

Paolo Costa

«Rem commodare», realità e contratti reali: prospettive ermeneutiche

À l'origine, sûrement, les choses elles-mêmes avaient une personnalité et une vertu. Les choses ne sont pas les êtres inertes que le droit de Justinien et nos droits entendent. D'abord elles font partie de la famille.*

1. Contestazioni recenti (e meno recenti) all'ascrizione del comodato nel novero dei contratti reali

La recente pubblicazione di una monografia di Adolfo Wegmann Stockebrand dal titolo '*Obligatio re contracta*'¹ ha riportato al centro dell'attenzione dei giusantichisti il tema della classificazione delle obbligazioni e, in particolare, della configurabilità della categoria dei contratti reali e del numero di questi nell'esperienza giuridica romana. La posizione dello studioso cileno riprende alcune opinioni certamente non del tutto nuove nella romanistica, ma è espressa con vigore e nettezza particolarmente decisi ed estesa latitudine di argomentazioni². Da tale posizione prenderò le mosse in questo contributo, che intende occuparsi specificamente dei profili riguardanti la realtà del contratto di comodato, istituto oggetto di un altrettanto recente saggio di Antonino Milaz-

*) M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, in «L'Année Sociologique», n.s., II, 1923-1924, p. 132.

¹) Cfr. A. WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*'. *Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im Römischen Recht*, Tübingen, 2017.

²) La cura metodologica, il rigore esegetico e la serietà nel confronto dottrinale sono caratteristiche dell'opera apprezzate nelle principali recensioni di cui è stata oggetto: cfr. H. RAMOS ALVES, in «Interpretatio Prudentium», II, 2017, p. 375 ss., S. BARBATI, in «SDHI», LXXXIV, 2018, p. 521 ss., F. BONIN, in «Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto», IX, 2019, p. 443 ss., PH. SCHEIBELREITER, in «ZSS», CXXXVI, 2019, p. 451 ss.

zo³, che è stato pubblicato pressoché contestualmente a quello di Wegmann Stockebrand e che perciò non ne discute i risultati.

L'opportunità di affrontare *funditus* la questione della realtà del comodato si motiva altresì in ragione delle mai sopite discussioni a proposito della ragionevolezza di mantenere la categoria dei contratti reali in ordinamenti giuridici, come quello italiano, che prevedono una nozione di contratto incentrata essenzialmente sul consenso, come emerge chiaramente dall'art. 1321 del codice civile del 1942⁴. Rispondere alle domande riguardo alla sussistenza della

³ Cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018.

⁴ Per un inquadramento dottrinale e una puntuale discussione delle diverse ipotesi di decostruzione e delle posizioni di difesa della categoria dei contratti reali nella civilistica contemporanea, cfr. A. SACCOCCIO, *L'eredità del sistema romano dei contratti reali: tra diritto italiano e legge cinese sui contratti*, in «BIDR.», CX, 2016, p. 104 ss. Dal «regesto» di Saccoccio riprendo solo alcune posizioni particolarmente significative, che aiutano a dare il «tono» ai temi che si tratteranno. Le critiche recenti alla categoria si appuntano soprattutto sull'asserita collisione tra il principio consensualistico accolto dal codice civile italiano del 1942 e la persistente previsione di contratti reali, che è stata definita, con un'espressione divenuta celebre anche per l'autorevolezza di chi la coniò, uno «scandalo giuridico» da R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in «Banca Borsa e Titoli di Credito», I, 1971, p. 502 ss., e *Il contratto*, in «Trattato di diritto civile italiano» (dir. F. Vassalli), VI.2, Torino, 1975, p. 613 ss. Numerose sono le voci che si sono variamente opposte all'opportunità e al valore della sopravvivenza della categoria: cfr. C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 320, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*², II, *Le fonti*, Milano, 1948, p. 152, A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 326 ss., P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», LXXV, 1977, p. 148 e 153, A. PIRAINO LETO, *La crisi del contratto reale*, in «Giustizia civile», VII-VIII, 1977, p. 63 ss., O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 159, M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 1985, p. 1 ss., A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 57, A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in «I Contratti gratuiti» (cur. A. Palazzo e S. Mazzaresè), in «Trattato dei contratti», dir. P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2008, p. 7 e 21, e F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, in «I Contratti gratuiti», cit., p. 417. Una visione simile è prospettata, fra i romanisti, da B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'. Corso di lezioni*, Milano, 1953, p. 231 ss., il quale rifletteva posizioni proprie della speculazione pandettistica, con la sua concentrazione sulla volontà negoziale del soggetto di diritto; cfr. G. BOEHMER, *Realcontracte im heutigen Rechte*, in «Archiv für bürgerliches Recht», XXXVIII, 1913, p. 314 ss., e G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 353. Su questa linea, cfr. anche V. GIUFFRÈ, «*Mutuo (storia)*», in «ED.», XXVII, Milano, 1977, p. 442 ss., R. VOLANTE, *Il mutuo consensuale. Crisi del modello romanistico di contratto reale e prospettive per un diritto comune europeo (a proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese e della Riforma del diritto delle obbligazioni in Germania)*, in «Quaderni Fiorentini», II, 2001, p. 888 ss., e *Il mutuo nel diritto comune. Il problema del valore finanziario dai glossatori a Potbier*, Napoli, 2012, p. 1 ss. A proposito specificamente del comodato alcuni autori hanno suggerito – con un'opinione il cui rilievo per il nostro discorso presto emergerà – che l'obbligazione restitutoria non rappresenterebbe un'obbligazione contrattuale, ma soltanto una ripetizione di quanto in-

realità del comodato, all'evoluzione giurisprudenziale sul tema e alle ragioni di questa modalità peculiare di conclusione dei contratti, ritengo, dunque, possa rappresentare uno sforzo non vano anche rispetto alla riflessione giuridica contemporanea.

La tesi nucleare della monografia di Wegmann Stockebrand, ancor più di recente ribadita in contributi successivi al volume⁵, imputa alla scienza giuridica medievale del *ius commune* la categorizzazione dei contratti reali, dacché i giuristi romani avrebbero conosciuto unicamente la figura dell'*obligatio re contracta*

debitamente detenuto: cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in «Rivista di diritto civile», X, 1918, p. 459 ss., W. BIGIAMI, *La rivendicazione del venditore*, Padova, 1935, p. 81. L.V. BERLIRI, *Appunti sui contratti reali*, in «RISG.», VII, 1932, p. 143 ss., giunse a ritenere che la dazione della cosa nel mutuo, nel comodato e nel deposito rappresenterebbe un pagamento *voluto* di un indebito, una costruzione che giustamente SACCOCCIO, *L'eredità*, cit., p. 106, considera un «mostro giuridico». Voci autorevoli si sono comunque levate in difesa della categoria dei contratti reali: *ex multis*, cfr. P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 128 ss., E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 186 ss., P.J. VERDAM, *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali*, in «Studi E. Albertario», II, Milano, 1953, p. 746 ss., G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Napoli, 1958, p. 80, C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 1 ss. e 422 ss., U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 43 ss., V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 33, M. DE TILLA, *Donazione - permuta - mediazione - mandato - mutuo - comodato*, in «Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi», Milano, 1996, p. 1 ss., D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, p. 29 ss. e 51 ss., F. MASTROPAOLO, *I singoli contratti. I contratti reali*, in «Trattato di Diritto Civile» (dir. R. Sacco), VII, Torino, 1999, p. 21, A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización de los contratos reales*, in «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso», XXIX, 2007, p. 35 ss., A. SACCOCCIO, *Realtà e consensualità nel diritto dei contratti alla luce del nuovo Cc. argentino*, in «Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano» (cur. R. Cardilli, D.F. Esborraz), Padova, 2016, p. 475 ss. Lo stesso Saccoccio, dopo molteplici contributi dedicati al tema, ha di recente pubblicato una monografia sul mutuo (*Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Milano, 2020), che ha riguardo sia ai profili romanistici sia alla comparazione con numerosi ordinamenti giuridici contemporanei; tra i risultati del suo saggio vi è anche quello di mostrare la funzione ancora attuale dei contratti reali, tenendo in specifica considerazione il mutuo. Confido che un obbiettivo simile, a proposito del comodato, possa essere raggiunto anche dal presente contributo.

⁵ Cfr. A. WEGMANN STOCKEBRAND, *En torno al carácter (cuasi) contractual de la 'solutio indebiti' en las Instituciones de Gayo*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XXXIX, 2017, p. 85 ss., *Sobre la noción de contrato en las Instituta de Gayo*, in «Revista de derecho privado - Universidad Externado de Colombia», XXXIV, 2018, p. 19 ss., *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XL, 2018, p. 97 ss., *Causa credendi y obligatio re contracta en las 'Res Cotidianae'*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XLI, 2019, p. 87 ss., *¿Re obligamur, cum res ipsa intercedit? Sobre el así llamado contrato real en Modestino*, in «Revista Chilena de Derecho», XLVI, 2019, p. 669 ss., e *¿Ex causa depositi condicere? Observaciones sobre 'credere' y 'deponere' en el pensamiento de Paulo*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XLII, 2020, p. 193 ss.

ed entro tale alveo avrebbero ricondotto il solo mutuo, come emergerebbe da Gai., *inst.* 3.90-91⁶. Le obbligazioni restitutorie che sorgono in capo a un comodatario, a un depositario e a un creditore pignoratorio sarebbero state qualificate come ‘*re obligari*’ o ‘*re teneri*’ soltanto nel celebre passo (che Wegmann Stockebrand considera, sulla scorta della dottrina maggioritaria, essenzialmente gaiano)⁷ sulla *divisio obligationum* delle *Res Cottidianae* (D. 44.7.1.pr.-6, Gai. 2 *aur.*)⁸ e a fini didattici⁹. Da tale qualificazione, recepita nelle Istituzioni di Giustiniano, sarebbe sorta la diffusa opinione secondo la quale non solo il mutuo, ma anche il comodato, il deposito e il pegno sarebbero stati considerati già dalla giurisprudenza romana come contratti reali.

Wegmann Stockebrand motiva la propria esclusione di tali figure dalla categoria, circoscrivendo l’area della realtà entro i confini della traslazione della proprietà: perché ci sia un ‘*re contrabere*’ – l’unica locuzione che, al dire dell’autore, identificherebbe la categoria – occorrerebbe anzitutto una ‘*datio rei*’ intesa «im rechtstechnischen Sinne» come trasferimento della proprietà («eigentumsverschaffende Sachüberlassung»)¹⁰ secondo il significato più li-

⁶) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, ‘*Obligatio re contracta*’, cit., p. 116 ss. Lo studioso si oppone alla dottrina maggioritaria, che riconosce la sussistenza nel diritto romano classico della categoria dei contratti reali e ricorda soprattutto le posizioni di MASCHI, *La categoria*, cit., p. 74 ss., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 547 ss., A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 855 ss., e di M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*²⁰, München, 2014, p. 228 ss.

⁷) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, ‘*Obligatio re contracta*’, cit., p. 101 (in merito alla paternità delle *Res cottidiane*, cfr. *infra*, § 3).

⁸) D. 44.7.1.pr.-6 (Gai. 2 *aur.*): ‘*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. 1. Obligaciones ex contractu aut re contrabuntur aut verbis aut consensu. 2. Re contrahitur obligatio mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. 3. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur. 4. Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nibilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit. 5. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere. 6. Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.*

⁹) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, ‘*Obligatio re contracta*’, cit., p. 25.

¹⁰) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, ‘*Obligatio re contracta*’, cit., p. 8 ss. e 117 ss.

mitato di *'dare rem'* che s'incontra in alcune fonti invocate a suffragio¹¹. Dal solo elemento del passaggio della disponibilità di un bene non s'indurrebbe alcunché quanto alla configurazione di una fattispecie contrattuale ed esso rimarrebbe un mero fatto¹². Gli altri requisiti perché si configuri un contratto reale sarebbero invece la sussistenza della *condictio* come azione di stretto diritto da esperire in caso di mancata restituzione della cosa (in perfetta simmetria rispetto all'atto costitutivo) e l'unilateralità delle obbligazioni sorte in capo all'accipiente tenuto secondo il valore della cosa al momento della *litis contestatio*¹³. Una volta segnati questi confini discretivi, Wegmann Stockebrand non può che ricondurre nell'area dei contratti reali esclusivamente il mutuo. Lo studioso esamina, dunque, il ben noto frammento ulpiano che riporta l'opinione di Labeone, secondo cui perché vi sia un contratto devono darsi obbligazioni reciproche, per affermare che nel caso di *'mutui datio'* non s'incontrerebbe un *'re contrahere'*, bensì solo un *'re agere'*. Poiché lo stesso Labeone sembra considerare il deposito e il pegno come contratti (cfr. D. 17.1.8.pr., Ulp. 31 *ad ed.*, e D. 42.8.6.6 Ulp. 66 *ad ed.*) ne conseguirebbe il non riconoscimento del mutuo come *'contractus'* e, invece, del deposito e del pegno (e probabilmente anche del comodato) come contratti per la cui conclusione non sarebbe necessaria la dazione della cosa¹⁴.

Riguardo al comodato¹⁵ lo studioso ne nega la ascrivibilità, nel diritto romano classico, entro la categoria dei contratti reali per alcune ulteriori motivazioni più specifiche che qui sintetizzo¹⁶.

– Il comodato è un contratto anche per Gaio¹⁷, ma nessuna fonte lo considera un caso di *'re contrahere'*. Il motivo andrebbe principalmente individuato nell'assenza di trasferimento della proprietà come effetto della *'datio rei'*. Le fonti sul comodato che menzionano il *'dare'* (ad esempio, D. 13.6.1.1, Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.5.3, Ulp. 28 *ad ed.*, e D. 34.3.8.7, Pomp. 6 *ad Sab.*) impiegherebbero il verbo in modo atecnico.

¹¹ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'*, cit., p. 115 ss.; tra le fonti ricordate, Gai., *inst.* 2.204, 3.90, 4.4, D. 2.14.17.pr. (Paul. 3 *ad ed.*), D. 17.1.47.1 (Pomp. 3 *ex Plant.*), D. 22.1.4.pr. (Pap. 27 *quaest.*), D. 32.29.3 (Lab. 2 *post. a Ian. epit.*), D. 44.7.1.2 (Gai. 2 *aur.*), D. 44.7.52.1, 3 (Mod. 2 *reg.*), D. 45.1.75.10 (Ulp. 22 *ad ed.*), D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*), D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*), D. 50.17.167.pr. (Paul. 49 *ad ed.*) e *Inst. inst.* 3.14.pr.

¹² Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'*, cit., p. 20 s.

¹³ E' soprattutto su D. 2.14.17.pr. (Paul. 3 *ad ed.*) che Wegmann Stockebrand fonda la sua ricostruzione.

¹⁴ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'*, cit., p. 46 ss.

¹⁵ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'*, cit., p. 186 ss.

¹⁶ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'*, cit., p. 218 ss.

¹⁷ Cfr. Gai., *inst.* 2.50, 3.206-207, 4.33 e 4.47.

– La tratatizia riconduzione entro tale categoria deriverebbe da D. 44.7.1.3, che afferma l'effetto del '*re obligari*' come conseguenza del '*rem commodare*', e da *Iust. inst.* 3.14, ove si legge che, in forza del comodato, il comodatario '*re obligatur et tenetur commodati actione*'. In queste due fonti si trova l'espressione (da Wegmann Stockebrand considerata tecnica) '*re contrahitur obligatio*' solo in riferimento alla '*mutui datio*', non riguardo al comodato, né al deposito né al pegno. '*Re obligatur*' e '*re tenetur*' rappresenterebbero, pertanto, espressioni generiche non indicanti la conclusione di un contratto reale¹⁸. Il sintagma '*re obligari*' è quello che Gaio (*inst.* 3.91) impiega a proposito dell'obbligazione restitutoria in capo all'*accipiens* di un *indebitum* e perciò si riferirebbe unicamente alla presenza di una *res* presso chi non ha titolo per averla, e perciò indicherebbe il sorgere dell'obbligazione di restituire «a causa (della presenza di) una cosa» («aufgrund einer Sache»), di una cosa semplicemente passata da una parte all'altra («Sachhingabe»), e non il costituirsi di un contratto «per il tramite di una cosa»¹⁹.

– Nelle *Res cottidianae* l'attenzione non si concentrerebbe sul momento genetico del contratto, ma sulle azioni restitutorie *in factum*, costruite in analogia alla *condictio*. Ciò spiegherebbe l'uso del verbo '*teneri*' e l'assimilazione della posizione del comodatario alla situazione di aggreibilità processuale propria del mutuatario.

– La collocazione leneliana dell'*actio commodati* nel Titolo XVII '*De rebus creditis*' dell'editto del pretore, immediatamente di seguito rispetto alla *condictio* e contigua al contenuto di frammenti come D. 12.5.9.pr. (Paul 5 *ad Plaut.*), che attestano una protezione degli interessi del comodante mediante la *condictio*, confermerebbe l'ipotesi secondo cui l'*actio commodati* sarebbe strutturata sul modello della *condictio*. Inoltre, la sistematica dell'editto non implicherebbe alcun significato quanto alla classificazione delle figure negoziali, essendo concepita meramente come un elenco di rimedi processuali²⁰.

– Dato che l'obbligazione reale romana è considerata da Wegmann Stockebrand un'obbligazione puramente restitutoria, che sorge in capo all'*accipiens* e il cui mancato adempimento è fatto valere con la *condictio*, mentre il comodato a un certo punto della sua evoluzione storica è tu-

¹⁸) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*', cit., p. 106 ss.

¹⁹) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*', cit., p. 219. Annota l'autore a p. 221: «Durch die terminologische Unterscheidung zwischen dem Darlehen (*re contrahere*) und diesen Schuldverhältnissen (*re obligari* oder *re teneri*) hat Gaius in seinen *res cottidianae* die klassische Struktur der Realobligation nicht verändert, sondern bestätigt».

²⁰) Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*', cit., p. 11 ss.

telato da un'azione di buona fede, che comporta un ampio margine di apprezzamento per il giudice, allora si uscirebbe dal campo dei contratti reali. Inoltre il comodatario assume una responsabilità che comporta una puntuale *diligentia*, che esulerebbe dal campo delle «strengrechtlichen reddere-Klagen».

– Il contratto reale genererebbe obbligazioni solo in capo all'*accipiens* e perciò l'*actio commodati contraria* – che fa sì che il contratto sia imperfettamente bilaterale – rende già di per sé incompatibile la figura con una categoria concepita in tali termini.

Lapidariamente Wegmann Stockebrand afferma che, nelle *Res cottidiane*, il comodato, il deposito e il pegno sono sì contratti, ma consensuali e non reali: «*Leihe, Verwahrung und Verpfändung stellen für Gaius ein 'contrahere', aber nicht 're contrahere'*»²¹.

La posizione dello studioso cileno colpisce certamente per l'ampio spazio dedicato alle sue argomentazioni²² e per l'energia con cui difende una tesi che lo porta a costruire un'intera monografia finalizzata, in fondo, a scardinare la categoria dei contratti reali²³ e a ridurre la realtà del comodato (e del deposito e del pegno) a una mera espressione della consensualità. Nondimeno, la voce di Wegmann Stockebrand non è isolata²⁴. Ricordo soltanto due opinioni precedenti che si stagliano per la loro autorevolezza²⁵.

Nel 1990 Felix Wubbe²⁶ scriveva: «La responsabilità introdotta con le nuove *actiones in factum conceptae* abituerà i giuristi all'idea che il detentore, siccome sarà debitore ove non restituisca la cosa, ha l'obbligazione contrattuale di restituire. Si tratta di una specie di riflesso (...). Così depositario, comodatario e creditore pignoratorio potrebbero, a partire dal momento in cui ri-

²¹) WEGMANN STOCKEBRAND, *'Obligatio re contracta'*, cit., p. 220.

²²) A questo proposito non si può non riconoscere una certa ripetitività del discorso di Wegmann, come rilevano anche le recensioni di BARBATI, cit., p. 525, e di SCHEIBELREITER, cit., p. 465.

²³) Appunta al riguardo SCHEIBELREITER, *rec.*, cit., p. 465: «Die oft postulierte Neubewertung des bekannten Quellenmaterials wird hier tatsächlich zum Programm».

²⁴) Decisamente adesiva rispetto alle opinioni di Wegmann la posizione espressa da H. RAMOS ALVES, nella ricordata recensione a Wegmann Stockebrand, p. 375 ss., che propone anche una revisione della categoria dei contratti reali nel diritto vigente.

²⁵) GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 866 ss., per il comodato (così come per il pegno e per il deposito) parla di *'obligationes re contractae'* in senso improprio, poiché non avviene il trasferimento all'*accipiens* del *dominium* sulla *res*.

²⁶) Cfr. F.B.J. WUBBE, *I contratti reali alla fine della repubblica*, in «Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della *'littera Florentina'*. Copanello 1-4 giugno 1988» (*cur.* F. Milazzo), Napoli, 1990, p. 119.

cevano la cosa, essere considerati debitori, obbligati *re* in un senso debolissimo di tale espressione». Con questo appunto Wubbe condensava genesi e funzionamento dell'obbligazione reale nella sola obbligazione risarcitoria, e riduceva la realtà a una matrice «debolissima» di obbligazioni.

In anni più vicini è soprattutto Carlo Augusto Cannata, in diversi interventi, ma principalmente in un contributo dedicato proprio a Wubbe²⁷, a pronunciarsi con decisione contro la realtà del comodato. L'insigne studioso muove dall'esegesi, presentata in combinato disposto, dei notissimi frammenti sul rapporto tra '*contractus*', '*consensus*', '*conventio*' e '*obligatio*' (D. 2.14.1.3, Ulp. 4 *ad ed.*²⁸, e 50.16.19, Ulp. 11 *ad ed.*)²⁹ nel pensiero di Pedio, Labeone e Ulpiano, e propone alcuni suoi primi risultati ermeneutici: la '*conventio*' rappresenterebbe l'accordo (soggettivo) delle parti negli atti ad effetto obbligatorio ('*conventiones*'); essa sarebbe presente anzitutto nel '*contractus*', essendo atto che per antonomasia si conclude *consensu*. Pertanto il contratto consisterebbe né più né meno che in una '*conventio*'; essa sarebbe poi presente anche in tutti gli atti genetici di obbligazioni, sia che si compiano *re*, sia che si compiano *verbis* o *litteris*. Gli *actus* rivolti a creare obbligazioni tramite tali ultimi meccanismi obbligatori non sarebbero contratti, non nascendo *consensu* e non producendo *ultra citroque obligationes*. L'*actus* compiuto *re* cui pensa Labeone in D. 50.16.19 sarebbe soltanto il mutuo – dato che si menziona la *numeratio* – e rivelerebbe la struttura peculiare dell'obbligazione reale: la consegna della cosa con effetto reale e traslativa della proprietà congiunta all'accordo causale, in forma libera, contenente la specifica

²⁷ Cfr. 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» (*cur.* P. Pichonnaz), Gèneve, 2009, p. 19 ss. (= *Scritti scelti di Diritto Romano – cur.* L. Vacca –, III, Torino, 2014, p. 3 ss.). Sul punto si vedano anche le ampie trattazioni di Cannata contenute in *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008 p. 38 ss., e in *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, II.2, Torino, 2018, p. 79 ss. Più in breve la posizione era stata anche espressa nell'importante voce '*Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», XII, Torino, 1995, p. 426 s. Ho scelto di soffermarmi sull'articolo *La nozione di contratto* perché qui Cannata tratta espressamente del comodato.

²⁸ D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*): '*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*'.

²⁹ D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): '*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrabantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod graeci σύνολογμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*'.

‘*conventio*’ sulla restituzione del *tantundem*. Tuttavia, Cannata puntualizza che non sarebbe tale accordo a fondare l’obbligazione restitutoria, dacché un’attribuzione di proprietà non può essere limitata da una *nuda conventio*, la quale – in aggiunta – sarebbe anche inidonea a generare un’azione; questa obbligazione restitutoria sorgerebbe in forza del meccanismo del ‘*re obligari*’, in quanto il mutuatario dopo la *numeratio* trova dell’*aes alienum* nel suo patrimonio. Dunque, sarebbe la *numeratio* a rappresentare propriamente l’*actus* che genera l’obbligazione da mutuo, un’obbligazione formata ‘*re*’, «per effetto di una (ovvero: dalla) cosa»³⁰ (da intendersi come ablativo di causa efficiente)³¹, cioè per l’ingresso della cosa altrui nel patrimonio di colui che diviene debitore.

A questo punto, è preso in considerazione un altro importante luogo ulpiano³²:

D. 2.14.7.pr.-1 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

Nell’esegesi di Cannata le ‘*conventiones iuris gentium*’ corrispondono agli accordi informali: tra queste, quelle produttive di azione sono i contratti, i quali coincidono con i ‘*contractus*’ di Pedio e Labeone e cioè con gli atti obbligatori che generano obbligazioni direttamente con l’accordo delle parti. Lo stupore che coglierebbe il romanista lettore di questo passo, per la presenza del comodato e del deposito nell’elenco ulpiano, deriverebbe – a dire di Cannata – solo dalla diffusa e tratiziosa riconduzione di queste due figure nell’alveo dei contratti reali, per la cui conclusione si ritiene comunemente insufficiente l’accordo delle parti, ma necessaria la consegna della cosa oggetto del contratto, il che implica che l’obbligazione restitutoria sorga ‘*re*’ e non ‘*consensu*’. Scrive, al riguardo, Cannata: «L’idea del contratto reale, anche se proviene da una sciattezza di Gaio, è del tutto estranea alla giurisprudenza classica: essa fu concepita dall’autore delle *Res cottidianae* (che, per carità, non era certo Gaio!) in epoca epiclassica, e venne ripresa dalle Istituzioni giustiniane»³³.

Per la giurisprudenza classica (identificata nel pensiero di Labeone e

³⁰) CANNATA, *Corso di Istituzioni*, II.2, cit., p. 80.

³¹) Sul punto cfr. anche C.A. CANNATA, ‘*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum*’. *L’arricchimento ingiustificato nel Diritto Romano*, in «Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell’indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC (Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003)» – *cur.* L. Vacca –, Torino, 2005, p. 20 (= *Scritti scelti di Diritto Romano*, cit., II, 2012, p. 534).

³²) Cfr. CANNATA, *La nozione*, cit., p. 38 ss. (= *Scritti*, III, cit., p. 16 ss.).

³³) CANNATA, *La nozione*, cit., p. 39 (= *Scritti*, III, cit., p. 16).

Pedio, cui Ulpiano fa seguito) l'obbligazione si sarebbe formata *re* solo per il meccanismo della '*numeratio*', che è esclusivo del mutuo e operante al di fuori del terreno del '*contractus*'. Nel terreno contrattuale, invece, dominerebbe l'accordo delle parti; dunque, nel nostro caso, l'obbligazione di restituire la cosa comodata nascerebbe '*consensu*' e non '*re*'. Il '*re obligari*' non discenderebbe dalla *datio rei*, ma dalla presenza della *res* altrui nel patrimonio di chi (normalmente) la *datio* riceve. La situazione obbligante coinciderebbe con la presenza della cosa in se stessa nel patrimonio di chi non ne è proprietario³⁴.

Sul comodato Cannata si sofferma, ricostruendone il regime per negarne la realtà. Le parti si accordano, prevedendo il prestito gratuito di una certa cosa (infungibile o da trattarsi come tale), che:

- viene consegnata al comodatario dal comodante che gli consente di trattenerla e usarla per un certo tempo;
- deve essere custodita dal comodatario per il tempo in cui la detiene e poi restituita al comodante.

Dato tale «esoscheletro» il contenuto prevederebbe:

- l'esclusione di una previa obbligazione del comodante a dar la cosa in comodato;
- l'obbligazione del comodatario di restituire la cosa;
- la responsabilità del comodatario per la conservazione della cosa nell'intervallo tra ricezione e restituzione;
- l'obbligazione del comodante di rifondere al comodatario talune spese sostenute per la custodia e la conservazione e di risarcire eventuali danni sofferti a causa della detenzione della cosa.

Ciò premesso, Cannata afferma che «lo schema giuridico appropriato a river-sarvi il contenuto così stabilito era quello di un '*contractus*' – come '*ultra citroque obligatio*' –, ma applicato in modo che gli effetti obbligatori di questo negozio si producessero a partire dal momento nel quale il comodatario riceve la cosa comodata»³⁵. La *datio rei* non si configurerebbe, quindi, come uno specifico elemento genetico del meccanismo obbligatorio, in ciò differenziandosi da quello consensuale, ma, nella lettura di Cannata, come un elemento esecutivo previsto dal regime concreto di questo particolare *contractus*, su cui si fossero accordate (informalmente) le parti. La consegna della cosa è, dunque, collocata non nel momento della conclusione, ma in quello dell'esecuzione del contratto e ciò ovviamente si riverbera sull'identificazione dell'insorgenza dell'obbliga-

³⁴) Cfr. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., p. 21 s. (= *Scritti*, II, cit., p. 535 s.).

³⁵) CANNATA, *La nozione*, cit., p. 41 (= *Scritti*, III, cit., p. 17).

zione restitutoria. La conclusione del ragionamento è, difatti, quasi necessaria: «Il comodatario non è affatto obbligato *re* alla restituzione: egli è obbligato *consensu* a quella prestazione, come alle altre che sono a suo carico. (...) Tutte le obbligazioni che nascono dal comodato – così come lo hanno costruito i giuristi romani – suppongono che la cosa sia stata consegnata, ed è solo questo che determina la regola speciale sulla sua conclusione»³⁶. Una *supposizione*³⁷, che per Cannata, non rappresenta affatto una *necessità* genetica: con questo, la realtà del comodato deliberatamente evapora.

2. Una prima difesa della realtà del comodato

Dalla sintetica esposizione del pensiero di Wegmann Stockebrand e di Cannata circa la non ascrivibilità, per età classica, del comodato nel novero dei

³⁶) CANNATA, *La nozione*, cit., p. 41 (= *Scritti*, III, cit., p. 17 s.). Può *in limine* notarsi come SACCOCCIO, *L'eredità*, cit., p. 157, a proposito del comodato affermi che la romanistica non avrebbe mai dubitato dell'inquadramento del comodato tra i contratti reali, senza ricordare la posizione in tal senso di Cannata. Analogamente BONIN, nella ricordata recensione a Wegmann Stockebrand, p. 453, nota che la posizione di quest'ultimo sarebbe «assai originale» e rappresenterebbe «una soluzione inedita nel panorama dottrinale sviluppatosi sul tema». Mi sembra opportuno richiamare, invece, le autorevoli prese di posizione di Wubbe e Cannata che anticipano quelle di Wegmann Stockebrand. Rinvio allo studio appena menzionato di Saccoccio (p. 157 nt. 251) per i numerosi riferimenti bibliografici riguardo a opere della civilistica contemporanea che ascrivono il comodato nel novero dei contratti reali. Menziono solo, per la loro diffusione, F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*², in «Trattato di Diritto Civile Italiano» (dir. F. Vassalli), VIII.2, Torino, 1954, p. 6 ss., G. TAMBURRINO, «Comodato (diritto civile)», in «ED.», VII, Milano, 1960, p. 994 s., G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in «Trattato di Diritto Civile» (dir. G. Grosso, F. Santoro Passarelli), Milano, 1972, p. 3 ss., V. NAPOLETANO, E.M. BARBIERI, M. NOVITÀ, *I contratti reali. Mutuo - Deposito - Comodato - Pegno - Contratto estimatorio*², Torino, 1979, p. 345 ss., A. LUMINOSO, «Comodato, I. Diritto civile», in «Enciclopedia giuridica Treccani», VII, Roma, 1983, p. 1 ss., DE TILLA, *Donazione*, cit., p. 675 ss., CENNI, *La formazione*, cit., p. 120 ss., MASTROPAOLO, *I singoli contratti. I contratti reali*, cit., p. 660, A. GALASSO, *Il comodato*, in «Trattato di Diritto Civile e Commerciale» (dir. A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger), Milano, 2004, p. 72 s., N. CIPRIANI, *La natura dei contratti di comodato*, Napoli, 2002, p. 77 ss., ID., *Il comodato*, in «Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato» (dir. P. Perlingieri), Napoli, 2005, p. 66 ss., A. CIATTI, *Il comodato*, in «I contratti di utilizzazione dei beni» (cur. V. Cuffaro), in «Trattato dei contratti» (dir. P. Rescigno, E. Gabrielli), Torino, 2008, p. 258 ss., e L. PELLEGRINI, *Del comodato (art. 1803-1812)*, in «Dei singoli contratti in generale, III» (cur. D. Valentino), in «Commentario del codice civile» (dir. E. Gabrielli), Torino, 2011, p. 5 ss. Le voci che contestano la categoria stessa dei contratti reali, ricordate *supra*, nt. 4, si oppongono anche alla realtà del comodato. Sulla questione ritornerò *amplius infra*, § 4.

³⁷) Qualche perplessità sulla scelta di questo termine si deve già ora indicare, dal momento che mi pare evidente la sua difficile intelligibilità giuridica.

contratti reali mi sembra emergano alcune puntuali domande storico-giuridiche, cui è necessario rispondere in prospettiva il più possibile diacronica. Le elenco. Qual era (anzitutto originariamente) la dinamica dell'operazione negoziale che le parti ponevano in essere quando concludevano l'atto che denominiamo comodato? Qual era lo specifico regime oggettivo di tale operazione su cui si concentrava l'accordo? Com'era configurata l'azione – *rectius*: le azioni – a tutela degli interessi coinvolti nell'operazione? Quali tappe si possono congetturare nella configurazione della categoria dei «contratti reali» che si dà per acquisita nelle Istituzioni giustiniane e che, a un certo punto, vede – ovviamente la *quaestio* non è sull'*an* (riconosciuto, come detto, altresì da Wegmann Stockebrand e da Cannata), ma sul *quando* – la sussunzione al proprio interno anche del comodato? Qual è il rilievo del contenuto dogmatico di nozioni quali *conventio* e *contractus* nella configurazione del comodato come contratto reale?

Tentare un chiarimento dei profili fondamentali della realtà del comodato rappresenta, a mio giudizio, il presupposto per la risposta alle altre domande. Dunque, mi concentrerò soprattutto su questo aspetto, anche considerando che, riguardo in specie all'ultima questione – come si vedrà *infra*, § 8 –, sono stati di recente pubblicati autorevoli studi che consentono di chiarire alcune significative zone di oscurità del problema.

Il necessario abbrivio per alcune fondamentali puntualizzazioni sulle origini del comodato non può che prendersi, *in primis*, da uno sguardo al significato del verbo per come impiegato nelle più risalenti fonti letterarie.

L'etimologia e la semantica³⁸ di '*commodo dare*' (e poi del verbo – derivato dal sostantivo '*commodus*' – '*commodare*') sono già, ai nostri fini, illuminanti. Il termine '*commodus*' è formato dalla congiunzione tra il prefisso illativo '*cum*' e il lessema '*modus*', che deriva dal protoitalico '**medo-*' e significa «con misura», «con giudizio»³⁹. Nel neutro sostantivo, '*commodus*' corrisponde al greco *συμμέτρον* a indicare qualcosa di «utile» e «vantaggioso»⁴⁰. Perciò '*commo-*

³⁸) Cfr. E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, I, Patavii, 1805, sv. '*commodus*', p. 714 ss., W. MEYER-LÜBKE, *Romanisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1935, sv. '*modus*', p. 197; A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³, Heidelberg, 1954, II, sv. '*modus*', p. 99 s., A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des Mots*⁴, Paris, 1959, sv. '*modus*', p. 408 s., M. DE VAAN, *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*, Leiden-Boston (MA), 2008, sv. '*modus*', p. 384 s.

³⁹) L'etimo è peraltro lo stesso di '*medix*', lessema che indica antiche magistrature osco-umbre: cfr. J. UNTERMANN, *Wörterbuch des Oskisch-Umbrischen*, Heidelberg, 2000, p. 455 ss. e 473 s.

⁴⁰) Nelle opere dei giuristi medievali si sviluppò un'imprecisa etimologia, che riteneva '*commodare*' derivante da '*commodo datum*': sul punto, cfr. U. SANTARELLI, '*Commodo Utentis Datum*'. *Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, 1972, p. 43 s.

do dare' significa «effettuare una dazione», anche in senso figurato, la quale sia «conforme alla misura», cioè «com-misurata», «proporzionata» al ricevente, e perciò «adeguata», «appropriata», «conveniente», «vantaggiosa», «apportatrice di un beneficio» per l'*accipiens*. Questo è il senso assunto dal verbo '*commodare*', che, fin dagli usi plautini, esprime il «mettere a disposizione»; tale senso si riverbera sulla semantica del neutro deverbativo/sostantivato '*commodatum*'⁴¹.

Le fonti letterarie più risalenti mettono in luce tale beneficio (cfr. Plaut., *rud.* 434, Ter., *Hec.* 758 ss., Cic., *amic.* 23, *ad fam.* 2.17.4, 3.3.1, 13.9.3, 13.13.1, Val. Max., *mem.* 8.2.4, Gell., *noct. Att.* 6.15.2, *Rhet. ad Her.* 4.51.64)⁴², ma anche la sua temporaneità (Cic., *Marvel.* 6.19, *Verr.* II, 2.4.126; Sen., *benef.* 5.7.5). In questi testi trova già emersione una connotazione tecnica di '*commodatum*' quale prestito d'uso⁴³ – e non di consumo, perciò distinto dal mutuo – temporaneo⁴⁴, gratuito, vantaggioso per chi lo riceve, benché non sia altresì escluso un beneficio per chi lo compie (cfr. Cic., *Verr.* II, 4.9.20)⁴⁵. A completare il qua-

⁴¹) Appunta FORCELLINI, *Lexicon*, I, cit., p. 714: «Cum accusativo rei, qua quis alteri indulget, seu cum altero benigne facit; et commodare significat dare, praebere, benigne facere concedendo alicui aliquid: qua significatione verbo commodare opponitur verbo gravari, ut apud Plaut. *Rud.* 2.4.21. Specialiter vero significat dare aliquid utendum ad tempus sine mercede: et dicitur fere de iis rebus, quae eadem redduntur».

⁴²) Per altre fonti, cfr. A. MILAZZO, *La specificità del 'commodare' nelle fonti letterarie di età repubblicana* (Plauto, *Trinummus*, 1130), in «LR.», IV, 2015, p. 273 ss., ID., *Il contratto di comodato*, cit., p. 13 s.

⁴³) Il *nomen iuris* «prestito ad uso» sopravvisse ancora nel codice civile del 1865 (art. 1805); cfr. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*⁷, III, Milano-Messina, 1935, p. 405 ss. Nella Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al progetto preliminare del libro delle obbligazioni (1941) si legge: «Nella definizione del contratto ho soppresso la frase 'prestito ad uso' (contenuta nel codice del 1865 e ripetuta nel progetto del 1936) perché di reminiscenza scolastica»; cfr. «Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941)», n. 546, in G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, p. 509.

⁴⁴) Sul punto della non definitività, come uno dei caratteri discretivi fondamentali che distinguono il comodato dalla donazione nelle fonti più risalenti (cfr. Cic., *Marv.* 6.19, Sen., *benef.* 5.7.5), si vedano, *ex multis*, P. CERAMI, *Il comodato*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener» (cur. J. Paricio), Madrid, 1994, p. 302 s. (= *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in «AUPA.», XLIII, 1995, p. 284 s.).

⁴⁵) Cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 16. La condivisibile lettura delle fonti più risalenti proposta da Antonino Milazzo si oppone a quella di C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in «AG.», LII, 1894, p. 481 ss. (= *Opere di Contardo Ferrini*, III – cur. E. Albertario –, Milano, 1929, p. 93 ss., da dove citerò), e di F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Contributo alla storia della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, p. 11 ss., i quali ritenevano che gli usi linguistici fossero generici e che, in particolare, non fosse chiara la relazione tra il senso di «procacciare un vantaggio gratuito» – riconoscibile nel verbo '*commodare*' – e quello di «dazione in uso» – proprio di '*utendum*'

dro di questi usi linguistici tardorepubblicani si devono ricordare le fonti che impiegano, sempre per indicare il prestito d'uso, benché con minore ristrettezza semantica⁴⁶, il sintagma verbale *'utendum dare'*, come Plaut., *Asin.* 444-445, *Aul.* 95-98, 398 ss. (cfr. anche Cat., *agr.* 4-5)⁴⁷. Il *'commodus'* che connota la dazione in vantaggio di altri s'identifica quindi con l'*'utendum'*: si tratta di un trasferimento di un bene finalizzato a un uso. Da questo breve spoglio si ricava una prima, pur generica, acquisizione euristica: gli usi linguistici indicanti il prestito d'uso fanno appalesare un costante riferimento alla dazione di alcunché, finanche quando tali usi sono semplicemente simbolici o allusivi.

Infine, rileva ricordare due frammenti (non menzionati, a quanto mi consta, negli studi sul comodato) che il grammatico Nonio Marcello (inizi V sec. d.C.)⁴⁸ attribuisce al poeta satirico Gaio Lucilio (seconda metà del II secolo a.C.)⁴⁹: *'Lucilius lib. XXVII: certa sunt, sine detrimento quae inter sese commodent'* (Non. Marc., *comp. doct.*, IV, sv. *'commodare'* [Lindsay, II, p. 422.13-14])⁵⁰

dare' –. Se CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 302 s. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 285), contesta la sussistenza di una radicale distinzione segnica fra le due espressioni, A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 10 ss., mostra nello specifico come *'commodare'* acquisisca lentamente nelle fonti letterarie il significato tecnico che poi si incontrerà nel testo dell'editto e nei frammenti giurisprudenziali.

⁴⁶ Si registrano, infatti, casi in cui il sintagma verbale *'utendum dare'* viene impiegato anche per il prestito di consumo: cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 303 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 285), e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 24 s.

⁴⁷ Cfr. E. COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, p. 314 s., FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 93 s., PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 12, 35 s., P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del 'commodatum'*, Milano, 1983, p. 116, e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 21. Altre fonti in G. DEMELIUS, *Plantinische Studien. III Consensual- und Real-Contracte*, in «ZSS», II, 1863, p. 222 s., J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 95 ss., e K. SLAPNICAR, *Gratis habitare. Unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht*, Berlin, 1981, p. 41 nt. 5.

⁴⁸ Su Nonio Marcello, cfr. E. CADONI, *Studi sul 'De compendiosa doctrina' di Nonio Marcello*, Sassari, 1987, e, da ultimo, si veda l'introduzione di P. GATTI a NONIO MARCELLO, *De compendiosa doctrina* (ed. P. Gatti, R. Mazzacane, E. Salvadori), I-III (cur. R. Mazzacane, E. Magioncalda), Firenze, 2014. Cfr. anche V. VON BUREN, *Nonius Marcellus, 'De compendiosa doctrina': une entreprise carolingienne*, in «Aevum», XCIII, 2019, p. 287 ss.

⁴⁹ Su Gaio Lucilio, da ultimo, cfr. B.W. BREED, E. KEITEL, R. WALLACE, *Lucilius and Satire in Second-Century BC Rome*, Cambridge, 2018.

⁵⁰ Cfr. «C. Lucilii Carminum Reliquiae» (cur. F. Marx), Leipzig, 1904, n. 738, E. BOLISANI, *Lucilio e i suoi frammenti (Prima versione italiana)*, Padova, 1932, p. 266 (n. 795), «Remains of Old Latin» (cur. E.H. Warmington), III, London - Cambridge (MA), 1979, p. 243 (n. 749), e LUCILIUS, *Satires*, II (cur. F. Charpin), Paris, 1979, p. 166 (n. 43). Per la riconduzione a dottrine di autori stoici, in particolare di Panezio, del pensiero sottostante a questo frammento (riconduzione costante tra i filologi almeno a partire dall'edizione di Marx e fondata sulla somiglianza di linguaggio con Cic., *off.* 1.51 – *'Una ex re satis praecipit, ut, quicquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto'* –, testo a sua volta ritenuto assonante a frammenti di Panezio), da ultimo cfr. C.J. CLASSEN, *Aretai und Virtutes. Unter-*

e *‘Lucilius lib. XXVII: si non tamen ad te hoc redibit, tu hoc carebis comodo’* (Non. Marc., *comp. doctr.*, IV, sv. *‘redire’* [Lindsay, II, p. 614.26-27])⁵¹.

Mentre edizioni più risalenti – anzitutto quella teubneriana di Marx e quella della collana «Loeb» di Warmington – non istituivano un rapporto tra i frammenti, si deve, per quel che mi risulta, all’intuizione di Charpin, per l’edizione delle «Belles Lettres», aver posto di seguito i due lacerti. Charpin⁵² propone un’interpretazione filosofica dei lessemi *‘commodum’* e *‘detrimentum’*, ritenendo che *‘commodum’* (e *‘inconmodum’*) corrispondano a εὐχρηστήματα (e δυσχρηστήματα), mentre *‘detrimentum’* (ed *‘emolumentum’*) a βλάμματα (e ὠφελήματα), come s’incontrano congiuntamente nel ciceroniano *De finibus bonorum et malorum* (3.69)⁵³. Trovo suggestiva un’interpretazione diversa, che presupponga un riferimento luciliano al contratto di comodato. Tale interpretazione è proponibile se si tiene conto della possibilità che il contesto che Lucilio ha in mente sia probabilmente politico, e perciò un contesto di rapporti *lato sensu* giuridici o almeno giuridicizzabili. A favore dell’ipotesi mi sembra possa militare il riferimento luciliano alle «cose certe» (*‘certa’*). Com’è noto, nei decenni precedenti a quelli in cui si sviluppa l’attività letteraria di Lucilio sono emanate la *lex Silia* e la *lex Calpurnia* che istituiscono le *legis actiones* per pretese aventi ad oggetto, rispettivamente, una *certa pecunia* e una *certa res* (Gai., *inst.* 4.19). Oltre un secolo dopo l’emanazione di queste leggi, verso il 66 a.C., Cicerone nella *Pro Roscio comoedo* (4.10-5.14), discutendo i presupposti per la concessione di un’*actio certae creditae pecuniae*, presenta una tripartizione (*‘datio’*, *‘expensilatio’*, *‘stipulatio’*) del *‘certam pecuniam petere’*⁵⁴. Si coglie immediatamente una diffusa,

suchungen zu den Wertvorstellungen der Griechen und Römer, Berlin-New York, 2010, p. 154. Nonio probabilmente non distingue in modo compiuto il comodato e il mutuo e, infatti, fa precedere la citazione di Lucilio dalla frase: *‘Commodare est mutuari’*. Il fatto che Lucilio, in entrambi i casi, parli solo di *‘commodare’*, senza riferimento al *‘mutuari’* ritengo induca a escludere alterazioni da parte del grammatico tardoantico.

⁵¹ Cfr. «C. Lucilii Carminum Reliquiae», cit., p. 253 (n. 697), BOLISANI, *Lucilio*, cit., p. 261 (n. 754), «Remains of Old Latin», cit., p. 253 (n. 784), e LUCILIUS, *Satires*, II, cit., p. 166 (n. 44).

⁵² Cfr. CHARPIN, in LUCILIUS, *Satires*, II, cit., p. 318.

⁵³ Cic., *fin.* 3.69: *‘Ut vero conservetur omnis homini erga hominem societas, coniunctio, caritas, et emolumenta et detrimenta, quae ὠφελήματα et βλάμματα appellant, communia esse voluerunt; quorum altera prosunt, nocent altera. Neque solum ea communia, verum etiam paria esse dixerunt. inconmoda autem et commoda – ita enim εὐχρηστήματα et δυσχρηστήματα appello – communia esse voluerunt, paria noluerunt. Illa enim, quae prosunt aut quae nocent, aut bona sunt aut mala, quae sint paria necesse est. Commoda autem et inconmoda in eo genere sunt, quae praeposita et reiecta diximus; ea possunt paria non esse. Sed emolumenta communia esse dicuntur, recte autem facta et peccata non habentur communia’*.

⁵⁴ Rinvio, anche per la datazione delle *leges* e dell’orazione ciceroniana, soltanto agli importanti saggi di A. SACCOCCIO, *‘Si certum petetur’*. Dalla *‘condictio’* dei *‘veteres’* alle *‘condictiones’* giustiniane, Milano, 2002, p. 2 s. e 141 s., e di M. VARVARO, *Per la storia del ‘certum’*. Alle radici della categoria delle cose fungibili, Torino, 2008, p. 153 ss.

e durevole nel tempo, insistenza sulla nozione di ‘*certum*’, che ne manifesta tutta l’importanza. Si può ben pensare che si rifletta nel linguaggio, ma anche nell’argomentare, di Lucilio questo dibattito giuridico, tanto più – e il dato è di grande rilevanza – che l’elemento del ‘*certum*’ (insieme a quello dell’affidamento) (come si vedrà *infra*, § 8) rappresenta probabilmente il motivo della già accennata riconduzione sotto lo stesso titolo dell’Editto (il XVII nella ricostruzione leneliana) di fattispecie quali il mutuo, il pegno, ma, appunto, anche il comodato⁵⁵.

Dunque, l’annotazione di Lucilio riguardo alla possibilità di ‘*commodare certa*’ potrebbe certamente impiegare il linguaggio anche in modo simbolico, ma appare, invero, del tutto consentanea con l’origine del prestito d’uso⁵⁶, e anche con un’ulteriore sua caratteristica di fondo, che tratteremo a breve: la presenza dell’obbligazione di restituire la medesima cosa prestata. Rispetto a tale caratteristica la «certezza» (congiunta alla non consumabilità) della *res* è ovviamente funzionale. In questa prospettiva si può apprezzare la seconda citazione di Nonio⁵⁷. Lucilio sembra affermare che, se la cosa non ritornerà al proprietario, a questi mancherà il vantaggio che la cosa gli procura. A mio parere si può trattare di un riferimento alla restituzione, che costituisce la prestazione principale che deve assicurare colui che ha ricevuto a prestito qualcosa. Se costui non restituisce, arreca nocimento al proprietario, sottraendogli la facoltà di godere della cosa e, infatti, si espone – secondo la disciplina del comodato – a un’azione processuale finalizzata a ristabilire l’assetto d’interessi vulnerato. I lacerti sono certamente molto esigui per consentire la ricostruzione di un più elaborato ragionamento o per trarne ulteriori conseguenze, ma penso si possano considerare una testimonianza di non poco momento, per la loro risalenza, della dinamica negoziale basilare del comodato incentrata, appunto, sulla dazione, ricezione e restituzione di una cosa certa⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. SACCOCCIO, ‘*Si certum petetur*’, cit., p. 129 ss.

⁵⁶ Confido che si sia qui proposta una possibile interpretazione, che permette di uscire dall’*impasse* esegetica denunciata da Warmington (in «Remains of Old Latin», cit., p. 253), il quale a proposito del secondo frammento scrive: «The sense is not clear».

⁵⁷ Noto *in limine* il rinnovato interesse, nella giusromanistica più recente, per la ricerca dei riflessi nelle opere letterarie dei dibattiti giurisprudenziali e delle interpretazioni dei giuristi; per un inquadramento ermeneutico, cfr. O. DILIBERTO, *La giurisprudenza romana nelle opere letterarie*, in «Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis’ agli ‘Scriptores iuris Romani» (cur. A. SCHIAVONE), Torino, 2017, p. 141 ss. Sul tema si vedano anche le considerazioni di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 525 s.

⁵⁸ Alla luce di quanto detto mi sembra inaccettabile la traduzione del secondo frammento che propone BOLISANI, *Lucilio*, cit., p. 260: «se tuttavia questi versi non ti giungeranno, sarà per te un piacere perduto». Neppure si può accedere all’autorevole opinione di N. TERZAGHI, *Lucilio*, Torino, 1934, rist. Roma, 1970, p. 157 s., che collega il

Una seconda focalizzazione fondamentale riguarda i primi mezzi di tutela del comodato e il loro sviluppo storico⁵⁹.

La dottrina maggioritaria insegna che il comodato sarebbe stato a lungo circoscritto entro l'area della relazionalità familiare e amicale, essendo sorto come un istituto della socialità, della fiducia reciproca e della benevolenza solidaristica, non lambito dalla sfera del *ius*. Assumendo una non risalente tutela giudiziaria diretta del prestito d'uso, la romanistica si è interrogata su quali fossero gli strumenti di tutela indiretta. Prevalente è l'ipotesi che colui che avesse dato in prestito un proprio bene, perché fosse usato, e con obbligo di restituzione, avrebbe potuto ricorrere alla *fiducia cum amico*⁶⁰. Tale ipotesi è condivisa (per quel che riguarda i beni immobili) anche da un autore come Pietro Cerami che – come si vedrà, del tutto opportunamente – contesta il presupposto che il comodato si sarebbe collocato per tutta l'età repubblicana oltre i confini del giuridicamente rilevante⁶¹. Nondimeno, se si approfondisce questa posizione, è possibile coglierne i limiti: in dottrina si è evidenziato come il ricorso all'istituto fiduciario sia plausibile solo per le cose di maggior pregio, in particolare per gli immobili⁶², ma soprattutto si è notato (segnatamente da Gaetano Scherillo⁶³) che elemento imprescindibile della *fiducia cum amico* è il trasferimento della proprietà del bene. Tale trasferimento riveste primariamente una funzione di protezione di quanto il fiduciante cede

nostro frammento a quello immediatamente precedente nell'edizione di Marx (il n. 696, ma anche il n. 694) e perciò ritiene che abbia un significato di esortazione per l'uomo che aspira al comando politico ad ascoltare quanto dice il poeta. Terzaghi riflette su 'redeo' il valore semantico di 'commodo', suggerendo come significato di 'redibit' quello di «si riferirà con utilità», «sarà utile», «sarà profittevole», come se le due parti del lacerto si trovassero in una sorta di parallelismo sinonimico. Terzaghi traduce, infatti, «sarai privato del vantaggio, se i miei precetti non dovessero rivolgersi a tuo profitto». Comunque Terzaghi riconosce la difficoltà interpretativa di questi lacerti.

⁵⁹) Cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 32 ss.

⁶⁰) Menzionando solo opere successive all'importante monografia di PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 38 ss. (che tale tesi condivide), *ex multis*, cfr. A. BURDESE, 'Fiducia (diritto romano)', in «NNDI», VII, Torino, 1961, p. 295, F.B.J. WUBBE, *Gaius et les contracts réels*, in «TR.», XXXV, 1967, p. 506 s., M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, p. 415 nt. 20 e p. 533, C.A. MASCHI, *Tutela. Fedecommissi. Contratti reali (Omissioni nel manoscritto Veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1970, p. 693 nt. 55, ID., *La categoria*, cit., p. 130, N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974, p. 32, SLAPNICAR, 'Gratis habitare', cit., p. 47, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 548, e GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 860. Per altra letteratura, cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 34 nt. 97.

⁶¹) Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 306 s. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 289 s.).

⁶²) Cfr. PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 43, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 130, e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 548.

⁶³) Cfr. G. SCHERILLO, 'Comodato (diritto romano)', in «ED.», VII, Milano, 1960, p. 984 s.

(come emerge da Gai., *inst.* 2.60, ma anche da Boeth., *in Cic. top.* 4.10.41⁶⁴), in guisa di una sorta di «deposito necessario»⁶⁵; il fiduciante ha, infatti, il fine specifico «di mettere al sicuro i propri beni, e codesto fine non ha proprio nulla a che fare col prestito d'uso»⁶⁶.

Dunque, profonda sarebbe la differenza strutturale tra i due istituti, e la stessa direzione degli interessi tutelati sarebbe invertita, essendo l'interesse del fiduciante quello normalmente soddisfatto nella *fiducia*, che – convertita in uno strumento per realizzare un prestito d'uso – si rivolgerebbe ora a soddisfare l'interesse del fiduciario⁶⁷. Il punto di maggiore fragilità dell'ipotesi mi pare poi – come sottolinea un condivisibile indirizzo dottrinale⁶⁸ – doversi riconoscere nell'abnormità di immaginare un necessario effetto reale per realizzare un prestito d'uso con accordo di restituzione, che si può ritenere riguardasse primariamente beni di modesto valore e che fosse collocato nell'alveo di rapporti di parentela, amicizia o vicinato. Il vantaggio di poter esperire l'*actio fiduciae* per la restituzione della cosa prestata sarebbe stato compromesso dalla necessità della previa cessione del diritto di proprietà sulla cosa stessa. La struttura della fiducia – concepita essenzialmente per rispondere a momenti in cui il fiduciante versasse nel pericolo di perdere i beni e perciò si rivolgesse a qualcuno che lo soccorresse, perché più potente o più sicuro⁶⁹ – si rivela perciò incongrua rispetto a quella del prestito d'uso⁷⁰. Se a tale ipotesi non si può, a mio parere, accedere, se ne ricava comunque un elemento dogmatico non trascurabile ai nostri fini: una simile ricostruzione muove da un presupposto, quasi enfatizzato nel suo valore, e che, a ben vedere, può apparire perfino banale: non vi può essere prestito senza consegna della cosa. Difatti, si giunge a ricostruire l'operazione tra le parti come se implicasse necessariamente un trasferimento della proprietà della cosa stessa. Dunque, le autorevoli voci che individuano nella *fiducia cum amico* la prima tutela giudizia-

⁶⁴ Seguo, a proposito del testo boeziano, l'esegesi di A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 41 s.; *contra* FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 101 ss.

⁶⁵ Cfr. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 21 ss.

⁶⁶ SCHERILLO, 'Comodato', cit., p. 985. Anche G. GROSSO, 'Fiducia (diritto romano)', in «ED.», XVII, Milano, 1968, p. 386, considera discutibile che la *fiducia* «presentasse la possibilità di attuare lo scopo del comodato».

⁶⁷ Cfr. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 29 ss., e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 43 ss.

⁶⁸ Cfr. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 32, e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., 43 ss.

⁶⁹ Cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino, 2011, p. 473.

⁷⁰ Cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., 46 ss. Già MASCHI, *La categoria*, cit., p. 130, affermava, invero, che sarebbe stato assurdo pensare che si ricorresse per ogni fattispecie di deposito e di comodato alla fiducia, negozio complesso che implicava il trasferimento della proprietà.

ria del comodato ne presuppongono inoppugnabilmente la realtà.

Non contraddice quest'ultimo rilievo neppure la principale ipotesi alternativa in merito alle origini della tutela del comodato, che si deve a Bernardo Albanese⁷¹, il quale ravvisa la prima forma di protezione giudiziaria del prestito d'uso nelle applicazioni della *legis actio per conditionem*, estesa dalla *lex Calpurnia* ai crediti di *'omnis certa res'*⁷². La vicinanza tra comodato e mutuo che emerge da D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*) – l'importante frammento sul c.d. *'credere'* edittale, su cui ritornerò *infra*, § 8 – muove Albanese ad affermare che tutte le *'res creditae'*, anche quelle infungibili date in comodato, sarebbero state protette dalla *legis actio per conditionem*. La tesi non è priva di suggestività e, infatti, ha visto aderirvi voci autorevoli⁷³. Il dibattito si è acceso soprattutto su due profili: la (non incontroversa nel *quando*) limitazione dell'esperibilità della *condictio* solo ai casi in cui sia avvenuto il trasferimento di proprietà del bene (che renderebbe inapplicabile il rimedio); la difficoltà ad ammettere lo sviluppo in una protezione con azione *in factum* di una situazione giuridica inizialmente tutelata da una *condictio*, e che perciò avrebbe dovuto essere riconosciuta come un *'dare oportere'* (cfr. Gai., *inst.* 4.4)⁷⁴.

La questione è intricata perché investe le molteplici ipotesi circa l'evoluzione della *condictio*. Qui intendo solo rimarcare che gli autori che hanno approfondito più diffusamente questo tema hanno piuttosto concordemente sostenuto la plausibilità (almeno originaria) dell'impiego della *legis actio per conditionem* anche nel caso di prestito d'uso. Ad esempio, Santoro pone in rilievo che non era inizialmente la *datio* traslativa della proprietà il requisito fondamentale per l'esercizio dell'azione, bensì che la cosa si trovasse presso qualcuno *'ex iniusta causa'* (cfr. D. 12.5.6, Ulp. 18 *ad Sab.*); Zannini sottolinea che solo con la tecnicizzazione e il restringimento del concetto di *'dare'* si sarebbe espunto il comodato dall'area delle figure tutelate con la *condictio*⁷⁵. Cerami propone un quadro evolutivo sostanzialmente analogo: la *lex Calpurnia*, introducendo un'azione processuale per far valere crediti di *species* avrebbe reso la *traditio* (senza effetto reale) della *'res utenda data'* una sorta di fonte indiretta dell' *'oportere iure civili'*, che sarebbe sorto in capo al comodatario per la presenza *'ex iniusta causa'* della

⁷¹ Cfr. B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in «AUPA.», XXXII, 1971, p. 14 ss.

⁷² Si vedano, in generale, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 110 ss., M. TALAMANCA, *'Processo civile (diritto romano)'*, in «ED.», XXXVI, Milano, 1987, p. 19 ss., e GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 180 s.

⁷³ Cfr. R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, in «AUPA.», XXXII, 1971, 359 ss., ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 138 ss., ID., *'Comodato nel diritto romano'*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», III, Torino, 1988, p. 33, e CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 307 s. (= *Il comodato nella storia*, cit., 290 s.) (per i beni mobili).

⁷⁴ Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 139 s., e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., 54 ss.

⁷⁵ Cfr. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 154 ss.

cosa presso di lui; in un secondo momento, restringendosi la nozione di *datio* e operatasi la «sostanzializzazione» delle cause negoziali, sarebbe sorta la clausola edittale sul comodato, che si sarebbe isolato e tipicizzato rispetto ad altre figure ricomprese nel più esteso ambito del ‘*credere*’⁷⁶.

Questi profili non si possono qui maggiormente approfondire, anche perché l’assenza di fonti specificamente riguardanti la protezione del comodato prima della tutela edittale rende inevitabilmente congetturale ogni opinione sul punto. Nondimeno, non è trascurabile che, anche nell’ipotesi appena presentata, il fuoco della dinamica negoziale sia pacificamente riconosciuto nella dazione della cosa, che è il presupposto di una *condictio*, e nella restituzione della cosa, che ne è l’obiettivo. Questi elementi – lo si vedrà a breve (*infra* § 5) – sono centrali proprio nell’*actio commodati in factum* e contribuiscono a confermare l’inestricabile relazione fra il prestito d’uso e la realtà, che confido emergerà sempre più chiaramente. Inoltre, tale ipotesi ha il pregio di porre in rilievo l’importanza di D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*), la cui centralità per l’ermeneutica delle questioni aperte da Cannata e Wegmann Stockebrand cercherò più avanti di chiarire.

3. Il focus delle fonti giurisprudenziali sulla *res commodata*

Un brano ulpiano restituisce la menzione della più risalente opinione di un giurista, a proposito del comodato, negli *iura* trascelti nel Digesto.

D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Il frammento riguarda alcuni profili della responsabilità per *custodia* del comodatario e, nello specifico, i criteri in forza dei quali costui potrà essere chiamato a rispondere per il perimento o il deterioramento del bene conces-

⁷⁶ Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 307 s. (= *Il comodato nella storia*, cit., 291). Anche secondo SACCOCCIO, ‘*Si certum petetur*’, cit., p. 123 ss., 129 ss. e 417 ss., si deve riconoscere un’ampia latitudine della nozione di ‘*res creditae*’, le quali, avendo per oggetto un ‘*certum dare oportere*’, avrebbero ricevuto la tutela processuale della *legis actio per conditionem* e poi della *condictio*, che, essendo astratta, avrebbe potuto parimenti tutelare il comodato. Così anche P. FREZZA, *rec.* a R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., in «SDHI», XXXVIII, 1972, p. 354 (= *Scritti*, III, Roma, 2000, p. 56), ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 111 nt. 385, e M. VARVARO, ‘*Condictio*’ e ‘*causae actionis*’, in «AUPA.», LVII, p. 289, nt. 89.

so in comodato⁷⁷, ma è altresì rilevante per due elementi prodromici alle nostre ulteriori considerazioni. Per il probabile tramite del commentario *ad edictum* di Pomponio⁷⁸, e con una costruzione sintattica che vuole manifestare la propria rigorosa puntualità nell'impiego della fonte⁷⁹, Ulpiano riporta una '*sententia*'⁸⁰ di Quinto Mucio – di «formulazione perentoria e carattere precettivo»⁸¹ –, da cui si può preliminarmente inferire che il grande giurista repubblicano conoscesse l'*actio commodati (in factum)*⁸² e che fosse parimenti consapevole del carattere non traslativo della *datio* della '*res utenda*'. Il primo aspetto trova conferma dalla presenza di altri luoghi, tratti questa volta dal commentario di Pomponio *ad Quintum Mucium*, nei quali si discute ancora della responsabilità del comodatario: D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*), D. 13.6.23 (Pomp. 21 *ad Quint. Muc.*), D. 47.2.77.pr.-1 (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*)⁸³. Inoltre, Gellio (*noct. Att.* 6.15.2) attesta un'opinione di Quinto Mucio – in tema di *furtum usus* e proprio in un rapporto di '*utendum dare*' –, nella quale emerge significativamente il peso accordato dal giurista allo scopo che

⁷⁷ Su questi profili, cfr. A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 169 ss., ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 92, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 188 ss. e 486 ss., C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, p. 156 ss., A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 68 ss. e 248 s., ed E. STOLFI, *I libri iuris civilis. Commento*, in «Quintus Mucius Scaevola, Opera» (cur. J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi), Roma, 2018, p. 285 ss.

⁷⁸ Sul tema, cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987, p. 31 e 159.

⁷⁹ Sul punto, cfr. E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in «RDR», I, 2001, p. 345 ss.

⁸⁰ A proposito dello stile delle *sententiae mucianae*, da ultimo E. STOLFI, *I libri iuris civilis. Introduzione*, in «Quintus Mucius Scaevola, Opera», cit., p. 113, ne sottolinea la «forte carica di astrazione», la «portata ampia e precettiva» e il loro essere «centrate su una *ratio* chiara anche se non sempre esplicita, comunque povere di motivazioni, lontane dai dettagli di una casistica di cui è evocata solo l'essenziale ossatura». Per le questioni legate alla collocazione della *sententia* nella palinogenesi dei libri *Iuris civilis* di Quinto Mucio, rinvio alle considerazioni che dedica al frammento Emanuele Stolfi nell'opera appena citata (p. 285 ss.)

⁸¹ Così STOLFI, *I libri iuris civilis. Commento*, cit., p. 218 e 284.

⁸² Cfr. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 90 ss. (ove ampia discussione critica circa le opinioni contrarie), CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 191 ss., D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario 'ad edictum'*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio» (cur. D. Mantovani), p. 108, SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 487 nt. 44, e STOLFI, *I libri iuris civilis. Commento*, cit., p. 287 nt. 531.

⁸³ Su questi frammenti, cfr. S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'Ad Quintum Mucium'*, Palermo, 1899, p. 72 s. (rist. in «Labeo», VII, 1961, p. 376 s.), PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 288 s., ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 94 ss., CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 322 ss. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 311 s.), CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 198 ss., A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 70 ss., 256 ss., e STOLFI, *I libri iuris civilis. Commento*, cit., p. 286 s. e 350 ss.

inerisce alla consegna della cosa e che contrassegna il rapporto negoziale che da tale dazione trae scaturigine: *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit*⁸⁴.

La diffusione del prestito d'uso, nella pratica delle relazioni tra consociati, che emerge dalle fonti letterarie (già plautine e terenziane) – e che peraltro è del tutto verisimile considerando le ordinarie relazioni in una comunità sociale – rende plausibile una tutela diretta piuttosto risalente⁸⁵ e appare perciò *de plano* ragionevole immaginare che fosse già prevista al tempo di Quinto Mucio. Non stupisce, quindi, che il giurista si sia pronunciato su diversi aspetti riguardanti il nostro istituto. Se Alan Watson, riconoscendo che fosse nota a Quinto Mucio la tutela processuale del comodato, scriveva: «So it is likely that the edictum on commodatum was issued by, say, 100 B.C.»⁸⁶, nulla vieta di congetturare una datazione ancor più risalente, dato che una figura negoziale per molti aspetti vicina, quale era il deposito, pare disponesse di una tutela penale fin dalle XII Tavole: cfr. *Coll. 10.7.11 = Tab. VIII.19* («FIRA.», Firenze, 1968², I, p. 61 = «Roman Statutes» – ed. M.H. Crawford –, London, 1996, II, p. 687)⁸⁷.

Deve sottolinearsi la presenza, nella *Quinti Mucii sententia* riportata da Ulpiano, della proposizione condizionale *si forte res aestimata data sit*⁸⁸ e poi del

⁸⁴ Sulla testimonianza gelliana, sul suo valore e sulla sua collocazione nella palinogenesi dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, cfr. STOLFI, *I libri iuris civilis. Commento*, cit., p. 346 ss., il quale addita l'importanza dell'intervento muciano nel superamento della concezione più antica e materialistica del *furtum*, per la cui integrazione era necessaria la *'amotio'* del bene altrui verso un concezione più sostanzialistica che reputa sufficiente il solo contatto (*'contractatio'*) con il bene, anche senza la materiale asportazione. Sul punto, cfr. anche B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in «AUPA.», XXIII, 1953, p. 43 ss., F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto. Appunti delle lezioni introdottrive al corso di Egesi delle fonti del Diritto romano*², Torino, 1973, p. 33 ss., ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 127 ss., e M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi, sviluppi, vicende*, Napoli, 2008, p. 355 ss.

⁸⁵ Cfr. SCHERILLO, *Comodato*, cit., p. 984, ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 115 ss., ID., *Comodato nel diritto romano*², p. 32 ss., CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 306 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 289), e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 65 ss. Appunta F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere». Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca*, in «RDR.», XX, 2020, p. 467: «nel prestito d'uso la restituzione della cosa doveva essere assicurata, già prima dell'introduzione dell'*actio commodati*, dal controllo dei costumi».

⁸⁶ A. WATSON, *The Development of the Praetor's Edict*, in «JRS.», 60, 1970, p. 111. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 463, parla di «fine del secondo secolo a.C.»: così anche, *ex multis*, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 547, e M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*², Palermo, 1994, p. 465.

⁸⁷ Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 131 ss., R. EVANS-JONES, *The Action of the Twelve Tables 'ex causa depositi'*, in «Labeo», XXXIV, 1988, p. 188 ss., M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in «RIDA.», LVIII, 2011, p. 161, ed EAD., *Gli illeciti privati*, in «XII Tabulae. Testo e commento» (cur. M.F. Cursi), II, Napoli, 2018, p. 592 nt. 196.

verbo ‘*recipio*’. Quel che fa sorgere tutta la dinamica contrattuale – e non solo l’obbligazione restitutoria –, dinamica che appare in filigrana nelle parole del giurista, è la dazione (e la ricezione) della cosa. In specie, una dazione non traslativa della proprietà. Questo rapporto tra dazione, ricezione e restituzione si trova, con parole identiche o analoghe, proprio nei frammenti delle *Res cottidianae* sul mutuo e sul comodato oggetto dell’analisi di Wegmann Stockebrand e in un brano di metà del V secolo d.C. del grammatico Agrezio⁸⁸ sullo stesso tema⁸⁹:

D.44.7.1.2-3 (Gai. 2 *aur.*): 2. Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. 3. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur.

Agroec., *Ars de ortogr.* (in «Grammatici Latini», cur. KEIL, VIII, p. 124.13 = PUGLIARELLO, p. 118 [n. 123]): Inter commodatum et mutuo datum non nihil distat. Commodamus amico pro tempore equum, vestem, servum; hanc ipsam rem quam dedimus recepturi; mutuo damus pecuniam, triticum, vinum et his similia, quae mutata recipi necesse est.

Il campo semantico nel quale si muovono Quinto Mucio, le *Res cottidianae* – che la dottrina sempre più concorde reputa (a differenza della ricordata opinione di Cannata) sostanzialmente dipendenti da Gaio⁹⁰ – e Agrezio⁹¹ è il

⁸⁸ Cfr. A.H.M. JONES, J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, 1980, p. 39. Per un inquadramento sulla vita e sulle opere di Agrezio si veda l’introduzione all’edizione critica curata da M. Pugliarello: cfr. AGROECIUS, *Ars de orthographia* (cur. M. Pugliarello), Milano, 1978, p. 5 ss.

⁸⁹ Per la comparazione tra i frammenti delle *Res cottidianae* e il brano di Agrezio, cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 26 ss.

⁹⁰ *Ex multis*, cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 187 ss., A.M. HONORÉ, *Gaius. A Biography*, Oxford, 1962, p. 113 ss., G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, p. 13 ss., D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, in «Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico», Napoli, 1966, p. 61 ss., ID., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in «ANRW.», II.15, Berlin-New York, 1976, p. 230, G. MELLILLO, *Forme e teorie contrattuali nell’età del principato*, in «ANRW.», II.14, Berlin-New York, 1982, p. 490 ss., M. BRUTTI, in «Lineamenti di storia del diritto romano»² (dir. M. Talamanca), Milano, 1989, p. 449, S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d’obbligazione*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini» (cur. D. Mantovani), Torino, 1996, p. 48 s., E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in «SDHI.», LXIII, 1997, p. 68 ss., M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 89, A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di ‘res cottidianae’*, in «BIDR.», CI-CII, 1998-1999, p. 61 ss. (= *Scritti romanistici – cur. C. Buzzacchi* –, Milano, 2011, p. 591 ss.), G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, p. 203 ss., SACCOCCIO, *‘Si certum*

petetur', cit., p. 509 s., G. FALCONE, 'Obligatio est iuris vinculum', Torino, 2003, p. 30 ss., L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in «Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana» (cur. A. Burdese), Padova, 2006, p. 377, R. MARTINI, *Gaio e le 'Res cottidianae'*, in «AUPA», LV, 2012, p. 171 ss., G. FALCONE, *La definizione di 'obligatio', tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, p. 13, U. BABUSIAUX, *Die 'Institutiones' im Rahmen der gaisischen Werke*, in «Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo» (cur. U. Babusiaux, D. Mantovani), Pavia, 2020, p. 51 ss., e J. PLATSCHKEK, *Das Verhältnis der Institutiones zu den so genannten Res cottidianae sive aurea*, in «Le Istituzioni di Gaio», cit., p. 279 ss. *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44.7.25 §1 e la classificazione gaiiana delle fonti d'obbligazione*, in «Mélanges G. Cornil», I, Gand-Paris, 1926, p. 81 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 141 ss.), ID., *Ancora sulle 'res cottidianae'*. *Studio di giurisprudenza postclassica*, in «Studi P. Bonfante», I, Milano 1930, p. 495 ss. (= *Scritti*, cit., II, p. 217 ss.), S. DI MARZO, *I 'libri rerum cottidianarum sive aureorum'*, in «BIDR.», LI-LII, 1948, p. 1 ss., C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico (I parte)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IV, 1974, p. 66 e nt. 73, ID., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I, *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*², Torino, 1976, p. 87 e nt. 17, ID., *Obbligazioni nel diritto romano*, cit., p. 422 ss., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, cit., p. 103, H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen, 1978, p. 132 ss., J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las 'res cottidianae'*, Madrid, 1996, p. 74 e 211 ss., e J. PARICIO, *Sull'idea di contratto in Gaio*, in «Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica, II Congresso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995» (cur. L. Vacca), Torino, 1997, p. 156 ss.; fortemente sospettoso circa la genuinità si dice A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli, 1998, p. 499.

⁹¹ La definizione di Agrezio trova conferma nelle definizioni di numerosi grammatici successivi, i quali parimenti ribadiscono la centralità del carattere della temporalità. Beda scrive nel suo *De Orthographia* (in «Grammatici Latini», VIII, [ed. Keil], p. 266, ll. 8-10 = p. 186 ed. Jones): 'Commodamus amico pro tempore equum vestem servum, hanc ipsam rem quam dedimus recepturi; mutuo damus pecuniam triticum vinum et his similia, quae mutata recipi necesse est'. L'*Orthographia* di Albino (in «Grammatici Latini», VIII, [ed. Keil], p. 298, ll. 31-32) presenta: 'Commodamus quae recipimus ... mutuamus dum aequalia recipimus'. Isidoro di Siviglia, nel primo libro delle *Differentiae* (n. 363 [ed. Arevalo] = n. 218 [ed. Codoñer]), scrive: 'Inter mutuare et commodare. Qui mutuum dat aliud recepturus est, qui commodat utique idem sibi reddi desiderat', e nelle *Etymologiae* (5.25.16): 'Commodatum est id quod nostri iuris est et ad alterum temporaliter translatum est cum modo temporis, quamdiu apud eum sit, une et commodatum dictum est ... Mutuum appellatum est quia id, quod a me tibi datur, ex meo tuum fit'. Nell'operetta pseudoisidoriana *De proprietate sermonum vel rerum* (o *Inter polliceri*) (per la quale si veda l'edizione critica introdotta e curata da M.L. Uhlfelder – *De proprietate Sermonum vel Rerum. A Study and Critical Edition of a Set of Verbal Distinctions*, Roma, 1954 –, da cui cito) si legge (al n. 142): 'Inter commodare et mutuo dare hoc interest, quod commodamus amico pro tempore equum, vestem, servum, et similia; mutuo autem damus pecuniam, triticum, vinum, vel cetera'. Si noti come si moltiplichino, nella tarda antichità, tentativi definitori del comodato che, invece, non si rinvencono nelle fonti giurisprudenziali romane pervenute. Nel medioevo – a partire dalla *Summa codicis* di Azzone – saranno ancora numerose le riflessioni sulla corretta definizione dell'istituto. Per un puntuale inquadramento a proposito della questione della scarsità di definizioni (in generale e riguardo al comodato) proposte dai giuristi romani, cfr. SANTARELLI, *Commodo Utentis Datum*, cit., p. 19 ss. Sulle *regulae iuris*, le *definitiones* e la loro efficacia in sede processuale, cfr. A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, p. 75 ss.

medesimo. Una cosa viene data (*res data*, *datio*, *damus*, *commodamus*), è ricevuta (*recepit*, *accipientis*, *acceperit*) e deve essere restituita (*recepturi*, *restituenda*, *recipi*). «Dare», «riceverebbe» e «restituire» accomunano il mutuo e il comodato, benché ovviamente sussistano diversità: nel mutuo si trasferisce la proprietà e non si restituisce la stessa cosa, ma una cosa *mutata*, per usare l'espressione di Agrezio. Inoltre, il carattere della temporalità contrassegna e avvicina le due fattispecie.

Questa considerazione permette una nota critica, che mi pare corroborata da un sufficiente conforto testuale, riguardo a uno snodo decisivo delle argomentazioni di Wegmann Stockebrand e di Cannata: già Quinto Mucio, infatti, si riferisce *de plano* a una consegna della cosa non traslativa della proprietà, impiegando il verbo *dare* e correlando a tale consegna – e agli scopi che la caratterizzano – effetti contrattuali. Tale «Sinn» di *dare* non può perciò considerarsi meno *rechtstechnisch* di quello che indica gli effetti reali, come vuole Wegmann Stockebrand, il quale distingue tra usi tecnici e atecnici di *dare*, ricorrendo a quella che mi pare una *petitio principii*, tanto più che sono copiose le fonti in cui il verbo *dare* non indica il trasferimento della proprietà⁹².

Rileva un altro aspetto. Il *dare rem*⁹³ emergente nella *Quinti Mucii sententia* costituisce, per diritto classico, l'esecuzione di un regolamento contrattuale consensuale (come vuole Cannata) o un momento necessario di perfezionamento del negozio⁹⁴? Già dal tenore testuale di D. 13.6.5.3 mi pare si

⁹² Si vedano i numerosi riferimenti di MASCHI, *La categoria*, cit., p. 241 ss., compresi passi gaiani quali Gai., *inst.* 3.143, 144, 162 e 200. Annota Maschi (p. 242), con considerazioni cui non si può che accedere, che «si trae una conclusione sicura: nell'uso di tutta la giurisprudenza classica e, in essa, di Gaio, *datio* non significa esclusivamente trasferimento di proprietà, ma anche di detenzione o di possesso. Il significato ristretto di *dare* – trasferire la proprietà, quale si scorge nel mutuo, nella formula della *condictio*, non è insito nella parola *dare*, non è un significato tecnico da contrapporre a uno generico non tecnico, perché è tecnico anche il significato di *dare* – trasferire la detenzione o il possesso».

⁹³ Circa le più risalenti controversie dottrinali riguardo al significato di *res* e in particolare circa l'opinione secondo cui *obligatio re* potrebbe anche voler dire «essere obbligati da un fatto» o «attraverso una prestazione» (per tutti cfr. U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in «Studi Bonfante», cit., II, p. 541 ss.), rinvio all'esame di MASCHI, *La categoria*, cit., p. 86 ss., il quale condivisibilmente invita a concentrare l'attenzione sul contesto di impiego del lessema e ne trae la conclusione che *obligationes re* significhi «*obligationes*» che sorgono mediante una cosa, [cioè] che sorgono mediante la *datio* di questa cosa. (...) E' ovvio infatti che la *res* interviene non in sé ma nel fatto umano di chi dà la *res*».

⁹⁴ Perspicua e condivisibile un'annotazione di F. PASTORI, *Il contratto di comodato*, Milano, 1997, p. 18 s., che rileva come non sia «felice» l'espressione «la consegna della cosa nei contratti reali è l'elemento che perfeziona il contratto». Invero, essa potrebbe sembrare sottintendere che il contratto reale non sorga dalla consegna della cosa, ma preesista in forza dell'accordo, quantunque sia imperfetto. Più opportuno sarebbe dire che la consegna della cosa «assume un valore costitutivo». Nel prosieguo del mio contributo, pur impiegando il

possa cogliere come il momento genetico del *commodatum* nella prospettiva del giurista sia – non appaia tautologico – precisamente il ‘*commodare*’: ‘*is cui commodatur*’ riceve la cosa e ciò avviene con (e per) l’atto di ‘*commodo dare*’ del comodante e tale atto non rappresenta esecuzione di un previo obbligo contrattuale. Affermare ciò coincide con l’affermare la realtà del comodato. Il ‘*commodus*’ – il ricordato «vantaggio» connotante di senso l’operazione – si esprime precisamente nell’*utilitas* concreta⁹⁵, che, nella maggior parte dei casi, è unicamente di colui che riceve il prestito d’uso: ‘*commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur*’. Si noti, sul piano linguistico, il legame tra ‘*utilitas*’ e ‘*utendum*’, essendo il primo un lessema deverbativo derivante dallo stesso verbo ‘*utor*’ di cui ‘*utendum*’ è aggettivo verbale⁹⁶. L’*utilitas* che si esprime nel comodato è, dunque, quella semanticamente più basilare: «usare» di alcunché nel proprio interesse. Con questo particolare ‘*dare*’ volto primariamente a soddisfare l’*utilitas* dell’*accipiens* sorge un’obbligazione che non è solo restitutoria, ma dapprima di *custodia* e perciò inerente a un fascio di obbligazioni che non si possono non considerare contrattuali.

Se D. 13.6.5.3 balza allo sguardo per il richiamo a Quinto Mucio, il suo contenuto dogmatico trova inequivoco suffragio nell’*incipit* stesso del Titolo 13.6, che, per Lenel⁹⁷, coincide con l’*incipit* del commento ulpiano all’*edictum* che prevedeva l’*actio commodati*:

D. 13.6.1.pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): Ait praetor: ‘Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo’.

Dunque, la protezione edittale è esplicitamente concessa «dal momento che⁹⁸ sarà detto che qualcuno abbia *dato in comodato*». Se la consegna – intesa

trattativo riferimento al «perfezionamento del contratto», terrà in piena considerazione il rilievo di Pastori.

⁹⁵ Per il significato e l’impiego di ‘*utilitas*’ nelle fonti giuridiche e per il suo valore nell’attribuzione della responsabilità contrattuale, cfr. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 505 ss., M. NAVARRA, *Ricerche sulla ‘utilitas’ nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, p. 9 ss., EAD., ‘*Utilitas contrabentium*’ e *sinallagma*, in «La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano» (cur. L. Garofalo), Padova, 2007, II, p. 84 ss., G. SANTUCCI, ‘*Utilitas contrabentium*’. Note minime su una regola che ‘cacciata dalla porta rientrò dalla finestra’, in «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato» (cur. R. FIORI), III, Napoli, 2008, p. 277 ss., e ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, p. 61 s.

⁹⁶ Cfr. ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*, cit., sv. ‘*utor*’, p. 757.

⁹⁷ Cfr. O. LENEL, *Palägenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, II, c. 580 e nt. 4, e *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 252 ss.

⁹⁸ Ovviamente la congiunzione ‘*quod*’ non ha qui il valore che riveste nella formula con *demonstratio*; sul punto, cfr. R. FIORI, ‘*Ea res agatur*’. I due modelli del processo formulare re-

congiuntamente alla ricezione⁹⁹ – è riguardata come motivazione della tutela pretoria, cioè dell'azione accordata a chi voglia difendere una propria situazione soggettiva¹⁰⁰ nei confronti di un consociato, non si può non ritenere che tale situazione sorga a causa della dazione stessa. L'operazione che si compie con il prestito d'uso è, infatti, inequivocabilmente qualificata come 'commodare' qualcosa, che – come appunta Pastori – «non significa accordo sulla costituzione negoziale, ma effettivo trasferimento della cosa al comodatario»¹⁰¹. Di conseguenza, il bene dato in prestito *diviene* una *res commodata*.@

Uno spoglio (pur senza pretesa di esaustività) degli usi linguistici del verbo 'commodare' nel Digesto mi sembra illuminante: emerge un grande numero di casi in cui si fa riferimento a una 'res commodata' (D. 4.4.9; D. 5.3.1.9; D. 6.2.9.1; D. 9.1.2; D. 13.6.5.4, 5, 8, 9, 10; D. 13.6.7.pr.; D. 13.6.8; D. 13.6.12.1; D. 13.6.17.3, 4, 5; D. 13.6.18.pr., 1; D. 13.6.21.pr.-1; D. 16.3.47; D. 18.6.3; D. 36.4.5.10; D. 40.12.13.1; D. 41.5.2.1; D. 41.33.4; D. 43.26.1.3; D. 43.33.2; D. 43.16.1.33; D. 44.7.1.3; D. 47.2.14.8, 10, 14-16; D. 47.2.48.4; D. 47.2.54.2; D. 47.2.60; D. 47.2.72.pr.; D. 47.2.77.pr.; D. 47.4.1.10; D. 47.8.2.22) o ad altri beni dati in comodato (D. 9.2.11.9 [*vestimenta commodata*]; D. 9.2.57 [*equus commodatus*]; D. 9.4.22; D. 13.6.5.6 [*vincus commodatus*]; D. 13.7.31 [*servus commodatus*]); in altri casi si parla di 'rem commodare' (D. 13.6.13.2; D. 13.6.15; D. 24.3.24.6; D. 25.2.28; D. 41.1.9.5; D. 44.7.1.3; D. 44.7.16; D. 44.7.34.1; D. 47.2.60) o di 'commodare' altri beni (D. 4.3.18 [*pondera*]; D. 12.6.36 e D. 44.7.34.2 [*vestimenta*]; D. 13.6.5.8 [*codicem*]; D. 13.6.5.9 [*equam*]; D. 13.6.5.13 [*servum*]; [*lancem*]; D. 13.6.5.15 [*vehiculum*]; 1 D. 3.6.17.3 [*pugillares*; [*tigna*]; D. 13.6.17.4 [*carrucam vel lecticam*]; D. 13.6.18.pr. e D. 13.6.20 [*argentum*]; D. 13.6.18.3 [*vasa*]; D. 13.6.22 [*servum*]; D. 13.6.23 [*equum*] D. 19.5.27.3 [*bovem*]; D. 47.2.40 [*iumenta*]; D. 47.2.55.4 [*ferramenta*; [*scalam*]; D. 48.6.4 [*homines*]). Il verbo 'commodare' è altresì usato in senso assoluto con il significato di «concludere un comodato»/«dare qualcosa in comodato» (D. 8.3.24; D. 12.6.36; D. 13.6.3.3, 4, 6; D. 13.6.5.7, 8, 10; D. 13.6.16; D. 13.6.17.3; D. 13.6.18.2; D. 13.6.22; D. 13.6.23; D. 34.3.8.7; D. 41.2.30.6; D. 41.33.4; D.

pubblicano, Milano, 2003, p. 219 nt. 78.

⁹⁹ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*³, in «Trattato di diritto civile» (dir. R. Sacco), II, Torino, 2004, p. 874, L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in «Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale» (cur. L. Garofalo), Padova, 2011, p. 11 (= in «Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'Impero. Atti del Convegno internazionale di Diritto romano. Copanello, 5-8 giugno 2004», Milano, 2012, p. 361).

¹⁰⁰ Impiego questa espressione nella consapevolezza del dibattito circa la configurabilità dogmatica, in diritto romano, di situazioni giuridiche soggettive e di diritti soggettivi, perché, come si vedrà *infra*, § 8, mi sembra possibile che queste incertezze dogmatiche siano sottostanti ad alcune posizioni di Wegmann Stockebrand.

¹⁰¹ PASTORI, *Il contratto di comodato*, cit., p. 82.

43.26.1.3; D. 47.2.48.4; D. 47.2.57.pr.; D. 47.2.69), così come s'impiega il suo participio passato sostantivato 'commodatum' per il bene dato in comodato, come nelle espressioni 'qui commodatum accepit' (D. 13.6.3.3; D. 13.6.5.4, 12, 13) o 'reddere commodatum' (D. 13.6.5) o 'commodatum rogare' (D. 13.6.5.7).

Mi pare che già un tale elenco lasci appalesare come la dinamica negoziale si concentri anzitutto sul *dare in comodato* e quindi sul bene *dato in comodato*, tanto che si può dire che muti l'ontologia giuridica del bene stesso, una volta che su di esso si dispieghi l'atto di 'commodare'. La *res* diviene così 'commodata', il *servus* è 'commodatus', l'*equus* è 'commodatus', i *vestimenta* sono 'commodata' e così via. Ritengo evidente che tale mutamento *ontologico* accada con la dazione e non si possa collocare in momenti esecutivi del contratto: la '*res*' diviene 'commodata' nel momento in cui è *dato in comodato*, né prima (quando non vi è un contratto) né dopo (quando, proprio perché 'commodata', la cosa deve essere restituita).

Un altro frammento – che riguarda la comparazione tra il comodato e il precario¹⁰² – può aiutare:

D. 43.26.1.pr.-1, 3 (Ulp. 1 *inst.*): Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. 1. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. (...) 3. Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

Il frammento è interessante per più aspetti: il recentissimo studio palinogenetico del testo proposto da Aldo Schiavone lo situa nel cuore della trattazione dei contenuti del *ius gentium* che Ulpiano colloca agli inizi delle sue *Institutiones*¹⁰³. Infatti, D. 43.26.1.1 riconduce al diritto delle genti il genere di liberalità che emerge nel *precarium* e i *Fragmenta Vindobonensia* 1.2 e 2.2, posti immediatamente di seguito a D. 43.26.1 (= *Frag. Vindob.* 1.1) già nella *Palinogenesia* leneliana¹⁰⁴, affermano che la locazione e il deposito sono stati introdotti dal *ius gentium*. Schiavone pone la riconduzione ulpiana di tali schemi contrattuali al diritto delle genti in correlazione con quanto il giurista di Tiro scrive nel citato D. 2.14.7.pr.-1, frammento tratto dal quarto libro *ad edictum*, probabil-

¹⁰² Su tale comparazione, cfr. P. ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in «Rivista di diritto civile», LII, 2006, p. 83 ss. (= in «FIATA. Scritti G. Franciosi», IV, Napoli, 2007, p. 2865 ss., e S. DI MARIA, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti*, I, Torino, 2020 p. 31 ss. (ove altra bibliografia).

¹⁰³ Cfr. A. SCHIAVONE, *Commento. Institutionum libri II*, in «Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus» (cur. J.-L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone), Roma-Bristol (CT), 2021, p. 210 s.

¹⁰⁴ Cfr. LENEL, *Palinogenesia*, cit., II, c. 927 s.; sul punto, cfr. V. MAROTTA, *La scrittura e il testo*, in «Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus», cit., p. 90 ss., 103.

mente «composto nello stesso arco di tempo in cui scriveva le *Istitutiones*»¹⁰⁵. La comparazione fra il precario e il comodato in questa sede specifica delle *Institutiones* induce a ritenere che Ulpiano pensasse, anche in D. 43.26.1.3, al comodato come a un vincolo di *ius gentium*, come, infatti, scrive in D. 2.14.7.pr.-1 (Ulp. 4 *ad ed.*), e che per questo lo stia paragonando al precario.

Ai nostri fini è interessante sottolineare che la «semantic cloud» che avvolge l'argomentazione giuridica è ancora interamente caratterizzata da riferimenti alla *res*, tanto che il lessema è ripetuto tre volte nella ventina di parole di cui è composto D. 43.26.1.3. L'insistenza è sulla cosa, che, in poliptoto ricorre come oggetto del verbo 'commodare' e poi come 'res commodata', oggetto dell' 'uti' che connota teleologicamente quello che è, appunto, un prestito d'uso. Già sul piano della sola ridondanza di vocabolario è arduo non riconoscere il valore decisivo della *res*: è su di essa – la cui proprietà sia nel caso del comodato sia in quello del precario non viene trasferita – che si impernia il rapporto di comparazione tra i due istituti. Già Ugo Donello appuntava icasticamente: «Est igitur commodare rem dare. Recte dare, non convenire de re danda»¹⁰⁶. Mi pare che fin da queste prime considerazioni si siano forniti elementi per comprovare questa asserzione, ma sono possibili passi avanti euristicamente ben più cogenti, se si specula maggiormente in profondità la natura del 'rem commodare'.

4. *Realità e gratuità del comodato*

«Come un atto di amicizia e di cortesia, sorto in clima di assoluta *libertà*, diventi un rapporto giuridico e cada in *soggezione* del diritto è estremamente interessante indagare. E si vedrà a proposito, proprio del comodato»¹⁰⁷, così scriveva Ernesto Brunori aprendo il suo commento al capo del codice civile italiano del 1942 disciplinante il comodato. Il «come» evocato dal giurista fiorentino ritengo si possa correttamente «indagare» soltanto prestando peculiare attenzione al profilo della realtà del negozio sul quale ci si sta qui soffermando. La tesi che intendo difendere milita contro l'idea – sostenuta da Cannata – che nel comodato la dazione (dacché priva effetti reali) sia semplicemente un profilo su cui converge il consenso delle parti. A mio parere è

¹⁰⁵ SCHIAVONE. *Commento*, cit., p. 210

¹⁰⁶ Cfr. *Hugonis Donelli Jurisconsulti et Antecessoris Opera omnia. Commentariorum de Jure Civili Tomus Tertius cum Notis Osvaldi Hilligeri*, Macerata, 1829, p. 996.

¹⁰⁷ E. BRUNORI, *Del comodato*, in «Commentario al codice civile diretto. Libro delle obbligazioni» (dir. M. D'Amelio, E. Finzi), vol. II.2, Firenze, 1949, p. 2. La citazione è riportata anche da SANTARELLI, 'Commodo Utentis Datum', cit., p. 1, in apertura della sua monografia.

del tutto convincente riconoscervi un *essentiale negotii*¹⁰⁸, anche solo considerando l'elemento molto intuitivo, e già più volte rimarcato, che senza *datio rei* non vi è il '*commodo dare*', perciò non vi è '*res commodata*', né contratto di comodato. Il rapporto si articola, infatti, nel contrappunto fra due poli: '*commodare*' (o '*utendum dare*') e '*reddere*': per questo al centro sta la *res*.

E' ovvio che il riferimento al bene oggetto del contratto non manchi neppure in numerosi contratti consensuali e, ricordando il negozio più vicino al comodato, la *locatio-conductio*, nel Digesto si parla più volte di '*res locata*' (ad esempio, in D. 10.4.4; D. 12.5.9.1; D. 22.1.19.pr.; D. 40.12.13.1; D. 41.3.36.pr.; D. 43.16.1.33; D. 43.32.2; D. 47.2.59; D. 47.8.2.22) o di altri beni dati in locazione (ad esempio, in D. 4.9.3.1-2; D. 9.2.27.34; D. 12.6.55; D. 13.6.5.15; D. 13.6.13.1; D. 14.1.1.7; D. 19.1.53; D. 19.2.13.11; D. 19.2.35; D. 19.2.43; D. 19.2.51; D. 19.2.60.pr.; D. 33.4.1.15; D. 42.5.9.6; D. 47.2.14.16; D. 47.2.86). Inoltre, in alcuni frammenti si tratta insieme, in forza di taluni profili disciplinari comuni, di '*res commodatae*' e di '*res locatae*' (cfr. D. 10.4.4; D. 13.6.5.15; D. 41.3.36.pr.; D. 43.16.1.33; D. 43.32.2; D. 47.2.14.16; D. 47.8.2.22). Se ne vince come additare il valore degli usi linguistici sia necessario, ma comunque non sufficiente. Si deve, infatti, aver precipuo riguardo al regolamento negoziale degli interessi delle parti, da cui si ricava più puntualmente la funzione del negozio stesso, il che si riflette sulla sua struttura e anche sulla sua genetica.

Considerando, per un'utile comparazione, proprio la locazione, i caratteri discretivi rispetto al comodato trovano inequivoca emersione in D. 13.6.5.12 (Ulp. 28 *ad ed.*)¹⁰⁹ (ove si riporta un'opinione di Labeone) e in *Iust. inst.* 3.14.2: '*Commodata autem res proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum*'. Nella *locatio-conductio* si danno reciproche prestazioni di '*praestare uti frui*' e di '*praestare mercedem*'¹¹⁰; nel comodato, invece, si tratta di '*commodo dare*' (o '*utendum dare*'), in modo gratuito (come nel caso della *datio rei* nel mutuo), anzi in modo *necessariamente* gratuito¹¹¹. E' in ra-

¹⁰⁸) E' il linguaggio cui ricorre anche autorevole civilistica contemporanea per difendere il carattere di realtà del comodato: per tutti, cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in «Trattato di Diritto Civile e Commerciale» (*dir.* A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger), Milano, 1988, p. 158.

¹⁰⁹) D. 13.6.5.12 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Rem tibi dedi, ut creditorum tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. Plane si ego pro te rem pignori dederem tua voluntate, mandati erit actio*'.

¹¹⁰) Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 361 ss.; per il rapporto tra locazione e comodato, si vedano le p. 276 ss.

¹¹¹) Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 293 ss., e GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scam-

gione di tale regolamento di interessi e di funzione sociale – se si vuole di causa negoziale¹¹² – che si ha l'insistenza sulla realtà che stiamo rilevando. Siffatto profilo comparativo con la *locatio-conductio* evidenzia l'aspetto della gratuità come la caratura specificante e differenziante il comodato dalla locazione. E' questo aspetto che distingue il comodato anche dai contratti innominati, che prevedano la *traditio*, come si evince da D. 19.5.1.pr. (Pap. 8 *quaest.*)¹¹³, frammento in cui a essere oggetto di valutazione è precisamente la *causa* della dazione, espressa con l'ablativo grammaticalizzato – per via di *semantic bleaching* – 'gratia', posposto al genitivo, in una locuzione ove grammaticalmente (e nello sviluppo linguistico) si congiunge il valore finale a quello causale¹¹⁴.

Ritengo che le considerazioni fin qui svolte aiutino già a valutare criticamente la collocazione che Cannata propone della *datio rei commodatae* nella fase esecutiva di un contratto (asseritamente consensuale)¹¹⁵ e non in quella di perfezionamento della fattispecie. Ora la questione merita di essere ulteriormente approfondita, ponendosi la domanda in merito al rapporto tra la consegna della cosa, la struttura del negozio, la sua funzione, e la sua causa.

Non penso si possa apprezzare la realtà del comodato affermando, come nella tradizione romanistica fece, ad esempio, il Pothier, che vi sarebbe una necessità logica della *traditio* della *res*, cagionata da una sua strumentalità

bio e gratuità», cit., p. 32 s. (= in «Affari, finanza», cit., p. 382).

¹¹² Sulla *causa contractus* nel diritto romano, si veda il recente inquadramento dogmatico di A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla 'causa contractus'*, in «Homenaje A. Torrent», Madrid, 2016, p. 633 ss., ove anche un puntuale *status quaestionis*.

¹¹³ D. 19.5.1.pr. (Pap. 8 *quaest.*): 'Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio'. Su questo frammento (anche per i problemi testuali), cfr. R. SANTORO, 'Actio civilis in factum', 'actio praescriptis verbis' e praescriptio', in «Studi C. Sanfilippo», IV, Milano, 1983, p. 706 ss. (= *Scritti minori*, I, Torino, 2009, p. 282 ss.), e C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in «Iura», LVII, 2008-2009, p. 9 ss. (= *Scritti*, III, cit., p. 23 ss.).

¹¹⁴ Cfr. L. BRUCALE, E. MOCCIARO, *The Embodied Sources of Purpose Expressions in Latin*, in «Embodiment in Latin Semantics» (cur. W.M. Short), Amsterdam-Philadelphia, 2016, p. 108 ss.

¹¹⁵ La ricostruzione di Cannata non rende del tutto intelligibile se la consegna sia un atto di esecuzione del regolamento contrattuale o l'avvenimento dedotto in una condizione sospensiva: tuttavia ciò mi pare non muti le considerazioni che sto per proporre. Per la contestazione delle letture civilistiche contemporanee che vedono nella consegna l'adempimento di un'obbligazione scaturita da un contratto concluso in forza del solo accordo, cfr. MASTROPAOLO, *I singoli contratti. I contratti reali*, cit., p. 4 s., 18 ss.

alla produzione degli effetti tipici del contratto, identificabili nell'uso del bene da parte del comodatario e nel suo obbligo di restituzione al comodante alla scadenza¹¹⁶. Invero, matrice di tali obblighi ben potrebbe essere anche un contratto consensuale e la *locatio-conductio* conferma questa possibilità; nella locazione, difatti, la *datio* si pone sul piano degli effetti del contratto in forza del quale il locatore è obbligato precisamente a consegnare la cosa perché il conduttore ne goda. Si deve piuttosto aver riguardo al profilo teleologico e causale della situazione sostanziale¹¹⁷.

Il comodato è, infatti, orientato a soddisfare peculiari interessi, che divergono da quelli in gioco nella locazione, in ragione del profilo decisivo della gratuità che lo contrassegna. Non basta certamente dire che nel comodato è primaria l'*utilitas* del comodatario coincidente con l'*uti*, ma si deve rimarcare che precedono, sul piano volitivo e su quello operativo, la deliberazione psicologica del comodante di concedere gratuitamente un proprio bene in prestito d'uso e la traduzione empirica di tale deliberazione. Puntualizzare questa volontà fondamentale, la quale determina e informa la fattispecie, non confuta, anzi suffraga, le avvertite recenti posizioni di Giuseppe Falcone ed Antonino Milazzo, che chiariscono, soprattutto al lume di un frammento quale D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*), come il rapporto di comodato possa manifestare anche la sussistenza di interessi in capo al comodante. Su tale testo paolino e sulla sua esegesi ritornerò *infra*, § 6, mentre qui è opportuno occuparsi di un profilo preliminare, ma decisivo, facendo richiamo al già visto riconoscimento, pacifico in dottrina, dell'origine del comodato nell'area dei rapporti di cortesia e benevolenza¹¹⁸ (e anche – e di conseguenza – in quelli

¹¹⁶ Cfr. R.-J. POTHIER, *Traité des contrats de bienfaisance*, in «Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Nouvelle édition» (cur. M. Dupin), IV, Paris, 1827, p. 3 s. Per posizioni simili nella dottrina civilistica contemporanea, cfr. TAMBURRINO, 'Comodato', cit., p. 1001, e F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, 2003, p. 393 ss. Il carattere aporetico dell'argomento di Pothier è segnalato, proprio riguardo alla realtà del comodato, da SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 615: «Il ragionamento è sofisticato, poiché l'effetto del contratto si restringe al dovere di restituzione proprio pel fatto che si misconosce ogni effetto dell'accordo prima della consegna. Mentre, se l'effetto datasse dall'accordo, esso genererebbe appunto l'obbligo del comodante di consegnare al comodatario». Sul punto si pronuncia condivisibilmente anche PASTORI, *Il contratto di comodato*, cit., p. 84: «appare limitativa la spiegazione ricorrente in dottrina che il comodato si perfeziona con la consegna della cosa, perché tale contratto genera l'obbligo della sua restituzione. Asserzione che si risolve in una petizione di principio, ma che soprattutto tende a ridurre la causa del comodato all'obbligo di restituzione del comodatario, disconoscendo la più vasta funzione sociale del contratto – funzione che l'ordinamento recepisce nel profilo causale – che consiste nel consentire il prestito d'uso gratuito».

¹¹⁷ Sul punto cfr. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 74 ss.

¹¹⁸ Cfr. PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 9, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 100 ss., e G.

di reciproca *fides* [cfr. *infra*, § 8]).

Questa origine si riflette, infatti, nella gratuità del negozio e si tratta di un elemento di rilievo determinante. Su tale aspetto occorre una precisazione: il rapporto gratuito – rilevante giuridicamente a differenza di quello di mera cortesia¹¹⁹ – ben tollera e anzi talvolta presuppone che si diano interessi meritevoli di protezione e considerazione sul piano giuridico anche in capo a colui che compie l'atto gratuito. Nondimeno, la gratuità richiede una particolare attenzione circa la tutela del regolamento di interessi e circa la causa¹²⁰. Luigi Garofalo evidenzia la «causa fragile» dei contratti gratuiti, perché di «contenuto puramente soggettivo» e bisognosa di «un elemento d'indole oggettiva»¹²¹. Questa annotazione può molto aiutare.

FINAZZI, *'Amicitia' e doveri giuridici*, in «*Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*» (cur. A. Corbino, M. Humbert, G. Negri), Pavia, 2010, p. 751 s. Nella civilistica moderna, cfr. F. CARRESI, *Il comodato come rapporto di cortesia*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», III, 1949, p. 288 ss., ID., *Il comodato*, cit., p. 13 ss., e CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 77 ss.

¹¹⁹) Cfr. GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «*Scambio e gratuità*», cit., p. 3 ss. e 8 ss. (= in «*Affari, finanza*», cit., p. 353 ss, 358 ss.). Annota, in generale, V. ROPPO, *Il contratto*, in «*Trattato di Diritto privato*» (dir. G. Iudica, P. Zatti), Milano, 2001, p. 12, che «il 'giuridico' si associa più volentieri allo scambio che al dono, sicché è facile che nell'area del 'non giuridico', cioè dei rapporti puramente sociali, cada il dono piuttosto che lo scambio. (...) Normalmente l'accordo gratuito non suggerisce la propria giuridicità con la stessa forza dell'accordo oneroso». Si vedano anche le autorevoli considerazioni sul tema di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I. *Lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 163 ss., e di SACCO, *Causa e consegna*, cit., p. 513 ss., cui si aggiungano le annotazioni più recenti di C. MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in «*Contratto e impresa*», 1989, p. 962 ss., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, p. 100 ss., A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in «*Trattato di diritto civile*» (dir. R. Sacco), Torino, 2000, p. 3 ss., L. SANTORO, *L'atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in «*Contratto e impresa*», 2001, p. 652 ss., PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., p. 9 ss., e A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in «*Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*» (dir. P. Perlingieri), Napoli, 2009, p. 21 ss. Questa fisiologica fragilità causale, mi sembra, come cercherò brevemente di sostenere, il motivo fondamentale della realtà del comodato.

¹²⁰) Cfr. A.M. GIOMARO, P. MOROSINI, *'Mutuo nel diritto romano, medioevale e moderno'*, in «*Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile*», XI, Torino, 1994, p. 599. Sul tema della gratuità nel diritto vigente sono di riferimento le ricerche di A. GALASSO, S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in «*Il principio di gratuità*» (cur. A. Galasso, S. Mazzarese), Milano, 2008, p. 1 ss., e di S. MAZZARESE, *Il c.d. principio di gratuità*, in «*Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*» (cur. R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto), Milano, 2013, p. 395 ss.

¹²¹) Cfr. GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «*Scambio e gratuità*», cit., p. 19 (= in «*Affari, finanza*», cit., p. 368). Giungono, a mio parere, troppo recisamente ad affermare l'evanescenza della causa del contratto di comodato R. TETI, *'Comodato'*, in «*Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile*», III, Torino, 1988, p. 38, e MASTROPAOLO, *I singoli contratti. I*

Reputo, infatti, ragionevole accedere all'autorevole dottrina che inferisce dall'essenziale non onerosità del comodato la necessità di un *quid* oggettivo – 'realis' appunto – che permetta il riconoscimento, nell'operazione, dell'inequivoca volontà del concedente di concludere un vincolo giuridico prestando un bene senza corrispettività¹²². E converso, ponendoci sul lato del ricevente, solo l'atto di consegna e la consapevolezza (cfr. D. 13.6.1.2, Ulp. 28 *ad ed.*; D. 13.6.2, Paul. 29 *ad ed.*) ricezione della cosa – il che, a mio avviso, motiva la notata insistenza sul 'recipere' – può ingenerare un oggettivo affidamento dell'accipiens riguardo alla serietà ed effettività dell'intenzione del concedente il prestito di costituire un vincolo giuridicamente rilevante¹²³ e non solo di manifestare una generica disponibilità, ancora posta sul piano di un'intersoggettività libera, non necessitata e non inducente effetti autoritativamente riconosciuti¹²⁴.

Peraltro, se si seguisse l'ipotesi secondo la quale il contratto di comodato sarebbe perfezionato solo con l'impegno di una parte a consegnare la cosa, impegno accettato dall'altra parte e da eseguire, allora dovrebbe trarsi la conseguenza che colui che ha accolto l'impegno potrebbe legittimamente esperire un'azione per farlo valere. Ma non può che risultare arduo immaginare che il pretore potesse concedere un *inducium*, finanche contro un *dominus ex iure Quiritum* – per riferirsi al caso di più sicura inerenza di una *res* a un patrimonio –, in forza di una promessa (peraltro non riversata in alcuna forma)

contratti reali, cit., p. 4 s., 18 ss.

¹²² Appunta GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 10 s. (= in «Affari, finanza», cit., p. 360), tenendo in considerazione l'ordinamento italiano vigente, che «Quando la prestazione da effettuare gratuitamente, e come ovvio in conformità di un accordo, postula la consegna di una cosa, il criterio per demarcare l'area contrattuale da quella non contrattuale è ravvisabile nell'avvenuta consegna. Se Tizio promette a Caio di concedergli gratuitamente il godimento di una cosa e Caio accetta, l'accordo crea fra loro un rapporto di cortesia, non anche un rapporto giuridico, perché quell'accordo non è qualificabile come contratto» e ancora (p. 365): «la consegna indica (...) il sacrificio di una parte per il vantaggio dell'altra, tenuta alla prestazione di restituzione per restringere il sacrificio». Cfr. SACCO, *Causa e consegna*, cit., p. 552, DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale*, p. 53 ss., D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in «I Contratti in generale, I» (cur. E. Gabrielli) (in «Trattato dei contratti» [dir. P. Rescigno, E. Gabrielli]), Torino, 1999, p. 602 ss., e CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 80 ss.

¹²³ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 540.

¹²⁴ Sull'intricato tema del rapporto – storicamente connotato e insofferente a ogni fissità – tra i fatti della vita (socialmente tipici o idonei a essere tipizzabili) e la tipicità negoziale nell'esperienza giuridica romana, si vedano ancora le illuminanti pagine di E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in «Annali dell'Università di Macerata», XXVII, 1966, p. 7 ss. – tr. it. dell'originale tedesco *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in «Festschrift L. Wenger», I, München, 1944, p. 249 ss. –, ora in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti* – cur. G. Crifò –, Milano, 1991, p. 325 ss.

con la quale un soggetto si sarebbe obbligato a dare in godimento un bene di cui avesse la disponibilità, senza ricevere nulla in cambio. D'altronde di un tale eventuale schema consensuale non vi è alcun riflesso (come si vedrà *infra*, § 5) nella concreta formula dell'*actio commodati*.

Sintetizza efficacemente Garofalo: «L'accordo in forza del quale Tizio prometteva a Caio di concedergli in godimento gratuito e per un certo tempo una cosa innescava un rapporto che si situava nel pregiudiziale, fino a quando non fosse intervenuta la consegna del bene. Certo l'ometterla poteva comportare una qualche riprovazione sul piano delle relazioni interpersonali, ma nulla più. Eseguita che fosse, l'intero rapporto, quale si snodava a partire dall'accordo, era però attratto nell'orbita del diritto, dove trovava un'adeguata azione (...) volta a tutelarlo»¹²⁵. Si comprende chiaramente così che l'ascrizione del comodato entro il novero dei contratti reali non corrisponde soltanto a un obiettivo di tassonomia classificatoria e di sistematica contrattuale, ma deriva da una finalità di ordine pratico, cioè l'individuazione del momento genetico di un rapporto negoziale, momento che sposta sul piano del giuridicamente rilevante una relazione che altrimenti non lo sarebbe. L'esito classificatorio è, dunque, conseguenza di un decisivo movente di prassi giuridica¹²⁶.

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. Nondimeno, se la consegna è il risultato di una condotta incoercibile, essa non può collocarsi nella fase esecutiva del rapporto¹²⁷, ma può solo rappresentare una prestazione costitutiva, in assenza della quale il negozio sarebbe inesistente¹²⁸.

¹²⁵ GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 41 s. (= in «Affari, finanza», cit., p. 391). Cfr. anche FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 734 ss.

¹²⁶ Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 318 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 305 s.).

¹²⁷ Fra le tesi che collocano la consegna della cosa nella fase esecutiva è particolarmente elaborata quella di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 51 s., il quale concepisce il contratto reale come una fattispecie complessa, che vede i suoi effetti preliminari dispiegarsi già al momento dell'incontro dei consensi e completarsi con la consegna, la quale riveste il ruolo di ultimo atto della fattispecie, un atto giuridico *stricto sensu* inteso e capace di produrre alcuni effetti tipici propri del contratto, anzitutto l'obbligazione restitutoria. Di recente, più radicalmente F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, cit., p. 418 ss., e *Il comodato (art. 1803-1812)*, in «Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger» (*dir.* F.D. Busnelli), Milano, 2011, p. 9 ss., considera la consegna volta soltanto a manifestare la gratuità del comodato, senza alcuna funzione quanto alla struttura necessaria per il perfezionamento e per gli effetti del contratto.

¹²⁸ Per considerazioni analoghe circa il diritto vigente, cfr. M. FRAGALI, *Comodato*, in «Libro Quarto. Delle obbligazioni. Artt. 1754-1812» in «Commentario del codice civile» (*cur.* A. Scialoja, G. Branca), Bologna, 1970, p. 175 s., e CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 85 ss.

Un ultimo rilievo, di ordine antropologico-culturale può far ancor meglio comprendere il rilievo del tema che si sta trattando. Nel suo influentissimo *Essai sur le don* (1924) Marcel Mauss propone un'ampia ricostruzione delle relazioni tra consociati come relazioni di dono, ricezione e ricambio, in una catena di passaggi di beni che non assume un valore solo materiale, ma che è informata dal valore – etico e spirituale – che le cose quasi incarnano ed entificano. Questa teoria va depurata da una dialettica piuttosto evoluzionistica, che traligna per eccesso e per difetto, dacché considera il dono come un (sostanzialmente necessario) anello intermedio verso le forme giuridicizzate di commercio; questo profilo è stato contestato, tra i romanisti, da Valerio Marotta¹²⁹. Nondimeno, tale teoria non è priva di valore per la comprensione della realtà e della gratuità del comodato¹³⁰. Mauss evidenzia, infatti, che la *res*, parte della *familia* romana insieme alle *personae*, non era in origine solo qualcosa di brutto e tangibile, né unicamente un oggetto di scambi economici, ma anzitutto «ce qui fait plaisir à quelqu'un d'autre»¹³¹, cioè un ente dotato di una forza intrinseca, di natura pregiuridica e metagiuridica, perché spirituale. Di ciò sarebbe testimone l'etimo stesso di '*res*' che si può porre in correlazione con il termine sanscrito '*rah*', '*ratih*', che significa «dono», «regalo», «cosa gradita»¹³². E' difficile non pensare agli usi linguistici riscontrati nel Digesto e prima ricordati: la *res* diviene '*res commodata*', così l'*'equus*', i '*vestimenta*', il '*vehiculum*', i '*ferramenta*', il '*codex*', il '*bos*', il '*servus*', etc. La caratura di '*commodus*' – di «dono», nel sistema di Mauss – inerisce al bene tanto da mutarne l'ontologia giuridica e da renderlo «dato in comodato».

La cosa trasferita, dunque, rappresenta in modo sostanziale un dono e reca seco le proprietà spirituali che derivano dall'appartenenza originaria, portando con sé qualcosa della *familia* del cedente. L'antropologo francese individua tracce, nel diritto romano, della nozione della «force inhérente à la chose» in due settori: la disciplina del *furtum* e proprio quella dei contratti *re*. Precisamente nei contratti reali si troverebbe conferma della dialettica fondamentale e promotrice di relazioni sociali che Mauss rileva come struttura antropologica fondamentale¹³³: una cosa è oggetto di un dono che si esprime in una *traditio*,

¹²⁹) Cfr. V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka. Rivista di antichità», V, 1996, p. 63 nt. 3, il quale comunque mette in luce la rimarchevole portata teoretica della riflessione di Mauss.

¹³⁰) La teoria è, infatti, ricordata al proposito anche da GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 39 s. (= in «Affari, finanza», cit., p. 389 s.), da F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*, cit., p. 447 ss., e, in precedenza, da MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 447 ss.

¹³¹) MAUSS, *Essai sur le don*, cit., p. 133.

¹³²) Cfr. MAUSS, *loc. cit.*, ove si fonda sugli studi etimologici di Walde.

¹³³) A seguito del saggio di Mauss si sono moltiplicate le ricerche, in diversi campi scientifici, circa il ruolo e il valore del dono. Non si può qui fornire una bibliografia esauriente.

ma l'operazione non si ferma qui e sorge un obbligo di ricambio¹³⁴. Mi sembra si possa riscontrare, in questa dialettica, precisamente la dinamica basilare del comodato, che appare presentata da Mauss nel suo più profondo significato e valore. Tale dinamica, connettendo insieme fibre antropologiche e principii etici, rappresenta per Mauss un'efficace base per l'enucleazione di logiche economiche e di regolamentazioni giuridiche¹³⁵ e apre per noi uno squarcio sul nucleo assiologico e relazionale che connota il comodato.

stiva, ma si segnalano solo alcune opere più recenti e di riferimento. Sulla linea di Mauss si pongono anzitutto i lavori di J.-T. GODBOUT, *L'esprit du don*, Paris, 1992, ID., *Le langage du don*², Montréal, 1998, ID., *Le don, la dette e l'identità: homo donator versus homo aconomicus*, Paris, 2000, ID., *Ce qui circule entre nous. Donner, recevoir, rendre*, Paris, 2007, e di A. CAILLÉ, *Le Tiers paradigme. Anthropologie philosophique du don*, Paris, 1996. Poliedriche riprese fenomenologiche del tema si rinvencono, da un lato, in J. DERRIDA, *Donner le temps*. I, *La fausse monnaie*, Paris, 1991, ID., *Donner le temps*. II, *Séminaire de 1978-79*, Paris, 2021, dall'altro, in J.-L. MARION, *Etant donné. Essai d'une phénoménologie de la donation*, Paris, 1997. Importanti sono altresì i contributi d'inquadramento generale di Arrigo Chierregatti, Giovanni Gasparini, Ondina Greco, Giovanna Salvioni, Eugenia Scabini, Pierangelo Sequeri contenuti nel volume collettaneo «Il dono. Tra etica e scienze sociali» – cur. G. Gasparini –, Roma, 1999, nonché di P. GILBERT, S. PETROSINO, *Il dono. Un'interpretazione filosofica*, Genova, 2001, G. SALZANO, *Il dono proibito. Antropologia e metafisica dello scambio*, Roma-Bari, 2001, e di S. LABATE, *La verità buona. Senso e figure del dono nel pensiero contemporaneo*, Assisi, 2004. Una recente lettura critica del paradigma di Mauss si deve a O. PYYHTINEN, *The Gift and its Paradoxes. Beyond Mauss*, Farnham, 2014. Per alcuni riflessi del ravvivato interesse dei giuristi sul tema, ricordo, oltre al già citato volume curato da GAROFALO, *Scambio e gratuità* (Padova, 2011), anche gli atti di un convegno di civilisti sul tema tenuto a Trapani nel dicembre 2000 («Il principio di gratuità» – cur. Galasso, Mazzaresse –, cit.), la voce di G. RESTA, «Doni non patrimoniali?», in «ED. Annali», IV, Milano, 2011, p. 510 ss., e lo studio comparatistico di R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009.

¹³⁴) Cfr. MAUSS, *Essai*, cit., p. 134 s.

¹³⁵) MAUSS, *Essai*, cit., p. 135 s., estende la sua riflessione considerando anche il profilo del contraente che è definito 'reus' con un lessema che la tradizione erudita classica testimoniata da Festo (*verb. sign.*, sv. 'reus' [Lindsay², p. 336 s.]) fa derivare da 'res', nel suo senso concreto di «cosa», «oggetto». Per Mauss il contraente è 'reus' anzitutto perché ha ricevuto la 'res aliena' e, a questo titolo, diviene 'reus' del dominus della 'res', cioè si vincola a lui a causa della 'res', *rectius*: a causa dello spirito della 'res'. 'Reus' avrebbe così un significato *lato sensu* spirituale, e ciò spiegherebbe perché il termine appartenga anche alla lingua della religione (cfr. Verg., *Aen.* 4.699). «C'est l'homme qui est possédé par la chose», scrive Mauss, che delinea una genealogia di significati collegata alla parola 'reus': l'individuo posseduto dalla cosa; quello implicato nell'affare generatosi per la *traditio* della cosa; infine, il colpevole o il responsabile. Dunque, il significato processuale sarebbe superiore rispetto a quello sostanziale. Non è questa la sede per affrontare questi temi che presentano una loro ponderosa problematicità: ad esempio, MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 64 nt. 6, nota come ancora in Cic., *orat.* 2.43.183 e 2.79.321, il termine 'reus' s'impiegasse indistintamente per l'attore e per il convenuto e che perciò il processo evolutivo suggerito da Mauss meriterebbe di essere rimeditato. Nondimeno, mi paiono di grande suggestività e coerenti con il nostro percorso le considerazioni generali sull'importanza socio-economica del dono nell'antropologia delle società antiche.

5. Il riflesso della realtà del comodato nella formula processuale

La necessità della *datio* perché si perfezioni il negozio mi sembra che sia riconoscibile – e questo aspetto è assai importante – nelle parole stesse del pretore come riportate *verbatim* da Ulpiano:

D. 13.6.pr-1 (Ulp. 28 *ad ed.*): Ait praetor: 'Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo.' Huius edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.

Non mi soffermo qui sulla stratificazione delle forme di tutela (da quella accordata dal pretore Paconio all'atto denotato mediante il sintagma verbale '*utendum dare*' a quella concessa in seguito al '*commodatum*')¹³⁶, perché non incide direttamente sul tema alla nostra attenzione, ma su alcuni aspetti riguardanti la formula concessa a protezione del comodato. Infatti, Ulpiano apre il suo commento all'editto, affermando che il pretore promette di dare *iudicium* dal momento che sarà detto che qualcuno ha *dato in comodato*. Il giurista, riportando poi l'opinione di Labeone, parla per due volte della '*res*' che viene data in comodato ('*commodari*') e che è '*commodata*', con l'insistenza già rilevata sul mutamento nell'ontologia giuridica del bene. Dacché la protezione pretoria fa sorgere un '*actione teneri*' in capo al comodatario e la protezione è accordata perché la '*res*' è '*commodata*', mi pare del tutto lineare affermare che anche il '*re teneri*' delle *Res cottidianae* sia coerente con le prime informazioni di cui disponiamo sulla tutela edittale del negozio. Si tratterà poi di vedere come questo '*teneri*' si relazioni con il '*contrahere*' (*infra*, § 8), ma prima è utile acquisire ulteriori elementi di riflessione *in primis* sull'*actio in factum*, che è considerata dalla dottrina, in modo pressoché incontestato¹³⁷, la primigenia forma di tutela del comodato.

¹³⁶) Di recente, cfr. P. BIAVASCHI, *Profili antidogmatici del diritto romano: 'in fundo morari', 'precarium' di 'habitatio' e 'gratuita habitatio'*, in «Index», XXXVI, 2008, p. 266 s., A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 99 ss., e ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*, cit., p. 450 s.

¹³⁷) Cfr. G. SEGRÉ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in «Studi C. Fadda», VI, Napoli, 1906, p. 333 ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, p. 61 ss.), PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 61 ss., G.I. LUZZATTO, '*Commodati ... vel contra*', in Labeo, II, 1956, p. 89 ss., SCHERILLO, '*Comodato*', cit., p. 987, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 154 ss., 218 ss., CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 308 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 292), ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 32, 67 ss., TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 540 e 547, MARRONE, *Istitu-*

Questo il testo della formula dell'*actio commodati in factum* come ricostruito da Lenel¹³⁸, sulla base di Gai., *inst.* 4.47, ove si leggono le formule dell'*actio depositi* rispetto alle quali quelle dell'*actio commodati* sono dette essere '*similes*'¹³⁹:

C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerium N. Negidio rem qua de agitur commodasse¹⁴⁰ eamque A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N. Negidio A. Agerio condemnato; si non paret absoluito.

Anche la formula riflette quanto visto finora: la condizione positiva prevista nel-

zione², cit., p. 465, G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano. Sintesi*² (cur. F. Sitzia, L. Vacca), Torino, 1998, p. 407, A.R. MARTÍN MINGUIJÓN, *Fórmulas reconstruidas y acciones 'in factum conceptae'*, Madrid, 2001, p. 347 ss., BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., p. 463 s., L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, p. 130 s. e p. 138 e nt. 58, V. MAROTTA, in «Storia giuridica di Roma» (cur. A. SCHIAVONE), Torino, 2016, p. 190, L. SOLIDORO, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*², Torino, 2017, p. 489, A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 119 ss., e DI MARIA, *La responsabilità*, cit., p. 32 nt. 2. Sono molto risalenti le voci che attribuiscono una priorità diacronica all'*actio in ius*: cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlin, 1847, p. 216, A. THON, *Zur Lehre von den 'in factum actiones'*, in «ZSS.», II, 1863, p. 293, e O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Privatrecht, Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, 1901, p. 602. Di recente, tale posizione è ripresa, per quanto mi consta, solo da V.O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitraria alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in «Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche» – cur. C. Cascione, C. Masi Doria –, Napoli, 2002, p. 200, 219 e 273 ss.

¹³⁸) Cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 252, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 66 (n. 63), e MARTÍN MINGUIJÓN, *Fórmulas reconstruidas*, cit., p. 380 ss. e 619 ss. Si vedano anche MASCHI, *La categoria*, cit., p. 159 nt. 23, CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 309 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 293), e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 119. Propone una versione della formula leggermente differente, con riferimento all'oggetto modello '*mensa argentea*' di cui al testo gaiano, SCHERILLO, '*Comodato*', cit., p. 986: '*Si paret A. Agerium N. Negidio mensam argenteam commodavisse eamque A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniae iudex N. Negidio A. Agerio condemnato; si non paret absoluito*'.

¹³⁹) Gai., *inst.* 4.47: '*Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. SI PARET AVLVM AGERIVM APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVISSE EAMQVE DOLO MALO NVMERII NEGIDII AVLO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt*'.

¹⁴⁰) MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 66 nt. 232, ritiene probabile che nelle redazioni più antiche della formula si trovasse '*utendam dedisse*' in luogo di '*comodasse*'.

L'*intentio* è che l'attore (il comodante) abbia *dato* in *comodato* la *res* di cui si tratta ('*rem qua de agitur*')¹⁴¹ e quella negativa¹⁴² è che essa non sia stata restituita dal convenuto (il comodatario). Al centro si staglia la specifica '*res*' oggetto del prestito, che assume una funzione individualizzante per il processo e che si può ritenere dovesse essere chiaramente identificata¹⁴³. Si tratta di «un'azione *stricti iuris* volta a far riacquistare al comodante il bene concesso in prestito: in un contesto originario, nel quale probabilmente risalendo indietro nel tempo la restituzione della *res commodata* era affidata alla *fides* e alla *amicitia*, questa azione deve aver rappresentato il primo strumento concesso al comodante per poter riavere il bene»¹⁴⁴. Questo riferimento di Antonino Milazzo al carattere di stretto diritto della formula non può che suscitare il richiamo della formula *stricti iuris* per eccellenza, quella della *condictio*, che – nelle sue diverse declinazioni (anzitutto la *condictio certae pecuniae*¹⁴⁵ e la *condictio certae rei*¹⁴⁶) – si struttura sul '*dare oportere*' di un *certum* nell'*intentio* e sulla condanna a restituire (il '*tantundem eiusdem generis et qualitatis*' nella prima e il valore pecuniario nella seconda). E' la medesima struttura formulare dell'*actio commodati* e la vicinanza è facilmente intelligibile, se si ha riguardo agli elementi comuni: la gratuità che è consostanziale al prestito (sia di consumo sia di uso) e il fatto che l'obbligazione fondamentale di «colui che dà» pressoché si esaurisca con la *datio* stessa¹⁴⁷.

¹⁴¹ Ovviamente questa locuzione va distinta da quella '*qua de re agitur*' che si trova in numerose formule, dopo l'*intentio* o la *demonstratio*, e che indica semplicemente e in modo sintetico il *thema decidendum*; sul punto, di recente, a proposito della formula dell'*actio pigneraticia in factum* che riporta, come l'*actio commodati*, la locuzione '*rem qua de agitur*', cfr. PH. SCHEIBELREITER, *Zum Klagsziel der 'actio pigneraticia in personam contraria' in D.13,7,9pr.*, in «T.», LXXXVIII, 2020, p. 84 e nt. 160.

¹⁴² Di condizione negativa e positiva parla L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 10.

¹⁴³ Sul tema sono ancora utili le risalenti considerazioni di H. KRÜGER, *Die Worte 'qua de re agitur' und (res) 'qua de agitur' in den Prozeßformeln*, in «ZSS.», XXV, 1908, p. 388: «Denn die Identität der eingeklagten körperlichen Sache mußte für den gegenwärtigen Prozeß wie für etwaige spätere Prozesse, in die die Frage der Klagenkonsumption hineinspielen konnte, restlos festgestellt, die Sache selbst so genau beschrieben werden, daß eine Verwechslung mit anderen Sachen derselben Gattung ausgeschlossen war». Di recente, cfr. anche U. BABUSIAUX, *'Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteivillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München, 2006, p. 168 s. (ove altra bibliografia), e SCHEIBELREITER, *Zum Klagsziel*, cit., p. 84.

¹⁴⁴ A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 141.

¹⁴⁵ Cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 48 (n. 19).

¹⁴⁶ Cfr. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 49 (n. 22).

¹⁴⁷ Cfr. M.-TH. FÖGEN, *Vom Typenzwang des römischen Rechts am Beispiel des Realvertrags*, in «Spuren des römischen Rechts. Festschrift B. Huwiler» –cur. P. Pichonnaz, N.P. Vogt, S. Wolf –, Bern, 2007, p. 252. Sulle ulteriori prestazioni oggetto dell'obbligazione del comodante si ritornerà *infra*, § 6.

Lo stesso Wegmann Stockebrand non trascura la vicinanza tra l'azione in *factum* e la *condictio*, ma non sembra trarne le conseguenze dogmatiche che, a mio parere, appaiono più verosimili. Infatti, lo studioso rileva che l'*actio commodati* è un'*actio in factum*, di stretto diritto, come tale diretta alla restituzione del semplice valore della cosa; è una «kondiktionenartige 'reddere-Klage'¹⁴⁸, un'azione modellata sulla *condictio* e finalizzata al '*reddere*'. Wegmann Stockebrand individua in questa somiglianza – che vale anche per le azioni a tutela del *depositum* e del *pignus* – la ragione, da riconoscersi nelle strutture del processo, dell'avvicinamento didattico delle figure negoziali entro la categoria del '*re contrahere*' nelle *Res cottidianae*, ma lo presenta come una degenerazione rispetto alla sistematica precedente. A me pare che questa somiglianza di modello suffraghi le considerazioni che sto proponendo in merito alla realtà del comodato, dacché a modello dell'*actio commodati* è assunta proprio l'azione data a tutela del contratto reale per eccellenza, cioè il mutuo; inoltre, la separazione che Wegmann Stockebrand istituisce tra il piano processuale e quello sostanziale non mi sembra cogente: proporrò in seguito (*infra*, § 8) alcune considerazioni che possono condurre verso conclusioni opposte rispetto a quelle suggerite dallo studioso cileno.

E' opportuno rivolgere ancora un cenno al profilo del '*reddere*', ricordato anche da Wegmann Stockebrand come segno della somiglianza tra l'*actio commodati* e la *condictio*. Se tale profilo non appare compiutamente nelle parole di Quinto Mucio, esso è presente già in alcuni passi di Plauto (*Asin.* 2.4.38-39; *Aul.* 1.2.17), Terenzio (*Heeyr.* 5.34) e Cicerone (*Tusc.* 3.17)¹⁴⁹, ma s'incontra soprattutto in un testo ulpiano che appare di commento alla formula dell'*actio in factum* plausibilmente conosciuta anche da Quinto Mucio¹⁵⁰, come si ricava dal dianzi citato frammento (D. 13.6.5.3) in cui è menzionata la '*Quinti Mucii sententia*'¹⁵¹:

D. 13.6.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): Si redditā quidem sit res commodata, sed deterior redditā, non videtur redditā, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non redditā, quae deterior redditur.

¹⁴⁸ WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*', cit., p. 222. In generale, sulla funzione e sull'importanza delle *actiones in factum*, si veda, da ultimo, C. CORSETTI, *La creazione del diritto dal processo: il 'praetor' e le 'actiones in factum'*, in «La 'Giurisprudenza'. Una riflessione storico-giuridica. Raccolta di scritti del Seminario di studi interdisciplinari del Dottorato di ricerca in discipline giuridiche. Roma, 31 maggio 2018» – cur. R. Benigni, B. Cortese –, Roma, 2019, p. 59 ss., ove bibliografia.

¹⁴⁹ Cfr. PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 35 ss., ove altre fonti.

¹⁵⁰ Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 191 s., e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 119.

¹⁵¹ Per l'esegesi di questo frammento, cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 189 ss.

Sull'*actio in factum* si concentra – secondo Lenel¹⁵² – l'attenzione del giurista di Tiro nella maggior parte dei frammenti pervenuti dal libro XXVIII del suo commentario all'*edictum*. Tra questi frammenti vi è D. 13.6.3.1, ove Ulpiano afferma che, se una cosa data in comodato sia stata restituita deteriorata, essa appare come non restituita e perciò il comodatario può soccombere in un'*actio commodati*, a meno che non prometta di risarcire, in via stragiudiziale¹⁵³, il comodante, accettando di pagare l'*'id quod interest'*, ed evitando così una condanna al '*quanti ea res erit*'¹⁵⁴.

Di questo frammento sottolineo solo alcuni aspetti: intanto, la continua polarizzazione tra dazione e restituzione su cui si gioca il rapporto negoziale, ma poi soprattutto l'emersione del tentativo interpretativo di estendere i profili rilevanti nella valutazione giudiziale della fattispecie mediante l'estensione semantica della nozione di '*reddere*', che viene a rivestire il significato di restituzione della cosa con le medesime caratteristiche con cui è stata consegnata¹⁵⁵. Si tratta precisamente della '*ea ipsa res*' di cui parlano le *Res cottidianae*, che si pongono perciò in piena continuità e non in frattura con la riflessione giurisprudenziale classica. Soggiace a questa corrispondenza tra la cosa data e la cosa restituita il principio per cui attraverso il comodato non si trasferisce né la proprietà né il possesso, come affermano chiaramente Pomponio (5 *ad Sab.*, D. 13.6.8) e Ulpiano (2 *ad ed.*, D. 13.6.9).

I limiti dell'azione di stretto diritto sono limiti per eccesso e per difetto, come afferma Cerami¹⁵⁶: infatti, con questa azione il comodatario avrebbe potuto subire una condanna a versare il valore stabilito con l'*aestimatio* dell'in-

¹⁵²) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 580 e nt. 4, e *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 252 ss. Nonostante la diversa opinione recentemente suggerita da A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 143 ss., il quale ritiene che qui Ulpiano stia commentando il testo della formula *in ius*, mi pare più convincente la linea dottrinale maggioritaria che segue la posizione leneliana, dacché una tale concentrazione sul valore stesso del verbo '*reddere*' meno si spiegherebbe se ci si muovesse entro la latitudine di un '*oportere ex fide bona*'. Aderisco alla lettura di Lenel, *ex multis*, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 231 ss., C.M. TARDIVO, *Studi sul 'commodatum'*, in «AG.», CCIV, 1984, p. 242 s., P. VOCI, '*Diligentia*', '*Custodia*', '*Culpa*': i dati fondamentali, in «SDHI.», LVI, 1990, p. 136, CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 310 s. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 295), MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 52 nt. 117, e R. CARDILLI, *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in «AUPA.», LXI, 2018, p. 23.

¹⁵³) Cfr. PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 143, CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 310 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 294), e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 121.

¹⁵⁴) Cfr. S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, p. 6 nt. 1, e DI MARIA, *La responsabilità*, cit., p. 37.

¹⁵⁵) Da ultimo, cfr. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., p. 139, ove (nt. 62) bibliografia precedente.

¹⁵⁶) Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 309 s. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 294); cfr. anche MARTÍN MINGUIJÓN, *Fórmulas reconstruidas*, cit., p. 359, e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 122.

tera *res* anche laddove il deterioramento fosse stato lieve, mentre il comodante avrebbe avuto unicamente, al più, l'*aestimatio* al '*quanti ea res erit*', anche laddove la lesione dei suoi interessi fosse stata più grave. L'assunzione di questi limiti e l'attenzione agli interessi concreti delle parti porta probabilmente alla formazione della *formula in ius* (Gai., *inst.* 4.47)¹⁵⁷. Essa ha gli stessi soggetti, ma una differente portata¹⁵⁸, e consente una più piena considerazione dei gradi di responsabilità e di una certa reciprocità di prestazioni, comprese prestazioni e responsabilità del comodante ulteriori rispetto a quella di assicurare la detenzione della cosa, in forza dell'introduzione dell'*actio commodati contraria*¹⁵⁹. Rilevo soltanto – perché direttamente inerente al nostro percorso – che anche la formula dell'*actio in ius* ha nella sua *demonstratio* il riferimento alla dazione in comodato della *res*¹⁶⁰. Inoltre, questa attenzione agli interessi concreti cui un'azione di stretto diritto non può accordare rilevanza è un altro elemento che avvicina le dinamiche evolutive legate al comodato a quelle legate al mutuo¹⁶¹. Infatti,

¹⁵⁷) Sulla quale da ultimo, cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 140 ss. Per le ragioni della sopravvivenza nell'editto sia dell'*actio in factum* sia di quella *in ius*, da ultimo, cfr. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., p. 132 ss., ove discussione della dottrina precedente.

¹⁵⁸) Cfr. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., p. 240 nt. 22.

¹⁵⁹) SCHERILLO, '*Comodato*', cit., 991 s., MASCHI, *La categoria*, cit., p. 200 ss., CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 325 ss. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 315 ss.), E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Napoli, 2017, p. 93 ss., e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 219 ss., concordemente riconoscono – contro alcune voci più risalenti come quelle di B. BIONDI, '*Iudicia contraria*', in «AUPA», VII, 1918, p. 91 ss., e di G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'*, Torino, 1951, p. 29 ss. – solo per l'*actio comodati in ius* la possibilità di *iudicium contrarium*. Da ultimo, Sciandrello precisa che nella fase precedente all'introduzione dell'*actio in ius* la protezione del comodatario poteva essere assicurata mediante una *formula in factum concepta* concessa caso per caso dal pretore in via decretale. Per importanti considerazioni circa il rapporto tra l'*actio furti* e l'*actio commodati in factum* nel caso di *furtum usus*, alla luce del problema del rapporto tra doveri morali e obblighi giuridici (su cui a breve mi soffermerò) rinvio a FINAZZI, '*Amicitia*', cit., p. 829 ss.

¹⁶⁰) L'elemento è del tutto comprensibile se si considera la struttura stessa dell'*actio in ius* sulla quale è illuminante quanto scrive TALAMANCA, '*Processo civile*', cit., p. 54 nt. 388: «Nelle *formulae in ius conceptae* (...) attraverso l'indicazione dell'aspetto effettuale non si poteva non attingere, mediatamente, il fatto costitutivo degli effetti stessi, e cioè quello che era versato, direttamente, nelle *intentiones in factum conceptae* delle azioni onorarie così costruite: ed il giudice, che doveva stabilire l'esistenza di un diritto soggettivo, esistente sul piano del *ius civile*, non poteva esimersi dall'accertare i fatti costitutivi dello stesso secondo la disciplina civilistica».

¹⁶¹) Pure l'*actio in ius* manteneva (anche) la funzionalità restitutiva che contrassegnava l'*actio in factum*; sul punto, cfr. LUZZATTO, '*Commodati... vel contra*', cit., p. 357 ss., MASCHI, *La categoria*, cit., p. 326, TARDIVO, *Studi sul 'commodatum'*, cit., p. 248 ss., 276 ss., CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 312 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 297), M. SERRANOVICENTE, '*Custodiam praestare*'. *La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, 2006, p. 208 ss., B. VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali*, in «Actio in rem e actio in

nell'evoluzione del comodato il pretore viene a concedere un'azione di buona fede, mentre in quella del mutuo viene a concedere l'*actio de eo quod certo loco* e l'*actio de pecunia constituta*¹⁶², entrambe rivolte a dar rilievo a interessi altrimenti privi di tutela e peraltro entrambe previste nello stesso titolo XVII dell'Editto, ove è altresì collocata l'*actio commodati*.

Dunque, nel ribadire che la consegna della cosa riveste il ruolo di indice necessario perché un accordo di dare un bene nell'interesse di chi lo riceve entri nel mondo del diritto¹⁶³, e nel ribadire che la consegna non è solo indice, ma anche fondamento e misura delle obbligazioni che derivano dal vincolo perfezionatosi con il trasferimento¹⁶⁴ (in piena coerenza con il principio

personam. In ricordo di Mario Talamanca» – cur. L. Garofalo –, II, Padova, 2011, p. 249, e FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., p. 137 e nt. 54, ove anche discussione della dottrina contraria.

¹⁶²) Per queste considerazioni mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Pecunia constituta: ipotesi interpretative*, in «SDHL», LXXVII, 2011, p. 150 s.; cfr. anche, da ultimo, T. BOLTE, *Pecunia constituta. Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Köln, 2020, p. 144 ss. Sull'*actio de eo quod certo loco*, cfr. F. AMARELLI, *Locus solutionis. Contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*, Milano, 1984, F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco. Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento in diritto romano*, Milano 2009, e SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit., p. 40 ss.

¹⁶³) E' questo anche il retroterra dogmatico che motivò il mantenimento della previsione della realtà del comodato nel codice civile italiano del 1942, nonostante forti pressioni in senso opposto e la diversa scelta, ad esempio, del § 598 del BGB («Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten»). Si legge, infatti, nella Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al progetto preliminare del libro delle obbligazioni (1941): «Mi è parso opportuno mantenere al comodato il carattere reale che aveva nel diritto romano nonostante l'esistenza di una corrente di dottrina favorevole a una disciplina sotto il tipo del contratto consensuale. Il comodato dà luogo a rapporti giuridici che stanno ai margini di quelli di cortesia e perciò può essere eccessivo considerare perfetto il contratto prima ancora della consegna della cosa comodata»; cfr. *Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941)*, n. 545, in PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, cit., p. 509. Il mantenimento della realtà non derivò, dunque, dall'ossequio acritico a un retaggio romanistico, ma da una valutazione consapevole degli interessi dei consociati coinvolti in queste tipologie negoziali; cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 4, CENNI, *La formazione*, cit., p. 33, e SACCOCCIO, *L'eredità*, cit., p. 109; contra FUNAIOLI, *La tradizione*, p. 320 ss., e SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, cit., p. 10 ss. Sul valore del ricorso alla volontà e all'intenzione del legislatore concreto nell'interpretazione degli atti normativi (il c.d. argomento psicologico), per tutti, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in «Trattato di Diritto Civile e Commerciale» (dir. A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni), Milano, 1980, p. 364 ss., R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in «Trattato di Diritto Civile e Commerciale» (dir. A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger), Milano, 2004, p. 188 ss., ID., *Interpretare e argomentare*, in «Trattato di Diritto Civile e Commerciale», cit., Milano, 2011, p. 272 ss.

¹⁶⁴) Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II.1, Padova, 1960, p. 98. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit., p. 36 s., scrive: «in un ampio concetto di *re contrahere*

«omologico» muciano riportato da Pomponio in D. 46.3.80: «*cum re contraxerimus, re solvi debet*»¹⁶⁵, è pure ovvio che sia rilevante l'assetto di interessi concordato dalle parti, dacché la *datio* di per sé resta neutra e incolore e va perciò qualificata secondo il fine che le parti si prefiggono di raggiungere¹⁶⁶. Scrive Emilio Betti: «Il trasferimento è suscettibile, in astratto, di diversa qualificazione in ragione della diversa funzione che è chiamato ad adempiere nell'atto di privata autonomia: funzione, cui corrisponde un intento pratico volta in volta diverso»¹⁶⁷. Per questo motivo le fonti restituiscono un gran numero di specificazioni del fine¹⁶⁸ per cui la cosa è data in prestito d'uso¹⁶⁹: tali speci-

(...) la *traditio* della *res* (...) faceva sorgere l'obbligazione costitutiva, in quanto elemento 'obbligante', non solo [come] fondamento di essa, ma anche [come] misura della sua estensione, commisurandosi ad essa l'obbligo di restituzione».

¹⁶⁵ Su D. 46.3.80 si vedano, anche per altri riferimenti dottrinali, *ex multis*, R. FIORI, 'Contrabere' e 'solvere obligationem' in *Q. Mucio Scevola*, in «*Fides Humanitas Ius. Studii L. Labruna*», III, Napoli, 2007, p. 1955 ss., R. CARDILLI, 'Societas vitae' in *Cic. off.* 3, 70 e 'obligatio consensu contracta', in «BIDR.» CV, 2011, p. 189 s., R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in «AUPA.», LV, 2012, p. 553 ss., R. CARDILLI, 'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione, Napoli, 2016, p. 288 ss., M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, 2017, p. 61 ss., SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 204 ss., 488, e STOLFI, *I libri iuris civilis. Commento*, cit., p. 196 ss.

¹⁶⁶ Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 243.

¹⁶⁷ BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II.1, cit., p. 99.

¹⁶⁸ La pluralità di specificazioni è ragguardevole: *Reh. ad Her.* 4.51.64 ('*ait se aedes maximas cuidam amico ad nuptias commodasse*'), Gell., *noct. Att.* 6.15.2 (che riporta un'opinione di Quinto Mucio: '*sive quod utendum accepit ad aliam rem atque accepit usus est*'), D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 ad ed.: '*commodari ... ad pompam vel ostentationem*'), D. 13.6.4 (Gai. 1 *verb. sign.*: '*ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant*'), D. 13.6.5.7 (Ulp. 28 ad ed.: '*si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres*', '*si sic commodavi, ut ad bellum duceres*», '*si tibi commodavi [servum] ut in machina operaretur*') D. 13.6.5.8 (Ulp. 28 ad ed.: '*si [codicem] ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo*'), D. 13.6.5.10 (Ulp. 28 ad ed.: '*si ... commodavit ... quo honestius culta ad se deduceretur*'), D. 13.6.5.12 (Ulp. 28 ad ed.: '*rem tibi dedi ut creditori tuo pignori dares*'), D. 13.6.10.pr. (Ulp. 29 ad Sab.: '*si in eam rem usus est in quam accepit*'), D. 13.6.17.3 (Paul. 29 ad ed.: '*modum commodati finemque praescribere eius qui beneficium tribuit*', '*si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret*', '*si ad fulciendam insulam tigna commodasti*'), D. 13.6.18 (Gai. 9 ad ed. prov.: '*si in hoc commodata sit alieni res, ut eam rem peregre secum ferret*'), D. 13.6.23 ('*si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum*'), D. 19.5.17.3 (Pomp. 21 ad Quint. Muc.: '*commodaremus, ut opus faceret*'), D. 47.2.40 (Paul. 9 ad Sab.: '*qui iumenta sibi commodata longius duxerit*'), D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.: '*pondera tibi commodavi cum emeris ad pondus*'), D. 47.2.55.4 (Gai. 13 ad ed. prov.: '*ferramenta sciens commodaverit ad effrigendum ostium ... vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum*'), e D. 47.2.77.pr. (Pomp. 38 ad Quint. Muc.: '*qui re sibi commodata ... usus est aliter atque accepit*'). Per questo elenco, cfr. FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 122, il quale, in una comparazione con il precario, annota: «Non è possibile che sia mero caso che nella serie di testi concernenti il commodato sia di regola menzione dello scopo particolare, mentre in quella dei testi concernenti il precario tale scopo non appare mai. Qui la cosa è messa a disposizione del precarista, perché se ne valga come crede. E questa è pur anche una delle ragioni

ficazioni – determinate «sia dalla natura e destinazione sociale della cosa, sia dalla volontà dei contraenti»¹⁷⁰ – modellano l'effettivo dispiegarsi degli effetti della fattispecie negoziale integratasi con la *datio rei*¹⁷¹ e sono assai rilevanti in ordine alla valutazione della responsabilità¹⁷², valutazione per la quale la formula di buona fede – pienamente idonea a valutare le modulazioni dell'*utilitas contrabentium*¹⁷³ – si rivela assolutamente funzionale.

6. La realtà del comodato tra 'officium' e 'obligatio'

Un esteso frammento di Paolo – oggetto di frequente attenzione da parte dei romanisti¹⁷⁴ e, di recente, degli interessi di Giuseppe Falcone¹⁷⁵, Enrico Sciadrello¹⁷⁶ e Antonino Milazzo¹⁷⁷ – mi pare restituisca, significativamente con-

per cui, ove non sia diversa la volontà delle parti, il precarista, a differenza del commodatario, suole possedere».

¹⁶⁹) Cfr. GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., 36 (= in «Affari, finanza», cit., p. 386).

¹⁷⁰) G. COPPOLA BISSAZZA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2021, p. 403. L'importanza di queste determinazioni appare già chiara nella definizione di comodato di Donello: «Commodare est rem quae non consumitur usu mobilem seu immobilem utendam gratis dare praescripto utendi fine aut modo» (cfr. *Hugonis Donelli Jurisconsulti et Antecessoris Opera omnia. Commentariorum de Jure Civili Tomus Tertius*, cit., p. 995). G. CICOGLIA, *Ancora sull'uso nel comodato*, in «BIDR.», XIX, 1907, p. 235 ss., concludeva, dall'esame di alcune delle fonti appena citate, che non si può concludere un comodato che non sia determinato, anche implicitamente, nel fine.

¹⁷¹) Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 541.

¹⁷²) Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 168 ss., 189 ss.

¹⁷³) Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 446 ss., e GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 34 ss. (= in «Affari, finanza», cit., p. 384 ss.).

¹⁷⁴) Cfr. FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 197 ss., PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 32 ss., SCHERILLO, 'Comodato', cit., p. 981, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 306 s., MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 594 s., J. PARICIO, *La pretendida fórmula 'in ius' del comodato en el Edicto pretorio*, in «RIDA.», XXIX, 1982, p. 241, D. NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13,6,17,3*, in «Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein», Stuttgart, 1993, p. 267 ss., CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 304 ss. (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 287 ss.), A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili di interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini», cit., p. 163 s., ID., *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in «Affari, finanza e diritto», cit., p. 75, FALCONE, 'Obligatio est iuris vinculum', cit., p. 177 ss., M. RUNDEL, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster, 2005, 189 ss., e DI MARIA, *La responsabilità*, cit., p. 44 s.

¹⁷⁵) Cfr. G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed. - D. 13.6.17.3 ('officium', 'beneficium', 'commodare')*, in «AUPA.», LIX, 2016, p. 241 ss., e *La definizione di 'obligatio'*, cit., p. 143 ss.

¹⁷⁶) Cfr. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 108 ss.

¹⁷⁷) Cfr. A. MILAZZO, *Obbligazione del comodante e sinallagmaticità del comodato: riflessioni in margine a D. 13.6.17.3*, in «Jus-online», V, 2020, p. 1 ss. (*estr.*).

vergenti, le linee ermeneutiche appena presentate:

D. 13.6.17.3 (29 *ad ed.*): Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac 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 caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

Nell'argomentare paolino – sulla cui genuinità e classicità¹⁷⁸ sostanziale non vi è pressoché più discussione in dottrina¹⁷⁹ – trova evidente emersione una questione testé considerata a proposito della formazione e dell'instaurazione di un rapporto di comodato: la relazione che vede, da un lato, l'atteggiarsi piuttosto fluido del polo etico, con i moventi morali, la libera volontà, la benevolenza, la cortesia; dall'altro lato, il consolidarsi vincolante del polo giuridico, con la costituzione di rapporti obbligatori¹⁸⁰. Infatti, il giurista severiano precisa immediatamente, con una puntualizzazione icastica e definitiva, che dare in comodato dipende più dalla volontà e dal dovere che dalla necessità (*“voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare”*)¹⁸¹. Ne consegue che

¹⁷⁸) Basti dire che G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1920, p. 209, e F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in «ZSS.», LXXI, 1954, p. 157, 204, ritenevano il frammento una parafrasi o un lacerto di un trattato giuridico postclassico.

¹⁷⁹) Da ultimo, cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 244, ID., *La definizione di 'obligatio'*, cit., p. 144 nt. 199, SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 109, e A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., 4 s. Per riferimenti bibliografici circa le molteplici ipotesi di interpolazioni nel frammento, cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, p. 41 ss., e *'Amicitia'*, cit., p. 730 s. Tra le voci degli ultimi decenni, che ancora contestano l'affidabilità del testo, ricordo quelle di PARICIO, *La pretendida fórmula*, cit., p. 241 e di I. CREMADES UGARTE, *El 'officium' en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Salamanca, 1988, p. 106.

¹⁸⁰) Per questa prospettiva esegetica, cfr. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., p. 267 ss., MANTELLO, *Un'etica*, cit., p. 161 ss., FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 730 s., GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 43 ss. (= in «Affari, finanza», cit., p. 393 s.), e A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 6 ss.

¹⁸¹) E' suggestivo che la contrapposizione tra libertà e necessità segni anche l'inizio

stabilire modalità e durata del prestito gratuito – indicato come ‘*beneficium*’ – spetta al comodante¹⁸², *ma*, una volta che la cosa sia stata data in comodato, il comodante non può «tornare indietro» (*retro agere*)¹⁸³, fissare un termine differente, privare anzitempo della possibilità d’uso della *res commodata*. A impedire questa possibilità al comodante – e il punto è decisivo – non è soltanto l’*officium* (*non officium tantum impedit*), cioè quel dovere morale¹⁸⁴ proprio del polo etico che lo ha mosso a effettuare la dazione della cosa prestata, *bensì anche* (*sed et*) l’obbligazione sorta con la consegna e la ricezione della *res* (*inter dandum accipiendumque*)¹⁸⁵. Falcone¹⁸⁶ nota opportunamente che la costruzione sintattica con la preposizione ‘*inter*’ congiunta al gerundio è volta a indicare una prospettiva temporale, rivestendo il senso di «durante», «nel momento in cui» ed è da leggersi in consentaneità con i passaggi ‘*cum id fecit, id est postquam commodavit*’ e ‘*ut appareat, quod principio beneficij ac voluntatis fuerat*’. Tale prospettiva non riguarda certamente il momento della restituzione¹⁸⁷, ma «il momento dell’incontro tra il *dare* da parte del comodante e l’*accipere* da parte del comodatario, che perfeziona il contratto»¹⁸⁸. Pertanto, ancora una

– perfino poetico – del già citato commento di BRUNORI, *Del comodato*, cit., p. 1, al capo sul comodato del codice civile italiano: «C’è un campo – assai seducente, anche per i giuristi – ed è quello che si stende, non sotto la ferrea volta del diritto, ma sotto il più libero cielo del costume, della cortesia, dell’amicizia. Legami, anche qui, s’intrecciano, acquistando in leggerezza e levità quel che hanno in meno di forza e di vigore. Gli è che, mentre nel campo del diritto, impera solenne la *necessità*, un’aura di libertà qui spira solenne; e, mentre là vige la costanza, la *immutabilità*, qui, se non vige, è permessa la dolce possibilità di dir sì come di no; ed anche di dir di no dopo aver detto di sì, salvo (com’è naturale) a fare i conti con la propria coscienza, e con le reazioni dell’ambiente sociale». La figura di Brunori, giurista e avvocato di particolare originalità, è stata ricordata, nel contesto di una commemorazione di Piero Calamandrei, da P. GROSSI, *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LXIII, 2009, p. 865 ss.

¹⁸² Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 305 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 288), e A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 6.

¹⁸³ Per l’importanza di questo elemento come criterio discreetivo rispetto al rapporto di precario dove la stabilità del trasferimento è in ogni momento rimessa alla benevolenza e discrezione del concedente, cfr. ZANNINI, *Comodato, precario*, cit., p. 2869 ss.

¹⁸⁴ Per un’estesa discussione del valore della nozione di dovere morale per come deve essere inteso nell’esegesi di questa fonte, cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 248 s.

¹⁸⁵ Per la genuinità di questa espressione, da ultimo, cfr. FALCONE, *op.ult.cit.*, p. 244, che si oppone alle emendazioni con la locuzione ‘*inter dantem accipientemque*’ di FR. EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in «ZSS.», XXX, 1909, p. 113 e nt. 1, e di E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria ‘contrabere’ in giuristi proculiani e sabiniiani*, in «BIDR.», XXVIII, 1915, p. 18.

¹⁸⁶ Cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 244.

¹⁸⁷ Come afferma impropriamente MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 595 nt. 7.

¹⁸⁸ FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 244 s.

volta, al centro sta la consegna.

Dalla fluidità della formazione della deliberazione morale si passa, con il 'dare' e l' 'accipere', alla coercizione del vincolo giuridico¹⁸⁹. Ciò è espresso da Paolo mediante un'elegante contrapposizione, di matrice stoica, fra 'voluntas' e 'officium' e fra 'necessitas' e 'obligatio'¹⁹⁰, che vede il legame giuridico diretto non a sostituire, bensì a compiere il legame etico¹⁹¹, conferendogli coercibilità e tutela¹⁹². Il passaggio da un polo all'altro, significato e determinato dalla *traditio*, è lo snodo genetico del contratto, che, nell'*iter* formativo del negozio, marca la chiusura della fase precontrattuale delle trattative. Rispetto a questa fase il punto di vista di Paolo si focalizza sul piano della libertà del (futuro) comodante, colui che può o meno concedere in prestito un proprio bene a un altro, in forza delle proprie valutazioni soggettive e del proprio rispetto dell'*officium*, cioè della sfera di doveri che presiedono *in primis* ai rapporti di paren-

¹⁸⁹) Rileva U. SANTARELLI, 'Comodato nel diritto medievale e moderno', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», III, Torino, 1988, p. 34, come la consegna segni «il momento nel quale l'atto di liberalità assume i connotati del *negotium invicem gestum* ed il rigore della *suscepta obligatio*»; da ultimo, cfr. anche A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 6 nt. 13.

¹⁹⁰) Per l'esame del retroterra filosofico del linguaggio e della argomentazione paolina, con il rilievo in particolare delle assonanze con Cic., *off.* 2.84 e Sen., *benef.* 5.19.8, cfr. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., p. 267 ss., G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener», cit., p. 671, MANTELLO, *Un'etica*, cit., 163 s., FALCONE, 'Obligatio est iuris vinculum', cit., p. 177 ss., e ID., *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 247 ss. D'altra parte, FINAZZI, 'Amicitia', cit., p. 739 s., suggerisce di non accentuare eccessivamente l'importanza delle categorie filosofiche nella ricostruzione del pensiero paolino e rileva che, quantunque il giurista abbia fatto ricorso a concetti propri della filosofia morale, egli ha comunque uno scopo pratico e in senso stretto giuridico: determinare il momento in cui sorge il vincolo rilevante per il diritto. A questa soluzione Paolo sarebbe potuto giungere anche senza particolari conoscenze filosofiche, benché con un'argomentazione meno elegante. Per un inquadramento molto recente della formazione culturale di Giulio Paolo, da cui emerge il suo uso – consapevole e rispettoso della tradizione ricevuta – del patrimonio giuridico e speculativo del passato, si vedano le illuminanti pagine di M. BRUTTI, *Il tempo delle crisi e il pensiero di Giulio Paolo: i libri decretorum*, in «Iulius Paulus, Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex» (cur. M. Brutti), Roma-Bristol (CT), 2020, p. 3 ss., e *Le violenze politiche e il valore del passato. Un'ipotesi su Giulio Paolo*, in «AUPA.», LXIII, 2020, p. 19 ss.

¹⁹¹) Di «senso meramente etico della solidarietà» parla, a proposito della nozione di *officium* in D. 13.6.17.3, NEGRI, *La gestione d'affari*, cit., p. 671.

¹⁹²) Con la menzione delle 'actiones civiles' il giurista fa probabilmente riferimento alle sole *actiones commodati in ius*, diretta e contraria, essendo l'*actio in factum* solo diretta; con ciò ben si spiega l'emersione del rilievo della responsabilità del comodante. Questa interpretazione, cui accedo, è stata di recente difesa da FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.2, cit., p. 43 s., ID., 'Amicitia', cit., p. 732, e A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 8. Più sfumata è la lettura di FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 245 nt. 13, il quale ritiene che Paolo non potesse non considerare il dato che il comodante avesse anche a disposizione l'*actio in factum*.

tela, amicizia e vicinato¹⁹³. Ovviamente il comodatario con la propria ricezione della cosa (o con il rifiuto) esprime accettazione (o diniego) delle condizioni poste dal comodante per la conclusione del negozio¹⁹⁴.

Paolo prosegue poi con due esempi che confermano il principio enucleato nella prima parte del frammento¹⁹⁵. Il comodante che abbia prestato al comodatario tavolette cerate (*pugillares*), perché quest'ultimo potesse registrarvi un'obbligazione di un suo debitore, non le può richiedere *'importune'* (da intendersi come prima che le *'pugillares'* siano state usate per lo scopo per cui sono state date in comodato). Le tavolette si sarebbero potute plausibilmente richiedere quando il debitore del comodatario avesse adempiuto l'obbligazione indicata nel supporto documentale, o questa si fosse estinta, o le tavolette stesse fossero state prodotte in un processo di cognizione avverso il debitore e fosse stata emessa una sentenza passata in giudicato: insomma, quando si fosse soddisfatta l'*utilitas* specifica del comodatario, in forza della quale era stato concluso il contratto¹⁹⁶. Rileva sottolineare come tale *utilitas* s'interreli alle caratteristiche stesse della cosa oggetto del comodato (come si evince chiaramente anche da D. 13.6.18.3, Gai 9 *ad ed. prov.*)¹⁹⁷, a ulteriore riprova dell'importanza della *res* nella fattispecie negoziale. L'altro esempio paolino conferma questa considerazione: in un comodato di travi da utilizzare per puntellare un edificio (*'ad fulciendam insulam tigna'*), il comodante non può richiedere anzitempo – ad esempio prima del restauro o del crollo dell'edificio – la restituzione delle travi ed è anche responsabile qualora le abbia, consapevolmente, consegnate difettose¹⁹⁸. Interessante, la *ratio* della respon-

¹⁹³ Cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 247 ss., e A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 6.

¹⁹⁴ Cfr. U. VINCENZI, *Sistemi legali e criteri di decisione extralegali*, in «Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico» (cur. D. Castellano), Padova, 2002, p. 169 s. (= U. VINCENZI, *L'universo dei Giuristi, Legislatori, Giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, p. 112 s.), e FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 731.

¹⁹⁵ Sui quali, cfr. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 733 s.

¹⁹⁶ Tale *utilitas* del comodatario persiste addirittura dopo la sua morte, come evidenza, di recente, DI MARIA, *La responsabilità*, cit., p. 46, a proposito della responsabilità dell'erede del comodatario.

¹⁹⁷ D. 13.6.18.3 (Gai 9 *ad ed. prov.*): *'Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est'*; cfr. A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 18 s.

¹⁹⁸ La frase *'aut etiam sciens vitiosa commodaveris'* è stata censurata come insiticia da K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, Leipzig, 1924, p. 37 s., SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., p. 130, e da PROVERA, *Contributi*, cit., p. 105 s. Molto di recente FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 246 s., nota che un aspetto di fragilità nell'economia del frammento può in effetti rilevarsi: mentre negli altri due esempi si tratta di una richiesta anticipata della restituzione, qui viene in gioco un'altra fattispecie che riguarda un diverso profilo di responsabilità. Solo immaginando che Paolo abbia vo-

sabilità, rimarcata da Paolo in una chiusa di caratura parenetica¹⁹⁹: da un *beneficium*, quale normalmente è (ed è necessario che sia) il comodato²⁰⁰, deve derivare un'utilità non un danno; è questa la *ratio* che probabilmente sottostà all'introduzione dell'*actio commodati contraria*²⁰¹.

Proietta non poca luce sul frammento in esame e sui temi che si stanno trattando una considerazione generale di Umberto Santarelli: «allo storico dell'esperienza giuridica romana sarebbe preclusa una corretta intelligenza dell'*iter* storico percorso dal comodato come figura contrattuale tipica, se egli non avesse costantemente fisso lo sguardo a quell'entroterra metagiuridico nel quale in realtà si era venuto lentamente plasmando quel che più tardi è emerso al livello dell'ordinamento»²⁰². I profili metagiuridici dell'*'officium'* e del '*beneficium*', pre-

luto giustapporre casi in cui il comodatario subisce un danno e può esperire un *iudicium contrarium* potrebbe salvarsi la genuinità. Sul punto si veda, *amplius*, SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 112 ss.

¹⁹⁹) Cfr. F. CANCELLI, '*Ufficio (diritto romano)*', in «ED.», XLV, Milano, 1992, p. 613, e FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 258.

²⁰⁰) Commenta FALCONE, *op. ult. cit.*, p. 258: «pur se l'elemento-chiave del ragionamento paolino è il contrappunto tra la libera formazione della volontà di *commodare* e la necessità di comportamenti una volta che il contratto è concluso ('*suscepta obligatio*'; '*geritur negotium*') e pur se, in quest'ottica, il giurista sottolinea con forza la vicenda del subentrare del vincolo e della coercibilità del rapporto obbligatorio ('*quod principio beneficium ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles*'), l'*officium* con la sua doverosità morale continua ad essere avvertito come presente e come esercitante un ruolo: non più, adesso, sollecitatore di un comportamento (il '*commodare*'), bensì impeditore di una condotta contraria allo spirito di solidarietà e *beneficentia* (la prematura richiesta della cosa comodata): *non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio*. Anzi, a ben guardare, l'articolazione interna di questa affermazione rivela che la persistente presenza ed operatività dell'*officium* viene come data per scontata, come una base certa rispetto alla quale la portata ostativa dell'intervenuta *obligatio* costituisce aggiunta di una prospettiva ulteriore».

²⁰¹) Cfr. FALCONE, *op. ult. cit.*, p. 247, ove può trovarsi la discussione di ulteriori problemi esegetici. Il principio '*adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*' fu oggetto di ampia riflessione nella canonistica medievale e nella seconda scolastica, che si affaticò per limitare alcune tensioni causate dalla rigida interpretazione della non-revocabilità anticipata del comodato, per come interpretata dai Glossatori e dai civilisti successivi. Il principio paolino viene anche espressamente richiamato dalla Decretale sul comodato di Gregorio IX «*Quum gratia - quum non decipi beneficio nos oportet, sed iuvari*»; cfr. *Corpus Iuris Canonici, Pars II, in qua decretalium collectiones continentur* (cur. Æ.L. RICHTER), Leipzig, 1839, p. 498. È interessante notare come i tentativi dei canonisti e degli scolastici si siano appuntati sulla distinzione tra il *forum externum* del diritto, con la sua rigidità, e il *forum internum* della coscienza, che permette una duplicità di soluzioni, se il rigore del primo ambito si fosse mutato in ingiustizia concreta. Anche in questi snodi della tradizione di *ius commune* emerge il rapporto inestricabile, ma mai scontato, tra diritto e morale ben lumeggiato da Falcone nel contributo appena citato. Per la qui appena accennata elaborazione giuridica e teologica del diritto comune, cfr. SANTARELLI, '*Commodo Utentis Datum*', cit., p. 67 ss.

²⁰²) SANTARELLI, '*Commodo Utentis Datum*', cit., p. 4. Lo stesso Santarelli, alle p. 64 s., commentando il testo paolino non trae profitto da questa intuizione e scrive che «dal-

esistenti alla tipizzazione negoziale, dispiegano la loro carica assiologica, anche *dopo* – e direi anche *in forza* – del transito del rapporto dal piano della libertà intersoggettiva ed etica a quello della necessità e coercibilità giuridica.

Nel passo paolino mi pare altresì confermato in modo inequivoco quanto finora più volte rimarcato: è la consegna – latamente intesa quale dazione e ricezione, come emerge dal tenore testuale del frammento – a generare il passaggio dal polo etico a quello giuridico²⁰³ e l'effetto della consegna è quello di permettere il dispiegarsi di una complessiva relazione negoziale. Ma questo dispiegamento accade solo '*postquam commodavit*'²⁰⁴, non per il semplice consenso o per la mera volontà²⁰⁵. A differenza di quanto scrive Cannata, si deve apprezzare come nel comodato la consegna non costituisca semplicemente l'elemento obbligante, nel senso ristretto del rappresentare l'elemento – supposto dallo schema negoziale – da cui deriva l'obbligazione restitutoria²⁰⁶, ma sia l'elemento che induce il transito del rapporto dal piano del pregiudiziale dei rapporti di cortesia, di benevolenza e anche degli impegni non giuridicizzati, al piano del diritto. E' l'effettiva consegna l'elemento che giuridicizza il rapporto inteso in tutta la sua latitudine negoziale, dacché con la *datio rei* l'accordo stesso, espressione complessiva degli interessi dei consociati contraenti, assume giuridicità²⁰⁷. Con la dazione e la ricezione acquisi-

Pofficium ... si l'intero istituto è emerso, ma [se ne] è definitivamente distaccato dal giorno che ha trovato una sua precisa collocazione nell'ambito della tipicità negoziale, nel quale soltanto il giurista può e vuole considerarlo». La maggiormente articolata opinione di Falcone appena presentata mi pare più corrispondente al tenore testuale del frammento.

²⁰³ Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 318 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 305), il quale invoca il frammento paolino come prova della classicità della categoria del contratto reale. *Contra* CANCELLI, '*Ufficio*', cit., p. 613, il quale ritiene che Paolo riconoscebbe «una certa obbligatorietà già nel vincolo sociale»; si vedano anche le obiezioni a Cancelli di FINAZZI, '*Amicitia*', cit., p. 731, ove altra letteratura.

²⁰⁴ Cfr. PASTORI, *Il contratto di comodato*, cit., p. 85.

²⁰⁵ Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 305 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 288), e A. MILAZZO, *Obbligazione*, cit., p. 8, il quale rileva che il '*commodare*' comporta e implica la *traditio* della *res*, ma anche il complesso intreccio di interessi negoziali che le parti vogliono realizzare con il contratto.

²⁰⁶ Sembrano risuonare, nel retroterra della lettura di Cannata, le note della dottrina pandettistica (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1900-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, rist. Torino, 1925, II, p. 431), che configura la categoria dei contratti di restituzione come includente fattispecie comportanti l'obbligo di restituzione di una cosa, indipendentemente da quando e come sia stata ricevuta; per una critica a tale configurazione, cfr. PASTORI, *Il contratto di comodato*, cit., p. 18.

²⁰⁷ Opportunamente FINAZZI, '*Amicitia*', cit., p. 731 e nt. 547, rileva che l'espressione, piuttosto equivoca, '*geritur enim negotium invicem*' non si riferisce alla conclusione del negozio, ma alla produzione degli effetti del negozio stesso, in capo a entrambe le parti, come ben s'inferisce dalla successiva menzione del '*gerere*' in riferimento alla gestione degli affari altrui, per la quale non si ravvisa la conclusione di un contratto, bensì il

scono, infatti, giuridicità la consegna in sé stessa²⁰⁸, l'obbligazione di 'reddere' la *res*, l'eventuale inadempimento di tale obbligazione, i criteri di imputazione di questo inadempimento, la responsabilità per i vizi dell'oggetto, ma anche le obbligazioni in capo al comodante (anzitutto quella di permettere l'uso del bene prestato per il tempo necessario al conseguimento dell'*utilitas* convenzionalmente fissata), da questi volontariamente assunte.

Non si può trascurare un altro aspetto di D. 13.6.17.3: Paolo giunge a parlare di '*mutuae praestationes*' e reiteratamente impiega l'avverbio '*invicem*' a indicare come nel comodato non solo sia (ovviamente) reciproco l'accordo fondamentale, ma lo siano – pur nella dinamica del tutto peculiare della gratuità – anche le obbligazioni che dalla sua conclusione derivano²⁰⁹. Questo complesso di situazioni giuridiche, correlate allo specifico rapporto contrattuale, nasce dalla consegna²¹⁰, che, dunque, riveste ben altra funzione giuridica rispetto a quella – ridotta e 'degradata' alla fase esecutiva – sostenuta da Cannata.

A proposito di quest'ultimo profilo un'assai recente posizione di Anto-

prodursi di effetti giuridici in capo a gestore e gerito.

²⁰⁸) Nella civilistica contemporanea, LUMINOSO, '*Comodato, I. Diritto civile*', cit., p. 3, e *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in «Trattato di Diritto privato» (dir. G. Iudica, P. Zatti), Milano, 1995, p. 648, nota che la consegna è un «elemento di struttura» del contratto di comodato, inerente alla fase genetica e non esecutiva, ma che a essa deve applicarsi la disciplina propria del negozio – ad esempio, quanto alla capacità e ai vizi della volontà – e non quella propria dell'adempimento delle obbligazioni. Penso si possa trovare conferma dell'operatività di questo principio anche nel diritto romano se si prendono in considerazione anzitutto i frammenti che disciplinano la consegna e la ricezione di una *res commodata* da parte di soggetti *alieni iuris* (D. 13.6.1.2, Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.2, Paul. 29 *ad ed.*, e D. 13.6.3.4-5, Ulp. 28 *ad ed.*), nei quali si scorge come sia rilevante la capacità (anche fisico-psicologica) di disporre di una *res*. La centralità della cosa consegnata per la configurabilità stessa, in radice, del comodato si evince poi alla luce dell'impossibilità di dare in comodato '*id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem*' (D. 13.6.3.6, Ulp. 28 *ad ed.*; cfr. anche D. 13.6.4, Gai. 1 *de verb. obl.*). L'inconsumabilità del bene è requisito necessario per distinguere il prestito d'uso da quello di consumo, dunque per qualificare il contratto e addirittura per renderlo valido: ancora una volta la *res*, finanche nelle sue caratteristiche essenziali, è centrale nel regime del negozio. Sul comodato che coinvolge *personae alieni iuris*, da ultimo, cfr. J.D. HARKE, '*Actio utilis*'. *Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Berlin, 2016, p. 101, e A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 122 ss.; sulla questione del prestito di cose consumabili si vedano le recenti considerazioni di F. TERRANOVA, *Nota minima sul comodato c.d. 'ad pompam vel ostentationem'*, in «AUPA», LIX, 2016, p. 317 ss.

²⁰⁹) Il tema è ampiamente trattato da A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 171 ss., e *Obbligazione*, cit., p. 9 ss. Si ricordi quanto si legge in Gai., *inst.* 3.155, a proposito di un altro contratto gratuito, il mandato: '*... contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*'. Cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 245 nt. 10.

²¹⁰) Cfr. GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 42 (= in «Affari, finanza», cit., p. 392).

nino Milazzo ritengo imponga una puntualizzazione. Lo studioso mette opportunamente in luce il valore, per la configurazione dogmatica dell'istituto, del riferimento paolino alle *'mutuae praestationes'*: si tratta di vere e proprie obbligazioni che ricadono su entrambe le parti e che sono coercibili con distinte azioni processuali (*in ius*)²¹¹. Milazzo sostiene che un regolamento d'interessi siffatto debba essere ricondotto entro l'area dei contratti bilaterali a prestazioni corrispettive e non entro quella dei contratti bilaterali imperfetti, alla quale lo riporta la dottrina più autorevole²¹². Anche a me pare necessario riservare una più accurata attenzione alle molteplici obbligazioni che gravano sul comodante una volta che abbia concluso il contratto; questa attenzione consente altresì di dare il giusto rilievo al più volte rimarcato passaggio dal polo del pregiudiziale a quello del giuridico, segnato dalla *traditio*. Nella dinamica negoziale concreta del rapporto di comodato si può percepire un'effettiva bilateralità²¹³, che sostanzia peraltro l'*actio contraria*²¹⁴. Nondimeno, ritengo altrettanto necessario mettere in luce, con maggiore decisione, due aspetti, che certamente Milazzo presuppone, ma che possono essere maggiormente evidenziati: la definizione di bilateralità e il profilo della gratuità.

E' dirimente, infatti, chiarire cosa s'intenda per bilateralità: mentre una parte, anche molto autorevole, della dottrina²¹⁵ riconosce nel «contratto bilaterale» il «contratto sinallagmatico o a prestazioni corrispettive», nel quale perciò si danno obbligazioni tra loro interdipendenti in capo a tutte le parti del rapporto, un'altra parte distingue il «contratto bilaterale» da quello sinallagmatico, individuando nel secondo una *species* del primo²¹⁶. Secondo questa

²¹¹ Il profilo dell'azione – infatti si fa parola di *'mutuae praestationes actionesque'* – è probabilmente quello centrale nel pensiero del giurista: cfr. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 110.

²¹² *Ex multis*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1984, p. 313, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 547, PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 321, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1994, p. 424, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 445, e SOLIDORO, in LOVATO, PULLATTI, SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 495 s). GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 869, scrive, invece, che nessuna obbligazione sorgeva in capo al comodante.

²¹³ Cfr. SCHERILLO, *'Comodato'*, cit., p. 992, e FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 732 e nt. 548, il quale condivisibilmente si oppone alle voci, pur autorevoli (cfr. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrabere'*, cit., p. 18, PROVERA, *Contributi*, cit., p. 32 s., e GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, p. 121), che contestavano la genuinità del riferimento alla bilateralità degli effetti, dacché ritenuto incompatibile con la presunta sostanziale unilateralità del comodato.

²¹⁴ Cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 245, e SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 110.

²¹⁵ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 537 ss.

²¹⁶ Cfr. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 423 s. Per un inquadramento sul problema, cfr. S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, in «Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale» (*cur.* L. Garofalo), Padova,

seconda prospettiva, che mi pare più puntuale, si può, pertanto, ritenere di trovarsi dinanzi a un «contratto bilaterale» (in questo senso perfettamente e non imperfettamente bilaterale), quando nascono obbligazioni in capo a tutte le parti coinvolte, senza che tra di esse vi debba essere un necessario vincolo di corrispettività²¹⁷ e senza che le obbligazioni delle parti siano tra loro in relazione sinallagmatica. Mi pare, dunque, più appropriato parlare di «contratto bilaterale» senza coinvolgere il tema della corrispettività delle prestazioni; su questo aspetto, mi distacco, pertanto, dalla posizione di Milazzo. C'è poi l'altro aspetto poco rimarcato dallo studioso, quello della gratuità. Infatti, Milazzo, ribadita l'assenza di un corrispettivo da parte del comodatario, sostiene che sia «la presenza di un necessario interesse economico del comodante» a connotare «peculiarmente il contratto di comodato, servendo proprio esso, e non la consegna 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 giuridico»²¹⁸. Poste tali premesse egli dichiara di non condividere la posizione di Garofalo, il quale ritiene che resti al di fuori della cornice contrattuale l'eventuale interesse di natura economica del comodante²¹⁹.

A mio sommessimo parere, il riferimento a un «necessario» interesse economico del comodante non trova riscontro nelle fonti giuridiche romane, le quali piuttosto presuppongono come situazione ordinaria quella in cui il contratto soddisfi l'*utilitas* del comodatario, come si legge chiaramente in D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur*'. Ovviamente un interesse del comodante può ben esserci e si coglie chiaramente da D. 13.6.5.10 (Ulp. 28 *ad ed.*)²²⁰, ma questo non rientra nell'equilibrio giuridico *necessario* del negozio, precisamente perché è un negozio gratuito. Preferisco perciò, a differenza di Milazzo, aderire all'opinione di Garofalo, il quale evidenzia il valore della consegna della cosa pro-

2011, p. 332.

²¹⁷ Sul punto, cfr. anche L. LANTELLA, '*Ultero citroque*': appunti teorici e storici sulla 'lateralità' degli atti, in «Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre) in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, p. 87 ss.

²¹⁸ A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 8. Questa osservazione rappresenta il «filo rosso» di tutta l'indagine di Milazzo, come punta opportunamente E. SCIANDRELLO, *rec.* a A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., in «Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto», IX, 2019, p. 495 ss.

²¹⁹ Cfr. GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 14 ss. (= in «Affari, finanza», cit., p. 363 ss.).

²²⁰ Sul punto, cfr. L. GAROFALO, *Sul comodato nell'interesse del comodatario e del comodante*, in «Un giurista di successo. Studi A. Gambaro», II, Milano, 2017, p. 1061 ss. (= *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovissimi saggi*, Napoli, 2019, p. 67 ss.).

prio interrelandola alla gratuità del negozio e nota che nei contratti gratuiti a mancare, rispetto a quelli onerosi, è la «reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici giuridici»²²¹. Pertanto, quello che non si può considerare «necessario» è un «vantaggio giuridico» del comodante, perché verrebbe meno la gratuità del contratto e perciò non saremmo più dinanzi a un comodato, ma a un'altra figura negoziale. Lo stesso Garofalo riconosce – ed è del tutto condivisibile, perché corrispondente a una dinamica verisimile e che si può considerare frequente – che chi sopporta il sacrificio possa prefigurarsi «di ritrarre utilità dalla sua esecuzione: utilità rilevanti sul piano dei fatti, comunque valutabili – ovviamente non *ex ante* – a livello economico». Comunque tale vantaggio resta ultroneo rispetto al contratto e «viene allora in rilievo quello che la migliore dottrina chiama scambio empirico»²²². Dunque, se si può considerare, con Milazzo, il comodato un contratto bilaterale, si deve rimarcare che esso non è sinallagmatico, ma necessariamente gratuito e a ciò si collega l'incidenza della dazione della cosa.

7. La 'patologia' illumina la 'fisiologia': la realtà del comodato di cosa altrui

Prima di affrontare altre rilevanti questioni ermeneutiche emergenti dalle posizioni di Wegmann Stockebrand e di Cannata, vorrei soffermarmi su alcuni casi in cui la «realtà» appare debole, perché debole è l'effettiva stabilità della consegna della *res*, cioè le fattispecie di comodato di cosa altrui, in cui la '*res aliena*' potrebbe venire in ogni momento rivendicata dal legittimo titolare. Mi pare che tali fattispecie, che si possono definire «patologiche», possano utilemente illuminare la «fisiologia» del negozio e, in particolare, il profilo della sua realtà. La civilistica contemporanea maggioritaria²²³ e la giurisprudenza della Corte di Cassazione²²⁴ ne ammettono la configurabilità²²⁵, nell'ordi-

²²¹) GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 14 (= in «Affari, finanza», cit., p. 364). Alla luce dell'ermeneutica del negozio che si sta presentando può apparire eccessivo quanto scrive TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 548: «Il comodato è un contratto nell'esclusivo interesse del comodatario».

²²²) GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 15 (= in «Affari, finanza», cit., p. 365). Su questa linea lo stesso autore (p. 23 s. [= p. 373]) distingue – sulla scorta di SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 474 ss. –, entro l'area dei contratti gratuiti, i contratti liberali «disinteressati» e quelli non liberali perché «interessati».

²²³) Cfr. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., p. 18, TETI, '*Comodato*', cit., p. 42 s., FRAGALI, *Comodato*, cit., 214, e PELLEGRINI, *Del comodato*, cit., p. 31 s.

²²⁴) Cass., 25.3.1997, n. 2599, in «Repertorio del Foro italiano», 1997, *Comodato*, n. 6; Cass. 26.10.1998, n. 10627, in «Foro italiano», 1999, I, 1246; Cass. 13.7.1999, n. 7422, in «Repertorio del Foro italiano», 1999, *Locazione*, n. 180; Cass., 12.5.2002, n. 7195, ivi, 2003, *Comodato*, n. 11; Cass., 13.4.2007, n. 8840, ivi, 2007, *Comodato*, n. 8.

namento italiano, e ne precisano i tratti²²⁶, ma già nel diritto romano questa figura era stata oggetto dell'attenzione dei giuristi. Vengono preliminarmente in rilievo due frammenti posti di seguito e consequenziali (come si evince dall' 'ita' incipitario del secondo²²⁷) nella sistematica del titolo. 13.6 ('*Commodati vel contra*') del Digesto:

D. 13.6.15 (Paul. 29 *ad ed.*): Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus,

D. 13.6.16 (Marcel. 5 *dig.*): ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem.

²²⁵) Sul tema si riverbera ovviamente la più volte ricordata discussione dottrinale circa il rapporto tra realtà e consensualità in merito ai contratti reali previsti nel diritto vigente. Basti precisare che per autori – come, ad esempio, SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, cit., p. 76 ss., 110 –, che considerano il contratto di comodato come un contratto consensuale nel quale la consegna (se successiva alla conclusione del contratto) è mero atto esecutivo di un programma negoziale già efficace, il comodato di cosa altrui è valido da subito ed efficace «non appena il comodante diventi titolare di una situazione giuridica che gli consenta di costituire un diritto personale di godimento a favore del comodatario». Più articolate le posizioni di chi difende la realtà del comodato: ad esempio, TAMBURRINO, '*Comodato*', cit., p. 1000, ritiene che il comodato di cosa altrui possa essere o un «contratto in corso di formazione, che si completerà allorché la cosa passerà nella disponibilità del comodante e sarà consegnata al comodatario, o contratto preliminare di comodato se le parti assumeranno l'obbligo di dare e di ricevere in comodato quando la cosa potrà essere comodata»; CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 236 s., esclude l'ammissibilità del comodato di cosa altrui, se non vi è la *datio rei*, dacché «il semplice accordo di comodare, privo della consegna, non può reputarsi vincolante, in quanto deficiente sul piano causale». La presenza della disponibilità *de facto* della *res* da consegnare (con le ovvie conseguenze di responsabilità in caso di evizione da parte dell'effettivo proprietario) appare, in generale, come il nucleo di base su cui concentrarsi per verificare la possibilità di concludere un comodato di cosa altrui.

²²⁶) Ad es. Cass., 25.3.1997, n. 2599, in «Repertorio del Foro italiano», 1997, *Comodato*, n. 6, esclude che il comodante, nel formulare la richiesta di restituzione, sia tenuto a provare altro che la detenzione della cosa al momento della costituzione del rapporto. Data l'efficacia soltanto obbligatoria e non traslativa della proprietà del comodato, il contratto è valido e dispiega effetti tra le parti, quantunque il comodante non abbia di per sé il potere di disporre del godimento della cosa, ma *de facto* ne abbia la disponibilità (purché non in contrarietà all'ordine pubblico) e possa trasferire la detenzione al comodatario e assicurarli tale godimento per il tempo o per l'uso convenuto, con ciò adempiendo la propria obbligazione (art. 1804.5 *cod. civ.*). E' ovvio – in forza dell'art. 1372 *cod. civ.* – che al legittimo titolare del diritto di disporre della cosa, terzo rispetto al contratto, non sia opponibile tale comodato *a non domino* e questi possa, in ogni momento, rivendicare la cosa dal comodatario. Al verificarsi di tale eventualità si produce l'inadempimento da parte del comodante, che la dottrina suggerisce debba essere valutato avendo riguardo al carattere gratuito del contratto, in analogia con quanto previsto per la donazione all'art. 797 *cod. civ.*: cfr. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 236 s.

²²⁷) Cfr. I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*², Köln-Weimar-Wien, 1994, p. 186 nt. 80.

Marcello afferma che anche il ladro (*'fur'*) o il possessore di mala fede (*'praedo'*)²²⁸ possono concludere il comodato e, come scrive Ferrini, non «importa che la conclusione del contratto coincida proprio con la consumazione del furto»²²⁹. Pertanto colui che ha una disponibilità *in rerum natura* della cosa – anche se possessore di mala fede o ladro (anche per furto d'uso) – può efficacemente comodarla e perfino il *'fur'* o il *'praedo'* possono esperire l'*actio commodati* (D. 13.6.16)²³⁰.

Ingo Reichard, nella sua finissima monografia sul risarcimento del danno del terzo²³¹, osserva come, secondo la logica moderna della legittimazione ad agire e dei diritti soggettivi violati, appaia discutibile il motivo per cui si riconosce a un ladro un potenziale pregiudizio, tale da accordargli la possibilità di esperire un'*actio commodati*. Lo stupore nel leggere il frammento di Marcello è ben condivisibile, soprattutto se si considerano casi in cui sia il comodante, sia il comodatario abbiano contezza della carenza di consenso del *dominus*. Basterebbe ricordare come l'*interpretatio* dell'età intermedia sul punto sarà assai copiosa e si distaccherà notevolmente dalla costruzione strettamente romanistica della fattispecie²³² o come il comodato di una cosa rubata, di cui sia nota la provenienza illecita, integri nel nostro ordinamento il reato di ricettazione previsto dall'art. 648 del codice penale (da cui consegue che il correlato contratto sarebbe nullo per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1418 codice civile)²³³. Invero, come dappresso si noterà, di tale elemento «patologico» i giuristi romani erano consapevoli, ma proprio in queste fattispecie si può apprezzare l'incidenza della realtà della costituzione di questo tipo di

²²⁸ D. 5.3.11.1 (Ulp. 15 *ad ed.*): '*Pro possessore vero possidet praedo*': cfr. M. KASER, *Pro herede vel pro possessore*, in «Studi a. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 221 ss., e F. ROSSI, *Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Firenze, 2020, p. 82 ss.

²²⁹ FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 135.

²³⁰ A conferma si veda D. 5.1.64.pr. (Ulp. 1 *disp.*): '*Non ab indice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem inratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur*'. Sul frammento, cfr. M. KASER, '*Quanti ea res est*'. *Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, p. 74 nt. 31, e REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 190.

²³¹ Cfr. REICHARD, *op. cit.*, p. 186, su cui si veda l'ampia lettura di C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, in «Labeo», XLI, 1995, p. 387 ss. (= *Scritti scelti di Diritto Romano*, II, cit., p. 183 ss.).

²³² Cfr. SANTARELLI, '*Commodo Utentis Datum*', cit., p. 126 ss., ove fonti e discussione.

²³³ La Giurisprudenza italiana si discosta dalla sistematica romanistica e precisa che la legittimazione del comodante non si esaurisce nel dato puramente materiale della disponibilità della cosa, puntualizzando che non può dare in comodato una *res* l'usurpatore, il ladro e il ricettatore, cioè chi abbia un titolo contrario a norme dell'ordine pubblico; cfr. Cass. 13.07.1999, n. 7422, in «Giustizia Civile. Massimario», 1999; per l'inquadramento dottrinale e altri riferimenti giurisprudenziali, cfr. GALASSO, *Il comodato*, cit., p. 67.

rapporto negoziale. E' perché il *fur* e il *praedo* hanno la materiale disponibilità della cosa, che possono compiere la dazione che perfeziona il comodato. Il principio è inconcusso, anche in una situazione che evidentemente traligna dalla fisiologia negoziale. La coscienza di questo tralignamento, congiunta alla conferma del principio di fondo, emerge in un frammento ulpiano collocato immediatamente prima rispetto ai due passi appena riportati:

D. 13.6.14 (Ulp. 48 *ad Sab.*): Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverit, et commodati et furti nascitur actio et praeterea conditio ex causa furtiva.

Uno schiavo dà in comodato una *res* del suo padrone a un terzo consapevole che lo schiavo agisce senza alcuna autorizzazione del *dominus*, anzi consapevole della volontà contraria di quest'ultimo. In forza di tale *datio rei invito domino* il proprietario può esperire l'*actio commodati*, l'*actio furti* e anche la *conditio ex causa furtiva*. Se non meraviglia la concessione dell'azione di furto penale e della *conditio reipersecutoria*²³⁴, si noti che il *dominus* ha anche la possibilità di esercitare l'*actio commodati*, e ciò può stupire, ma deriva dalla disciplina ordinaria del comodato. Quantunque in una dinamica chiaramente patologica, il contratto è perfezionato ed è efficace, perché il fuoco dell'attenzione della matrice negoziale e anche dell'*actio commodati* (come visto, sia di quella *in factum* sia di quella *in ius*) è sulla *res*²³⁵, essendo la fattispecie da accertare giudizialmente che la '*res qua de agitur*' sia stata *commodata* e non la sussistenza di altri requisiti, quali perfino la volontà del *dominus*. La realtà dispiega così il proprio valore: è sufficiente la consegna perché si concluda il contratto, anche se la consegna stessa rappresenta l'integrazione di un *delictum*. Appunta Ferrini: «Comodato e furto vengono ad essere mercé lo stesso atto; poichè il furto si commette ricevendo la cosa *invito domino* e con la tradizione si conchiude il comodato»²³⁶.

Un altro frammento ulpiano in tema di comodato di cosa altrui esibisce alcuni punti di contatto con quanto detto finora:

²³⁴) Ovviamente anche il *servus* integra un furto, benché contro di lui non possa agire il suo padrone: cfr. FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 136. Per recenti ragguagli dottrinali circa il regime delle *naturales obligationes* contratte dal *servus* nei confronti di terzi, ma anche nei confronti del suo *dominus*, cfr. S. LONGO, *Il credito del servus nei confronti di un extraneus: 'naturale' creditum?*, in «AUPA.», LVIII, 2015, p. 131 ss., e *I 'credita servorum' alla luce di D. 44.7.14 (Ulp. 7 disput.)*, in «Scritti A. Corbino», IV, Tricase, 2016, p. 373 ss.

²³⁵) Cfr. J. KRANJIC, *'In Ius' und 'in Factum' konzipierte Klageformeln*, in «Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Rechtin lebenspraktischer Anwendung» (cur. W. Ernst, E. Jakab), Berlin-Heidelberg, 2005, p. 146 s.

²³⁶) FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 136.

D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 *ad Sab.*): Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris titio et titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit.

Il frammento è significativamente collocato sotto il titolo ‘*De furtis*’ e compendia, invero, due tipologie di furto. Un soggetto ha concluso con un *fullo* una *locatio operis faciendi* consegnandogli un indumento perché fosse pulito e il conduttore, all’insaputa del locatore o contro la sua volontà²³⁷, lo ha dato in comodato a un terzo, Tizio, che poi subì il furto del vestito stesso. Il *dominus* può esercitare l’*actio furti* contro il *conductor* perché ha violato i limiti della detenzione della cosa affidatagli in forza del contratto di locazione (‘*quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris*’) ²³⁸, integrando così un *furtum usus*²³⁹, che si realizza proprio quando un soggetto, già detentore di una cosa per volontà del *dominus*, la usi «oltre i limiti delle sue facoltà e contro la conosciuta volontà del domino stesso»²⁴⁰.

²³⁷) Rileva che anche la mera ignoranza del *dominus* sia sufficiente perché s’integri il delitto del furto, in consentaneità con il principio che si rinviene in D. 47.2.48.3 (Ulp. 48 *ad Sab.*): ‘*Vetare autem dominus accipimus etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit*’; cfr. L. PARENTI, *Riflessioni su una decisione di Ulpiano riguardante l’actio furti a favore del fullo ladro*: D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 *ad Sab.*), in «Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto», IV, 2014, p. 162 nt. 4.

²³⁸) Cfr. W. LITEWSKI, *rec.* a R. ROBAYE, *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, in «SDHI.», LIV, 1988, p. 392, e G. KLINGENBERG, ‘*Constitutum est*’ in D. 47.2.14.4, in «RIDA.», XLVI, 1999, p. 261.

²³⁹) Sul *furtum usus*, cfr. V. POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d’interpretazione dialettica*, in «Labeo», XIX, 1973, p. 161 ss., M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, in «Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana», IV, Perugia, 1981, p. 841 ss. (= *Miscelánea Romanística* – cur. F. Fernández de Bujan, F. Reinoso Barbero –, Madrid, 2006, II, p. 553 ss.), L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial*, in «Estudios J. Iglesias», I, Madrid, 1988, p. 459 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, p. 173 ss., F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca de la posible extensión del concepto de ‘furtum usus’*, in «*Juris vincula*. Studi M. Talamanca», Napoli, 2001, p. 389 ss., P. APATHY, ‘*Commodatum*’ und ‘*furtum*’, in «Festschrift H. Hausmaninger», Wien, 2006, p. 15 ss., FINAZZI, ‘*Amicitia*’, cit., p. 829 ss., L. DESANTI, *Sapere di agire contro la volontà del proprietario, credere di averne il permesso. Riflessioni intorno al dolo nel furto d’uso*, in «AUFE.», XXIV, 2010, p. 17 ss., PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 164 nt. 7, e *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di ‘furtum usus’: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr.*, in «TSDP.», VII, 2014, p. 1 ss., ove altra letteratura recente.

²⁴⁰) C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in «AG.», XLVII, 1891, p. 436 (= *Opere di Contardo Ferrini*, V, *Studi vari di diritto romano e moderno [sul diritto pubblico, penale]*, Milano, 1930, p. 135). Noto *in limine* che la teoria dell’espansione della nozione di *furtum* in relazione a quella del possesso proposta da

A sua volta Ulpiano afferma che il *conductor* può esperire l'*actio furti* e specifica: '*quia custodia rei ad te pertinet*'. Per godere della legittimazione attiva all'*actio furti*, senza essere proprietari della cosa rubata, occorre, infatti, un interesse a che la cosa non sia rubata ('*cuius interest rem salvam esse*')²⁴¹ e tale interesse si riconosce nel nocimento patrimoniale che un soggetto subirebbe a causa della condotta delittuosa²⁴². Nel nostro caso trattasi delle conseguenze per la violazione della *custodia* che il conduttore deve prestare²⁴³ e in forza della quale risponde²⁴⁴. Dunque, il conduttore che ha commesso un *furtum usus* ha a sua volta un'*actio furti*²⁴⁵, come annota Ulpiano, ricorrendo nella chiusa – «mit dramaturgischem Geschick»²⁴⁶ – a un'elegante figura etimologica: '*ita erit casus, quo fur furti agere possit*'.

Contardo Ferrini è stata oggetto di una rinnovata valorizzazione da parte di J.L. LINARES PINEDA, *Definición de 'furtum' y expansión jurisprudencial de los supuestos de hurto en el Derecho romano clásico. Relectura del 'Diritto penale' de Ferrini*, in «Glossae. European Journal of Legal History», XVI, 2019, p. 188 s.

²⁴¹) Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 624.

²⁴²) Perché si potesse esperire l'*actio furti* occorre un interesse, che, per quanto riguarda coloro che non fossero proprietari, era individuato nella circostanza che gravasse su di loro il rischio (*periculum*) della cosa rubata; per fonti e bibliografia, di recente, cfr. PARENTI, *Riflessioni*, cit., 162 nt. 5.

²⁴³) Cfr. Gai., *inst.* 3.205-206, D. 4.9.5.pr. (Gai. 5 *ad ed. prov.*), D. 47.2.10, 12 (Ulp. 29 *ad Sab.*), e D. 47.2.91(90) (Iav. 9 *ex post. Lab.*); cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1933, p. 71 ss., SERRANO-VICENTE, '*Custodiam praestare*', cit., p. 161, e PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 163 nt. 5. L'interesse che sostanzia la legittimazione attiva non è ovviamente derivato dalla condotta di *furtum usus*, il che si scontrerebbe con principii generali quali quelli espressi in D. 47.2.12.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*: '*nemo de improbitate sua consequitur actionem*') o in D. 47.2.14.3 (Ulp. 29 *ad Sab.*: '*non debet ex dolo suo furti quaerere actionem*'), ma dalla responsabilità del *fullo* in forza del contratto di locazione. Tale responsabilità faceva sempre ricadere sul *fullo* il *periculum* (non solo in caso di dolo), cosicché sarebbe stato comunque responsabile per il furto del terzo, come precisano di recente, KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 261 ss., e PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 165 ss. *Contra* C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain*, Paris, 1966, p. 55 nt. 288, G. MACCORMACK, '*Custodia*' and '*culpa*', in «ZSS.», LXXXIX, 1972, p. 169, e R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, p. 184 (che parla di una responsabilità per dolo).

²⁴⁴) Non si giustifica, perché non necessaria né sul piano testuale né su quello della configurazione giuridica della fattispecie, l'interpolazione di J. ROSENTHAL, '*Custodia*' und *Aktivlegitimation zur 'Actio furti*', in «ZSS.», LXVIII, 1951, p. 261, che ipotizza questa lezione: '*quia custodia rei ad [te] <Titium> pertinet*'. Qui non viene in rilievo la *custodia* del comodatario, bensì quella del conduttore, altrimenti non si spiegherebbe neppure l'inciso '*ita erit casus, quo fur furti agere possit*'. Si oppone all'interpolazione anche KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 261 nt. 54.

²⁴⁵) Il frammento è significativo perché rappresenta un'eccezione al principio per cui il ladro, se fosse stato a sua volta derubato, non avrebbe potuto esperire l'*actio furti* (cfr. D. 47.2.12.1, Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47.2.14.4, Ulp. 29 *ad Sab.*, e D. 47.2.77 [76].1, Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*); cfr. PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 161 ss.

²⁴⁶) Così KLINGENBERG, '*Constitutum est*', p. 261, che rileva come l'intera prospetti-

Il *fullo*, comodante di *res aliena*, è così contemporaneamente legittimato passivo e legittimato attivo in due distinte azioni di furto²⁴⁷.

Riprendendo il filo del nostro percorso, non può non porsi la domanda: il *fullo* non avrebbe avuto anche l'*actio commodati* contro Tizio? Perché Ulpiano non la ricorda? Questa assenza sembrerebbe peraltro *prima facie* collidere con quanto si sta affermando circa la realtà del comodato. Inoltre, dato che il *damnum* per la perdita patrimoniale causata dal *furtum* è subito dal comodatario non sarebbe costui legittimato attivo all'*actio furti*, a prescindere dalla circostanza che il comodante fosse a sua volta ladro?²⁴⁸

La mancanza di questi riferimenti è una delle ragioni che muovevano Ferrini a congetturare un rimaneggiamento compilatorio del frammento, motivato da una supposta armonizzazione con una costituzione giustiniana del 530, riportata in C.I. 6.2.22.1 (cfr. *Iust. inst.* 4.1.16 [18])²⁴⁹. Schulz²⁵⁰ riteneva che l'*actio furti* del comodatario fosse esclusa, perché questi non deteneva la cosa '*voluntate domini*'²⁵¹. Liebs negava la sussistenza del *periculum custodiae* in capo a Tizio (necessaria perché avesse l'interesse idoneo a legittimare attivamente la sua *actio furti*), data la (supposta) nullità del contratto di comodato²⁵², la quale

va di pensiero ulpiano converga, con adamantina linearità e abilità retorica, verso questa chiusa. Proprio la coerenza argomentativa muove Klingenberg ad aderire alla lettura conservativa già di F. SCHULZ, *rec.* a L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*. I. Il '*receptum nautarum cautionum stabulariorum*'. Gli altri casi di '*locatio conductio*', Modena, 1902, II. *L'emptio venditio*, Parma, 1903, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», XIV (L), 1912, p. 38, il quale negava la presenza di interpolazioni, pur suggerite da LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità*, cit., I, p. 46.

²⁴⁷) KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 263.

²⁴⁸) Cfr. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità*, cit., I, p. 47.

²⁴⁹) Cfr. FERRINI, *Storia e teoria*, cit., p. 137. Nella costituzione giustiniana si accorda al *dominus* la facoltà di eleggere l'*actio comodati* contro il comodatario o l'*actio furti* contro il ladro terzo; per una contestazione di questa ipotesi, cfr. PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 175 nt. 42.

²⁵⁰) Cfr. F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», XXXII, 1911, p. 40.

²⁵¹) E' l'interpretazione di F.X. BRUCKNER, *Die 'custodia' nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht*, München 1889, p. 139, di P. VOICI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 28 nt. 1, e di F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, in «AUBA.», X, 1950 = *Scritti vari di diritto romano*, III, Bari, 1987, p. 329 nt. 2).

²⁵²) Cfr. D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, p. 134 e nt. 12. Poco persuasivo appare il tentativo di negare la *custodia* di Tizio che propone F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius tertius*, Jena, 1914, p. 510 s., il quale considera un'eccezione già il passaggio della legittimazione attiva per l'*actio furti* dal *dominus* al *fullo* e invoca un assunto fattuale per negare il trasferimento della responsabilità per *custodia* in capo a Tizio, asserendo che costui dovesse essere un «armer Schlucker», altrimenti non avrebbe ricevuto un comodato di vestiti. Tizio sarebbe stato perciò insolubile e così sarebbe venuta meno la sua legittimazione attiva all'*actio furti*. La scarsa coerenza dell'argomento s'appalesa *ictu oculi* tanto più che nel frammento non si fa

eliderebbe perciò anche il presupposto dell'*actio commodati directa* del *fullo*, che deriverebbe 'de improbitate', in contrasto con il principio di D. 47.2.12.1: 'nemo de improbitate sua consequitur actionem'²⁵³.

Queste autorevoli opinioni dottrinali appaiono oppugnabili²⁵⁴, perché nel succitato frammento di Marcello (D. 13.6.5.16) è inequivoco come anche il *fur* possa esperire l'*actio commodati* e in un altro frammento, per un caso del tutto simile in tema di deposito, Ulpiano aderisce a un'analogia opinione dello stesso Marcello (in D. 16.3.1.39, Ulp. 30 *ad ed.*; cfr. anche. D. 5.1.64.pr., Ulp. 1 *disp.*, e D. 16.3.31, Tryph. 9 *disp.*). Schulz è consapevole dell'aporia e, difatti, deve ipotizzare un'evoluzione nel pensiero di Ulpiano, il quale sarebbe passato dal seguire posizioni precedenti a quella di Marcello che negavano al *fur* un'azione da contratto, come emergerebbe nel commento *ad Sabinum*²⁵⁵, ad accedere, nel commento *ad edictum* e nelle *Disputationes*, all'opinione marcelliana espressa in D. 13.6.5.16²⁵⁶. Klingenberg suggerisce invece che Ulpiano non menzioni l'*actio commodati* del *fullo*, né l'*actio furti* di Tizio, perché non è su questo che dirigerebbe il *focus* della propria attenzione. Il giurista non vorrebbe trattare esaustivamente tutte le questioni legate al caso di specie, bensì delineare le circostanze di fatto – interessanti nella sistematica giuridica, letterariamente gradevoli e della cui peculiarità Ulpiano è consapevole – in cui un '*fur furti agere potest*'. Lo studioso ritiene che della legittimazione attiva all'*actio furti* disponessero, in concorso elettivo, sia il *fullo* sia il comodatario²⁵⁷.

L'esegesi di Klingenberg non è implausibile, ma mi pare meno stringente di quella di Lucio Parenti²⁵⁸, il quale riaffronta *ab imis* le numerose questioni che investono questo frammento concludendo che colui che avesse ricevuto una *res* in comodato da un ladro sia parte di un valido contratto di comodato, e perciò legittimato passivo di un'eventuale *actio commodati* del *fullo*, ma non legittimato attivo di un'*actio furti*, dato che l'interesse fondante la legittimazione attiva era in capo al *dominus*²⁵⁹. Ulpiano tace di entrambe le que-

parola di tale insolvenza; cfr. anche PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 177.

²⁵³ Cfr. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation*, cit., p. 40.

²⁵⁴ Lo mette in luce diffusamente KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 263 ss.

²⁵⁵ Ciò si vincerebbe da D. 47.2.14.8 (Ulp. 29 *ad Sab.*): '*Item Pomponius libro decimo ex Sabino scripsit, si is cui commodavi dolo fecerit circa rem commodatam, agere eum furti non posse*'.

²⁵⁶ Si oppongono a questa interpretazione DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva*, cit., p. 330 nt. 2, KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 263, e PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 176.

²⁵⁷ Cfr. KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 264 s.

²⁵⁸ Cfr. PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 177 ss.

²⁵⁹ Cfr. D. 47.2.86(85) (Paul. 2 *man.*): '*Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate*'. Questo requisito, secondo PARENTI, *Riflessioni*, cit., p. 178 nt. 52 (ove bibliografia), sussisterebbe solo per l'*actio furti* principale, ma non per quella secondaria (riconosciuta a chi aveva il diritto a possedere o a detenere).

stioni, perché si sarebbero avute conseguenze inique: il comodatario in buona fede riguardo alla proprietà o alla possibilità di disposizione della cosa da parte del comodante, una volta subito il furto, si sarebbe trovato (essendo responsabile per *custodia*) convenuto dal *fullo* con l'*actio commodati*, ma contestualmente sprovvisto dell'*actio furti*, mentre il *fullo* avrebbe potuto esercitare l'*actio commodati* contro Tizio e l'*actio furti* contro il terzo. Se per la lettura più approfondita del frammento rinvio al contributo di Parenti, è qui utile rimarcare quanto rileva ai nostri fini: anche questo caso – forse costruito per esigenze di scuola – conferma la validità di un '*alienae rei commodatum*', benché la *res* sia stata rubata. Ulpiano, pur tacendo – per il motivo appena congetturato – circa l'*actio commodati*, non nega affatto che il comodato si sia concluso: parla di un '*rem commodare*' che non doveva avvenire, perché lesivo degli obblighi della *locatio conductio*, ma si tratta evidentemente di un comodato sorto e sorto – ancora una volta secondo le ordinarie dinamiche della realtà – in forza della *datio rei* effettuata dal *conductor* a Tizio.

Un ultimo frammento, questa volta gaiano, tratto ancora dal titolo '*De furtis*' conferma alcune prospettive ermeneutiche fin qui proposte.

D. 47.2.55.1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*): Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. Ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. Nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere ...

Gaio riferisce un responso secondo il quale è tenuto per *furtum* anche il comodatario che a propria volta dia in comodato la cosa ricevuta in prestito d'uso. Si tratta, dunque, ancora di un comodato di cosa altrui esposto come possibile, ma che, in questo caso, fa sì che debba rispondere per furto il subcomodante. Di fronte alla possibile obiezione su quale fosse il *lucrum* di cui si sarebbe avvantaggiato il subcomodante – essendo il '*facere sui lucri gratia*' (cfr. D. 47.2.1.3, Paul. 39 *ad ed.*) elemento essenziale perché s'integri un *furtum* – Gaio precisa che esso si può riconoscere nel rendere il subcomodatario un '*beneficii debitor*', con ciò acutamente considerando il comodato come la «sovrastuttura giuridica di un *beneficium*», come annota Falcone in alcune recenti considerazioni sui profili sistematici emergenti da questo testo, alle quali qui non si può che rimandare²⁶⁰. In ogni caso, *nulla quaestio*, anche in questa fattispecie, circa la possibilità di '*commodare*' una '*res aliena*', quantunque ovviamente l'ordinamento protegga il *dominus* con azioni di rivendica e reipersecuto-

²⁶⁰ Cfr. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.*, cit., p. 257, e *La definizione di 'obligatio'*, cit., p. 131 ss.

rie, esperibili pur nell'ignoranza del subcomodatario dell'altruità della cosa. Infatti, il *dominus* non perde il proprio possesso della cosa, nonostante il subcomodato, come si può ricavare da D. 41.2.30.6 (Paul. 15 *ad Sab.*): '*Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nibilo minus ego id possidebo*'²⁶¹.

Resiste, anche in questo frammento in merito a una fattispecie tanto particolare, il principio fondamentale della realtà, che dispiega parimenti efficacia in un caso del tutto patologico come il subcomodato in questione.

8. Comodato, 'conventiones' e 're contrahere': l'orizzonte sistematico della questione

Arrivati a questo punto del percorso, è utile ricordare le posizioni di Wegmann Stockebrand e di Cannata, da cui si sono prese le mosse, per proporre alcune ulteriori considerazioni. Le presento in una sintesi, che spero non sia eccessivamente semplificatoria.

Queste le principali opinioni di Wegmann Stockebrand:

- L'unica *obligatio re contracta* nota ai giuristi romani è il mutuo, perché solo nel mutuo la *datio rei* è traslativa della proprietà.
- Il comodato è un contratto anche per Gaio e in generale per il diritto classico, ma non è un caso di *re contrahere*.
- Nelle *Res cottidianae* si parla di '*re obligari*' e di '*teneri*' perché la prospettiva è processuale.
- L'*actio commodati in factum* è costruita sul modello della *condictio* e si colloca nel Titolo XVII dell'editto, ma ciò non rileva per la qualificazione del negozio.
- La tutela del comodato con azione di buona fede, che non è di stretto diritto, rende incompatibile l'iscrizione del negozio tutelato nell'alveo dei contratti reali.
- L'*actio commodati contraria* rende incompatibile il comodato con i contratti reali che sono unilaterali.
- Il comodato è (per il diritto classico) un contratto consensuale.

Queste le principali opinioni di Cannata:

- La *conventio* di cui a D. 50.16.19 è presente in ogni contratto e in ogni

²⁶¹) Cfr. P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, p. 85, e P. FERRETTI, '*Animo possidere*'. *Studi su 'animus' e 'possessio' nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, p. 157, che inserisce questo possesso nei casi di *possessio animo nostro* e *corpore alieno*.

atto ad effetto obbligatorio, anche negli atti che si realizzano *re*.

– Gli atti che si realizzano *re* secondo D. 50.16.19 non sono contratti, perché non nascono *consensu* e perché non sono sinallagmatici.

– L'*actus* compiuto *re* di D. 50.16.19 è soltanto il mutuo: è un'obbligazione reale perché la *numeratio* ha effetto traslativo della proprietà e fa sorgere l'obbligazione restitutoria.

– Le *conventiones iuris gentium* di D. 2.14.7 sono accordi informali; quelle produttive di azioni sono i contratti di cui a D. 2.14.1 e D. 50.16.19, cioè atti obbligatori che producono obbligazioni *consensu*.

– Il comodato non è un contratto reale secondo la giurisprudenza classica, perché l'obbligazione restitutoria nasce *consensu*.

– Il *re obligari* del comodatario non deriva dalla *datio rei*, ma dalla presenza di una *res aliena* nel suo patrimonio.

– Il comodato è un contratto consensuale i cui effetti obbligatori si producono (per accordo tra le parti) dal momento in cui il comodatario riceve la cosa comodata.

Mi sembra che si sia finora adeguatamente ribadita la centralità della *datio rei* nella struttura del comodato con argomenti orientati a mostrare come tale trasferimento (benché non traslativo della proprietà) possa essere sufficiente per la costituzione di una fattispecie negoziale. Ciò mi pare infirmare il nucleo delle posizioni di Wegmann Stockebrand e di Cannata, che si addensa precisamente attorno al carattere debole del trasferimento non traslativo. Nondimeno, i profili sollevati dai due autori investono altre significative questioni di ordine dogmatico e sistematico. Si tratta di questioni che hanno visto, molto di recente, significativi interventi di autorevole dottrina, specialmente italiana. Ciò permette di trattare più brevemente i punti principali rimanenti, fondandosi su tali recenti ricerche. Si possono individuare due linee di tensione che si riverberano sul modo d'intendere il comodato: il rapporto tra '*teneri*', '*obligari*' e '*contrahere*' e il significato di '*conventio*' in rapporto a '*contractus*'; sullo sfondo sta la strutturazione del titolo XVII dell'Editto del pretore nella ricostruzione leneliana.

Nell'esame di D. 44.7.1 (Gai. 2 *aur.*), Wegmann Stockebrand considera una semplificazione didattica la riconduzione del *re obligari* e del *teneri*, di cui al § 3, al *re contrahere* indicato nel § 1 come una delle due modalità possibili per concludere un contratto produttivo di obbligazioni. A mio parere, nell'argomentare di Wegmann Stockebrand, emerge, forse *sensim sine sensu*, il problema del rapporto tra '*actio*', '*obligatio*' e '*teneri (actione)*', che ha rivestito notevole importanza nel dibattito dottrinale specialmente della prima metà

del XX secolo²⁶². Che questo sia un punto problematico della monografia di Wegmann Stockebrand si può cogliere anche dal fatto che lo stesso studioso lo affronta *ex professo* in un articolo del 2019²⁶³, sulle cui conclusioni a breve ritornerò. Il tema è, infatti, di grande rilievo e investe la nascita delle obbligazioni onorarie e la terminologia per definirle²⁶⁴. Di recente la questione è stata riesaminata da Riccardo Cardilli, il quale, in sintesi, afferma che «la terminologia dei giuristi tardo-repubblicani e di inizio principato è netta nel qualificare in termini di (*actio*) *teneri* i rapporti che poi confluiranno nella categoria delle *obligationes praetoriae*»²⁶⁵. Lo studioso, sulla scorta delle ricerche di Santoro²⁶⁶, addita la centralità del momento dinamico dell'*actio* «in quanto momento propulsivo e a volte anche originante la rilevanza di situazioni sostanziali che come tali, prima del riconoscimento dell'*actio* stessa, restavano su un piano di irrilevanza»²⁶⁷. Questa dinamica si dispiega pienamente proprio nelle azioni pretorie con formula *in factum*, mediante le quali è accordato rilievo giuridico a situazioni sostanziali che altrimenti non lo avrebbero avuto: il '*teneri*' esprime precisamente la soggezione a tali azioni²⁶⁸.

²⁶² Si vedano, *ex multis*, le posizioni di M. WLASSK, '*Actio*', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», I.1., Stuttgart, 1893, c. 306 s. e 310 s., V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1913, p. 37 ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 553 ss.), H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 159 ss., E. ALBERTARIO, *La cosiddetta 'onoraria obligatio'*, in «RIL.», LIX, 1926, p. 549 ss. (= *Studi di diritto romano*, III. *Obbligazioni*, Milano, 1936, p. 19 ss.), G. SEGRÉ, '*Obligatio*', '*obligare*', '*obligari*' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in «Studi Bonfante», III, cit., p. 501 ss. (= *Scritti*, cit., p. 249 ss.), E. BETTI, *Diritto romano*, I. *Parte generale*, Padova, 1935, p. 60 s., G. PUGLIESE, '*Actio*' e diritto subiettivo, Milano, 1939, p. 141 ss., e G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1947, p. 9 s.

²⁶³ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *Causa credendi*, cit., p. 87 ss.

²⁶⁴ Anche BARBATI, *rec.* a WEGMANN STOCKEBRAND, cit., p. 525, manifesta la propria difficoltà ad aderire al ragionamento di Wegmann Stockebrand.

²⁶⁵ CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 15.

²⁶⁶ Cfr. R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in «AUPA.», XXX, 1967, p. 103 ss., '*Actio*' in diritto antico, in «Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano, Copanello, 12-15 maggio 1982», Napoli, 1984, p. 201 ss., *Per la storia dell'obligatio. Il 'indicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in «Iuris Antiqui Historia», I, 2009, p. 61 ss. (= *Scritti minori* – cur. M. Varvaro –, II, Torino, 2009, p. 655 ss., = *Per la storia dell'obligatio*, I, Palermo, 2020, p. 289 ss.), e '*Omnia iudicia absolutoria esse*', in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001», Milano, 2011, p. 259 ss. (= *Scritti minori*, II, cit., p. 629 ss., = *Per la storia dell'obligatio*, I, cit., p. 203 ss.).

²⁶⁷ CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 15 s.

²⁶⁸ Cfr. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, p. 204. Appuntava con chiarezza E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 85 s.: «In di-

Appuntava nitidamente Giuseppe Grosso: «il pretore non creava direttamente obbligazioni: egli concedeva azioni, e dalla promessa di queste si induceva il rapporto sostanziale che si vedeva sanzionato nell'azione»²⁶⁹. Questa potrebbe essere stata l'evoluzione del comodato: una volta concessa l'*actio in factum*, la situazione sostanziale venutasi a creare con la dazione e l'accettazione della cosa – e perciò con la presenza nella disponibilità dell'*accipiens* di una *res aliena* da restituirsi – viene riconosciuta e prevista con un'azione; il comodatario si trova pertanto obbligato a restituire la cosa, ma dal rapporto sorge parimenti un complesso fascio di obbligazioni, finanche corrispettive, come ampiamente visto. Non penso, dunque, si possa accedere all'opinione di Wubbe, il quale ritiene che le azioni *in factum* creino una responsabilità per il detentore solo nel caso in cui questi non possa (o non voglia) restituire la cosa e che perciò solo la mancata restituzione renderebbe il detentore un vero debitore. Secondo Wubbe questo spiegherebbe l'assenza dell'istituto nell'elenco istituzionale gaiano, ma a breve si ricorderanno altre possibili motivazioni²⁷⁰. Non mi sembra neppure sufficiente il tentativo fatto nel 2019 da Wegmann Stockebrand, per difendere la sua tesi generale: il comodato (come il deposito e il pegno) non sarebbero '*obligationes re contractae*', ma mere '*causae credendi*' generatrici di situazioni tutelate con *actiones in factum* modellate sulla *condictio* e avvicinate al mutuo a causa dell'estensione del '*credere*' editale. Mi pare ancor più difficile negare il carattere di contratti reali – come fa Wegmann Stockebrand – a vincoli obbligatori che si dicono sorti per la *traditio* di un bene e tutelati giudizialmente, tanto più che il modellamento delle azioni è dovuto probabilmente alla comune inclusione delle figure entro l'area del '*credere*', che si può considerare molto risalente nello sviluppo dell'istituto²⁷¹ e non appartenente allo stadio avanzato di sviluppo del sistema contrattuale romano, come vuole lo studioso cileno.

Mi pare che l'evoluzione dell'istituto – in modo adamantino con la esaminata (*supra*, § 6) previsione della non-esigibilità *ante tempus* da parte del comodante – dimostri, su un punto decisivo, una chiara consapevolezza (che doveva essere nota anche a Gaio, il quale manifesta nelle *Institutiones* di conoscere pure la formula di buona fede): è dal momento stesso della dazione della cosa che il comodatario è debitore e tenuto a restituirla. Per questa ra-

ritto romano, se concettualmente l'obbligazione si distingue dall'azione, non si deve però indurre dalla *distinzione* logica e ideale tra le due una *separabilità* pratica e reale dell'obbligazione dall'azione. L'azione, bensì, è possibile senza obbligazione: ma non viceversa. (...) Non si ha mai vera '*obligatio*', alla quale non sia concomitante un '*actio teneri*'.»

²⁶⁹) GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p. 9.

²⁷⁰) Cfr. WUBBE, *I contratti reali*, cit., p. 118 s.

²⁷¹) Cfr. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 111 nt. 385.

gione stento ad apprezzare la cogenza dell'argomento di Cannata, quando afferma che il '*re obligari*' del comodatario non nascerebbe dalla *datio rei*, ma dalla presenza di una *res aliena* nella sua disponibilità, laddove nel comodato proprio l'atto umano della *datio rei* ha provocato tale presenza²⁷² e non si tratta di un trasferimento qualsivoglia, bensì segnato dalle caratteristiche finora ampiamente specificate.

Benché Wegmann Stockebrand scriva: «Después de todo, la identidad sustantiva entre *obligatio* y *actio* (*in personam*, se entiende) es una realidad innegable de la experiencia jurídica romana» e: «Obligatio y actio son, pues, dos caras de la misma moneda»²⁷³, mi pare riflessa nella sua esegesi la fatica a porsi nella prospettiva peculiare della giurisprudenza romana. Per essa prima e ben di più della situazione giuridica soggettiva (l'*obligari*, l'essere parte di un *contractus* ...) viene l'essere possibile convenuto di un'azione processuale (l'*actione teneri*), o il poter esercitarla perché il pretore la concede. Questa prospettiva dei giuristi romani non significa certamente l'assenza di consapevolezza della distinzione tra *actiones* e situazioni sostanziali, anche se ciò non implica l'elaborazione astratta della categoria del diritto soggettivo²⁷⁴. Rischiano un'eccessiva semplificazione, si può dire che l'essere *tenuto 're'* altro non esprima che una situazione sostanziale di soggezione (anzitutto processuale): l'essere *obligato 're'* significa essere idoneo legittimato passivo di un'azione processuale volta a far valere una (contestata come) inadempita obbligazione restitutoria, cioè l'obbligazione di restituire la '*res de qua agitur*'. Se si è in tal modo obbligati, non può che sorgere la domanda del titolo in forza del quale si è tenuti e, nel nostro caso, tale titolo si deve riconoscere nel trasferimento della *res* nella sfera di colui che diventa obbligato. Poiché la *res* giunge nella disponibilità del comodatario nel momento stesso in cui si verifica un *contrahere*, mi pare del tutto condivisibile porre a Wegmann Stockebrand la domanda che gli pone Barbatì: «se non erano infatti obbligazioni contrattuali perfezionate con la consegna della cosa, come altrimenti sarebbe

²⁷² Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 88.

²⁷³ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, *Causa credendi*, cit., p. 104.

²⁷⁴ Per questo tema non si può qui che rinviare al fondamentale studio di G. PUGLIESE, '*Actio*' e diritto subiettivo, Milano, 1939, rist. Napoli, 2009, p. 325 ss. per le conclusioni. Sul punto si vedano anche, *ex multis*, A. GUARINO, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1953, p. 389 ss. (= *Pagine di diritto romano*, I, Napoli, 1993, p. 230 ss.), C. GIOFFREDI, *Sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in «BIDR.», LX, 1957, p. 227 ss., R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in «JUS», XI, 1960, p. 149 ss. (= *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 115 ss. = *Scritti*, III, *Sezione prima. Saggistica*, Napoli, 1988, p. 1401 ss.), G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in «Studi A. Biscardi», IV, Milano, 1983, p. 325 ss., e CARDILLI, '*Dammatio*' e '*oportere*', cit., p. 3 ss.

sorta l'obbligazione restitutoria»²⁷⁵.

In ogni caso, poiché tutta la dinamica negoziale riconosciuta con l'azione si attiva per il trasferimento della cosa e per la presenza della cosa, determinata dal trasferimento stesso, nella disponibilità del comodatario, che diviene aggredibile processualmente, non stupisce che Gaio parli di un 're obligari' e di un 'teneri', in pieno ossequio al contrappunto fondamentale tra situazioni sostanziali e tutela processuale in cui si articola il sistema contrattuale romano. L'*actio commodati* sanziona, infatti, un rapporto, nel quale s'intreccia, al tempo di Gaio, un fascio di obbligazioni finanche corrispettive, essendo prevista anche l'*actio contraria*. Perciò non meraviglia che il giurista parli di un 're obligari', dacché le obbligazioni sono sorte in forza della consegna. Il 'teneri' viene interrelato, nello specifico, all'obbligazione restitutoria e il giurista nient'altro vuol intendere se non che il comodatario inadempiente possa essere convenuto con un'*actio commodati*.

Un passo avanti nella comprensione dello sviluppo diacronico del comodato e delle ragioni della sua ascrizione fra i contratti reali si può compiere richiamando ancora il recente studio di Cardilli. Lo studioso suggerisce che la stabilizzazione dell'editto, comportando la consolidazione di un *corpus* che vedeva compresenti azioni pretorie e azioni civili, potrebbe aver condotto i giuristi a considerare anche le situazioni sostanziali, fino ad allora identificate come un 'teneri', quali espressioni di un 'obligari' fondato non sul civilistico 'oportere' ma scaturente dalla *iurisdictio praetoria*²⁷⁶. Cardilli mette anche in rilievo l'importanza della nozione di 'credere' come 'appellatio generalis' emergente da D. 12.1.1.pr.-1 (Ulp. 26 *ad ed.*). Questo brano ulpiano – oggetto di numerosissimi studi esegetici²⁷⁷ – rappresenta per il nostro percorso un riferimento di decisivo rilievo:

D. 12.1.1.pr.-1 (Ulp. 26 *ad ed.*): E re est, priusquam ad verborum interpretatio-

²⁷⁵) BARBATI, *rec.* a WEGMANN STOCKEBRAND, cit., p. 524.

²⁷⁶) Cfr. CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 28, ove è richiamata la dottrina sul punto di G. SEGRÉ, 'Obligatio', cit., p. 617 ss. (= *Scritti*, cit., p. 375 ss.).

²⁷⁷) Per un inquadramento generale del testo e per i riferimenti dottrinali, cfr. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, cit., p. 22 ss., ID., *Tre studi celsini*, in «AUPA», XXXIV, 1973, p. 148 ss., MASCHI, *La categoria*, cit., p. 257 ss., SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., p. 123 ss., 417 ss. e 519 s., VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., p. 104 ss., U. BABUSIAUX, *Celsus und Julian zum Edikt 'si certum petetur'. Bemerkungen zu Prozess und 'Aktionendenken'*, in «Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)» – cur. C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi –, Trento, 2012, p. 367 s., ed E. CHEVREAU, *L'étonnant destin du 'credere edictal'. Quelques remarques sur Ulpianus (26 ad edictum) D. 12.1.1.1*, in «BIDR.», CVII, 2013, p. 115 ss. (ove anche riferimenti alla storia della ricezione di questo importante testo).

nem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.

Sono le parole del giurista di Tiro per l'apertura del suo commento al titolo 'de rebus creditis' e forniscono un'ermeneutica che guida il lettore nell'intelligenza di quanto segue nel disposto edittale. Sulla genuinità del brano non si concentrano più dubbi²⁷⁸ dopo il rinvenimento di *Pap.Ryl. III*, n. 474²⁷⁹, forse del IV secolo d.C.²⁸⁰ (cfr. «FIRA», cit., II, p. 314), che (nel fragm. *b. recto*)²⁸¹ contiene

²⁷⁸) Per un compendio delle censure interpolazionistiche al testo, cfr. F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in «ZSS», L, 1930, p. 373 ss., il quale considerava il 'fidem sequi' «eine byzantinische Proteoria».

²⁷⁹) L'*editio princeps* è di C.H. ROBERTS, *Catalogue of the Greek and Latin Papyri in The John Rylands Library*, III, Manchester, 1938, p. 63 ss. (n. 474). Per la prima interpretazione che collega il testo del frammento al commento *Ad edictum* di Ulpiano, cfr. F. DE ZULUETA, *A Fourth-Century Latin Juristic Fragment P. Ryl. III, 474*, in «Actes du V^e Congrès International de Papyrologie, Oxford, 30 Août - 3 Septembre 1937», Bruxelles, 1938, p. 608 ss., e P. Ryl. 474: *New Fragments of Ulpian ad edictum*, in «Studi E. Besta», Milano, 1938, I, p. 139 ss. Per successive edizioni, cfr. J. STROUX, *Die neuen Ulpianfragmente und ihre Bedeutung für die Interpolationenforschung*, in «Miscellanea Academica Berolinensia», II.2, Berlin, 1950, p. 1 ss., F. SCHULZ, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474 und die Interpolationenforschung*, in «ZSS», LXVIII, 1951, p. 1 ss., «Corpus Papyrorum Latinarum» – cur. R. CAVENAILE –, Wiesbaden, 1958, p. 173 ss. (n. 88), L.E. SIERL, *Supplementum ad Ottonis Lenel Palingenesiam iuris civilis ad fidem papyrorum*, Graz, 1960, p. 15 s., R. SEIDER, *Paläographie der lateinischen Papyri*, II.2. *Literarische Papyri. 2. Juristische und christliche Texte*, Stuttgart, 1981, p. 65 s. (n. 16), e A. PETITO, *P.Ryl. III 474*, in «Giurisprudenza romana nei papiri. Tracce per una ricerca» – cur. D. Mantovani, S. Ammirati –, Pavia, 2018, p. 145 ss.

²⁸⁰) La datazione al IV sec. d.C. si deve all'*editio princeps* ed è seguita da P. COLLART, *Les papyrus littéraires latins*, in «Revue de Philologie», XV, 1941, p. 116, CAVENAILE in «Corpus Papyrorum Latinarum», cit., p. 173, ed E.G. TURNER, *The Typology of the early Codex*, Pennsylvania, 1977, p. 127. Una datazione più bassa è indicata da E.A. LOWE, *Codices Latini Antiquiores. A Palaeographical Guide to Latin Manuscripts prior to the Ninth Century. Supplement*, Oxford, 1971, p. 16, SEIDER, *Paläographie*, cit., p. 66, K. MCNAMEE, *Missing Links in the Development of Scholia*, in «Greek, Roman and Byzantine Studies», XXXIII, 1995, p. 413, e da G. CAVALLO, *La scrittura greca e latina dei Papiri. Una introduzione*, Pisa-Roma, 2008, p. 184 nt. 3.

²⁸¹) Questo il testo leggibile (per come integrato) nel frustulo papiraceo; è per noi rilevante perché viene restituita proprio la parte con il (verosimile) riferimento al comodato: 'pr(aetor) et [de commoda-] | to et de [pignore edi-] | xit. nam cu[icumque] | rei adse[ntia]mur a-] | lie[nam] fide[m] secu-] | ti mox recept[uri] quid] | {a} ex hoc (contra)ctu [crede-] | re dicimur [-ca.?-]'. Il frammento contiene, in corrispondenza al rigo ove si legge 'ntia]mur', la glossa greca:

frammenti di un testo sostanzialmente corrispondente a quello recepito nel Digesto²⁸². Ulpiano rileva che nel Titolo il pretore ha riunito ‘*multa iura*’ che si riferiscono a ‘*varii contractus*’, ma tutti legati da un elemento: l’ ‘*alienam fidem sequi*’, il rimettersi all’altrui affidabilità. Il giurista invoca l’autorità di Celso, che ha dato un’interpretazione «generale» del verbo ‘*credere*’; questa ampiezza semantica è indicata come il fondamento in forza del quale il pretore ha potuto collocare anche il comodato e il pegno in quella sede dell’editto. Infine, con parole probabilmente ulpianee²⁸³, si trova la motivazione: nei casi in cui si acconsenta a un affare (come afferma Albanese)²⁸⁴ – o (meno plausibilmente) alla consegna di una cosa (come suggerisce Maschi)²⁸⁵ –, rimettendosi all’altrui affidabilità e nella prospettiva di ricevere qualcosa, si dice che, in base a questo contratto, vi sia un ‘*credere*’. Ulpiano conclude appuntando che anche la parola ‘*res*’ è scelta dal pretore come un ‘*verbum generale*’²⁸⁶.

In questa *laudatio edicti* Ulpiano ha riguardo al testo consolidato nell’ordine della ‘*compositio edicti*’ giuliana²⁸⁷, ma la formazione del titolo ‘*de rebus*

συνκατατιθέμεθα (ο συνμετατιθέμεθα); cfr. K. MCNAMEE, *Annotations in Greek and Latin Texts from Egypt*, New Haven, 2007, p. 507 (n. 2974). Il testo è tratto dalla preliminare versione online («Papyri.info») a cura di M. Fressura e A. Petito, destinata al *Corpus of Latin and Greek Juristic Papyri*, di prossima pubblicazione, a cura di D. Mantovani, S. Ammirati, M. Fressura e L. Pellicchi

²⁸²) Per l’importanza del rinvenimento del testimone papiraceo quanto all’evoluzione della *critica textus* del Digesto, si veda, da ultimo, PETITO, *P.Ryl. III 474*, cit., p. 145 ss., il quale discute anche le ipotesi avanzate in dottrina secondo le quali il testo del reperto sarebbe stato alterato (rispetto all’antigrafo) da un copista o comunque deriverebbe da un rimaneggiamento postclassico del dettato ulpiano, concludendo che si tratterebbe di un escerto ulpiano probabilmente non contenuto in un’edizione del commento all’editto, ma in un’antologia giurisprudenziale diffusa nelle scuole di diritto. Appunta sinteticamente Petito (p. 150): «Escluse varianti significative tra il testo conservato nei Digesta e quello manoscritto su papiro, può concludersi che quest’ultimo rappresenta la testimonianza più risalente della definizione di *credere* editale, da tempo autonoma e svincolata dall’originario significato del verbo (...), che vale a designare, assumendo valore generale, l’assenso del creditore a consegnare una *res* e la correlata aspettativa alla ripetizione, e non più la prestazione creditoria in sé».

²⁸³) Cfr. SACCOCCIO, ‘*Si certum petetur*’, cit., p. 427 ss., ove discussione della dottrina.

²⁸⁴) Cfr. ALBANESE, *Per la storia del ‘credutum’*, cit., p. 35, 37.

²⁸⁵) Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 265 ss. Legare il significato alla sola dazione della cosa mi pare problematico perché non spiegherebbe, ad esempio, l’inserimento del tit. 13.5 ‘*de pecunia constituta*’.

²⁸⁶) Sulla dialettica *genus/species* impiegata in questo testo, cfr. M. TALAMANCA, *Lo schema ‘genus-species’ nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)», Roma, 1977, II, p. 264 s.

²⁸⁷) La consolidazione giuliana non significa ovviamente un’inalterabile fissazione codificatoria, come talvolta è stata presentata nella dottrina otto-novecentesca: sul punto, per tutti, cfr. D. MANTOVANI, *L’editto come codice e da altri punti di vista*, in «La codificazione dei diritto dall’antico al moderno» – cur. E. Dovero –, Napoli, 1998, p. 129 ss.

creditis può porsi in un periodo tra il I secolo a.C. e il I secolo d.C.; perciò l'avvicinamento delle figure non rappresenterebbe una spuria evoluzione, ma un dato di grande risalenza diacronica²⁸⁸. Dunque, la giustificazione ulpiana della collocazione, nel medesimo titolo in cui si prevede l'*actio certae creditae pecuniae*, di azioni *in personam* a tutela di situazioni sostanziali quali il comodato e il pegno è ancora più significativa. Il giurista severiano – e probabilmente anche Celso – riconoscono, infatti, come creditori non solo i titolari di un'*actio civilis in personam* con formula contenente il riferimento all'*oportere*, «ma anche coloro ai quali il pretore concedesse un'*actio praetoria in personam* di natura edittale con formula *in factum* nel caso vi fosse stato un comodato o un pegno»²⁸⁹. I presupposti di questa posizione si potrebbero perfino far rimontare alle riflessioni giurisprudenziali tardorepubblicane dalle quali è derivata la struttura del titolo XVII, cioè proprio al periodo in cui Quinto Mucio affrontava le questioni legate all'applicazione dell'*actio commodati (in factum)*²⁹⁰.

L'interpretazione del '*credere*' edittale proposta precisamente cinquant'anni or sono da Bernardo Albanese²⁹¹ offre ancora indicazioni decisive anche ai nostri fini. Secondo l'insigne studioso il '*credere*' è '*appellatio generalis*' per Celso, poiché riveste una latitudine semantica assai estesa, fondata sul suo valore originale di «confidare in qualcuno». Su questo significato fondamentale si radica una vera e propria finalità peculiare ai '*contractus*' che a tale '*credere*' si riconducono e cioè «l'attesa di avere alcunché, in un momento successivo alla conclusione del *contractus* (*mox recepturi quid*)»²⁹². Non si tratta, dunque, di negozi che prevedono un qualsivoglia specifico trasferimento (ad esempio traslativo o non traslativo), ma che prevedono un trasferimento che, conformemente all'assetto d'interessi voluto dalle parti e configurato in un

²⁸⁸ Così ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 111 nt. 385.

²⁸⁹ Così CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 23, il quale, come già detto, aderisce all'ipotesi leneliana secondo la quale Ulpiano avrebbe commentato la formula *in factum* dell'*actio commodati*.

²⁹⁰ B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, cit., p. 99 ss., e *Credito e 'credere'*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», V, 1972, p. 18 (= *Scritti giuridici*, Palermo, 1991, II, p. 1176), pone la formazione del titolo XVII tra la fine dell'età repubblicana – dopo Servio Sulpicio e Alfenio Varo – e i primi anni del principato. P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in «AUPA.», XLIII, 1995, p. 303, colloca tale formazione fra gli anni di Quinto Mucio Scevola e la fine del I secolo a.C., proprio in ragione della già vista attenzione del giurista al commento della clausola edittale '*de commodato*'; per questa collocazione temporale cfr. anche SACCOCCIO, '*Si certum petetur*', cit., p. 130, e VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., p. 104. Per il riferimento al fatto che l'inquadramento del comodato tra le '*res creditae*' sia avvenuto quando dell'istituto si dava solo la protezione *in factum*, cfr. PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 79 ss.

²⁹¹ Cfr. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, cit., p. 24 ss., 35 ss. e 63 ss.

²⁹² ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, cit., p. 28.

tipo contrattuale, è qualificato nella prospettiva di un 'recipere'²⁹³. Si noti: non si espone una nozione onnicomprensiva relativa a tutti i contratti, ma riguardante il particolare *genus* di contratti 'quos alienam fidem secuti instituimus'²⁹⁴.

Vorrei sottolineare un punto decisivo: il 'credere' si collega alla 'fides' e la 'fides' si collega già nei suoi usi linguistici più risalenti a un intervallo di tempo che intercorre nelle relazioni tra consociati. 'Credere' è «donner son coeuv» scrive enfaticamente CUQ²⁹⁵ e la stessa etimologia consente di istituire un rapporto tra *fides* e *credere*, che probabilmente derivano dalla contaminazione tra le radici indoeuropea '*bbid-' e quella '*kred-dbe.'²⁹⁶. Soffermarci su questo aspetto²⁹⁷ ritengo possa far meglio comprendere il significato dell'inserimento dell'*actio commodati* nel titolo XVII dell'Editto e stemperare la maggior parte delle tensioni interpretative emergenti dall'opera di Wegmann Stockebrand. Infatti,

²⁹³ Cfr. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II.1, cit., p. 98.

²⁹⁴ Così MASCHI, *La categoria*, cit., p. 275. Cfr. anche PASTORI, *Il commodato*, cit., p. 108 ss. Non si può istituire una correlazione tra 're contrahere' e 'rem credere', come autorevolmente voleva P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, IV. *Le obbligazioni*, Milano, 1979, p. 374; basti considerare la presenza nel titolo XVII dell'editto 'de pecunia constituta'.

²⁹⁵ Cfr. E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris, 1928, p. 364.

²⁹⁶ Ex multis, cfr. M. VOIGT, *Die Begriffe von 'fides'*, in *Das 'jus naturale, aequum et bonum' und 'jus gentium' der Römer*, IV, Leipzig, 1875, p. 377 ss., E. FRAENKEL, *Zur Geschichte des Wortes 'fides'*, in «Rheinisches Museum für Philologie», LXXI, 1916, p. 187 ss., R. HEINZE, 'Fides', in «Hermes», LXIV, 1929, p. 140 ss., G. VON BESELER, 'Fides', in «Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 Aprile 1933)», Roma, 1934, I, p. 133 ss., J. HELLEGOUAR'H, *Le Vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, p. 33, G. FREYBURGER, 'Fides'. *Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986, p. 37 ss. e 319 ss., R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides'. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato», Napoli, 2008, p. 240 ss., G. FALCONE, *L'esordio del commento ulpiano all'editto sui patti (D. 2.14.1 pr.) tra critica testuale e studio dei percorsi concettuali*, in «AUPA.», LIII, 2009, p. 226 ss., e R. VALSAN, 'Fides', 'bona fides', and 'bonus vir': *Relations of Trust and Confidence in Roman Antiquity*, in «Journal of Law, Religion and State», V, 2017, p. 48 s. Per gli studi linguistici che affermano la relazione tra il lessema 'fides' e il verbo 'credo', cfr. A. PERNICE, *Laeco. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, rist. Aalen 1963, p. 409 ss. e nt. 9 (ove fonti), A. ÉRNOUT, *Skr. 'grad-dhā', lat. 'crēdo', irl. 'cretim'*, in «Mélanges d'indianisme S. Lévi», Paris, 1911, p. 85 ss., A. MEILLET, *Latin 'credo' et 'fides'*, in «Mémoires de la Société Linguistique», XXII, 1920, p. 215 ss., WALDE, HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, cit., sv. 'credo', p. 286 s., ÉRNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*, cit., sv. 'credo', p. 148 s. e sv. 'fides', p. 233, É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II. *Pouvoir, droit, religion*, Paris, 1969, p. 118 s., G. DUMÉZIL, 'Credo' e 'fides', in «Idées romaines», Paris, 1969, 48 ss., e J. POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Tübingen-Basel, 1994, I, p. 117, 580.

²⁹⁷ Riprendo con variazioni e ampliamenti alcune considerazioni presentate in COSTA, 'Pecunia constituta', cit., p. 164 ss., anche a proposito dell'inserimento nel titolo XVII dell'editto 'de pecunia constituta'. Da ultimo, aderisce alla mia posizione anche BOLTE, 'Pecunia constituta', cit., p. 90.

l'intervallo tra la dazione della cosa e la sua restituzione è segnato proprio da un rapporto di reciproca *fides*. E' sulla fiducia che s'impernia tutta la dinamica negoziale del comodato, fin dalle origini più remote dell'istituto.

Remo Martini²⁹⁸, trattando della *fides*, nel suo rapporto con la *πίστις* greca, dunque soffermandosi precisamente su quel valore della fiducia che sostanzia tutta la decisiva dialettica pregiuridica del prestito d'uso, ha ricordato un passo di Aristotele (*Eth. Nic.* VIII, 13, 5-7 [1162ab 23-31]), fecondo anche ai nostri fini:

ἔστι δὴ νομικὴ μὲν ἢ ἐπὶ ῥητοῖς, ἢ μὲν πάντων ἀγοραία ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα, ἢ δὲ ἐλευθεριωτέρα εἰς χρόνον, καθ' ὃν τί ἀντὶ τίνος· δῆλον δ' ἐν ταύτῃ τὸ ὀφείλημα κοῦκ ἀμφύλογον, φιλικὸν δὲ τὴν ἀναβολὴν ἔχει· διὸ παρ' ἐνίοις οὐκ εἰσὶν τοῦτων δίκαι, ἀλλ' οἴονται δεῖν στερῆγειν τοὺς κατὰ πίστιν συναλλάξοντας²⁹⁹.

Nella cornice di una declinazione dei diversi tipi di amicizia³⁰⁰ basati sull'utilità (ed è spontaneo il richiamo all'*utendum dare* contrassegnante il comodato), Aristotele si sofferma sull'amicizia giuridica. Lo Stagirita la distingue in un'amicizia strettamente commerciale – quella che si realizza sulla piazza, cioè con patti espliciti, e riguarda lo scambio immediato (ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα) – e in un'amicizia più liberale connotata da una proiezione nel futuro. In questo secondo caso il differimento rappresenta un tratto esplicativo della caratura amicale del rapporto, tanto che – nota Aristotele – presso alcuni popoli, per situazioni siffatte, non sono date tutele processuali, e coloro tra i quali intercorrono questi rapporti devono rassegnarsi al solo affidamento alla *πίστις*³⁰¹. Naturalmente il tema della proiezione nel tempo della soggezione debitoria riguarda in generale il

²⁹⁸) Cfr. R. MARTINI, *Fides' e 'pistis' in materia contrattuale*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea», Padova, 2003, II, p. 442 s., e *Diritti greci*, Bologna, 2005, p. 70 s. Lo stesso passo era stato già richiamato, per altri fini, da A. MAFFI, *'Synallagma' e obbligazioni in Aristotele: spunti critici*, in «Atti del II Seminario Romanistico Gardesano», Milano, 1980, p. 19.

²⁹⁹) «L'amicizia giuridica si realizza sulla piazza, cioè con patti espliciti ed è di due specie, quella strettamente commerciale si attua come scambio immediato, di mano in mano, l'altra, più liberale, concede del tempo, dopo aver stabilito il corrispettivo [della merce]. In quest'ultimo caso il debito è chiaro e non equivoco, anzi c'è qualcosa di amichevole nel differirne l'adempimento: è per questo che presso certi popoli non si può convenire in giudizio per questi rapporti, ma costoro credono che coloro che stringono accordi fondati sulla fiducia debbano sopportarne le conseguenze».

³⁰⁰) Sull'amicizia secondo Aristotele, in generale, cfr. C. NATALI, *L'amicizia secondo Aristotele*, in «Bollettino della Società Filosofica Italiana», CXCIV, 2008, p. 13 ss.

³⁰¹) Analoghe alcune considerazioni di Platone, nelle *Leggi* (VIII, 8493): ὁ δὲ προέμενος ὡς πιστεύων, ἐάντε κοιμῆται καὶ ἂν μὴ, στερῆέτω ὡς οὐκέτι δίκης οὐσης τῶν τοιούτων. Per quest'ultima fonte e anche per un commento al testo aristotelico, cfr. C. GIACHI, V. MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, Roma, 2012, p. 206 s.

problema della nascita dell'obbligazione e della pendenza del vincolo, ma a me interessa sottolineare come la πίστις sia richiamata a fondamento di tale differimento, perché la base pratica ed etica è la stessa che fonda il rapporto di prestito e di restituzione che connota il comodato.

Il rispetto della *fides*, cioè della parola data, pur prima e oltre ogni sua giuridicizzazione, è ovviamente un elemento basilare delle relazioni tra consociati anche a Roma ed è a fondamento di ogni esperienza giuridica come è posto in acuto rilievo – nella prospettiva della filosofia del diritto – da un saggio di recentissima pubblicazione di Tommaso Greco³⁰². Considerando l'esperienza romana, tra le molteplici fonti che potrebbero essere rilevanti e per la cui analisi rinvio a un recente studio di Mattia Milani³⁰³, ricordo solo che Dionigi di Alicarnasso (*ant. Rom.* 2.75.3) riferisce che già Numa innalzò un tempio alla *Pistis demosia*, istituendo per essa sacrifici; lo storiografo sottolinea che l'essere leale fu reputato una caratteristica così venerabile e rilevante, che per ognuno assicurare sulla propria lealtà divenne il massimo giuramento; d'altra parte, Livio (*urb. cond.* 1.21.1) scrive che al tempo di Numa la *fides* teneva a freno gli uomini più del *'metus legum ac poenarum'*³⁰⁴.

Il rapporto tra il *'credere'* e la *'fides'* già sottolineato da Fulvio Maroi³⁰⁵ a proposito del fondamento dell'obbligatorietà dei contratti, comporta che per i Romani sia da ritenersi creditore colui che affidava una cosa ad un altro, contando sulla parola di questi per la restituzione. Infatti, Plauto, *Asin.* 458, pone in simmetrica comparazione il *'fidem alicui habere'* e l' *'alicui credere'*³⁰⁶. Anche per questo, sulla scorta di Polibio (*bist.* 6.56) che definiva i Romani come il popolo della *fides*, Bonfante e Schulz ponevano tale virtù fra i principi vitali dell'ordinamento romano³⁰⁷. Martini, in un altro contributo³⁰⁸, ri-

³⁰² Cfr. T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

³⁰³ Cfr. M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, in «Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche» – cur. L. Garofalo –, II, Pisa, 2017, p. 26 ss.

³⁰⁴ Cfr. U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in «*Iura*», VII, 1956, p. 29, e O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, p. 398 ss. Il tema della *'fides'* nei rapporti commerciali, e in particolare nelle dinamiche del credito, ritorna in un noto passo di Gell., *noct. Att.* 20.1.41: *'Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuatice usu atque commercio: adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet'*; cfr. L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, p. 111 ss. Sempre alla *'fides'* come fondamento del vincolo tra debitore e creditore rinvia un passo di Livio (*urb. cont.* 8.28.8) su cui cfr. PEPPE, *op. cit.*, p. 208 ss.

³⁰⁵ Cfr. F. MAROI, *Il vincolo contrattuale nella tradizione e nel costume popolare*, in «SDHL», XV, 1949, p. 100 ss.

³⁰⁶ Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 111.

³⁰⁷ Cfr. P. BONFANTE, *La morale politica dei Romani*, in «Rivista internazionale di fi-

corda un luogo ciceroniano che lumeggia i rapporti tra ‘*res creditae*’ e ‘*fides*’:

Cic., *part. or.* 78: In communione autem quae posita pars est, iustitia dicitur, eaque erga deos religio, erga parentes pietas, vulgo autem bonitas, creditis in rebus fides, in moderatione animadvertendi lenitas, amicitia in benevolentia nominatur. Atque haec quidem virtutes cernuntur in agendo.

Lo studioso pone in comparazione le frasi ‘*omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus*’ e ‘*cuiusque rei adsentiamur alienam fidem secuti*’ del citato frammento ulpiano con il riferimento ciceroniano alla ‘*fides*’ nelle ‘*res creditae*’, ritenendo che già l’Arpinate non pensasse soltanto al mutuo, bensì a tutti i negozi in cui si fa credito a qualcuno, in quanto si ripone affidamento sull’altrui ‘*fides*’, concepita in quest’ampia accezione semantica. Ben si può ritenere che tale insistenza sulla ‘*fides*’, come fondamento del rapporto negoziale, rappresenti una delle motivazioni per cui il pretore avrebbe poi concesso anche un’azione di buona fede a tutela del comodato³⁰⁹, tanto più che la ‘*fides*’, «intesa come reciproca lealtà e correttezza negoziale»³¹⁰, è principio fondamentale di quel *ius gentium*, cui Ulpiano (4 *ad ed.*, D. 2.14.7.pr.-1) espressamente riconduce la ‘*conventio*’ che, generando un’*actio*, assume il *nomen* tipico di *contractus* di *commodatum* cui corrisponde una specifica formula prevista dall’Editto³¹¹.

La ‘*fides*’ e il suo rispetto rappresentano, dunque, il nucleo eidetico della poliedricità fenomenica del ‘*credere*’ edittale. Avendo riguardo a una delle espressioni concrete in cui tale ‘*credere*’ si manifesta, si noti come Ulpiano apra il suo commento all’editto ‘*de pecunia constituta*’ (D. 13.5.1.pr., Ulp. 27 *ad ed.*) proprio con un riferimento alla *fides* congiunto a quello all’*aequitas naturalis* in modo analogo a quanto fa in D. 2.14.1.pr.-1: ‘*Hoc edicto favet naturali aequitati: qui con-*

losofia del diritto», VI, 1926, p. 188, e F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, p. 151 ss. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁵, Napoli, 1947, p. 145, parla di un «sentimento giuridico considerato fonte di un vero e proprio dovere giuridico».

³⁰⁸) Cfr. R. MARTINI, *Per la storia del ‘credere’ edittale*, in «Atti del II Seminario Romanistico Gardesano», cit., p. 118 s.

³⁰⁹) Annota opportunamente FRANCHINI, *La recezione nel ‘ius civile’*, cit., p. 137 nt. 55: «Proprio sulla dazione di una cosa e sulla sua restituzione sarà sempre inevitabilmente consistito l’accordo-base della *obligatio re contracta*, tale dunque da ingenerare, in modo espresso, il massimo affidamento reciproco tra le parti. Ricordiamo che la *bona fides* è essenzialmente, nel suo nucleo originario, rispetto della parola data».

³¹⁰) M. BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione commerciale», IV, Torino, 1989, p. 322.

³¹¹) Annota sul punto PALMA, *La negozialità romana*, cit., p. 634: «Il termine *nomen contractus* è da leggersi nel senso che un certo numero di *conventiones* trova riconoscimento in una formula edittale: esiste, pertanto, una corrispondenza tra *nomen contractus* e la formula dell’editto; il riferimento al *nomen* si deve interpretare secondo il punto di vista di Ulpiano, che è quello ‘specializzante’ dei singoli *nomina* contrattuali».

stituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere?. Se, come altrove ho cercato di sostenere³¹², è proprio la centralità della *fides* nella dinamica negoziale del costituito di debito a motivare la sua riconduzione entro il titolo XVII dell'editto, ciò ritengo parimenti valga per il comodato, anche perché «la concezione romana dell'*amicitia* è strettamente legata alla *fides*»³¹³ e si è ampiamente vista l'importanza dell'amicizia nell'ontologia assiologica del comodato.

Pertanto, l'insieme di figure collocate in questo titolo non rappresenta solo – come vuole Wegmann Stockebrand – un insieme di azioni processuali, ma esprime anche, come sottolineava già Pastori, un indice di sistematica di schemi contrattuali: «la concezione di *credere* offriva la premessa per l'avvicinamento del comodato (...) al mutuo nell'aspetto di *obligatio re contracta*. (...) Celso non attribuisce importanza al fatto che il comodato ed il pegno, a differenza del mutuo, non comportino il trasferimento della proprietà, al fine della loro ricomprensione nel concetto di *credere*. Rileva solo che in essi compaia un elemento comune: l'affidamento ad altri di cose delle quali si attende la restituzione»³¹⁴. Scrive ancora Pastori: «[il comodato presenta] un parallelismo processuale con il mutuo, sotto il profilo dei *iudicia stricta* conseguenti alle rispettive azioni, e tale parallelismo determinò l'adeguamento dei primi al secondo attraverso l'aspetto del *credere* e dell'*obligatio re contracta*»³¹⁵.

La sistemazione delle *Res cottidianae*, appare, dunque, alla luce di quanto sta emergendo, non una degradazione epiclassica – come afferma Cannata³¹⁶ – bensì un riflesso dell'evoluzione giurisprudenziale classica, nella quale si riverberano anche gli esiti del processo assimilatorio dell'*actio praetoria teneri* nel quadro dell'*obligatio*³¹⁷, di cui appare già consapevole Gaio nelle *Institutiones*³¹⁸.

³¹²) Cfr. COSTA, *Pecunia constituta*, cit., p. 164 ss. Sulla *laudatio* ulpiana dell'editto '*de pecunia constituta*', cfr. anche FALCONE, *L'esordio del commento*, cit., p. 230 nt. 13, ove rileva come Ulpiano «lodi» l'intervento nomopoietico del pretore che assicura una tutela giurisdizionale idonea ad assicurare gli impegni derivanti dalla *fides*. Riguardo al rapporto tra la *fides* e il mutuo si veda, da ultimo, SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit., p. 25 s. Sull'*aequitas naturalis* ricordo anche le importanti considerazioni di M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,7*, in «BIDR.», XCVI-XCVII, 1993-1994, p. 1 ss.

³¹³) MASCHI, *La categoria*, cit., p. 105.

³¹⁴) PASTORI, *Il contratto di comodato*, cit., p. 77; cfr. anche R. MARTINI, S. PIETRINI, *Appunti di diritto romano privato*³, Padova, 2013, p. 126 nt. 57.

³¹⁵) PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 108. Sul punto, da ultimo, si vedano anche SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit., p. 8, e DI MARIA, *La responsabilità*, cit., p. 40 nt. 26.

³¹⁶) Di recente aderisce a questa specifica opinione di Cannata anche S. RONCATI, *Il principio consensualistico nella vicenda del mutuo: da contratto reale a contratto consensuale*, in «Principios generales de derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual» – *cur.* F. Reinoso-Barbero –, Madrid, 2014, p. 550.

³¹⁷) Cfr. CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 28.

Su questo aspetto, non trovo neppure condivisibile la recente posizione di Antonino Milazzo, il quale opina che nelle *Res cottidianae* «il punto di vista sulla categoria delle *obligationes re contractae* è sensibilmente cambiato», individuandone la motivazione in un supposto mutamento riguardante il modo in cui veniva intesa la *datio*, non più «nel senso necessario di trasferimento della proprietà del bene, bensì in quello maggiormente ampio di consegna della cosa, ciò che accomuna tanto il mutuo quanto il comodato»³¹⁹. In questa opinione si può probabilmente riconoscere un riflesso dell'insegnamento di Cannata (che, infatti, Milazzo riporta in contesti prossimi a questa argomentazione), ma è, a mio parere, più plausibile la ricostruzione che si sta proponendo.

Ritengo, infatti, che con le *Res cottidianae* non si recepisca un mutamento di pensiero riguardante la *datio*, bensì l'evoluzione determinata dalla ricezione edittale della nozione di 'credere', la quale, per la sua importanza nella prassi giurisprudenziale e giudiziaria, rappresenta – insieme certamente al riconoscimento del momento genetico del contratto nel trasferimento (purchessia) della disponibilità di un bene – il fattore che, con maggiore incidenza, poteva determinare un avvicinamento di figure negoziali. Peraltro, questo è l'elemento più coerente con il dato fondamentale che si è visto stabilmente marcare il mutuo e il comodato e contrassegnarne anche la loro contiguità, cioè la temporalità dell'anzidetto trasferimento. '*Commodamus amico pro tempore*' scrive il Venerabile Beda nel suo già citato *De Orthographia* (VII, 266.8-10 Keil = p. 186 Jones): è precisamente il '*pro tempore*', indicato già dalle fonti letterarie repubblicane e correlato all'insorgenza ('*re*') dell'obbligazione restitutiva, a contrassegnare – corrispondendo in pieno al '*max recepturi*' di D. 12.1.1 – la vicinanza delle fattispecie. Il valore sistematico del titolo '*de rebus creditis*' è perciò considerevole.

³¹⁸ Sul punto, cfr. G. SEGRÉ, '*Obligatio*', cit., p. 598 ss. (= *Scritti*, cit., p. 383 ss.).

³¹⁹ A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 113. Più elaborata è l'opinione di TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 541, opinione che lo stesso Antonino Milazzo riporta a p. 115. Talamanca riconosce che nelle *Institutiones* Gaio impieghi un concetto di '*datio*' più ristretto, ma ritiene tale osservazione «esatta, ma non risolutiva», dacché «va posta in relazione alla differente funzione assolta dal trasferimento della cosa nell'uno e nell'altro caso: nel mutuo (e nell'indebito) la *datio* condiziona sia il sorgere che l'estensione dell'*obligatio*, la quale ha ad oggetto soltanto la *res* trasferita. Nelle *obligationes re contractae* del *ius gentium*, e nella *fiducia*, la trasmissione della cosa è il necessario presupposto per il sorgere del contratto e dell'obbligazione di restituzione, ma gli effetti della fattispecie si modellano più liberamente sulla base dell'accordo delle parti e non si esauriscono nella pura e semplice restituzione della cosa, perché l'azione che le tutela rientra nei *iudicia bonae fidei*; si potrebbe dire che l'obbligazione nasce a causa del trasferimento di una cosa, ma si configura sull'accordo delle parti, sulla *conventio*. E' questo forse il profilo che ha indotto i *prudentes* a non estendere la categoria delle *obligationes re contractae*: il diverso atteggiamento di Gaio nelle *Res cottidianae* può spiegarsi in base ad una considerazione più unitaria del ruolo della *conventio* nell'*obligatio ex contractu*». Sul profilo della *conventio* ritornerò a breve.

mente significativo e non scontato, poiché – come si coglie dalle ricostruzioni palinogenetiche – i *Libri iuris civilis* di Quinto Mucio e di Sabino non si strutturavano sistematicamente sulle modalità di contrarre obbligazione³²⁰. Dunque, la scelta effettuata dal pretore ben si può considerare teoreticamente coraggiosa e storicamente incarnante uno snodo gravido di conseguenze nel sistema contrattuale romano.

Pertanto, D. 44.7.1 (Gai. 2 *aur.*), a ben vedere, porta a maturazione quanto si trova in D. 12.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): le *Res cottidianae* appaiono così sotto una luce molto meno opaca e nient'affatto adulterata rispetto a quella implicata dalle esegesi di Cannata e Wegmann Stockebrand³²¹.

Cardilli nota che, se in Gai., *inst.* 3.90-91, trova accoglienza piena (quantunque forse unicamente esemplificativa)³²² solo il mutuo – probabilmente perché risalente figura di *ius civile*³²³ –, ciò non significa che «Gaio non conosca deposito e comodato come contratti reali (Gai., *inst.* 4.47)»³²⁴. Difatti, le *Res cottidianae* rendono esplicito quanto può ritenersi implicito nelle *Institutiones*³²⁵ e soprattutto confermano in modo rimarchevole il carattere pervasivo dell'*obligatio* come schema idoneo a qualificare «sul piano sostanziale (del 'rapporto giuridico' per intenderci) quanto si induce dal riconoscimento pretorio di *actiones in personam* con *formulae in factum conceptae*»³²⁶.

³²⁰ Sul punto, cfr. S. SCHIPANI, '*Obligaciones*' e sistemática. *Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, in «Linguaggio e sistemática nella prospettiva di un romanista» – cur. S. Masuelli, L. Zandrino –, Napoli, 2014, p. 138.

³²¹ Scrive SCHERILLO, '*Comodato*', cit., p. 986: «che la giurisprudenza posteriore [sc. a Quinto Mucio] abbia evitato di includere il comodato tra le *obligationes re contractae* è cosa che si suole affermare, ma per la quale non v'è la minima prova; o meglio v'è la prova del contrario nei testi che – a proposito della rubrica editale *de rebus creditis* – elaborano il concetto di *credere*. Pertanto, quando le *res cottidianae* includono espressamente il comodato tra le *obligationes re contractae*, non dicono nulla di nuovo e si allineano puramente e semplicemente alla posizione raggiunta dalla giurisprudenza».

³²² Da ultimo, cfr. FALCONE, *La definizione di 'obligatio'*, cit., p. 120 nt. 168, e PLATSCHKE, *Das Verhältnis der Institutiones*, cit., p. 285 e nt. 42, ove contesta l'opinione di WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*', cit., p. 131 ss., il quale interpreta il '*velut*' di Gai., *inst.* 3.90, come tassativo: «Gaius auf eine Gleichsetzung von *obligatio re contracta* und *mutuum* festzulegen und dazu eine Ausnahme in der Bedeutung von *velut* zu postulieren, ist nicht methodengerecht».

³²³ Sul punto A. MILAZZO, *Il contratto di comodato*, cit., p. 111 s., sulla scorta di CANNATA, '*Obbligazioni nel diritto romano*', cit., p. 422, ritiene che l'esclusione sia dovuta al fatto che solo nel mutuo la dazione della cosa ha effetto traslativo della proprietà.

³²⁴ CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 29 nt. 58.

³²⁵ Cfr. CERAMI, *Il comodato*, cit., p. 318 (= *Il comodato nella storia*, cit., p. 305), il quale scrive che la differente articolazione della '*obligatio re contracta*' che si riscontra nei due testi gaiani deriva da una revisione sistematizzante della categoria da imputarsi allo stesso Gaio e non a rielaborazioni postclassiche.

³²⁶ CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 29; cfr. anche FALCONE, '*Obligatio est*

Non è trascurabile che Gaio nelle *Res cottidianae* descriva le ‘*obligationes ex contractu*’ che ‘*re contrahuntur*’ – e non vedo ostacoli a parlare di contratti reali –, impiegando un linguaggio che non è affatto nuovo, ma che corrisponde a quello che doveva già essere familiare a Quinto Mucio, come emerge dal citato frammento di Pomponio, D. 46.3.80³²⁷. Inoltre, Gaio appunta l’attenzione – in armonia e non in rottura con la giurisprudenza classica³²⁸ – su un aspetto peculiare del regime tipico di questi contratti, che è specificamente interrelato alla primigenia tutela processuale mediante l’*actio in factum*: si concentra, infatti, sulla restituzione. E’, infatti, il ‘*rem reddere*’ il polo su cui, come si è visto *supra*, § 5, si impernia l’azione pretoria stessa³²⁹. Non si deve obliare che il verbo ‘*reddere*’ si compone dalla congiunzione del prefisso derivazionale ‘*re(d)-*’ con il verbo ‘*dare*’: il preverbio ‘*re(d)-*’ – che s’incontra solo nelle lingue latina e umbro-sabellica – esprime propriamente, benché polisemicamente, l’inversione di un processo³³⁰. Negli studi dei linguisti a proposito del suo etimo si è significativamente suggerita anche la derivazione dall’ablativo di ‘*res*’³³¹. Dunque, il ‘*reddere*’ non può che presupporre un previo e necessa-

iuris vinculum’, cit., p. 47 s., 117 ss. Falcone (a p. 48) nota che la «coscienza del ruolo sostanzialmente nomopoietico del pretore» sollecitava «un’esigenza di sistemazione ulteriore sulla base degli ambiti ordinamentali (*ius civile e ius honorarium*) che attribuiscono giuridicità all’*obligatio*».

³²⁷) Questo elemento è ricordato anche da CANNATA, *Corso di Istituzioni*, II,2, cit., p. 80, il quale però scrive che non ha grande importanza, perché diverso sarebbe il significato con cui è intesa l’espressione da parte dei diversi giuristi.

³²⁸) MASCHI, *La categoria*, cit., p. 158, nota che tutta l’elaborazione dogmatica classica del comodato (e non solo per gli aspetti riguardanti la responsabilità) ha per «tessuto connettivo» il dettato della *formula in factum*.

³²⁹) Cfr. CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 30. Appunta PASTORI, *Il comodato*, cit., p. 109: «L’obbligo di restituire l’esatto equivalente di quanto è stato dato, che trova espressione nella *condictio* posta a tutela del mutuo, armonizza con l’obbligo di restituire la cosa data in comodato, che trova espressione nel *reddere* della formula *in factum commodati*».

³³⁰) L’effetto semantico del preverbio ‘*re(d)-*’ è piuttosto articolato e i linguisti riconoscono diverse declinazioni di significato variamente correlate tra loro: il moto all’indietro in senso fisico o temporale, il ritorno a uno stato precedente, la reciprocità e la compensazione, la restituzione, l’inversione nel senso della restaurazione di uno stato anteriore, la rinnovazione, la ripresentazione, la separazione, l’opposizione, l’iterazione; cfr. C. MOUSSY, *La polysémie du préverbe re-*, in «Revue de philologie, de littérature et d’histoire anciennes», LXXVI, 1997, p. 227 ss., e J. SCHRICKX, *Reflexionen über lateinische re-Komposita*, in «Glotta», XCI, 2015, p. 264 ss.

³³¹) Cfr. R. KÜHNER, C. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache. Satzlehre*, Hannover, 1912, p. 936 ss., e C. GARCÍA-CASTILLERO, *Zur Herkunft des italischen Präverbs re(d)-*, in «Glotta», LXXIV, 1997/1998, p. 12 ss.; un’altra ipotesi correla l’etimo del prefisso alla radice protoindoeuropea ‘**ure*’ («schiena»), da cui ‘**vert-*’: cfr. K. BRUGMANN, *Zur lateinischen Wortforschung*, in «Indogermanische Forschungen», XXIV, 1909, p. 158 s., G. KLINGENSCHMITT, *Zur Etymologie der klassischen Sprachen*, in «Artes et Scientia».

rio 'dare' alcunché, che ora è oggetto di una retrocessione³³².

Presento di nuovo il frammento delle *Res cottidianae* sul comodato: 'Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur'. Il testo afferma che colui a cui è data in comodato una 'res' è obbligato 're' verso il comodante. Non va, a mio parere, tralasciata la diatesi passiva di 'obligatur': l'*accipiens* «subisce» la costituzione del vincolo, quasi a rimarcare come sia la consegna, in modo più decisivo dell'incontro di volontà, a generare l'effetto obbligatorio. Il 'sed', con cui si apre il secondo stico del frammento, mi ricorda la stessa congiunzione vista in D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*): anche nella presentazione gaiana il 'sed' indica uno scarto temporale e di situazioni giuridiche; con la *datio rei* l' 'obligatio' è 'suscepta' – per usare il linguaggio del frammento paolino – e il comodatario non diventa proprietario della cosa, bensì è tenuto alla restituzione. Il 'teneri' s'appalesa così del tutto parallelo all' 'obligari'³³³.

L'antitesi non solo nominalistica, ma ontologica, tra le situazioni sostanziali (i 'contractus') e le situazioni di soggezione processuale ('obligari' inteso *stricto sensu* ma, ancor più, 'teneri'), che Wegmann Stockebrand rileva, mi pare immotivata e contraria alle dinamiche evolutive del sistema romano dei contratti. Sono illuminanti a tal proposito alcune considerazioni di Grosso, che, e *converso*, mostrano anche i limiti dell'approccio piuttosto rigido di Wegmann Stockebrand. Per questo le riporto diffusamente: «E' ovvio come, costruendo [un] rapporto sostanziale che si argomentava di riflesso dalla tutela pretoria, i Romani dovessero provare della ripugnanza ad applicarvi senz'altro la terminologia del *ius civile*. Ma ciò non significa che i Romani si siano irrigiditi su una antitesi terminologica, come vorrebbero oggi molti romanisti; quando la valutazione ed elaborazione degli istituti sostanziali del diritto pretorio si sviluppò, e ne risultò sempre più il parallelo cogli istituti civilistici e la corrispondenza sostanziale, e questo parallelo importava tutta una serie di principi comuni, soprattutto dopo la redazione definitiva dell'editto, gli scrupoli terminologici furono in parte abbandonati»³³⁴.

Ancora un problema merita un cenno. Cannata e Wegmann Stockebrand

Festschrift R.F. Ritter», Wien, 2004, p. 247 ss.

³³² Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 246, il quale fa riferimento al morfema 're(d)-', ma, se si accoglie l'ipotesi di García-Castillero, dovrà farsi riferimento al morfema 're(d)-'.

³³³ Sul punto, cfr. anche A. BURDESE, *rec.* a J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las 'res cottidianae'*, Madrid, 1996, in «SDHI», LXII, 1996, p. 595 s., il quale, contro l'opinione di Coma Fort, difende (anche riferendosi proprio all'uso di 'teneri' e 'obligari') la paternità gaiana di D. 44.7.1.

³³⁴ GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p. 9 (citato anche da CARDILLI, *Sul problema della nascita*, cit., p. 16 nt. 23).

attuano un'operazione marcatamente riduzionistica per escludere il comodato dal novero dei contratti reali: riducono l'area del *contractus* al solo contratto consensuale, inteso come contratto che nasca '*consensu*', secondo un'interpretazione restrittiva di D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*). A questo proposito, Roberto Fiori³³⁵ ha, di recente, mostrato come non si possa in alcun modo riconoscere nel noto frammento ulpiano una teoria generale del contratto secondo Labeone, inteso come accordo produttivo di obbligazioni in forza del semplice *consensus*. Questa schematizzazione sarebbe peraltro disarmonica con gli usi di '*contrabere*' e di '*contractus*' che si rinvergono nell'editto che Labeone stesso commenta e con gli usi di '*contractus*' che il giurista impiega in altri luoghi. La bilateralità, cui anche Cannata e Wegmann Stockebrand si riferiscono, è poi interpretata da Fiori, con copiose prove testuali, come inerente al vincolo e non al consenso: è la bilateralità delle prestazioni che derivano dal contratto. Alle dense e convincenti argomentazioni di Fiori intendo qui rinviare, perché sarebbe fuori luogo ripeterle, ma le reputo ampiamente sufficienti per mostrare la fragilità di un arco portante delle architetture ermeneutiche di Cannata e Wegmann Stockebrand³³⁶.

Aggiungo, come una postilla alla posizione di Fiori, soltanto alcuni elementi che mi sembrano utili. In una nota di trent'anni or sono Martini³³⁷,

³³⁵ Cfr. R. FIORI, '*Contrabere*' in Labeone, in «Carmina Iuris». Mélanges M. Humbert – cur. E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix –, Paris, 2012, p. 311 ss.

³³⁶ Si aggiunga, come nota G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di 'obligatio'*, in «*Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*» – (cur. L. Capogrossi Colognesi, M.F. Cursi –, Napoli, 2011, p. 18 nt. 3, che ipotizzare, come propone Cannata, che il comodato (con il deposito e il pegno) sia per Gaio un contratto consensuale collide con l'elencazione dei quattro contratti consensuali in Gai., *inst.* 3.135, che non presenta un '*veluti*' e che deve considerarsi esaustiva. Alle tesi di Wegmann Stockebrand, SCHEIBELREITER, *rec. a A. WEGMANN STOCKEBRAND*, cit., p. 462 s., oppone una condivisibile critica che muove da presupposti analoghi: non si può ipostatizzare lo schema di *contractus* ricavato da D. 50.16.19 per poi ricondurvi forzatamente il comodato, il deposito e il pegno, tanto più che Labeone mostra altrove (D. 16.3.1.13 e D. 17.1.8.pr.) di denominare *de plano* come '*contractus*' il deposito e il mandato, non fa alcun riferimento al rapporto sinallagmatico e, in più, non si preoccupa del fatto che nella tripartizione di D. 50.16.19 il '*mandatum*' potrebbe ricadere non nell'area del '*contractus*', ma in quella del '*gestum*'. Su quest'ultimo punto, cfr. anche P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma - Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in «Antike - Recht - Geschichte, Symposion P.E. Pieler» – cur. N. Benke, F.-S. Meissel –, Wien, 2009, p. 59. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit., p. 21, nell'unica menzione che fa, nel suo recente saggio sul mutuo, alla monografia di Wegmann Stockebrand, dichiara di non condividere l'opinione secondo la quale per Gaio il '*re contrabere*' sarebbe stato collocato in un'ampia area ove convergerebbe ogni atto produttivo di obbligazioni che non sia '*delictum*'.

³³⁷ Cfr. R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in «Jura», XLII, 1991, p. 97 ss.

sulla scorta degli studi di Arnaldo Biscardi³³⁸ e di Manlio Sargentini³³⁹, censurava il «mito del consenso nella dottrina del contratto» e, con ampi riferimenti ai diritti greci, mostrava la maggiore risalenza della struttura reale di alcuni contratti (ad esempio, facendo riferimento alla μίσθωσις, ma anche alla compravendita)³⁴⁰ rispetto ai recenziori sviluppi consensuali. Un altro esempio al riguardo: la terza clausola del I trattato romano-cartaginese³⁴¹ – concluso, secondo Polibio che lo riporta (*hist.* 3.22), nel primo anno della repubblica³⁴² – disciplina gli scambi commerciali tra Romani e Cartaginesi, nei territori della Sardegna e dell’Africa, e prevede alcune formalità per la conclusione delle operazioni mercantili, ma – ed è quel che ci interessa – contiene soprattutto una clausola significativa: δημοσία πίστει ὀφειλέσθω τῷ ὑποδομένῳ (Polyb., *hist.* 3.22.8-10). Gli scambi risultano protetti da una ‘fides publica’, ma il requisito per poter accedere alla tutela (giudiziaria), che da questa «fiducia collettiva» deriva, è che la parte che tale tutela invoca abbia già consegnato quanto promesso. «La possibilità di procedere in forme coercitive viene perciò assicurata, dal momento della consegna, a chi ha già adempiuto», appunta Marotta, che ha ampiamente studiato questa clausola³⁴³. La disciplina sostanziale delle operazioni mercantili, la cui tutela era accordata esclusivamente *ex re tradita*, riguardava schemi di relazioni commerciali non riducibili al solo scambio di cosa contro prezzo, ma investiva anche forme, che si identifichere-

³³⁸) Cfr. A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 154 ss., *Contratto di lavoro e misthosis nella civiltà greca del diritto*, in «RIDA.», XXXVI, 1989, p. 75 ss., e *La cultura greca di Labeone*, in «RIL.», 9^a s., III, 1992, p. 113 ss.

³³⁹) Cfr. M. SARGENTINI, *Nascita e sviluppo dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, I (*Labeone: la nascita dell’idea di contratto*), in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 25 ss., e II (*Svolgimento dell’idea di contratto*), ivi, XXXIX, 1988, p. 24 ss.

³⁴⁰) Cfr. anche, con qualche differenza di posizione, M. TALAMANCA, *Ius gentium’ da Adriano ai Severi*, in «La codificazione del diritto», cit., p. 198 ss.

³⁴¹) Cfr. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 74 ss., ove copiosi riferimenti bibliografici. Per presentazioni della parte del trattato di nostro interesse successive al contributo di Marotta, cfr. G. FORSYTHE, *A critical history of Early Rome. From prehistory to the first Punic War*, Berkeley - Los Angeles, 2005, p. 122 ss., A. MAFFI, *Osservazioni sui trattati Roma - Cartagine*, in «Δύνασθαι διδάσκειν. Studi F. Cássola», Trieste, 2006, p. 287 ss., J. SERRATI, *Neptune’s Altars: The Treaties between Rome and Carthage (509-226 B.C.)*, in «The Classical Quarterly», LVI, 2006, p. 114 ss., J.H. RICHARDSON, *Rome’s Treaties with Carthage: jigsaw or variant Traditions?*, in «Studies in Latin Literature and Roman History XIV» – cur. C. Deroux –, Bruxelles, 2008, p. 90 ss. (= *Kings and Consuls. Eight Essays on Roman History, Historiography, and Political Thought*, Oxford - Bern - Berlin - New York - Wien, 2020, p. 113 ss.), e C. VACANTI, *Per una palinogenesi del primo trattato romano-punico*, in «Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto», X, 2020, p. 41 ss., ove altra bibliografia.

³⁴²) Per i problemi di datazione del trattato, di recente, cfr. SERRATI, *Neptune’s altars*, cit., p. 115 ss.

³⁴³) MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 79.

rebbero come di locazione o di associazione commerciale³⁴⁴. Questa disciplina si riflette probabilmente anche nel principio accolto dalle XII Tavole (cfr. *Iust. inst.* 2.1.41), secondo il quale solo in forza dell'effettivo pagamento del prezzo può darsi il trasferimento della «proprietà»³⁴⁵, ma è parimenti del tutto consentanea con la concretezza «reale» degli arcaici '*gesta per aes et libram*'³⁴⁶. Di tali questioni riguardanti soprattutto la compravendita intendo comunque qui unicamente sottolineare la centralità dell'elemento della *traditio*. La consegna della cosa è certamente valutata come condizione necessaria per la tutela giudiziaria, più che come elemento perfezionativo del negozio, ma – appuntano Marotta e Giachi – «naturalmente, quanto più indietro si va nel tempo, tanto più i due aspetti si confondono e compenetrano tra loro»³⁴⁷. Dunque, la consegna appare connaturata alla struttura più risalente di ogni scambio commerciale e tale *realità* (*lato sensu* intesa) è posta in rimarchevole relazione con la *fides*. La configurazione consensualistica degli schemi contrattuali appena ricordati rappresenta perciò uno sviluppo della struttura di questi negozi e della nozione di '*fides*'. Congetturare un'evoluzione sostanzialmente opposta per il comodato – che dalla '*fides*' nasce ed è determinato – mi pare *ictu oculi* difficilmente accettabile.

Un ulteriore aspetto dell'opinione di Cannata mi sembra trovare un'indiretta, ma efficace, risposta nei risultati di un altro recentissimo studio, questa volta di Falcone³⁴⁸. Cannata contrappone il significato di '*conventio*' nei – palin geneticamente adiacenti³⁴⁹ – frammenti ulpiani D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed*)

³⁴⁴ Sul punto segue l'esegesi di Marotta, da ultimo, anche VACANTI, *Per una palinogenesi*, cit., p. 96. Sul tema GIACHI, MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza*, cit., p. 207, scrivono: «Dal punto di vista sostanziale, il fondamento originario della tutela dello scambio commerciale è individuabile nella regola che assicura piena protezione giuridica, dal momento della consegna, a chi ha adempiuto. Nel quadro della *iurisdictio inter cives et peregrinos*, tale meccanismo, integrandosi con la *fides* – criterio capace di determinare il vero contenuto dell'affare e degli impegni effettivamente assunti dalle parti – pose le basi dell'originaria disciplina *iuris gentium* dei traffici commerciali in area romana».

³⁴⁵ E' la tesi già di E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, Leipzig, 1902, p. 67 s. Cfr. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 83 ss., D. NÖRR, '*Fides Punica - Fides Romana*'. *Bemerkungen zur 'demosia pistis' im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des Fremden in der Antike*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva», II, cit., Padova, 2003, p. 496 ss., e *Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di 'ius mercatorum' mediterraneo: il primo trattato cartaginese-romano*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti» – cur. M. Humbert –, Pavia, 2005, p. 147 ss.

³⁴⁶ Per l'avvicinamento tra questi '*gesta*' arcaici e la struttura fondamentale dei contratti reali, cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 89.

³⁴⁷ GIACHI, MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza*, cit., p. 207.

³⁴⁸ Cfr. G. FALCONE, *Riflessioni sulla 'conventio' in D. 2.14.1.3*, in «AUPA.», LXII, 2019, p. 195 ss.

³⁴⁹ Cfr. LENEL, *Palinogenesi*, II, cit., c. 431 s. Già il dato della contiguità dei frammenti

e D. 2.14.7 (Ulp. 4 *ad ed*), e riconosce nel lessema che ricorre nel primo testo un sostanziale sinonimo di ‘*consensus*’, mentre accorda a quello che ricorre nel secondo testo il valore di «accordi informali». Falcone, con numerosi argomenti di notevole cogenza, mette, invece, in luce come in D. 2.14.1.3 ‘*conventio*’ abbia piuttosto il senso generale di una «determinazione oggettiva (...) riguardante tutti gli elementi (tutti i punti, tutti gli aspetti) sui quali ‘*consentiunt*’ coloro che pongono in essere un negozio giuridico»³⁵⁰. La *conventio* copre, dunque, anzitutto lo schema contrattuale e poi i singoli elementi del complessivo regolamento di interessi che le parti riversano in quello schema.

E’ in questa prospettiva oggettiva – e non di accordo soggettivo come vuole Cannata – che ritengo vada letto anche D. 2.14.7.1-2, che riguarda proprio schemi oggettivi di regolamentazione degli interessi dei consociati – le ‘*conventiones iuris gentium*’ – da cui derivano azioni e che perciò sono denominati ‘*contractus*’³⁵¹. Il comodato si presenta, dunque, come un contratto reale, nel senso di un negozio giuridico bilaterale (‘*conventio*’ in senso oggettivo) integrato dalla necessaria dazione della cosa e protetto dalla relativa azione pretoria³⁵². E’ rimarchevole che Garofalo giunga a dire che in questo passo Ulpiano si attenga, per «ricalibrare la categoria del contratto»³⁵³ all’impianto costruttivo delle *Res cottidianae*, confermando così la piena natura contrattuale anche del comodato, come negozio reale, in un *iter* evolutivo che può ritenersi segnato dal recepimento dell’*actio commodati* nel titolo XVII dell’editto, dalla riflessione gaiana e poi dalla sistemazione ulpiana³⁵⁴. E’ una proposta, dunque, ben diversa da quella difesa da Cannata e da Wegmann

fa apparire come problematica l’esegesi differenziante i significati che Cannata propone.

³⁵⁰ Cfr. FALCONE, *Riflessioni sulla ‘conventio’*, cit., p. 210.

³⁵¹ Proprio di ‘*obligatio re contracta*’ di ‘*ius gentium*’ parla, a proposito del comodato, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 547 ss., contro il quale si appuntano le non condivisibili critiche di Wegmann Stockebrand.

³⁵² Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 866.

³⁵³ GAROFALO, *Gratuità*, cit., in «Scambio e gratuità», cit., p. 66 (ove si legge «calibrare») (= in «Affari, finanza», cit., p. 414, ove si legge «ricalibrare»); ma si vedano nel complesso le ricche annotazioni dello studioso alle p. 45 ss. (= p. 395 ss.). Perspicue, e con ampi confronti con la letteratura precedente, anche le considerazioni sul punto di T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 73 ss.

³⁵⁴ Appunta SCHERILLO, ‘*Comodato*’, cit., p. 983, che nel periodo tardoimperiale «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. E’ pensabile che l’istituto con l’inizio del III sec. avesse ormai raggiunto l’assetto definitivo (quale dura anche oggi)». Sugli sviluppi tardoantichi dell’istituto, cfr. S.A. FUSCO, *Pecuniam commodare’. Aspetti economici e sociali della disciplina dei rapporti di credito nel V secolo d.C.*, Perugia, 1980.

Stockebrand, i quali – operando quella che, con Orestano, si potrebbe definire una «pandettizzazione del diritto classico»³⁵⁵ – procedono nella direzione obbligata di considerare le *Res cottidianae* come una spuria degenerazione epiclassica. Le più recenti ricerche sui rapporti tra le *Res cottidianae* e le *Institutiones* di Gaio si oppongono con vigore a questo esito e valorizzano piuttosto i rapporti reciproci tra le due opere, che vengono così collocate su un piano temporale e teoretico del tutto contiguo³⁵⁶. L'itinerario ermeneutico qui suggerito riguardo alla realtà del comodato mi pare non possa che confermare questa prospettiva: si tratta certamente dell'itinerario percorso dalla grande maggioranza dei romanisti³⁵⁷, ma spero di aver addotto, con questo contributo, qualche motivazione in più per non abbandonarlo.

³⁵⁵) Cfr. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 546 ss.

³⁵⁶) Cfr. PLATSCHKEK, *Das Verhältnis der Institutiones*, cit., ove in più luoghi (p. 285 nt. 42, p. 291 nt. 50, p. 295 nt. 66) manifesta il proprio disaccordo rispetto alle posizioni di Wegmann Stockebrand; cfr. anche SACCOCCIO, *L'eredità*, cit., p. 111 e nt. 47.

³⁵⁷) Ricordo, in conclusione, soltanto le posizioni sul tema di due romanisti particolarmente insigni e di indiscussa autorevolezza scientifica e acutezza dogmatica: BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II.1, cit., p. 97 ss. e GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 111 ss.