e, conseguentemente, la restituzione:

Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1 pr.: *Precarium est, quod praecibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. Et est simile commodato: nam qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.*

L'argomentazione è interessante perché delinea con nettezza le figure astrattamente concorrenti nel caso di concessione in uso gratuito di una cosa altrui⁴⁰. Rubando l'espressione a Vincenzo Giuffrè⁴¹ potremmo dire

³⁹ Sul punto, A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 15.

⁴⁰ Sui dubbi avanzati in dottrina circa l'autenticità del passo, cfr. P. BIAVASCHI, *Ricerche sul 'precarium'*, Milano, 2006, 304 ss., la quale, pur evidenziando il carattere «analogico» – più che rigorosamente dogmatico – del discorso ulpiano, lo considera come una prova importante del consolidarsi, in epoca tardo-classica, di una comparazione e assimilazione tra precario, comodato e donazione. Sul contenuto del testo, ampiamente, F. CASAVOLA, *'Lex Cincia'*, cit., 152 ss., il quale giustifica l'accostamento operato da Ulpiano tra donazione, precario e comodato, istituti diversi e strutturalmente estranei l'uno all'altro, sulla base della primitiva concezione possessoria della donazione che veniva comunemente attuata tramite *datio* informale. Come ribadito da G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 193 (ma si veda anche A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., 12), il verbo *dare* non è in effetti qui da intendersi nel senso tecnico di 'trasferire la proprietà', quanto piuttosto in quello di 'conferire qualcosa'.

⁴¹ V. GIUFFRÉ, *La diagnosi differenziale dei casi giuridici nell'esperienza romana*, in *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso. Atti del convegno internazionale di studio (Padova, 27 e 28 febbraio 1999)*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2000, 45 ss., il quale, muovendo dal

che qui il giurista si impegna in una vera «diagnosi differenziale», che conferma quanto già osservato: il precario si distingue dalla donazione⁴² in quanto il concedente dà con l'intenzione di riavere in qualsiasi momento, mentre il donante dà con l'intenzione di non riavere più indietro. Al caso del precario Ulpiano assimila espressamente quello del comodato: anche il comodante esclude che la cosa divenga dell'accipiente, al quale intende solo permettere l'uso della stessa per un tempo determinato, e anche no (con l'immanenza in ogni caso della revoca).

L'innegabile analogia sostanziale che lega precario e comodato non si trasferisce, tuttavia, sul piano del diritto. Mentre il primo sembra rappresentare più un gesto generico e informale al limite della giuridicità⁴³, il comodato costituisce invece uno specifico tipo contrattuale che, una volta perfezionato, non potrà che legare le parti in un rapporto obbligatorio.

Così, in conformità alla sua natura di atto di mera cortesia, il precario potrà in ogni momento esser revocato:

Ulp. 72 *ad ed.* D. 43.26.2 pr.-2: pr. *Ait praetor: Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, 'id illi restituas'. 1. Hoc interdictum restitutorium est. 2. Et naturam habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque*

parallelismo tra la tecnica medica e quella del giurista, si sofferma, in particolare, sul meccanismo giurisprudenziale di distinzione di casi esterni e casi interni al diritto, con la conseguente applicazione/ negazione della regola giuridica.

⁴² Più esattamente il giurista considera il precario come una *species* del più ampio genere degli atti di liberalità, riconducendone l'origine al *ius gentium* (ciò che, verosimilmente, vale per lo stesso comodato): in proposito, recentemente, A. SCHIAVONE, *Commento. 'Institutionum libri' II*, in *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, a cura di J.L. Ferrary, V. Marotta e A. Schiavone, Roma-Bristol, 2021, 210 ss.

⁴³ Come rileva P.P. ZAMORANI, *'Precario habere'*, Milano, 1969, 30 ss., un passo di Terenzio (*Eunuch.* 319-320) costituisce la più antica attestazione di una forma di tutela interdittale per il precarista, il quale avrebbe così potuto agire in via possessoria contro qualsiasi terzo (tale tutela, ovviamente, sarebbe venuta meno in caso di controversia con il concedente attraverso l'operatività della *exceptio vitiosae possessionis*).

cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actio, quae ex bona fide oritur.

Riportando la formula dell'interdetto restitutorio introdotto a tutela del precario (a cui, nel tempo, si aggiunse un'azione *praescriptis verbis* di buona fede), Ulpiano sottolinea l'*aequitas* insita nel suddetto intervento pretorio il quale, nel riconoscere al concedente l'illimitata facoltà di riavere la cosa – persino contravvenendo ad uno specifico patto con la controparte⁴⁴ – si pone in perfetta congruenza con la natura puramente liberale del fatto⁴⁵.

Diversamente, il comodante dovrà attenersi alle condizioni della restituzione pattuite con la controparte, la cui violazione sarà inevitabilmente considerata inadempimento.

4. *Tra volontà e doverosità etica nel pensiero di Paolo*

Veniamo ora all'ultimo passo di cui è autore Paolo che appunta la sua attenzione solo sul comodato⁴⁶.

⁴⁴ Così, Celso in 25 *digest.* D. 43.26.12 pr., finemente analizzato da P.P. ZAMORANI, 'Precario habere', cit., 175 ss.

⁴⁵ Come notato da P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 313, la meritevolezza dell'intervento pretorio a tutela di chi abbia dato in precario è ribadita anche da Paolo (13 *ad Sab.* D. 43.26.14), mentre Pomponio (29 *ad Sab.* D. 43.26.15 pr.) parla, in proposito, di *summa aequitas*. L'ammissibilità della restituzione *ad nutum* risulta così espressamente riferita ad un principio di giustizia sostanziale di cui il pretore si fa qui ottimo interprete. Sulla interrelazione tra *ius*, *institia* ed *aequitas*, F. ARCARIA, *La polisemica 'institia' di Plinio il Giovane tra filosofia, «virtus iudicis» ed etica del potere*, in *Ius*, 65.2, 2018, 220 che mette in luce come, nell'ambito delle otto fonti giurisprudenziale che ne fanno espressa menzione, il termine *institia* non individui un «ordinamento trascendente da contrapporsi al 'ius' inteso come ordinamento giuridico storicamente vigente, bensì la *ratio* stessa del diritto e, cioè, lo scopo che il diritto positivo si prefigge traducendolo in norme e, quindi, un'idealità che trova nel diritto espressione concreta». A sua volta *aequitas*, prima ancora di configurarsi come adeguamento della norma al caso concreto, varrebbe ad evocare il sentimento di giustizia proprio di un determinato contesto storicamente considerato sul quale la norma deve necessariamente misurarsi.

⁴⁶ Secondo la ricostruzione del O. LENEI, 'Palingenesia iuris civilis', I, Leipzig, 1889, 1022, il frammento sarebbe tratto dal commentario paolino al titolo editale *commodati vel*

Paul. 29 ad ed. D. 13.6.17: pr. *In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est.* 1. *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.* 2. *Si ex facto heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.* 3. *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis 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: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi cavere, 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: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum esse.* 4. *Duabus rebus commodatis recte de altera commodati agi posse vivianus scripsit: quod ita videri verum, si separatae sint, Pomponius scripsit: nam eum qui carrucam puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus.* 5. *Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.*

Ragionando a proposito dell'impiego delle *actiones contrariae*, il giurista nega, anzitutto, l'ammissibilità di un patto che esoneri il comodatario

contra. E, in effetti, il richiamo ad un'azione contraria, come pure ad una reciprocità di tutele, emerge in più punti del testo. Sull'ambito applicativo del *iudicium contrarium* nel comodato, ampiamente, E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Napoli, 2017, 93 ss., il quale osserva come la qualifica di *contrarium* attribuita allo strumento giudiziario concesso al comodatario non dipendesse dal fatto che questo fosse «esperibile in via riconvenzionale, né da una particolare tecnica formulare ... con inversione dei nomi delle parti, ma semplicemente dalla circostanza che esso risultava utilizzabile in senso opposto all'azione già proposta dal comodante» e, pertanto, allo scopo di rimediare ad una sentenza di condanna palesemente iniqua (116 s.).

dalla responsabilità per dolo, potendosi da ciò desumere che fosse, al contrario, lecita una deroga al principio generale della *custodia*⁴⁷; si tratta, all'evidenza, di conseguenze congrue con la struttura del rapporto il quale si pone – almeno d'ordinario – nell'esclusivo interesse del comodatario⁴⁸. D'altra parte, l'azione contraria a quest'ultimo

⁴⁷ Tra i criteri di imputazione della responsabilità del debitore, la custodia si oppone ai tradizionali moduli soggettivo del dolo e della colpa, in quanto intesa in senso prevalentemente, se non esclusivamente, oggettivo, quale obbligo di riconsegna della cosa gravante sul debitore per qualsiasi evento non ricompreso nella forza maggiore. In proposito, M. TALAMANCA, voce *custodia* (*dir. rom.*), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 519 ss. Già Gai 3.206 ricollegava la particolare gravosità della posizione debitoria del comodatario al fatto che fosse questo a godere del vantaggio contrattuale, tanto che, qualora si potesse rinvenire un interesse di entrambe le parti, la sua responsabilità sarebbe stata circoscritta al dolo (cfr. Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.10). Come meglio si dirà, la gratuità del comodato non esclude infatti che il comodante sia mosso dall'intento di procurarsi un vantaggio, il quale, peraltro, se di natura economica dovrà necessariamente essere estraneo al contratto; si tratta qui di quella idea di «scambio empirico» recentemente delineata dalla dottrina che L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 15 esemplifica nel caso del comodante che consegni in godimento un immobile sperando che, in futuro, il comodatario lo prenda in locazione. Ed è proprio in tali evenienze che l'Autore insiste sul (perduto) valore della *utilitas contrahentium* (38 ss.) quale canone di orientamento impiegato dalla giurisprudenza romana (anche) ai fini di una graduazione della responsabilità del comodatario in relazione all'assetto di interessi realmente perseguito dalle parti.

⁴⁸ In questa prospettiva un'eventuale esclusione della responsabilità per dolo in favore del comodatario, supererebbe invero l'essenza stessa del comodato. Utili considerazioni sulla «resistenza» della *natura contractus* nei confronti dell'autonomia delle parti (e persino del giudice di buona fede, i cui poteri integrativi dovranno sempre misurarsi sulla struttura identitaria del rapporto considerato), in R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura 'contractus' e forma 'iuris'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 30 ss.; 59 ss., il quale ben evidenzia come la costruzione concettuale della *natura contractus*, ben lungi dal declinarsi in una immutabile realtà del tipo contrattuale nel tempo, sia piuttosto indicativa, soprattutto nell'ottica dei giuristi severiani, dello sforzo di tradurre «nella trama delle strutture giuridiche» (percepita come «elemento forte del sistema») le spinte economico-sociali di cui le parti si fanno portatrici in posizione, tuttavia, non privilegiata. Sul passaggio, colto in chiave storica, da questa forma di «tipicità forte» a un modello di «tipicità debole» qual è quello riscontrabile negli ordinamenti moderni,

riconosciuta costituisce una azione autonoma e tipica, e, come tale esperibile in giudizio anche a prescindere dall'azione principale, e ciò in applicazione delle regole generali in tema di azioni contrarie⁴⁹.

Al caso della mancata restituzione del bene da parte dell'erede del comodatario, che non abbia quindi ottemperato alla richiesta avanzata dal comodante (*ex facto heredis*) a seguito, e in ragione, della morte della controparte – e, quindi, anche in contrasto con una eventuale scadenza contrattuale – sembra riferirsi la successiva tranciante affermazione secondo cui l'erede stesso sarà condannato per l'intero, pur se chiamato solo in una quota dell'eredità; da ciò si desume, *a fortiori*, l'applicabilità della regola generale (oggi ribadita dal secondo comma dell'art. 1811) circa il diritto del comodante di esigere l'immediata restituzione del bene in caso di morte del comodatario.

Ma se queste preliminari osservazioni non sembrano suscitare dubbi circa quella 'logica dello squilibrio' che sembra costituire un elemento connaturato al rapporto di comodato il prosieguo del discorso presenta qualche margine di ambiguità.

L. MAGANZANI, *Della tipicità contrattuale a partire dall'esperienza giuridica romana*, in *Jus online*, 2-3, 2020, 437 ss.

⁴⁹ Ritiene che già nei confronti dell'*actio in factum* concessa al comodante fosse proponibile il *iudicium contrarium* del comodatario, G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 250 ss., il quale delinea approfonditamente lo sviluppo storico che portò all'ammissione di una autonoma e indipendente *actio contraria*. Ciò non esclude che, per i romani, rimase ferma l'idea della preminenza, anche processuale, dell'azione principale che «proiettata sul terreno sostanziale» rifletteva la diversa posizione delle obbligazioni in rapporto alla fonte; l'una principale e immediatamente derivata dal contratto, l'altra solo eventuale a fronte della diretta e normale unilateralità. Parlando di *mutuae praestationes actionesque*, Paolo intenderebbe dunque accomunare, entro il genere più ampio della bilateralità, gli obblighi delle parti del comodato i quali, poi, si distinguerebbero, secondo un rapporto di specialità, per non essere caratterizzati da piena corrispettività (come nel caso dei contratti bilaterali). In senso analogo, recentemente, anche P. COSTA, «*Rem*», cit., 55 ss., il quale, ribadendo come la presenza di un vantaggio in capo al comodante, seppur possibile, non rappresenta un elemento necessario del rapporto (che, anzi, a parere dell'Autore, trasmigrirebbe in tal caso in altra e diversa figura contrattuale), nega in ogni caso di potersi parlare di corrispettività tra le prestazioni delle parti (secondo quanto sostenuto da A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 8 ss.).

Nella genesi del rapporto il giurista evidenzia come la scelta del comodante – di dare in comodato – dipenda dalla sua volontà e⁵⁰ da certi doveri morali o sociali o etici non meglio identificati (*voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare*). Tuttavia, nel considerare immediatamente dopo la determinazione dei ‘confini’ del rapporto, ivi compresa la fissazione del termine di restituzione, Paolo ci dice che la decisione in punto è riservata alla volontà di chi abbia attribuito il beneficio. Ma forse l’ambiguità non esiste in quanto, nella fattualità, gli *officia* potrebbero essere determinanti nel momento della concessione e, senza incongruenza, divenire irrilevanti nella fase di scioglimento del rapporto e, a monte, nella fase della relativa decisione del comodante.

Significativo è in questa prospettiva il binomio *beneficium/ nuda voluntas* che compare poco sotto⁵¹: si tratta della polarità dentro la quale si stende il rapporto di comodato, da una parte il vantaggio inizialmente concesso al comodatario, dall’altra la volontà finale, risolutoria, del comodante. Una volontà deprivata di qualsiasi contenuto etico che può, però, essere insito nella volontà iniziale costitutiva del rapporto.

La pur possibile presenza di situazioni di doverosità (*officia*) non esclude, cioè, che la scelta del comodante di beneficiare taluno rimanga assolutamente libera e non vincolata dalla *necessitas*⁵²: nulla obbliga il

⁵⁰ La congiunzione *et* sembrerebbe qui assumere una valenza più disgiuntiva che copulativa, stando ad indicare come la scelta del comodante possa essere determinata o dagli *officia* o dalla mera volontà, senza che ciò rilevi minimamente per il diritto. Utile in proposito, la lettura di A. SICARI, *A proposito di ‘et’ e della sua valenza disgiuntivo-alternativa*, in *Fides. Humanitas. Ius. Studii in onore di L. Labruna*, VII, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 5125 ss.

⁵¹ Sull’ascendenza seneciana e ciceroniana delle coppie *voluntas/ officium e necessitas/ obligatio*, D. NORR, *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*, Stuttgart, 1993, 268 ss.

⁵² Come precisato da T. GIARO, *‘Excusatio necessitatis’ nel diritto romano*, Warsawa, 1982, 41 ss., nell’ambito di un discorso giuridico, come quello di Paolo, la *necessitas* costituisce invero «l’antitesi della libertà umana» e ciò non solo quando la sua fonte si identifichi in una norma di diritto oggettivo, ma altresì qualora discenda da un atto volontario dello stesso soggetto passivo, com’è appunto il caso dell’assunzione di una obbligazione civile. A questo proposito, basti pensare alla celebre definizione

comodante nella fase genetica del rapporto e altrettanta libertà sarà da lui congruamente goduta nel fissare i limiti dell'uso, tra cui il tempo della restituzione. In quest'ultima evenienza, tuttavia, la responsabilità del comodante che non rispetti quanto in precedenza stabilito, richiedendo la cosa anzi tempo, non avrà solo natura etica o morale (*non officium tantum sed et suscepta obligatio*⁵³), ma sarà fondata sull'obbligazione sorta prescrivendo il tempo della restituzione con clausola che il comodatario, ricevendo la cosa⁵⁴, avrà implicitamente o esplicitamente accettato. Solo a partire da questo momento (*postquam commodavit*)⁵⁵, secondo Paolo, la

giustiniana di *obligatio* (I. 3.13 pr.) – la quale, peraltro, trova pieno riscontro nelle fonti classiche - il cui fulcro è precisamente rappresentato dalla *necessitas*.

⁵³ Nel testo di Paolo la parola *officium* compare espressamente due volte; la prima, nella parte iniziale, accanto a *voluntas* e in contrapposizione a *necessitas*, e la seconda, poco più avanti, laddove il giurista intende evidenziare come l'intempestiva richiesta di restituzione sia impedita non solo dall'*officium*, ma, appunto, anche dall'*obligatio*. A questo riguardo, G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed., D. 13.6.17.3*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017, 189 ss., ritiene che l'espressione intenda qui richiamare una categoria astratta di doverosità morale che si oppone all'obbligatorietà giuridica, ricomprendendo in essa non solo «gli impieghi del termine nel senso concreto di compito, incarico, servizio, singolo dovere specifico o complesso di doveri, ruolo», ma anche «impieghi di più ampia portata», quali l'*amicitia* e la *pietas*. Ora, se il giurista insiste nell'evidenziare la dimensione propriamente obbligatoria (e quindi giuridica) che scaturisce dalla (libera) determinazione di concedere un prestito, ciò non eliminerebbe, secondo l'Autore, la persistenza della doverosità morale, dell'*officium*, il quale continuerebbe ad esercitare un ruolo attivo ulteriore rispetto a quello giuridico dell'*obligatio*. Più esattamente, esso, non si configurerebbe più come «sollecitatore di un comportamento (il *commodare*), bensì impeditore di una condotta contraria allo spirito di solidarietà e *beneficentia* (la prematura richiesta della cosa comodata), ciò che potrebbe risultare rilevante ai fini del concreto regime giuridico del rapporto e degli strumenti di tutela dello stesso (soprattutto in relazione alla gestione del *iudicium contrarium*)».

⁵⁴ Nell'ambito dei contratti gratuiti, quale il comodato, la consegna della cosa – in cui è compresa l'accettazione dell'*accipiens* – costituisce, invero, secondo L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 11, «l'atto di esecuzione di un accordo che, in mancanza del medesimo, resta relegato nella sfera del non giuridico».

⁵⁵ Sul punto, cfr. G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 743 che esattamente sottolinea come, a Paolo, interessi precipuamente il «confine cronologico tra il tempo nel quale il rapporto, non essendo disciplinato dal diritto, restava integralmente assorbito nella sfera dell'*amicitia* o della morale in generale, e il tempo nel quale esso era disciplinato

vicenda coinvolgerà gli interessi di entrambe le parti, come è confermato dal positivo riconoscimento di due azioni reciproche⁵⁶. Il che evidenzia il passaggio dal beneficio creato dalla nuda volontà (*quod principio beneficii ac nuda voluntatis fuerat*) ad una certa bilateralità del rapporto attestata da prestazioni e azioni civili reciproche (*converti in mutuas prestationes actionsque civiles*)⁵⁷.

Ricorrendo ad una comparazione sostanziale (e non meramente linguistica) con le figure della *negotiorum gestio* e del mandato, il giurista torna nuovamente sulla dicotomia *voluntas/necessitas* ribadendo come solo a seguito dell'inizio della gestione, o dell'accettazione dell'incarico, venga a crearsi il diritto della controparte in ordine ad una corretta e leale esecuzione del rapporto, il cui inadempimento non potrà che tradursi in

dal diritto, caratterizzato dal sorgere di diritti soggettivi, obblighi e doveri». Diversa era la prospettiva della dottrina più risalente (per tutti F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, 34) che tendeva a leggere il passo in chiave diacronica quale attestazione del passaggio da una fase di esclusiva rilevanza sociale ed etica del rapporto di comodato (*officium*) a quella, cronologicamente successiva, della sua considerazione sul piano del diritto attraverso la concessione di reciproche azioni giudiziarie.

⁵⁶ Come osservato da F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 361, le obbligazioni a carico del comodante non corrispondono alle obbligazioni del comodatario, né trovano giustificazione in quelle, da cui la definizione del contratto come imperfettamente bilaterale. In particolare, tramite azione contraria, era possibile al comodatario ottenere (oltre al rispetto dei termini contrattuali relativi alla durata del prestito e all'uso della cosa), il risarcimento del danno arrecato dalla cosa comodata, oltre alla rifusione del pregiudizio patrimoniale subito a seguito della condanna per la mancata restituzione a causa di *amissio rei*, qualora la cosa fosse tornata nella disponibilità del comodante. Ed ancora, era riconosciuto al comodatario uno *ius retentionis* della cosa fino al rimborso delle spese sostenute per la conservazione della cosa.

⁵⁷ In questo senso, G. FALCONE, *A proposito*, cit., 185 ss., argomentando circa la genuinità del passo, opportunamente rileva come alla bilateralità che si incontra «a livello di compimento dell'atto», laddove al *dare* del comodante corrisponde l'*accipere* del comodatario, si contrapponga la «unilateralità della *voluntas* di concedere o meno un *beneficium*», così come la «sottolineatura» della bilateralità delle prestazioni obbligatorie ben si attaglia ad un discorso concernente l'esperibilità dell'azione contraria.

un danno nei suoi confronti⁵⁸. Allo stesso modo sarà certamente risarcibile il danno causato dalla intempestiva richiesta di restituzione da parte del comodante che, con il suo comportamento, abbia tradito l'affidamento in lui riposto dal comodatario, impedendo a quest'ultimo di gestire diversamente le sue esigenze. È, ad esempio, il caso di colui che pretenda di riavere le tavolette cerate dapprima concesse in prestito al fine di documentare un credito del comodatario il quale, per aver confidato nella correttezza della controparte, abbia evitato di comperarne di nuove o di servirsi di testimoni; ma anche quello del comodante che, dopo aver consegnato delle travi per puntellare un casamento, le abbia poi inopinatamente sottratte al comodatario o, pur conoscendone il difetto, le abbia comunque comodate⁵⁹.

È verosimile che nei casi esemplificati Paolo fosse assente la previsione di un termine di restituzione: il riferimento pare relativo a casi di comodato concesso per uso determinato nei quali, dunque, il comodante potrà chiedere la restituzione solo a seguito della cessazione dell'uso a cui la cosa doveva essere destinata (e, quindi, una volta adempiuto il debito o concluso il processo di accertamento promosso dal comodatario, nella prima ipotesi; a seguito del crollo dell'edificio pericolante o della conclusione dei lavori di consolidamento strutturale, nella seconda). Comunque, stante l'ontologia del rapporto di comodato, non escluderei, in assoluto, che il comodante potesse chiedere la restituzione anche a prescindere dall'esaurirsi dell'uso; tuttavia al comodatario, che aveva confidato su una certa durata del rapporto, compatibile con la destinazione d'uso nota al comodante, sarà sempre

⁵⁸ Per i dubbi sollevati dal riferimento, nel passo, alla *negotiorum gestio* ancora G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 733, che in ogni caso non ne esclude la genuinità, anche sulla base del raffronto con le corrispondenti fonti bizantine.

⁵⁹ Si tratta qui esemplificazioni di casi di comodato 'per uso specifico', dove la restituzione non appare invero consentita prima che sia cessato l'uso a cui la cosa doveva essere destinata. Sui dubbi circa la pretesa origine insiticia di questa parte del testo, ancora G. FALCONE, *A proposito*, cit., 188 e nt.19, che, in ogni caso, considera affidabile l'immagine di un *beneficium* che, anziché soccorrere tragga in inganno, la quale trova corrispondenza in un altro passo paolino (Papin. 5 *quaest.* D. 46.5.9).

dovuto un termine di restituzione congruo onde evitare l'ingiusta compromissione dei propri interessi.

Nel perimetro dell'obbligazione del comodante rientra, infine, il divieto di chiedere la restituzione di cose funzionalmente collegate tra loro, come ribadito da Pomponio a puntualizzazione della questione – risolta in senso affermativo da Viviano – della facoltà di agire in giudizio per una soltanto delle due *res* comodate; al riguardo si porta invero l'esempio delle singole parti di una lettiga o di una carrozza, la cui separazione vanificherebbe l'utilità del bene concesso in comodato. Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui il comodatario abbia perduto la cosa comodata e, in forza di ciò, ne abbia corrisposto il valore al comodante, su quest'ultimo graverà l'obbligo di riconsegnare alla controparte la cosa stessa, ove questa sia stata recuperata, ovvero di restituire quanto ricevuto, come suggerito da Labeone.

La conclusione di Paolo è, insomma, inequivocabile: ciò che conta, per il diritto, non sono affatto le ragioni soggettive che hanno determinato l'opzione benevola del comodante – le quali restano indefettibilmente confinate nella sfera dei motivi, come tali irrilevanti – ma la ragione pratica sottostante allo (spontaneo) atto del *commodari* la quale non può che identificarsi con la volontà di concedere un *beneficium* senza nulla chiedere in cambio, neppure un atteggiamento di gratitudine⁶⁰. In questa prospettiva, ben si coglie la constatazione secondo cui *adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*, la quale non costituisce un'ovvietà, ma intende ribadire come, una volta sorto, l'obbligo propriamente giuridico (*oportere*) gravante sul comodante dovrà necessariamente concretizzarsi nel trasmettere al comodatario quella specifica ed effettiva utilità che ha formato oggetto dell'accordo sottostante: il che implicherebbe l'interdizione di qualunque condotta volta a impedire il godimento della cosa, quali la macchinazione

⁶⁰ Se così fosse, mi chiedo, sarebbe dunque sanzionabile giuridicamente il comportamento del comodatario che, magari dopo aver ottenuto un ingente vantaggio, rifiuti, ad esempio, di dare a mutuo una somma o di concedere in dote?

ingannatoria (consapevole consegna di travi difettose)⁶¹ o la prematura (e, come tale, dannosa) richiesta di restituzione.

La precisa ricostruzione dei confini della responsabilità patrimoniale del comodante non toglie, naturalmente, che a questa potesse accompagnarsi un giudizio di riprovevolezza volto a condannare la volontaria trasgressione degli *officia*, di quei doveri, cioè, gravanti sul cittadino non in forza di una norma giuridica, ma piuttosto sulla base di quel complesso di valori etici e sociali sui quali era costruita l'identità e la compattezza della classe dirigente romana⁶². Una forma, anche questa, di responsabilità, forse ancor più pregnante di quella civile, in quanto implicante una deviazione da quel modello comportamentale indefettibilmente richiesto al *vir bonus*⁶³ e ritenuto a tal punto consustanziale al funzionamento della *res publica* da meritare una apposita magistratura con funzione istituzionale di controllo, la censura⁶⁴.

⁶¹ La regola è oggi ribadita dall'art. 1812 cod. civ.: «Se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario».

⁶² Come rilevato da G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 662 ss., è ben possibile che una medesima situazione possa «rilevare come oggetto di valutazione sia sul versante del diritto che su quello dell'amicizia, in quanto, su un piano più generale, è di tutta evidenza che il fatto per il quale una norma giuridica prevede una certa valutazione possa essere anche oggetto di valutazione da parte di una norma morale o sociale».

⁶³ In proposito, approfonditamente, R. FIORI, *'Bonus vir?'. Politica, filosofia, retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011, 109 ss., che evidenzia la coerenza della distinzione tra *vir bonus* e *homo malus* con una visione «gerarchica del cosmo» in cui «la disuguaglianza è ordinata e la parità è caotica». Come precisa l'Autore, ciò che è *bonum* (tanto in senso oggettivo che soggettivo) risulta, infatti, vantaggioso per l'intero gruppo, in modo che la sua riconosciuta posizione di preminenza corrisponde ad un ideale di giustizia (così, in effetti, sarà affermato da Cicerone a proposito della naturale assegnazione delle cariche pubbliche ai 'migliori').

⁶⁴ La violazione dei doveri nascenti dall'*amicitia* o da qualsiasi altra relazione fondata sulla *fides* (tra cui l'antichissima relazione di ospitalità), poteva essere invero sanzionata dalla nota censoria la quale, anche in aggiunta ad una eventuale condanna civile, incideva direttamente sulla capacità politica del cittadino. Una specifica diminuzione della capacità giuridica era invece riconnessa all'*infamia*, figura sostanzialmente corrispondente alla greca *atimia* (così, A. BANFI, voce '*infamia*', in *The Encyclopedia of Ancient History*, 2021, 1 ss.), la quale veniva irrogata dal pretore a chi, anche mediante inadempimento contrattuale, si fosse macchiato di una condotta gravemente lesiva

Si ha l'impressione che Paolo voglia far chiarezza e, nel contempo, arrivare all'esito di uno sviluppo relazionale che potrebbe anche aver preso l'abbrivio, come suggerito da Turelli. Il giurista mette ordine e separa il giuridico dall'anomico. Gli *officia* possono essere determinanti a orientare chi ha a concedere in uso gratuito: la fase volitiva è avviata da pulsioni di varia natura ed è senz'altro possibile che il *beneficium* sia una sorta di corrispettivo di un *beneficium* in precedenza ricevuto dal comodante. Ma il *beneficium* potrebbe essere voluto anche per altre ragioni, come si è accennato, Nella cittadella dello *ius*, però, quegli *officia* non entrano. Per questo la regola del rapporto dipende dalla *nuda voluntas* del concedente anche se poi è da vedere e da apprezzare il contenuto della volizione: ho dato *tout court*, ho dato per un uso determinato e a me notificato (e da te approvato), ho dato fissando un termine finale. Qui può porsi la necessità di trovare un equilibrio: vero che faccio un piacere e congruamente posso riprendermi la cosa quando voglio, ma posso però aver nutrito e fondato certe aspettative del comodatario a fronte delle quali la richiesta *ad nutum* potrebbe essere ingiusta. Si tratta di verifiche non sempre agevoli e di non univoca interpretazione. Il *beneficium* resta ed è inoppugnabile: da esso scaturisce la regola fondamentale del rapporto, restituzione *ad nutum* appunto, regola superabile (ecco l'equilibrio, laddove dovuto) solo sussistendo delle buone ragioni che solo l'analisi del *factum* potrà provare.

Ed è forse proprio nel frangente del giudizio che questo equilibrio può essere ricercato e ricreato: l'introduzione di specifiche azioni di buona fede a tutela di un rapporto, come appunto il comodato, già fornito di formula *in factum*, potrebbe in questa prospettiva risultare finalizzato ad estendere il potere del giudice sino a considerare le ragioni

dell'altrui affidamento (come, appunto, nei contratti di deposito, mandato e comodato). Su tutto ciò, ampiamente, M. KASER, '*Infamia und 'ignominia' in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 1956, 220 ss., il quale peraltro avverte della difficoltà di ricostruire unitariamente un concetto che svolse funzioni profondamente diverse nelle varie fasi della storia romana.

(extra – testuali) sottostanti l'accordo nella valutazione delle concrete modalità della restituzione⁶⁵.

Un indizio in tal senso potrebbe essere individuato nella testimonianza ulpiana di cui a D. 13.6.5⁶⁶, dove, a proposito della convenzione intercorsa tra le parti circa il luogo e il tempo della restituzione, si ricomprende nell'*officium iudicis* il potere di assicurare la concretizzazione della *ratio* (da intendersi nel senso di equilibrio, bilanciamento) di quanto pattuito: *Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat*.

5. Conclusioni

Siamo giunti al termine della nostra analisi e ci sembra di dover anzitutto apprezzare il lavoro di Giovanni Turelli, specie nella parte in cui egli prova a ricostruire la storia pre-giuridica del rapporto di comodato dalla quale è inevitabile che sia dipesa anche la sua struttura giuridica.

⁶⁵ R. CARDILI, '*Vir bonus*' e '*bona fides*', in *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013, 184 ss., ricorda la regola tramandata da Catone che, con riferimento alla testimonianza in giudizio, riconosceva valore probatorio (e, quindi, obbligante ai fini della sentenza di condanna: «l'*oportere* esiste perché affermato dal *vir bonus*») alle dichiarazioni di colui che, in quanto *vir melior*, superasse in qualità morali la controparte. Come rilevato dall'Autore, il passo appare estremamente interessante per comprendere la pregnanza dei modelli di valore propri del *vir bonus* anche nell'ambito giuridico, aprendo così la strada (forse in qualche modo connessa alla formula dell'*actio fiduciae* '*ut inter bonos bene agier oportet*') all'introduzione della tutela *ex fide bona*.

⁶⁶ Ma si veda anche Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.3.2 di Ulpiano, approfonditamente analizzato da F. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 124 ss.; 140 ss., secondo il quale l'introduzione della formula *in ius*, oltre a consentire un eventuale risarcimento del danno in favore del comodante, avrebbe perseguito lo scopo di fornire a quest'ultimo una tutela più ampia e circostanziata della mera restituzione della cosa, guardando anche ad altri comportamenti fraudolenti del comodatario, sino a rendere progressivamente obsoleta la precedente azione *in factum*. In senso analogo, P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 297 ss. che colloca tra i poteri del giudice la valutazione dell'intero assetto di interessi perseguito dalle parti tramite la *conventio*, clausole particolari comprese, così da ristorare qualsiasi pregiudizio economico subito dal comodante (ritardo, danneggiamento, uso indebito).

Le perplessità si appuntano piuttosto sul fatto che la ricerca di tipo storico-antropologico possa in qualche modo, facendo riemergere il sostrato primordiale del nostro rapporto, offuscare la percezione delle sue linee giuridiche che, invece, sono prive di ambiguità e perfettamente congrue con le premesse del contratto.

Sarà un caso, anzi certamente lo è, ma il retroterra di doverosità, peraltro un po' fluido, un po' confuso, certamente non esclusivo, è riemerso improvvisamente nella nostra contemporaneità dopo una lunga parentesi di quiescenza⁶⁷. La conseguenza è che la perfetta congruenza classica di un rapporto avvertito generalmente come originato da cortesia, qualunque ne fosse la ragione, è stata appannata da una recente giurisprudenza della Cassazione che appare espressione di un certo ideologismo⁶⁸. Proprio sulla base della asserita rilevanza di generici valori di doverosità morale o sociale, si è ingenerata una confusione che ha determinato sentenze avvertite come incomprensibili (e incomprensibili lo sono, secondo il nitore del nostro modello): in questa prospettiva si è giunti a limitare, se non ad escludere, il diritto del comodante alla restituzione tutte le volte in cui ciò sia sembrato (ai

⁶⁷ Per qualche dato, cfr. G. ZANON, *Figure giuridiche tradizionali e contrasti della Cassazione civile (1988-1998)*, in *Diritto e clinica*, cit., 187 ss. Rileva la scarsità di «profili problematici» attinenti al comodato nell'ambito tanto della scienza giuridica che della giurisprudenza della Cassazione, F. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 3 ss., il quale sottolinea la varietà di questioni che, invece, continuano a suscitare l'attenzione della romanistica.

⁶⁸ Sempre attuale, sotto questo profilo, resta l'invito di Paolo (16 *ad Plant.* D. 50.17.1) a cercare il diritto nella realtà delle cose e non nelle parole della legge: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat; non ex regula ius sumatur, sed ex iure quo est regula fiat*. A questo proposito, si vedano le considerazioni di D. MANTOVANI, *Il diritto come esperienza nella riflessione di Carlo Beduschi*, in *Iura*, 64, 2017, 228 ss., il quale opportunamente avverte circa i rischi insiti anche nell'opposto tentativo di superare le parole andando incontro al fatto, ciò che, in assenza di un giudizio di ragionevolezza, si traduce facilmente nella «incomunicabilità, nell'argomentazione unilaterale e inconciliabile, nell'arbitrio, nel sofisma». Critica nei confronti di quella «irruzione del caso» che sembra aver fatto il suo ingresso nelle aule di giustizia anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *Prolegomeni alla lettura della casistica romana*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro Maruotti, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, 11 ss., fenomeno che, se mal condotto, rischia di tradire le fondamentali esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità delle sentenze.

giudici) in contrasto con un superiore principio di solidarietà sociale di volta in volta variamente connotato.

Nell'intento di perseguire un obiettivo già preconstituito (escludere la restituzione), la giurisprudenza si è spinta ad un uso tanto disinvolto quanto discutibile del combinato disposto o della stessa analogia, giocando pericolosamente sul filo di schemi meramente formali e astratti e con scarso riscontro nel sentire sociale. Ne sono scaturite soluzioni interpretative che, oltre a tradire le giustificate aspettative delle parti circa l'applicazione, ad uno specifico e sperimentato rapporto, di una certa e individuata funzione, risultano del tutto incongrue rispetto alla stessa ontologia del fatto⁶⁹.

Soprattutto laddove l'esigenza di tutelare valori e credenze assurti a veri e propri 'miti'⁷⁰ risulta vincente persino nei confronti della migliore congruenza giuridica, si è giunti a conclusioni che solo la confusione, tra ciò che è e non è, può fondare. Si è, per esempio, negata la restituzione dell'immobile concesso in comodato – e successivamente destinato a 'casa familiare' – all'avo comodante: il risultato è quasi un'aberrazione, almeno nel contesto del rapporto di comodato, in quanto il comodante si è visto sottrarre, senza alcun limite di durata, la propria situazione dominicale senza oltretutto percepire alcun corrispettivo per il godimento concesso ad altri.

Qui non stati evocati espressamente gli *officia*, ma, con perfetta inconsapevolezza, essi sono stati resuscitati dal pre-giuridico, tornando indietro e, soprattutto, negando il diritto: ci si è appellati ai legami di sangue e ad una non confessata riprovazione morale verso l'avo concedente, mentre la restituzione dell'immobile destinato a casa

⁶⁹ In generale, sulla «caduta di relazione» tra diritto e realtà che affligge il nostro sistema giudiziario ove si incontrano sentenze «contro natura» ovvero «oracolari» o, addirittura «pericolose», U. VINCENTI, *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica*, I, Torino, 2005, 127 ss.

⁷⁰ Sul sempre più diffuso processo di formazione di una sorta di «mitologia giuridica» capace di trasformare credenze, opinioni, principi relativi e discutibili in veri e propri dogmi che, nel loro porsi al di sopra del pensiero razionale, si inseriscono, spesso con efficacia determinante, nel procedimento decisorio, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 4 ss.

familiare è stata decretata se comodante fosse stata una società⁷¹ (che ben potrebbe aver occultato quello stesso avo moralmente censurato).

⁷¹ Così Cass. SS.UU. 21 luglio 2004, n. 13603 che, disattendendo un consolidato orientamento, ravvisa nella destinazione dell'immobile a «casa familiare» un vincolo d'uso in grado di determinare implicitamente la durata del rapporto stesso, anche successivamente alla separazione e al divorzio tra i coniugi; riconducendo così il caso nella previsione di cui all'art. 1809, i giudici finiscono con l'imporre al comodante, che non si trovi in stato di «urgente e impreveduto bisogno», di attendere la cessazione della specifica destinazione dell'immobile, ciò che può dirsi coincidere con il raggiungimento di una autonomia economica da parte di tutti i figli presenti nel nucleo familiare. La paradossalità della pronuncia, che di fatto azzerà la disponibilità del bene in capo al proprietario (il quale, si ricorda, non percepisce alcun corrispettivo), appare ancor più evidente se si considera il diverso orientamento di Cass. sez. I 13 febbraio 2007, n. 3179 che, con drastico cambiamento di rotta, esclude che il provvedimento di assegnazione della casa familiare sia idoneo a imprimere al bene un uso specifico, ammettendo dunque l'applicabilità dell'art. 1810 cod. civ. e quindi la facoltà di ottenere la restituzione immediata da parte del comodante il quale, tuttavia, forse non casualmente, è qui rappresentato da una società a responsabilità limitata e non da un familiare. Già Cass. sez. III 10 agosto 1988, n. 4921 (con nota di U. VINCENTI, in *Giur. It.*, I, 1990, 139 ss.), a proposito del comodato concesso dalla figlia al proprio padre, pur negando astrattamente la rilevanza giuridica dei legami di sangue tra le parti (a cui si era richiamato il difensore del convenuto), aveva riconosciuto al comodatario una congrua dilazione per rilasciare l'immobile destinato a casa familiare argomentando a partire dall'art. 1183, che nella seconda parte del primo comma prevede la facoltà di ottenere dal giudice la fissazione di un termine per l'esecuzione, quando ciò sia richiesto dagli usi, dalla natura della prestazione o dalle modalità di tempo e di luogo dell'esecuzione. Tale disposizione, che introduce, com'è noto, un correttivo a quanto disposto dalla prima parte dell'articolo («se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente») è stata (impropriamente) ritenuta applicabile sulla base di una (meramente) constatata, pretesa identità di espressione tra proposizioni (art. 1183: «tempo dell'adempimento» e 1810: «comodato senza determinazione di durata») che, nella sostanza, nulla hanno in comune. L'art. 1183 ha infatti carattere suppletorio, né risulta applicabile laddove un termine possa comunque essere determinato (anche *ex lege*), com'è, appunto nel comodato (art. 1810 cod. civ.). Difficile poter negare che, anche in questo caso, la Cassazione, per raggiungere l'obiettivo prefissato (escludere la restituzione *ad nutum*) abbia scavalcato gli assi su cui è costruito il comodato – il quadrato di questa struttura giuridica – introducendovi, surrettiziamente, una regola volta a disciplinare tutt'altra circostanza.

Non convince, poi, il voler trarre dal riscontro di una, solo eventuale, relazione di ‘circolarità’ tra il dovere del comodante (a consegnare la cosa) e quello del comodatario (a *reddere gratiam*), un argomento utile a risolvere quel che, per i romani, non doveva costituire una fonte di eccessiva preoccupazione e cioè la (pretesa) assenza o evanescenza della causa del contratto⁷². Da un lato, infatti, un primo tentativo di astrazione di quella che oggi risulta comunemente intesa come l’oggettiva funzione economico-sociale del rapporto, l’elemento distintivo del singolo tipo contrattuale⁷³, non si colloca prima di età traianea⁷⁴ e, quindi, dopo diversi secoli di reiterata e pacifica applicazione di un modello, quello del

⁷² Sul punto, cfr. G. TURELLI, *Per un’archeologia*, cit., 9 ss.

⁷³ In questa sede è per me improponibile anche solo sfiorare quello che, a ragione, è considerato come uno dei nodi più controversi e insidiosi dell’intero diritto civile, quello, cioè, della causa che, non a caso, è stata paragonata ad una «formula magica» (così R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, trad. it., Bari, 1975). Se, peraltro, la ricostruzione del concetto di causa rappresenta oggi una questione di estrema importanza anche ai fini della comprensione dei molteplici istituti ad essa collegati, sarei propensa a ritenere che, per i romani, la rilevanza della causa si giocasse sostanzialmente sull’individuazione del singolo tipo contrattuale, del quale essa costituiva, per così dire, la ragione, lo scopo pratico perseguito dalle parti del rapporto e, dunque, con riferimento al comodato, il prestito d’uso gratuito.

⁷⁴ Una prima concettualizzazione della causa è invero contenuta nel *responsum* di Aristone, riportato da Ulpiano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7), che, com’è noto, ricollega il sorgere di obbligazioni civili al contratto atipico ove sussista una causa riconosciuta dal diritto. In proposito, per una accurata ricostruzione del processo di emersione della causa negoziale, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto della giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 9 ss., 88 ss., il quale ribadisce la ricchezza semantica associata al termine anche quando riferito allo specifico ambito pattizio o contrattuale. Rifiutando una prospettiva attualizzante o ideologicizzante, l’Autore ritiene che le fonti romane attestino una nozione «neutra» di causa, intesa cioè come lo «scopo giuridicamente rilevante che i soggetti intendono attuare attraverso il contratto»; con particolare riferimento a comodato e deposito (p. 93) egli pensa, in particolare, ad una sorta di «sinallagmaticità obbligatoria diversa e attenuata» (in proposito, G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall’epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, 1970, 389 ss.) o di «causalità-corrispettività elastica» (cfr. F. GALLO, *Eredità di giuristi in materia contrattuale*, in *SDHI*, 55, 1989, 63, che argomenta, appunto, sulla base di D. 13.6.17).

comodato, evidentemente ritenuto in grado di perseguire uno scopo (obiettivo) socialmente e giuridicamente rilevante.

Dall'altro lato, quell'assenza di reciprocità tra vantaggi e sacrifici giuridici – che tanto sembra preoccupare i cultori del diritto positivo (ma, non solo) – accomuna diverse figure di contratti gratuiti, come il deposito, il mandato, il mutuo, oltre che, naturalmente, la donazione, la cui 'giuridicizzazione' non sembra aver suscitato analoghe perplessità⁷⁵.

Ci si potrebbe chiedere perché oggi si senta la necessità di rintracciare, alla base del comodato, un qualche imperativo morale, etico o sociale che possa giustificare la scelta del concedente di privarsi, seppur transitoriamente, dell'utilità connessa ad una propria cosa; la risposta potrebbe stare proprio nella non definitività dell'attribuzione insita nella *natura contractus* la quale sembra, per così dire, aprire un varco alla libera determinazione del comodante, tanto nel senso della revoca della concessione (come nel precario), che in quello della richiesta di restituzione.

Assai diverso si presenta il caso della donazione dove la volontà di beneficiare taluno si assume e si consuma nello stesso momento, annullando ogni possibilità di revoca che non sia espressamente prevista dalla legge e, quindi, escludendo, in radice, ogni margine di ripensamento o comunque di discrezionalità in capo a chi abbia dato.

⁷⁵ Si consideri, al riguardo, Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.1.1 che, riferendo il pensiero di Celso a proposito della causa di mutuo, pegno e comodato, accomunati dalla collocazione nella rubrica editale delle *res creditae*, sembra suggerire che essa venisse semplicemente identificata con il *nox recepturi quid*, e cioè, con le parole di P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 304, «nell'attesa di riavere alcunché, in un momento successivo alla conclusione del contratto». Dello stesso avviso, P. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., 142, il quale argomenta sulla base del passo ulpiano per affermare come il prestito d'uso abbia trovato nella *legis actio per conditionem* una prima forma di tutela e, successivamente, nella corrispondente *condictio* formulare. In senso analogo, già B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, 32, 1971, 14 ss.

ABSTRACT

Nel saggio si approfondisce, in chiave diacronica, la questione del tempo della restituzione nel comodato in assenza di un termine pattuito o comunque desumibile dall'uso; la regola tradizionale che, sulla base di un criterio di congruenza, ammette il comodante a richiedere in ogni tempo la propria cosa è stata negata dalla Cassazione sulla base di generici argomenti di solidarietà etica o sociale. Muovendo da un recente contributo romanistico, si è dunque indagato quel complesso *background* sociologico e antropologico che giocò, verosimilmente, un ruolo fondamentale nella costruzione del modello normativo del comodato, verificandone la possibile persistenza nella dimensione normativa del rapporto. Se, tuttavia, è talora possibile riconoscere, «a monte» della libera volontà del *commodare*, la cogenza di un qualche *officium*, le testimonianze analizzate, tanto giuridiche che letterarie, appaiono univoche nel negare ogni commistione tra la dimensione dell'anomico e quella del giuridico, ribadendo, senza incertezze, come la restituzione costituisca elemento identitario del rapporto.

In this essay we deepen the question of the time of restitution in the commodate in the absence of an agreed term or however inferable from the use; the traditional rule that, on the basis of a criterion of congruity, admits the bailer to demand in every time his own thing has been denied by the Cassation on the base of generic arguments of ethical or social solidarity. Starting from a recent Romanist contribution, we have therefore investigated that complex sociological and anthropological background which plausibly played a fundamental role in the construction of the legal model of the commodate, verifying its possible persistence in the normative dimension of the relationship. If, however, it is sometimes possible to recognize, earlier than the free will of the *commodare*, the cogency of some *officium*, the evidences considered appear unequivocal in denying any commingling between the dimension

of the anomic and that of the juridical, reaffirming without uncertainty as the restitution constitutes an identity element of the contract.

GIORGIA ZANON

Email: giorgia.zanon@unipd.it

