

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI DEL COMODATO: GLI ELEMENTI CHE INTEGRANO LA GIURIDICITÀ DEL VINCOLO. COINCIDENZA TRA SIGNIFICATO SOCIALE E RICONOSCIMENTO GIURIDICO DEL *COMMODUM DARE*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il contratto di comodato nella dottrina romanistica: problemi aperti e stato della dottrina. – 2. Le fonti letterarie e la pratica del prestito degli oggetti e delle *aedes*. – 3. La tutela prima dell'intervento edittale: la tesi del Ferrini e l'ipotesi tradizionale della *fiducia cum amico* come mezzo di tutela del comodato immobiliare. – 3.1. La tutela prima dell'intervento edittale: la tesi dell'Albanese e l'ipotesi dell'applicazione della *legis actio per conditionem* quale mezzo di tutela del comodato. – 4. Considerazioni critiche: l'esistenza di una nozione tecnica di *commodare* e l'ipotesi di una tutela più risalente del prestito d'uso.

1. *Premessa. Il contratto di comodato nella dottrina romanistica: problemi aperti e stato della dottrina.*

Il tema del comodato nel diritto romano da diversi anni non costituisce più oggetto di trattazione monografica¹, essendosi peraltro rarefat-

¹V., con riferimento soprattutto alle monografie e alle voci enciclopediche, G. OBRECHT, *Disputatio de commodato*, Argentuarie, 1578; J. BOHEM, *De commodato*, Lipsiae, 1628; J.V. BECHMANN, *Dissertatio de commodato*, Jenae, 1658; H.A. VAN ALPEN VAN DER BROEK, *Dissertatio de commodato*, Lugduni Batavorum, 1785; H.J.C. WILLHARDT, *Dissertatio inauguralis juridica de contractu commodati*, Gandavi, 1823; J. VAN REIGERSBERG VERSLUYS, *Dissertatio juridica inauguralis de commodato secundum juris romani et hodierni principia*, Lugduni Batavorum, 1825; G.E. SCHMIDT, *Das commodatum und precarium. Eine Revision der Grundlehren beider*, Leipzig, 1841; A. LOUISE, *Du commodat ou prêt à usage en droit romain*, Caen, 1880; C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG.*, 52 (1894) 469 ss.; 53 (1894) 41 ss.; 257 ss. (= *Opere* III, Milano, 1929, 81 ss.); F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Contributo alla storia della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954; ID., s.v. *Comodato (Diritto romano)*, in *NNDI.*, III, Torino, 1957, 688 ss.; G. SCHERILLO, s.v. *Co-*

ta anche l'attenzione su aspetti specifici del medesimo istituto².

modato (Diritto romano), in ED., VII, Milano, 1960, 981 ss.; F. MABROUK, *Essai d'étude comparative sur le prêt à usage en droit romain et en droit musulman*, Aix en Provence, 1968; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973; S.A. FUSCO, *Pecuniam commodare. Aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d. C.*, Napoli, 1980; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano, 1983; ID., s.v. *Comodato nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, III, Torino, 1988, 32 ss.; F. PASTORI, *Comodato contratto responsabilità*, Milano, 1984; ID., *Il contratto di comodato*, Milano 1997. Trattandosi, nel caso delle due appena citate opere del Pastori, di riproduzioni sostanzialmente immutate dell'opera primigenia del 1954, mi limiterò a rinviare, ogni qual volta necessario, a quest'ultima monografia.

²Su aspetti molteplici del contratto di comodato cfr. soprattutto P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, cur. J. PARICIO, Madrid, 1994 (= *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in AUPA. 43 [1995] 283 ss. dal quale cito). Adde G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda per il XXV anno del suo insegnamento* 6, Napoli, 1906, 333 ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 61 ss.); R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR.* 19 (1907) 72 ss.; G. CICOGNA, *Ancora sull'uso nel comodato*, *ibid.* 235 ss.; F. PASTORI, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, in *Labeo* 2 (1956) 89 ss.; G.I. LUZZATTO, *Commodati...vel contra*, *ibid.* 357 ss.; C.M. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, in *AG.* 204 (1984) 227 ss.; K. SLAPNICAR, *Gratis habitare. Unentgeltliches Wohnen nach röm und geltendem Recht*, Berlin, 1981, 49 s.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 98 s.; J. PARICIO, *La pretendida fórmula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA.* 29 (1982) 241 ss.; ID., *La primitiva protección procesal del commodatum*, in *AHDE.* 54 (1984) 587 ss.; ID., *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 355 ss.; C.A. MASCHI, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, 695; M. GARCIA GARRIDO, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, in *Atti Acc. Rom. Constant.*, 1981, 853 ss.; P. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, II Milano, 1990, 173 ss.; L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial*, in *Estudios J. Iglesias*, I, 1988, 460 ss.; J. PARICIO, *Formulae commodati*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2001, 163 ss.; E. DOMINGUEZ LOPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, 1 ss.; J. ZABŁOCKI, *Ex fide bona nella formula del comodato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, cur. L. GAROFALO, IV, Padova, 2003, 453 ss.; P. ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in *Rivista di diritto civile*, 52, 2006, 83 ss. (= *Studi per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2865 ss. da dove cito); L. GAROFALO, *Sul comodato nell'interesse del comodatario e del comodante*, in *Un giurista di successo. Studi in onore di A. Gambaro*,

Ciò non toglie che in relazione al *commodatum* siano ancora molte le problematiche che, sulla base dello stato delle fonti, non hanno trovato appagante risposta: le origini della tutela giuridica, che affonda le sue radici in un riconoscimento ancor prima sociale dell'istituto; il passaggio al riconoscimento giuridico e la primitiva forma di tutela pretoria; la duplicità delle azioni, *in factum* e *in ius*, con la conseguente spiegazione della persistenza ancora in età classica delle due azioni; il contenuto delle due azioni e le forme di tutela del comodante e del comodatario; infine, la responsabilità del comodatario e la problematica della 'custodia'.

Come si può arguire già da questo sintetico indice delle problematiche ancora sul tappeto della riflessione in letteratura, il tema del comodato ha in passato interessato particolarmente la dottrina romanistica³, giustapponendosi viceversa ad uno scarso interesse che il contratto presenta nell'odierna scienza giuridica privatistica, che fa da sponda ad un limitato rilievo giurisprudenziale dell'istituto, confinato ad una considerazione quasi esclusivamente legata al carattere immobiliare del bene dato in prestito. Dato, questo, che trova la sua cartina di tornasole nel numero abbastanza contenuto di pronunce giurisprudenziali⁴.

Se, come abbiamo appena rilevato, il comodato appare porre oggi scarsi profili problematici⁵, quasi a testimonianza di una ormai com-

II, Milano 2017, 1061 ss. Altre indicazioni bibliografiche su punti specifici verranno fornite nei luoghi opportuni.

³ Lo rileva già A. GALASSO in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, il quale, dopo avere affermato (*ibid.*, 1, nt. 1) che «il panorama della dottrina civilistica sul comodato non è particolarmente ricco», evidenzia come «ben maggiore interesse ha suscitato il *commodatum* tra gli studiosi del diritto romano» (*ibid.*, 2), soggiungendo che «al *commodatum* sono stati dedicati studi approfonditi da parte della dottrina romanistica» (*ibid.*, 6).

⁴ Il repertorio del CED della Corte di Cassazione italiana riporta circa 961 sentenze della Suprema Corte aventi ad oggetto il 'comodato' e pronunciate dal 1947 al 2018.

⁵ Annotava G. SCHERILLO, s.v. *Comodato (Diritto romano)*, cit., 983, nt. 32: «Un esame della odierna giurisprudenza della Cassazione civile conduce a osservazioni analoghe. Dal 1942 (data di entrata in vigore dell'attuale codice civile) ad oggi non si contano più di una trentina di sentenze della Cassazione in materia di comodato. E si noti che non poche riguardano il comodato di immobili, per il quale oggi v'è un certo interesse, per gli stessi motivi che hanno indotto la legislazione vincolistica in materia di locazione. Altre sentenze riguardano i rapporti tra azione personale spettante al comodante per la restituzione della cosa e azione reale: il fatto che tal problema sia vivo ancor oggi potrebbe indurre a credere che l'azione reale fosse il primo mezzo di difesa spettante al

piuta sistematizzazione delle maggiori problematiche poste dal negozio giuridico in questione⁶, scarso rilievo che probabilmente doveva già affacciarsi nel diritto romano postclassico⁷, diverse sono invece le questioni che affaticano da diversi decenni la dottrina romanistica⁸.

Da un primo angolo visuale, il comodato subisce la sorte di tutti i contratti gratuiti⁹, della cui rilevanza giuridica si dubita, venendo talvolta posti al confine con quegli atti di cortesia che rilevanza giuridica non presentano, situandosi perciò nel limbo dei rapporti extragiuridici di mera cortesia: con riguardo al comodato si insiste a negare la sussistenza di un interesse patrimoniale del comodante, assumendosene l'incompatibilità con l'essenza stessa del contratto¹⁰.

comodante. Di qualche interesse è soltanto la sentenza 14 luglio 1956 n. 2673, la quale ammette la possibilità di comodato d'azienda». Mette conto appena di rilevare che le parole dello Scherillo risalgono al 1960, mentre l'attualità della tematica cui accennava lo studioso, circa la distinzione tra azione personale di restituzione spettante (anche) al comodante e azione reale di rivendicazione, appare confermata da un recente intervento chiarificatore delle Sezioni Unite (sentenza del 28 marzo 2014 n. 7305).

⁶E tuttavia ne evidenzia la pluralità di funzioni economiche A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 20 s.

⁷Cfr. G. SCHERILLO, s.v. *Comodato (Diritto romano)*, cit., 983: «... può desumersi che, nella pratica, l'istituto da tempo non dava luogo a questioni di particolare interesse, onde la giurisprudenza imperiale ebbe scarso motivo per occuparsene, né mai se ne interessò la legislazione imperiale. È pensabile che l'istituto con l'inizio del III sec. avesse ormai raggiunto l'assetto definitivo (quale dura anche oggi)».

⁸Su alcune delle quali, peraltro, pur nel contesto di un discorso di più ampio respiro, ritorna di recente con interessanti osservazioni L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, cur. L. GAROFALO, Padova, 2011, 1 ss. (anche in *ACOP. 2004, Affari, Finanza e Diritti nei primi due secoli dell'impero*, cur. F. Milazzo, Milano, 2012, 351 ss.).

⁹Gratuità che ha mantenuto nel diritto italiano moderno. Recita infatti l'art. 1803 cod. civ.: «Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. Il comodato è essenzialmente gratuito».

¹⁰È opinione consolidata sia in dottrina sia in giurisprudenza che la gratuità essenziale prevista dal codice civile italiano vigente (art. 1803 comma 2) comporti l'impossibilità di configurare un interesse patrimoniale del comodante, il quale potrà o perseguire un interesse di carattere non economico, ovvero un interesse che, pur patrimoniale, non si ponga sul piano di corrispettività con l'interesse perseguito dal comodatario. Chiara sul punto la posizione della Suprema Corte: «Perché il comodato non perda la sua natura essenzialmente gratuita, è necessario che l'interesse del comodante (che può ritenersi sempre immanente al contratto, quanto meno come intento di fare acquisire un'utilità al comodatario) non abbia di per sé contenuto patrimoniale, ovvero, pur

Quindi, la gratuità si intreccia con la rilevanza giuridica del comodato medesimo, posto che proprio la prima tende a 'scolorire' la giuridicità del secondo: il problema diviene, per la dottrina moderna, distinguere il rapporto di cortesia (irrilevante giuridicamente) dal rapporto gratuito (rilevante giuridicamente), integrando solo quest'ultimo un contratto¹¹, cosicché il rapporto di cortesia fuoriesce dalla gratuità, la quale ultima si ancora al giuridico. Pertanto, la gratuità comporta comunque la sussistenza di un interesse del comodante.

Ciò che in questa sede interessa rilevare è la seguente circostanza: la dottrina civilistica moderna¹² ha tradizionalmente ritenuto che la causa del contratto di comodato si situi in un rapporto di cortesia, in un *causa benevolentiae vel urbanitatis* che giustificerebbe la relazione, innestandosi sul presupposto di un pregresso rapporto di amicizia o di parentela.

Come acutamente osservato¹³, individuare nella cortesia la causa del contratto di comodato equivale a negare l'esistenza stessa della causa nel suddetto contratto, laddove la figura del rapporto di cortesia viene proprio utilizzata per negare rilevanza giuridica a rapporti che, rilevanti sì sul piano sociale, non presentano analoga rilevanza per l'ordinamento giuridico, per un difetto di forma o di causa¹⁴. Così rico-

avendolo, si tratti della prospettiva di un vantaggio indiretto e mediato, o, comunque, di un interesse secondario del concedente, il cui vantaggio non venga a trovarsi in rapporto di corrispettività con il beneficio concesso al comodatario»: così Cass. 28 maggio 1996 n. 4912. La problematica della gratuità essenziale del comodato si è posta a livello giurisprudenziale soprattutto con riferimento ad un *modus*: «In ordine alla corretta qualificazione di un contratto come comodato o come locazione di immobili, il carattere di essenziale gratuità del comodato non viene meno se si inserisce un *modus*, posto a carico del comodatario, purché esso non sia di consistenza tale da snaturare il rapporto, ponendosi come corrispettivo del godimento della cosa ed assumendo quindi la natura di una controprestazione» (Cass. 28 giugno 2005 n. 13920).

¹¹ Cfr. *amplius* L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., soprattutto 8 ss.

¹² Cfr. soprattutto gli studi di F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*², VIII, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, 13 ss.; ID., *Il comodato come rapporto di cortesia*, in *RTDPC*. (1949) 288 ss. Ma v. già E. BRUNORI, *Del comodato*, in *Commentario del codice civile*, cur. M. D'Amelio - E. Finzi, Firenze, 1949, 10 ss.

¹³ R. TETI, s.v. *Comodato*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, III, Torino, 1988, 38 ss.

¹⁴ Precisa tuttavia R. TETI, s.v. *Comodato*, cit., 38: «Certo che se per causa si intende

struito il modello causale del comodato, esso tende o a scolorire quale 'causa debole'¹⁵, ovvero a risultare del tutto assente, atteso il carattere gratuito del medesimo contratto¹⁶.

Infatti, il carattere gratuito del contratto, nel quale a fronte di un sacrificio del comodante si staglia il vantaggio del comodatario, induce a svalutare il profilo dell'interesse del comodante, rendendo 'evanescente'¹⁷ la causa del comodato, proprio focalizzandosi sull'assenza di un'utilità per il concedente.

Tuttavia si può convenire con chi¹⁸ afferma che «il comodato rappresenta un concreto banco di prova della resistenza del requisito causale nella evoluzione della categoria negoziale»: in tal senso, lungi dall'accogliere la tesi della consegna quale requisito di 'forma' della volontà impegnativa¹⁹, analogamente alla forma dell'atto pubblico per la donazione, va condivisa l'affermazione della rilevanza della causa anche nel contratto di comodato, come per gli altri contratti reali²⁰, pur alla luce della necessaria presenza della medesima, quale elemento

la funzione economico-sociale del contratto è indiscutibile che il comodato ha una causa, il comodato, infatti, assolve la funzione di consentire ai privati di attribuire a terzi, senza corrispettivo, il godimento di propri beni per un tempo limitato; solo che allora bisogna riconoscere che hanno una causa (e di conseguenza sono da considerarsi come rapporti contrattuali) tutte quelle promesse di dare o di fare qualcosa che si fanno in virtù di rapporti di amicizia, cortesia, vicinato. Se, invece, si crede che una promessa (o un atto di disposizione) ha una causa quando il promissario (o l'acquirente) a sua volta promette validamente una prestazione o effettua una disposizione valutabile in danaro corrispondente ad un interesse del promittente (o alienante), si deve riconoscere che il comodato non ha una causa idonea a costituire un rapporto contrattuale».

¹⁵ Come riaffermato di recente da L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., soprattutto 19 ss., il quale parla di «causa fragile perché di contenuto puramente soggettivo».

¹⁶ Secondo la linea argomentativa ripresa da ultimo da R. TETI, s.v. *Comodato*, cit., 38 e *passim*.

¹⁷ Così F. MASTROPAOLO, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO.

¹⁸ A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 96.

¹⁹ Secondo una teorica risalente a P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 97 ss.

²⁰ V. quanto affermato da A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 102: «Ciò che è da escludere è che il requisito causale non abbia ragion d'essere nel tipo-comodato, surrogato dal fine di cortesia o in ogni caso sostituito dalla realtà. Infatti, una volta precisato in che termini debba intendersi nel nostro contratto, la causa riveste rilevanza teorica e pratica insieme». Ma cfr. anche quanto rilevato da F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 709 ss.

costitutivo di ogni contratto giusta il disposto di cui all'art. 1325 del codice civile.

Qui, però, non ci interessa tale profilo causale, quanto piuttosto la spiegazione alla quale viene ancorata la svalutazione stessa della causa nel comodato. Infatti, pur convenendosi sulla circostanza che la causa nel comodato non risulti particolarmente approfondita né dalla dottrina civilistica²¹, né – aggiungo – da quella romanistica, risulta indubbio che questa svalutazione, quale causa inesistente o nel migliore dei casi quale causa ‘fragile’ o ‘debole’, venga ad essere ricollegata alla sua matrice romanistica di atto compiuto per fine di cortesia e di benevolenza, in un contesto di pregressi rapporti di parentela o di amicizia²².

Infatti, nella romanistica è consolidata l'idea, come vedremo più avanti, che il comodato abbia trovato un riconoscimento tardo, configurandosi per un considerevole lasso di tempo quale rapporto della prassi sociale sfornito di rilevanza giuridica²³ e quindi non vincolante: assenza di vincolatività che viene riconnessa in misura prevalente alla gratuità che contraddistingue l'assenza di un interesse patrimonialmente valutabile in capo al comodante²⁴, assenza di interesse del comodante che segnerebbe appunto la gratuità del negozio, volto ad avvantaggiare un soggetto (il comodatario) con il sacrificio della controparte (il comodante).

Dottrina civilistica più avvertita²⁵, tuttavia, ha individuato nel comodato odierno anche la possibile presenza di una ‘causa commerciale’, la quale contraddistingue figure di comodato stipulate in funzione

²¹ Lo afferma, con riferimento alla civilistica italiana, A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 94 e *passim*.

²² Cfr. App. Napoli del 12 luglio 1968, in *Dir. giur.* (1968) 774: «Il comodato è nato dalla necessità di portare nell'ambito del diritto il prestito di uso gratuito, che normalmente avviene tra persone legate da rapporti di parentela, amicizia o comunque di benevolenza».

²³ Cfr. per tutti F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 9: «*Commodare* allude, dunque, ad una elargizione gratuita che avviene sulla base di rapporti di amicizia e di benevolenza, quale ne sia l'oggetto».

²⁴ Significativo quanto afferma F. SCAGLIONE, *Il comodato*, in *Il codice civile commentato*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 71: «È diffusa in dottrina l'opinione che l'interesse del comodante sia riconducibile ad un generico intento liberale di concedere il godimento della cosa per ragioni di cortesia, amicizia, favore o riconoscenza».

²⁵ V. A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 113 ss.

di un interesse economico e imprenditoriale del comodante: in tal caso, in dottrina e in giurisprudenza ci si è posti il problema di mantenere un livello di compatibilità tra gratuità del contratto e presenza di un intento speculativo del comodante.

Credo, però, che, tenendo ferma la necessaria gratuità del contratto di comodato²⁶, che in sé va intesa soltanto quale assenza di un corrispettivo, possa ritenersi che la presenza di un necessario interesse economico del comodante²⁷ connoti peculiarmente il contratto di comodato, servendo proprio esso, e non la consegna²⁸ che sussiste anche nei rapporti di cortesia, a fungere da spartiacque tra la figura giuridicamente rilevante del comodato e l'atto di cortesia, il quale si situa al di fuori dell'area del giuridico²⁹.

Ora, se si esclude che l'intento cortese possa servire a delineare la

²⁶ E si presti attenzione a quanto afferma A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 115: «La gratuità del rapporto in ogni caso rimane intatta, non solo formalmente, essendo la prestazione offerta priva di un corrispettivo e comunque intesa a realizzare un vantaggio diretto e immediato per il comodatario».

²⁷ Il quale – si badi – entra a far parte del nucleo causale del contratto, adottandosi la tesi della causa in concreto come «ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare»: così C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*², Milano, 2000, 447. Per le ragioni che esporrò nel prosieguo non sento pertanto di condividere l'impostazione di L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., 15, il quale ritiene che laddove presente eccezionalmente in capo al comodante un interesse di natura economica, esso resti esterno al contratto. Sul punto v. pure L. GAROFALO, *Sul comodato nell'interesse del comodatario e del comodante*, cit., 1061 ss.

²⁸ I limiti della teorica della causa 'fragile' del comodato vengono messi in luce con chiarezza da F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 73: «Vero è, infatti, che, ad esempio, la promessa di prestare il binocolo all'amico per assistere meglio allo spettacolo teatrale, oppure quella di concedere in godimento un libro per lo svago del beneficiario, sembrano prive di qualsiasi intento giuridico nel promittente; ma neppure la consegna della *res* varrebbe in questi casi ad escludere che le parti abbiano voluto mantenere il rapporto su un piano non giuridico o meramente cortese».

²⁹ Sulle prestazioni di cortesia v. G. GHEZZI, s.v. *Cortesia (prestazioni di)*, in *ED.*, X, Milano, 1962, 1048 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, 67 ss.; V. PANUCCIO, *Gli atti di cortesia. Profilo di una teoria generale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti* 1.2, Milano 1977, 1061 ss.; *Id.*, *Cortesia (prestazioni di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, 269 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, libertà e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 83 ss.; L. SANTORO, *L'atto di cortesia*, in *Contr. e Impr.*, 2001, 652 ss.

causa del comodato³⁰, in quanto inidoneo proprio a integrare la causa del contratto in cui si oggettivizzano gli interessi economicamente rilevanti delle parti, va del pari escluso che la consegna funga da 'segno' che rafforza la presunta causa 'debole' o 'fragile' del comodato, traghettandolo verso la rilevanza giuridica.

In altre parole: se oggi nella dottrina civilistica si afferma che «il dato da cui partire è che il comodato non è, o non è più, uno schema negoziale utilizzato esclusivamente a fini di compiacenza, amicizia, affetto, o per mero spirito di liberalità, ancor meno per un segno di cortesia»³¹, credo che vada riconsiderato il punto di partenza. Cioè verificare se l'origine del comodato sia da ascrivere a un fine di cortesia, a quella *causa benevolentiae* invocata dalla dottrina romanistica; o se invece possa intravedersi 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 non incompatibilità con un interesse specificamente patrimoniale del comodante.

È evidente che una tale rilettura prospetta l'abbandono della *causa amicitiae vel benevolentiae* quale motore di un contratto che, come il comodato, si ricollega fortemente alla sua matrice romanistica: tuttavia, come accennato, oggi si tende a prospettare la possibilità (anche) di un interesse economico del comodante, che però sembra confinarsi nell'ambito angusto di un *modus*, quasi a vederne un'eccezione al normale assetto di interessi, in cui protagonista principale del contratto è il comodatario, il quale ne trae vantaggio, laddove l'interesse del comodante appare potersi configurare solo come indiretto o mediato³².

Credo, però, che una rinnovata riflessione sulle fonti in nostro possesso, nello scandagliare l'origine e la disciplina del *commodatum*, pos-

³⁰ Così F. SCAGLIONE, *Il comodato*, cit., 75.

³¹ Lo afferma A. GALASSO, *Il comodato*, cit., 104.

³² V., come paradigma della posizione della giurisprudenza in materia, Cass. 28 maggio 1996 n. 4912: «Perché il comodato non perda la sua natura essenzialmente gratuita, è necessario che l'interesse del comodante (che può ritenersi sempre immanente al contratto, quanto meno come intento di fare acquisire un'utilità al comodatario) non abbia di per sé contenuto patrimoniale, ovvero, pur avendolo, si tratti della prospettiva di un vantaggio indiretto e mediato, o, comunque, di un interesse secondario del concedente, il cui vantaggio non venga a trovarsi in rapporto di corrispettività con il beneficio concesso al comodatario».

sa consentirci di riflettere sulla trama di interessi che forma la causa del contratto, verificando se effettivamente il comodato dei giuristi romani si costruiva su un interesse di mera cortesia del comodante. O se invece il fine speculativo del comodante sia connaturato sin dalla sua origine al negozio – servendo pertanto da criterio discretivo del comodato da un atto che, in assenza di un interesse patrimoniale del concedente, comodato non è – con l'effetto di consentirci di rivedere alcune posizioni in materia di unilateralità, bilateralità o bilateralità imperfetta del contratto di comodato.

E proprio la sussistenza dell'interesse economico del comodante consente altresì di rivedere la tesi della causa 'fragile' del comodato, con l'ovvio corollario della inesistenza della necessità della consegna quale elemento che serva a compensare una deficienza causale del comodato, come degli altri contratti reali³³.

2. *Le fonti letterarie e la pratica del prestito degli oggetti e delle 'aedes'.*

Poste le premesse, prima di volgere lo sguardo alle sicure testimonianze del dato giuridico in nostro possesso, occorre tentare di comprendere quale fosse l'utilizzo nella pratica del termine *commodare*, ovvero se il linguaggio comune prevedesse altre formule che, pur diverse dal menzionato verbo – e da *commodum* nella forma avverbiale, sostantivale o aggettivale – facessero comunque riferimento alla realtà del prestito d'uso³⁴.

³³ Come è noto, la più profonda riflessione in tale direzione si deve a R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI.2, Torino, 1975, 614; ID., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *BBTC*. 1 (1971) 502 ss. Ma di recente ha ripreso tali argomentazioni L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., 17 e *passim*: lo studioso trevigiano fa propria la tesi della romanistica tradizionale secondo la quale il comodato in diritto romano sarebbe guidato da «un interesse individuale al nobile altruismo avvertito come cuore di una causa particolarmente debole: anzi talmente debole da non riuscire a innalzare l'accordo cui si riferisce, comportante l'unilaterale impegno di chi è mosso da un interesse siffatto, al rango di contratto». Soltanto la consegna – soggiunge lo studioso – riuscirebbe a far elevare il comodato al rango di contratto.

³⁴ Da ultimo diffusamente sul tema v. il mio *La specificità del commodare nelle fonti letterarie di età repubblicana (Plauto, Trinummus, 1130)*, in *LR*. 4 (2015) 273 ss.

Il verbo *commodo* viene definito nel *Lexicon*³⁵ in senso proprio come *accomodare, adaptare*, e cioè ‘adattare’ o ‘aggiustare’; quindi, in senso traslato *absolute est benigne facere cum aliquo, indulgere alicui, admittere aliquid in gratiam alicujus*, soggiungendosi che *commodare generatim significat dare, praeberere, benigne facere concedendo alicui aliquid: qua significatione verbo commodare opponitur verbum gravari*. Quindi, l’utilizzo segnalato da Forcellini evidenzia l’elemento della dazione, anche in senso figurato, accompagnato dall’inseparabile connotato del beneficio che dalla dazione scaturisce per colui che la riceve.

Il *dare*, rilevavo, non necessariamente ha carattere materiale: può infatti significare il rendere un servizio a qualcuno, o il recargli un favore, pur scevro dal connotato materiale. Pertanto, *commodum dare* indica *adiuvare, commodum, gratum, benignum*³⁶, secondo un’accezione ricorrente segnalata dai vocabolari della lingua latina³⁷ e che già veniva messa in rilievo da Nonio Marcello³⁸ quando affermava che *commodare: commodo dare*, segnando in definitiva il *commodum* ottenuto dal ricevente la cifra caratteristica del *commodare*³⁹.

L’utilizzo del verbo *commodare*, perciò, rimanda a un vantaggio, un’*utilitas* che il destinatario trae dall’oggetto che riceve⁴⁰, pur po-

³⁵ Cfr. E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* I, Patavii, 1805, s.v. *commodo*, 714.

³⁶ Così *Thesaurus Linguae Latinae* 3, s.v. *commodo*, 1920.

³⁷ Così L. CASTIGLIONI - S. MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*⁴, Torino, 2007, s.v. *commodo*. V. anche K.E. GEORGES - F. CALONGHI, *Dizionario enciclopedico della lingua latina*⁴, Torino, 2002, s.v. *commodo*; G. CAMPANINI - G. CARBONI, *Il dizionario della lingua e della civiltà latina*, Torino, 2007, s.v. *commodo*.

³⁸ W.M. LINDSAY, *Nonii Marcelli de compendiosa doctrina* 2, Lipsiae, 1903, 402.

³⁹ Diversamente da altra corrente di pensiero che ricollega il *commodare* al *modus*. Così ad esempio la definizione che ritroviamo in Festo (W.M. LINDSAY, *Sextii Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsiae, 1913, 154): *A modo fit commoditas, commodus, commodat, accomodat, modice*. Analogamente Isid. Orig., 5.25.16: *Commodatum est id, quod nostri iuris est et ad alterum temporaliter translatum est cum modo temporis, quamdiu apud eum commodo sit, unde et commodatum dictum est*.

⁴⁰ Lo mettono in rilievo H.J.C. WILLHARDT, *Dissertatio inauguralis juridica*, cit., 7; J. VAN REIGERSBERG VERSLUYS, *Dissertatio juridica inauguralis de commodato secundum iuris romani et hodierni principia*, cit., 1; A. PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrbuderte der Kaiserzeit* I, Halle, 1873, 429, nt. 21; C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, II, Torino, 1915, 254, nt. 1; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Forschungen zum römischen Recht 7), Weimar 1956, 163; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1989, 314.

tendo, come evidenziavamo, mancare un oggetto materiale sul quale si appunta il *commodare*, che quindi avrebbe per oggetto qualcosa di spirituale, immateriale, ma non perciò meno utile per il ricevente.

Tuttavia, se si presta attenzione, altra caratteristica insita nel *commodare* è fornita dal 'dare', dal conferire qualcosa: pure nell'arrecare un beneficio a qualcuno, nel comportarsi correttamente con altra persona, nel far rientrare qualcuno nelle grazie di altro, riposa sempre un'idea, seppur spiritualizzata, di *dare*, sotto forma appunto del recare un vantaggio al ricevente, un'utilità che quest'ultimo non possedeva prima dell'intervento del soggetto attivo del *commodare*.

In un'accezione più ampia, speciale, l'idea del *dare* trova una sua specificazione nel *dare aliquid utendum ad tempus sine mercede: et dicitur fere de iis rebus, quae eadem redduntur*⁴¹: *commodare*, con minore approssimazione, si specifica nel dare qualcosa gratuitamente, qualcosa che però deve essere restituita. La cosa comodata, pertanto, viene a trovare una sua distinzione sia con la cosa donata⁴² sia con quella data a mutuo⁴³, essendo nel primo caso l'attribuzione a carattere definitivo, mentre nella seconda ipotesi la dazione genera un obbligo di restituzione che non verte sulla medesima cosa oggetto della dazione.

Il *commodare*, in definitiva, appare caratterizzarsi quale attività di prestito di un bene, per un tempo limitato, e dietro obbligo del ricevente, che ne trae un'utilità o un vantaggio, e tuttavia sul quale non grava l'obbligo di pagare un corrispettivo. Questa è, almeno, un'accezione più ristretta del più ampio significato del verbo in questione, che possiamo circoscrivere quale oggetto della nostra ricerca, atteso il suo carattere maggiormente aderente al significato tecnico che verrà isolato nelle fonti giuridiche.

Questo punto di partenza va saggiato con l'esame delle fonti letterarie che utilizzano tale verbo o i suoi derivati. L'utilizzo del verbo *commodare* appare alquanto diffuso soprattutto tra i comici, trovandosene tracce tuttavia anche in Cicerone, Catone e Ovidio.

⁴¹ E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* I, cit., s.v. *commodo* 714.

⁴² Cic. *pro Marc.* 6.19: *Tantus est enim splendor in laude vera, tanta in magnitudine animi et consili dignitas, ut haec a virtute donata, cetera a fortuna commodata esse videntur.*

⁴³ Cic. *de off.* 4.15: *Ut esset vita munitior, atque ut dando et accipiendo mutuandisque facultatibus et commodandis nulla re egemus.*

Frequenti le attestazioni in Cicerone:

Cic. *amic.* 23: *Cumque plurimas et maximas commoditates amicitia contineat, tum illa nimirum praestat omnibus, quod bonam spem praelucet in posterum nec debilitari animos aut cadere patitur.*

Si tratta, come è evidente, di un senso generico e immateriale di ‘utilità’ o ‘vantaggio’⁴⁴; tale accezione ritorna altrove:

Cic. *ad fam.* 2.17.4: *Quod scribis ad me de drachmum CCCIccc, nihil est quod in isto genere cuiquam possim commodare. Omnis enim pecunia ita tractatur ut praeda a praefectis, quae autem mihi attributa est a quaestore curetur.*

Cic. *ad fam.* 3.3.1: *Nunc, quod a te petii litteris iis, quas Romae tabellariis tuis dedi, velim tibi curae sit, ut, quae successor coniuunctissimo et amicissimo commodare potest is, qui provinciam tradit, ut ea pro nostra consociatissima voluntate cura ac diligentia tua complectare, ut omnes intelligant nec me benevolentiori cuiquam succedere nec te amiciori potuisse provinciam tradere.*

Cic. *ad fam.* 13.9.3: *Quamquam tibi praesens commendavi, ut potui diligentissime, socios Bithyniae teque quum mea commendatione, tum etiam tua sponte intellexi cupere ei societati quibuscumque rebus posses commodare, tamen, quum ii, quorum res agitur, magni sua interesse arbitrarentur me etiam per litteras declarare tibi, qua essem erga ipsos voluntate, non dubitavi haec ad te scribere.*

Gli esempi di significato immateriale potrebbero continuare⁴⁵, atte-

⁴⁴ Cfr. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 8.

⁴⁵ V. Cic. *ad fam.* 13.9.3: *Quae quum ita sint, in maiorem modum a te peto, Cn. Pupium, qui est in operis eius societatis, omnibus tuis officiis atque omni liberalitate tueare curesque, ut eius operae, quod tibi facile factu est, quam gratissimae sint sociis, remque et utilitatem sociorum – cuius rei quantam potestatem quaestor habeat, non sum ignarus – per te quam maxime defensam et auctam velis. Id quum mihi gratissimum feceris, tum illud tibi expertus promitto et spondeo, te socios Bithyniae, si iis commodaris, memores esse et gratos cogniturum; ad fam. 13.13.1: *Quae quum ita sint, in maiorem modum a te peto, Cn. Pupium, qui est in operis eius societatis, omnibus tuis officiis atque omni liberalitate tueare curesque, ut eius operae, quod tibi facile factu est, quam gratissimae sint sociis, rem-**

so il loro frequente ricorrere soprattutto in una accezione che, come segnalato, si caratterizza tecnicamente come sinonimo di vantaggio, utilità per colui che la riceve, quasi come una liberalità⁴⁶, un elemento che comunque arricchisce, anche in senso astratto, il destinatario di essa.

Il significato tecnico ricorre ancora in Cicerone, indicando il prestito di un elemento immateriale, quale il nome:

*Cic. in Verr. 2.4.91: Quod mihi numquam veri simile visum est, adulescentem illo loco natum, patronum Siciliae, nomen suum isti ad translationem criminis commodaturum*⁴⁷.

que et utilitatem sociorum – cuius rei quantam potestatem quaestor habeat, non sum ignarus – per te quam maxime defensam et auctam velis. Id quum mihi gratissimum feceris, tum illud tibi expertus promitto et spondeo, te socios Bithyniae, si iis commodaris, memores esse et gratos cogniturum; ad fam. 13.16.4: Et tamen, quod negaveram, commendo tibi eum: quidquid ei commodaveris, erit id mihi maiorem in modum gratum; ad fam. 13.41.1: Quae fecisti L. Luceii causa, scire te plane volo te homini gratissimo commodasse, et quum ipsi, quae fecisti, pergrata sunt, tum Pompeius, quotiescumque me videt-videt autem saepe–, gratias tibi agit singulares; addo etiam illud, quod tibi iucundissimum esse certo scio, me ipsum ex tua erga Luceium benignitate maxima voluptate affici; ad fam. 13.48.1: Omnes tibi commendo Cyprios, sed magis Paphios, quibus tu quaecumque commodaris, erunt mihi gratissima, eoque facio libentius, ut eos tibi commendem, quod et tuae laudi, cuius ego fautor sum, conducere arbitror, quum primus in eam insulam quaestor veneris, ea te instituere, quae sequantur alii, quod, ut spero, facilius consequere, si et P. Lentuli, necessarii tui, legem et ea, quae a me constituta sunt, sequi volueris, quam rem tibi confido magnae laudi fore; ad fam. 13.53.1: Eum tibi penitus commendo atque trado: primum, ut omnibus in rebus ei commodes, quoad fides tua dignitasque patietur; ad fam. 13.54.1: Quare, quod reliquum est, a te peto, quoniam apud gratos homines beneficium ponis, ut eo libentius iis commodes operamque des, quoad fides tua patietur, ut socrus adolescentis rea ne fiat; ad fam. 13.69.3: Peto igitur a te, ut in ea controversia, quam habet de fundo cum quodam Colophonio, et in ceteris rebus, quantum fides tua patietur quantumque tuo commodo poteris, tantum ei honoris mei causa commodes, etsi, ut eius modestiam cognovi, gravis tibi nulla in re erit: si et mea commendatione et sua probitate assecutus erit, ut de se bene existimes, omnia se adeptum arbitrabitur; ad fam. 13.70.1: Vehementer mihi gratum feceris, si, quibuscumque rebus sine tua molestia poteris, ei commodaris: quod ut facias, te vehementer etiam atque etiam rogo; ad fam. 13.72.2: Peto igitur, ut memineris te omnia, quae tua fides pateretur, mihi cumulate recepisse. Equidem existimo habere te magnam facultatem – sed hoc tui est consilii et iudicii – ex eo senatus consulto, quod in heredes C. Vennonii factum est, Caerelliae commodandi: id senatus consultum tu interpretabere pro tua sapientia; scio enim eius ordinis auctoritatem semper apud te magni fuisse.

⁴⁶ Significato che E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Roma, 1964, 181, nt. 1, ascrive ad esempio a Cic. *de fin.* 2.117: *Nec enim, cum tua causa cui commodes, beneficium illud habendum est, sed faeneratio, nec gratia debere videtur ei, qui sua causa commodaverit.*

⁴⁷ Ma si v. anche Cic. *in Verr.* 2.4.6: *G. Claudius, cuius aedilitatem magnificentissi-*

L'elemento accomunante, nel lessico ciceroniano, appare quello del rendere servigi, del favorire – talvolta anche in un contesto del discorso negativo – qualcuno:

Cic. in Verr. 2.4.20: Haec tibi laudatio procedat in numerum? hi te homines auctoritate sua sublevent? qui te neque debent adiuvere si possint, neque possunt si velint; quibus tu privatim iniurias plurimas contumeliasque imposuisti, quo in oppido multas familias totas in perpetuum infamis tuis stupris flagitiisque fecisti. At publice commodasti. Non sine magno quidem rei publicae provinciaeque Siciliae detrimento.

Nell'invettiva delle Verrine Cicerone accusa Verre di aver recato sì dei servigi ad appartenenti ad importanti famiglie siciliane, ma nel fare ciò avrebbe danneggiato gravemente lo stato e la provincia di Sicilia, costringendo peraltro tutti coloro che avevano ricevuto tali vantaggi a subire in privato le prepotenze e gli oltraggi che arrecava loro.

Pur nella diversità dei contesti, il linguaggio dell'arpinate restituisce un'accezione di *commodare* in cui si coniuga la gratuità dell'atto, vantaggioso per il ricevente, con il carattere di prestito temporaneo che impone la restituzione dell'oggetto, oggetto che non sembra possedere alcuna caratterizzazione, quale cosa mobile o immobile, bene materiale o immateriale:

Cic. in Verr. 2.4.126: Nam Sappho quae sublata de Prytanio est dat tibi iustam excusationem, prope ut concedendum atque ignoscendum esse videatur. Silanionis opus tam perfectum, tam elegans, tam elaboratum quisquam non modo privatus sed populus potius haberet quam homo elegantissimus atque eruditissimus, Verres? Nimirum contra dici nihil potest. Nostrum enim unus quisque, qui tam beati quam iste est non sumus, tam delicati esse non possumus, si quando aliquid istius modi videre volet, eat ad aedem Felicitatis, ad monumentum Catuli, in porticum Metelli, det operam ut admittatur in alicuius istorum Tusculanum, spectet forum ornatum, si quid iste suorum aedili-

mam scimus fuisse, usus est hoc Cupidine tam diu dum forum dis immortalibus populoque Romano habuit ornatum, et, cum hospes esset Heiorum, Mamertini autem populi patronus, ut illis benignis usus est ad commodandum, sic ipse diligens fuit ad reportandum. Il senso è ancora quello di prestito, nel caso di specie di una statua che Gaio Claudio si sarebbe affrettato a restituire a coloro che gliela avevano prestata.

bus commodarit: Verres haec habeat domi, Verres ornamentis fanorum atque oppidorum habeat plenam domum, villas refertas. Etiamne huius operari studia ac delicias, iudices, perferetis? qui ita natus, ita educatus est, ita factus et animo et corpore ut multo appositior ad ferenda quam ad auferenda signa esse videatur.

Nel raccontare l'episodio della statua di Saffo, e della correlativa spoliazione compiuta da Verre di questa e di altre opere d'arte, Cicerone rammenta viceversa, quasi da contraltare, l'abitudine del prestito di opere d'arte compiuto dai privati a favore degli edili, come l'episodio precedentemente narrato dell'edile Gaio Claudio⁴⁸, il quale avrebbe diligentemente restituito la statua ricevuta in prestito (*ut illis benignis usus est ad commodandum, sic ipse diligens fuit ad reportandum*).

L'accezione di 'prestito', tuttavia, sembra nel linguaggio comune colorarsi tecnicamente, in quanto volta, appunto, a designare quegli atti tutti contrassegnati dall'essere volti ad un prestito temporaneo a carattere gratuito, che recano un vantaggio a coloro che li ricevono, non essendo escluso, si badi bene, un tornaconto per colui che compie il prestito⁴⁹.

Il senso, mi pare, non è mai quello di mutuo, nell'accezione tecnica che tale termine presenta in ambito giuridico, quale prestito di consumo finalizzato alla restituzione di un'altrettanta quantità di cose dello stesso genere o specie⁵⁰, evidenziando le formulazioni utilizzate un ri-

⁴⁸ Cfr. Cic. *in Verr.* 2.4.6 riportato *supra*, nt. 45.

⁴⁹ In tal senso è esemplare il caso riferito da Cicerone circa l'esonero che Verre avrebbe concesso ai messinesi dalla consegna di 60.000 moggi di frumento: tale esonero avrebbe danneggiato sia lo Stato, privato di tale frumento, sia gli altri siciliani, ai quali sarebbe stato addossato il grano tolto dal carico ai messinesi, in quanto esso non sarebbe stato defalcato dal conteggio globale del grano dovuto complessivamente dai siciliani. Cfr. Cic. *in Verr.* 4.20: *At publice commodasti. Non sine magno quidem rei publicae provinciaeque Siciliae detrimento. Tritici modium lx empta populo Romano dare debebant et solebant: abs te solo remissum est. Res publica detrimentum fecit quod per te imperi ius in una civitate imminutum est: Siculi, quod ipsum non de summa frumenti detractum est, sed translatum in Centuripinos et Halaesinos, immunitos populos, et hoc plus impositum quam ferre possent.* Non credo che il passo possa essere indicato come riferentesi ad un'ipotesi di mutuo di grano, laddove il *commodare* fa riferimento ai servizi resi da Verre per proprio tornaconto personale, e quindi sganciato dal frumento al quale non si riferisce, tenuto conto anche del suo valore intransitivo di 'rendere servizi', 'mostrarsi compiacente'. *Contra* F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 9.

⁵⁰ Sul mutuo rinvio senza pretesa di esaustività a F. GLUCK, *Commentario alle Pan-*

ferimento costante ad un oggetto, non definito in sé nelle sue caratteristiche, il quale tuttavia viene restituito in se stesso, non surrogandolo con altre cose pur del medesimo genere o specie.

Non mi sembra che in senso contrario, come pure ipotizzato⁵¹, possa indurre il seguente brano ciceroniano:

Cic. *pro Cael.* 13.32: *Quae si se aurum Caelio commodasse non dicit., si venenum ab hoc sibi paratum esse non arguit, petulanter facimus, si matrem familias secus, quam matronarum sanctitas postulat, nominamus.*

dette XIV, edizione e traduzione italiana, con commento, di P. BONFANTE, Milano 1907; G. APICELLA, s.v. *Mutuuum* in *DI.* XV/2 (1904-1911) 1161 ss.; G. SEGRÉ *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917, 331 ss. (= *Id.*, *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 477 ss.); S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano II*, Milano, 1928, 251; H. KRELLER, s.v. *Mutuuum*, in *PWRE.* Suppl. VI, 1935, 571 ss.; E. BETTI, *Diritto romano I. Parte generale*, Padova, 1935, 31 ss. e 210 s.; *Id.*, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955; P.E. VIARD, *La mutui datio. Contribution à l'histoire du fondement des obligationes à Rome*, Paris, 1939, 14 ss.; E. SEIDI, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und depositum irregulare*, in *Festschrift F. SCHULZ I*, Weimar, 1951, 373; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, cit.; M. KASER, *Mutum und stipulatio*, in *Eranion in honorem G.S. Maridakis I*, Athenis, 1963, 155 ss.; G. LONGO, s.v. *Mutuuum (Diritto romano)*, in *NNDI.* X, Torino, 1964, 1048 ss.; E. SARAY TAPIA, *El mutuo en derecho romano*, Santiago del Chile, 1968; O. STANOJEVIĆ, «*La mutui datio du droit romain*», in *Labeo* 15 (1969) 311 ss.; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali ed obbligazioni*, Torino, 1970, 353-388; J.M. KELLY, *A hypothesis on the origin of mutuuum*, in *II.* 5 (1970) 156 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 1973; *Id.*, *La gratuità del mutuo classico*, in *Studi Ballardori Pallieri*, Milano, 1978, 295 ss.; *Id.*, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*², Milano, 1980; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, 474 ss.; P. FREZZA, *Corso di storia di diritto romano*, Roma, 1974, 407; V. GIUFFRÈ, s.v. *Mutuuum (Storia)*, in *ED.* XXVII, Milano, 1977, 414 ss.; G. SACCONI, *Conventio e mutuuum*, in *Index* 15 (1987) 432 ss.; *Id.*, *Ricerche sulla stipulatio*, Camerino, 1989; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 284 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano, 1996; E. VOLTERRA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma 1996, 554 ss.; V. GIUFFRÈ, *La datio mutui. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1998; *Id.*, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*³, Napoli, 2002; M.S. REVUELTA, *La gratuidad del mutuuum en el derecho romano*, Jaén 1999; E. QUADRATO, *Promutuuum*, in *SDHI.* 73 (2007) 70 ss.; R. GAMAUF, s.v. *Mutuuum* in *DNP. Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, H. CANKIC - H. SCHNEIDER Hrsg., Mer-Op 8, Stuttgart-Weimar, 2008, 566.

⁵¹ Cfr. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, cit., 181, nt. 1.

Nel passo⁵² dell'orazione a difesa di Marco Celio, accusato di svariati crimini⁵³, si fa riferimento alla specifica accusa di aver ottenuto dell'oro che sarebbe servito per comprare gli schiavi di Luceio, che dovevano uccidere Dione di Alessandria; il veleno di cui si parla nel passaggio, invece, aveva il fine di eliminare Clodia, la quale avendo prestato l'oro era divenuta una scomoda testimone⁵⁴. Come è evidente, in più passaggi si fa riferimento al prestito di oro, di gioielli, che Clodia avrebbe effettuato proprio con il fine di far commettere un delitto a Celio, il quale avrebbe poi ottenuto del veleno per eliminare la scomoda Clodia.

L'oro, perciò, viene prestato da Clodia, tanto da far dire a Cicerone che non sembrava possibile che essa fosse così intima (*tam familiaris*) da prestare i propri ori a Celio per fargli commettere un delitto, così che lo stesso oratore mette in dubbio la verosimiglianza del racconto di Clodia⁵⁵ argomentando che in realtà il rapporto tra di loro fosse soltanto dettato dalla libidine della donna.

Comunque, non mi sembra che entri in gioco un esempio di mutuo, almeno inteso come prestito di consumo, venendo utilizzato il verbo *commodare* con il significato generico di dare in prestito, in contesti che tuttavia appaiono lontani da quello del mutuare.

L'assimilazione, che secondo taluni autori⁵⁶ sarebbe avvenuta in età

⁵² Ma v. anche Cic. *pro Cael.* 13.34: *Qui profecto, si exstiterit, sic aget ac sic loquetur: Mulier, quid tibi cum Caelio, quid cum homine adulescentulo, quid cum alieno? Cur aut tam familiaris huic fuisti, ut aurum commodares, aut tam inimica, ut venenum timeres?*

⁵³ Sull'orazione, pronunciata il 4 aprile del 56 a.C., rimando per tutti all'interessante introduzione di E. NARDUCCI, *Cicerone e la gioventù romana*, in *Cicerone. Difesa di Marco Celio*¹⁰, Milano, 2006, 5 ss., ove ampi riferimenti di letteratura.

⁵⁴ Cic. *pro Cael.* 13.30: *Sunt autem duo crimina, auri et veneni; in quibus una atque eadem persona versatur. Aurum sumptum a Clodia, venenum quaesitum, quod Clodiae daretur, ut dicitur.*

⁵⁵ Cic. *pro Cael.* 13.34: *non denique modo te Q. Metelli matrimonium tenuisse sciebas, clarissimi ac fortissimi viri patriaeque amantissimi, qui simul ac pedem limine extulerat, omnes prope cives virtute, gloria, dignitate superabat? Cum ex amplissimo genere in familiam clarissimam nupsisses, cur tibi Caelius tam coniunctus fuit? cognatus, adfinis, viri tui familiaris? Nihil eorum. Quid igitur fuit nisi quaedam temeritas ac libido?*

⁵⁶ V. da ultimo P. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., 131, nt. 31. «Si è visto anzi, già in diverse occasioni, come i giuristi più antichi tendessero a confondere il mutuo e il comodato, o almeno ad assimilarli nella sostanza: ciò si riflette del resto anche a livello terminologico se è vero, come è vero, che il prestito d'uso veniva originariamente designato con l'espressione *utendum datum*».

arcaica, tra il dare in comodato e il dare a mutuo, non credo possa trovare conforto in altre fonti:

Plaut. *rud.* 434: *Cur tu aquam gravare, amabo, quam hostis hosti commodat?*

Cur tu operam gravare mihi quam civis civi commodat?

Plauto nel passaggio riportato fa riferimento al *commodare aquam* oppure *operam*, in cui non si può intravedere un utilizzo tecnico del verbo *commodare*: quest'ultimo serve per riferirsi alla figura del prestito in generale, in cui manca un riferimento al concetto giuridico del comodato, ma neanche è possibile leggervi un richiamo al mutuo⁵⁷, il quale implicherebbe una restituzione del *tantundem* che non viene né esplicitata né richiamata implicitamente nel contesto del discorso condotto, tra l'altro mancando nell'opera anche un elemento di fungibilità, trattandosi peraltro di un *fare* più che di un *dare*.

L'assimilazione del *commodare* al *mutuare*⁵⁸, in realtà, appare smentita anche nelle tarde definizioni che ci vengono offerte del *commodare*, spesso poste specularmente a quelle del *mutuari*:

Agroec. *Gramm.* 7.124.13: *Commodamus amico pro tempore equum, vestem, servum hanc ipsam rem quam dedimus recepturi.*

L'elemento della temporaneità, insita nel comodare, è rimarcato da Isidoro:

Isid. *Diff.* 1.363: *Mutuuum dare et commodare. Qui mutuo dat, aliud recepturus est; qui commodat, utique idem sibi reddi desiderat.*

La temporaneità del comodato, raccordata alla restituzione del bene che ne costituisce oggetto, già intravista in Cicerone, appare trovare una sua consacrazione in Isidoro⁵⁹, che come rilevato ne mette in

⁵⁷ *Contra* F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 9.

⁵⁸ Messa in rilievo da Nonio Marcello (LINDSAY 422): *Commodare est mutuari.*

⁵⁹ Del quale v. anche Orig. 5.25.16: *Commodatum est id quod nostri iuris est et ad alterum temporaliter translatum est cum modo temporis, quamdiu apud eum sit, unde et commodatum dictum est.*

evidenza proprio questo aspetto⁶⁰, che affranca, sotto questo angolo visuale, il *commodare* sia dal mutuare che dal donare⁶¹.

Analogo concetto – rivolgendo lo sguardo alle fonti dell'età repubblicana – ritroviamo in Terenzio:

Ter. *Hec.* 758 ss.: *Sed nolo esse falsa fama gnatum suspectum tuom, nec leviozem vobis, quibus est minime aequom, <eu>m viderier inmerito; nam meritus de me est quod queam illi ut commodem.*

Il passaggio⁶², in cui torna il più volte citato *commodum*, allude al carattere vantaggioso, del quale precedentemente discorrevamo, che anch'esso appare caratterizzare il *commodare*, assieme alla natura transeunte che sostanzia l'atto del dare in comodato. Il verbo, peraltro, nella testimonianza terenziana sembra scolorirsi della sua natura tecnica, indicando genericamente l'atto del dare o fare a vantaggio di qualcuno.

Va, tuttavia, precisato che l'azione del conferire in prestito un bene a qualcuno trova, nel linguaggio comune, una sua caratterizzazione anche tramite la perifrasi *utendum dare*, come testimoniato da diverse fonti:

Plaut. *asin.* 444 ss.: *Scyphos quos utendos dedi Philodamo, rettulitne? Non etiam. Hem non? si velis da, commoda homini amico.*

aul. 95 ss.: *Cultrum, securim, pistillum, mortarium, quae utenda vasa semper vicini rogant, fures venisse atque abstulisse dicit.*

aul. 398 ss.: *Dromo, desquama piscis. Tu, Machaerio, congrum, murenam exdorsua quantum potest. Ego hinc artoptam ex proximo utendam peto a Congrione.*

⁶⁰ Sul passo cfr. le osservazioni di S.A. Fusco, *L'evolversi della categoria del 'credere' nell'Occidente visigoto: dal Codice Euriciano ad Isidoro di Siviglia, Ravenna capitale. Uno sguardo ad occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Ravenna, 2012, in curr. G. Bassanelli Sommariva e S. Tarozzi, 81 ss., soprattutto 86 ss.

⁶¹ E v. anche *Gloss. s.v. commodat: ad tempus praestat. Qui commendat, mutat vero qui recepturus est.*

⁶² Esaminato da E. COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, rist. anast., Roma, 1970, 79; C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato*, cit., 93 s.; F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, cit., 36; P. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., 117.