

INTRODUZIONE

Nei primi anni cinquanta, iniziando la lettura delle fonti in tema di comodato, non sospettavo l'importanza rivestita dall'istituto, poiché esso, come ebbi modo di accertare, superava i confini del suo particolare regime giuridico, coinvolgendo per elementare logica ricostruttiva le problematiche generali suscitate dal diritto romano nei qualificanti settori del negozio, del processo e della responsabilità contrattuale.

La mia scoperta di questa parte dell'orizzonte romanistico fu casuale ed evoca la memoria degli incontri seminariali dell'immediato dopoguerra presso l'Università di Napoli, un centro propulsore dei rinascenti studi giuridici. Dominava la *verve* giovanile di Antonio Guarino, un Maestro che con *esprit de finesse* sapeva aprire squarci che sollevavano dal peso quotidiano, facendo balenare, accanto alla Napoli dei giuristi, l'altra Napoli: quella degli incantesimi, di Totò, dei De Filippo, di Murolo e di Carosone. Maschere sconfinanti nel surreale, che nascondevano dietro i lampi di ilarità il segreto di una personale battaglia per la sopravvivenza e facevano riflettere sul loro poetico e civile messaggio. Dopo una escursione nella Montmartre napoletana, fuori dal selciato accademico, l'*esprit de géométrie* prese il sopravvento sul Maestro che iniziò a suggerirmi l'esame di una serie di testi sul comodato.

Un tema trascurato dalla tradizionale scelta di campo della dottrina, con poche eccezioni, tra le quali i saggi non recenti

del Ferrini (*Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in Arch. Giur. (1893), 52) e del De Ruggiero (*Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in Bull. Istit. dir. rom., 1907), il primo descrittivo della disciplina dell'istituto, il secondo mirato sulla natura compilatoria della endiadi ricorrente nel Digesto.

In effetti il disinteresse della dottrina per questa materia contrastava con la realtà della giurisprudenza romana, che dedica al comodato appositi libri dei commentari editali. Ne ebbi consapevolezza ben presto, scorrendo un passo di Paolo (D. 13,6,17 § 3) che imprigionò la mia attenzione, poiché il giurista, commentando l'editto relativo al comodato si preoccupa di spiegare la ragione per la quale il prestito d'uso gratuito, di per sé libera elargizione rimessa allo spirito di solidarietà del disponente, diviene per lui vincolante dopo la attribuzione del beneficio. Se è lecito attualizzare il ragionamento di Paolo, egli si chiede come mai il comodato da semplice rapporto della prassi sociale intervenuta fra persone amiche, assurga alla dignità di negozio giuridico. Un problema questo proposto dalla moderna scienza del diritto, che non intende il negozio quale formale creazione dell'ordinamento, ma come risultato della recezione da esso operata di assetti di interessi già vincolanti alla stregua delle norme sociali.

Parafasando le parole di Paolo, in seguito all'intervento del diritto, l'iniziale *beneficium* ottiene la qualifica negoziale per la operatività di azioni e di obbligazioni che vincolano entrambe le parti. Certo non si tratta di azioni e di obbligazioni vicendevoli, come sembra dire il testo, attesa la bilateralità imperfetta del rapporto contrattuale. La natura del vincolo giuridico, peraltro, è ben chiara alla mente del giurista, che la ricollega all'affidamento generato nella controparte dal volontario esercizio della autonomia privata di chi *beneficium tribuit* e che pertanto deve rispettare la propria libera determinazione, sopportandone l'eventuale pregiudizio in base al principio della autoresponsabilità privata.

Per questo al beneficiario debbono essere consegnate cose idonee all'uso che ha consentito lo stesso commodante, tenuto inoltre al rispetto del termine pattuito per la riconsegna. Il problema generale del riconoscimento della autonomia privata poteva essere ricollegato alla storia del comodato in quanto, a differenza di altri negozi pure di maggiore spicco, esso aveva ottenuta la tutela processuale in epoca relativamente tarda, non anteriore all'inizio del I secolo a.C., dopo avere avuta larga applicazione nella pratica, e pertanto l'istituto si prestava ad essere contemplato come punto di convergenza delle norme sociali con l'ordinamento giuridico.

Il giurista Paolo afferma che, ad un certo momento, per la tutela giuridica del prestito d'uso gratuito *propositae sunt actiones*. Si tratta di una tutela pretoria, come è facile desumere già dalla terminologia *proponere*, riferibile alle azioni concesse dal magistrato, ma soprattutto dalla impostazione del titolo 13,6 del Digesto, che è strutturato su estratti giurisprudenziali di commentari dell'editto riservati al comodato (il libro 28 di Ulpiano e il libro 29 di Paolo del loro commento all'editto del Pretore urbano e il libro 9 di Gaio tratto dal suo commento all'editto provinciale).

Detta tutela consisteva in una azione *in factum* accordata dal Pretore al commodante, alla quale si aggiunse, verosimilmente due secoli più tardi, forse alla fine del I secolo d.C., una azione civilistica e dunque *in ius*, come attesta Gai 4,47: «*Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati*».

Le due formule differiscono perché l'azione pretoria ha quale presupposto della condanna la mancata restituzione della cosa da parte del commodatario (*non reddere*), tenuto a corrispondere il suo valore di mercato (*quanti ea res est*), mentre l'azione civilistica, *in ius concepta*, non è vincolata al *reddere*, ma comporta un giudizio *ex fide bona*, ai cui presupposti – che consistono nel modello di comportamento della persona corretta – si adeguano la decisione giudiziale e la misura indetermi-

nata della eventuale condanna (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*).

La maggiore risalenza della formula *in factum*, rispetto alla formula *in ius*, è una scelta storica obbligata, poiché l'origine pretoria della tutela, che di regola – ne sono eccezioni le azioni utili, estranee a questa materia – consiste in una formula *in factum*. Inoltre non si comprenderebbe il motivo della introduzione della più ristretta azione pretoria (limitata al *non reddere*), se già fosse esistita una tutela civilistica fondata sull'ampio criterio decisorio della *bona fides*.

D'altra parte l'editto relativo al comodato compare nel titolo *De rebus creditis*, certo ricollegato alla formula *in factum*, in quanto la concezione di *credere* si riferisce al rapporto esistente tra la dazione e la restituzione della cosa; la presenza di una formula *in ius* di buona fede avrebbe comportato l'inserimento dell'*actio commoati* nel titolo appropriato *de bonae fidei iudiciis*. In questo titolo trova collocazione invece la tutela del deposito, pure articolata sulle due formule civile e pretoria, in quanto la formula *in ius* di buona fede del deposito, essendo più antica di quella del comodato, ne ha condizionato l'inserimento nella rubrica edittole riservata a questo tipo di giudizi.

Attesa la duplicità formulare dell'*actio commoati*, ne consegue la domanda circa la sua motivazione, ossia perché, quando già esisteva la tutela pretoria, si sia sentita l'esigenza di aggiungere la tutela civilistica. La risposta può discendere dalla considerazione della struttura della formula *in factum*, che condizionando la condanna del commodatario alla mancata restituzione della cosa, non consentiva di portare il giudizio sulle obbligazioni del commodatario diverse dall'obbligo di restituzione, ossia quelle di restituire la cosa integra e di non abusarne. Obbligazioni che invece potevano essere ricomprese nel vasto ambito dell'*oportere ex fide bona*.

L'evoluzione storica del comodato si propone quale questione fondamentale per intenderne il regime processuale e sostanziale, in quanto essa coinvolge la collocazione dei mezzi di

tutela del comodato nel contesto delle azioni e la sua sofferta recezione nell'area contrattuale, come sembra tradire il pensiero del giurista Paolo.

Nella problematica sul tema assume grande rilievo l'analisi della responsabilità del commodatario, che riveste un ruolo centrale in ordine alla ricerca sulla complessiva materia della responsabilità contrattuale nel diritto romano. Gaio (3,206) afferma che il commodatario *custodiam praestat*, ossia egli incorre in una responsabilità oggettiva, che supera l'ambito della responsabilità per dolo e per colpa, poiché essa trova il solo limite nella forza maggiore. Una *custodia* intesa in senso tecnico e diversa dalla semplice attività materiale del custodire, che forma oggetto anche dell'obbligazione del depositario, il quale però risponde solo per dolo. La responsabilità per *custodia* del commodatario va ricollegata alla formula *in factum*, che ne prevede la condanna quando egli abbia ommesso di restituire la cosa ricevuta, a prescindere da ogni circostanza soggettiva che potrebbe giustificare il suo contegno nel contesto di una responsabilità colposa. Il commodatario è responsabile verso chi gli ha affidata la cosa quando la stessa sia andata dispersa in conseguenza del furto operato da terzi: con la conseguenza che l'*actio furti* contro il ladro compete al commodatario, in quanto ricadono su di lui le conseguenze dannose del furto.

A nostro avviso, pertanto, lo sviluppo storico del comodato propone la formula *in factum* come prioritaria rispetto alla formula civilistica di buona fede e il conseguente inserimento dell'*actio commodati* nella rubrica editale *de rebus creditis*, quale azione generatrice di un giudizio di stretto diritto, al pari delle *condictiones* poste a tutela del mutuo e del pegno.

La responsabilità oggettiva del commodatario, la *custodia* tecnicamente intesa, appare congeniale alla struttura della formula *in factum*, azione rigorosa che demanda il giudice il potere di assolvere o di condannare il convenuto a seconda che egli abbia o non abbia restituita la cosa affidatagli. Né la formula *in factum* essendo fondata sul *reddere - eamque redditam non*

esse è l'espressione formulare che condiziona la condanna – poteva sanzionare obbligazioni del commodatario diverse dall'obbligo di restituzione, come l'obbligazione di restituire la cosa integra e di non abusarne.

L'esigenza di consentire al commodante di ottenere il risarcimento del danno con riguardo a queste obbligazioni poté essere appagata con la introduzione della formula *in ius*, che generava un giudizio di buona fede, poiché la previsione formulare riferiva l'ammontare della condanna, non già al valore venale della cosa (*quanti ea res est*), come avveniva per la formula pretoria, ma alla valutazione del concreto interesse dell'attore (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*). In definitiva, sussiste una convergenza, da un lato, tra la formula *in factum*, l'obbligo di restituzione e la responsabilità per *custodia*; dall'altro tra la formula *in ius* di buona fede, la sanzione di tutte le obbligazioni del commodatario nel profilo del risarcimento del danno subito dal commodante, nonché la previsione di una responsabilità rapportata al parametro della *bona fides*, ossia alla analisi della condotta del convenuto.

Naturalmente si tratta di linee di tendenza, vincolate alla sussistenza dei genuini presupposti tecnici del processo formulare, certo presenti nel periodo che spazia da Quinto Mucio Scevola all'età di Labeone, ossia la fase di formazione del comodato, come pure nel primo secolo del principato, fino al sorgere della tutela civilistica, che contrassegna la recezione dell'istituto nel sistema contrattuale.

È ragionevole ritenere che quando il comodato ottenne la duplice tutela, pretoria e civile, le due formule subirono un processo di graduale integrazione, favorito dalla involuzione del processo formulare e la diffusione della *cognitio extra ordinem*: il punto di arrivo fu l'unificazione della tutela del comodato accentrata nel giudizio di buona fede. Un approdo questo del diritto postclassico, ma collegato ad uno sviluppo storico avvenuto nel diritto classico, il cui accertamento costituisce la premessa metodologica della nostra ricerca. Con altre parole, la

Introduzione

chiave di lettura della materia del comodato deve tener conto delle circostanze epocali e non può essere circoscritta in un discorso unitario di matrice pandettistica che razionalizza con concetti definiti una variegata realtà storica.

La materia del comodato è ricca di altri problemi, ma ho voluto richiamare gli aspetti sui quali si è precipuamente soffermata la dottrina romanistica. Assai vasta dopo la comparsa del mio libro *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1954 e voglio esprimere la mia gratitudine agli studiosi che nel corso di quarant'anni vi hanno dedicato attenzione, non importa se con assenso o ragionevoli annotazioni critiche. Ne ho tenuto conto nelle linee generali della presente rilettura delle fonti, ma ho omesso volutamente apporti analitici inessenziali al testo originario, poiché con ogni probabilità avrei inquinata la sua logica espositiva senza proporre una migliore.