

Edoardo Fregoso

**Tra tempo e uso.
Il comodato nel Ducato di Parma
dall'*Ancien Régime* al Codice di Maria Luigia**

SOMMARIO: 1. Il comodato nel diritto parmense alla fine dell'antico regime: il contributo di Leonardo Loschi - 2. Intermezzo francese - 3. Il Codice Parmense del 1820 - 4. Conclusioni.

ABSTRACT: The *comodato* is either a social fact and also a lawful contract. In roman law it was named *commodatum*. It was a real contract, a gratuitous loan of a non perishable thing for a specific use or for a determinate period of time. In 1792 Leonardo Loschi described this contract in his book about parmesan law. According to him in Parma if the lender and the borrower didn't agree any time for returning the loan, this was established by a peculiar law. In 1805 the *Code Civil* was enforced in Parma. Many french scholars had yet sustained that the *commodatum* was no more a real contract. In 1820 a new parmesan Civil Code was enacted, the articles about the contract of *comodato* were an italian translation of the french ones, and the parmesan scholars stick to the former french ideas.

KEY WORDS: Gratuitous loan (commodate); Duchy of Parma; Parma 1820 Civil Code.

1. Il comodato nel diritto parmense alla fine dell'antico regime: il contributo di Leonardo Loschi

Una particolare e rara ricostruzione dell'ordinamento giuridico ducale, all'epoca vigente, venne redatta proprio agli sgoccioli del XVIII secolo dal giurista piacentino Leonardo Loschi¹. La struttura che l'Autore aveva voluto dare alla propria opera era chiarita nel titolo stesso dell'opera: *Ad digesta Domatii additiones patriae ex Parmensium et Placentinorum legibus*; il libro venne infatti concepito come una serie di addizioni al testo del *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum scholae et fori* di Domat². Come

¹ L. Loschi, *Ad digesta Domatii additiones patriae ex Parmensium et Placentinorum legibus*, Placentiae 1792-1793. Leonardo Cesare Loschi nacque a Salsomaggiore (che apparteneva all'epoca al Ducato Piacentino) nel 1751, avvocato di tendenze rivoluzionarie venne esiliato dal Ducato agli inizi del periodo rivoluzionario, rientrato a Parma durante il governo del Moreau de Saint Méry morì dopo il 1801. Il Loschi fu autore di varie opere tra cui: *Principi pratici di diritto pubblico ecclesiastico ad uso della città e stato di Lombardia* e delle *Istituzioni di diritto privato, richiamato in compendio ai principii repubblicani ad uso della gioventù*. Su Loschi: cfr. L. Mensi, *Dizionario biografico dei Piacentini*, Piacenza, 1899, p. 248-249; G. Berti, *Atteggiamenti del pensiero nei ducati di Parma e Piacenza*, II ed., Padova 1962, p. 225; S. Di Noto Marrella, *Le Costituzioni ducali di Ranuccio I*, in "Archivi per la storia", I (1988), pp. 139-168; *Idem*, *La crisi del diritto comune negli stati parmensi*, in "Studi parmensi", XLII (1996), pp. 191 ss. Sull'attività di Loschi durante il periodo del Moreau de Saint Méry, recentemente: D. Edigati, *Una riforma di fine Antico Regime alla vigilia dell'annessione Moreau de Saint-Méry e il problema della giustizia criminale nel ducato parmense*, in "Historia et ius rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna", IX (2016), pp. 4 e 12.

² Il *Legum delectus* venne pubblicato nel 1700 ed era un compendio ad uso degli studenti e del foro. La trattazione del comodato è sostanzialmente un riassunto tratto dal *Codex* e dal *Digesto*; seguendo la progressione contenuta in Dig. 13, 6. Su Domat e la sua opera, cfr. N. Matteucci, *Jean Domat un magistrato giansenista*, Bologna 1959; G. Tarello, *Sistemazione e ideologia nelle Loix civiles di Jean Domat*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", II (1972), pp. 127-157; *Idem*, *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*, IV ed., Bologna, 1976, p. 158 ss.; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, pp. 357-365; C. Sarzotti, *Jean Domat:*

risultato di questo approccio metodologico il testo domatiano non era riportato per intero ma era usato piuttosto come uno schema a cui appoggiarsi. Infatti seguendo la sua successione di capitoli e sezioni vi si aggiungeva in calce la legislazione ducale debitamente compendiata. Loschi creava così una corrispondenza tra la trattazione degli istituti romanistici, come era svolta nel *Legum delectus*, ed il diritto parmense³; che veniva concepito nei termini di una serie di aggiunte ai singoli argomenti trattati nel testo domatiano.

Lo scopo di questo volume a stampa che era diviso in due tomi e che rappresentava uno dei pochi testi d'argomento giuridico parmense del periodo⁴, era quello di riordinare la massa della legislazione parmense⁵ al fine di renderla più facilmente fruibile sia agli studenti sia ai pratici⁶. Nel fare ciò Loschi avrebbe seguito uno schema, che era basato a sua volta su di un diritto romano compendiato, e che era conosciuto e rispettato dalla dottrina. La scelta del testo di Domat forniva ai giuristi parmensi una base dottrinale ed ermeneutica non solo solida ma anche prestigiosa. Come poteva essere desunto facilmente dal suo titolo, lo scopo di questo lavoro era quello di sottolineare le peculiarità normative dello *Ius Proprium* del Ducato, come erano venute a formarsi nel corso del tempo, attraverso le stratificazioni che si erano susseguite a partire dal diritto statutario, passando attraverso le norme viscontee e sforzesche per giungere infine a quelle farnesiane prima e borboniche poi⁷. Il lavoro del Loschi, che avrebbe dimostrato in seguito la sua francofilia rivoluzionaria, per quanto fosse impostato sulla tradizione del diritto romano, potrebbe essere ricondotto all'interno dell'influenza Transalpina sulla cultura parmense, in senso ampio, del tardo *Ancien Régime*⁸. Quest'opera, che era stata pensata come un'ambiziosa compilazione del diritto parmense, fu pubblicata tra il 1792 ed il 1793 ma venne presto travolta dalle tempeste della Rivoluzione e dall'introduzione del nuovo diritto che la resero inutile.

Il comodato viene preso in considerazione dal Loschi, caratteristicamente insieme

fondamento e metodo della scienza giuridica, Torino 1995; P. Gallo, *Grandi sistemi giuridici*, Torino 1997, pp. 104-105; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 126 ss.

³ Di Noto sottolinea come l'Autore "si proponeva di collegare l'esperienza dello *jus proprium*, come si era prodotta attraverso i secoli, al diritto romano", S. Di Noto Marrella, *Le Costituzioni ducali*, cit., p. 165.

⁴ Esistono alcuni manoscritti giuridici custoditi nell'Archivio di Stato di Parma nel fondo denominato: Manoscritti della biblioteca. Tra questi si segnalano una serie di lezioni, in più volumi, di Luigi Bolla che furono trascritte da Giuseppe Cattani; L. Bolla, *Institutionum civilium ad usum Parmensis Archiginnasii*, ASPr, Ms. della Biblioteca, 3.

⁵ La metodologia con cui il Loschi procede alla ricostruzione del diritto parmense è descritta da Di Noto; cfr. S. Di Noto Marella, *Le Costituzioni ducali*, cit., p. 166.

⁶ Esistevano commenti a stampa degli statuti parmensi: cfr. G. Boselli, *Subtilissimae declarationes et annotationes ad omnia statuta, tam civilia, quam criminalia, et mixta, et praecipue parmensia, perutiles, ac necessariae*, Parmae 1599.

⁷ S. Di Noto Marrella, *Le Costituzioni ducali*, cit., p. 166.

⁸ Cfr. S. Di Noto Marrella, *Crisi del diritto comune, cultura giuridica e legislazione in epoca ferdinandea*, in Alba Mora (cur.), *Un Borbone tra Parma e l'Europa: don Ferdinando e il suo tempo, 1751-1802: atti del convegno internazionale di studi, Fontevivo, Parma, ex Collegio dei nobili, 12-14 giugno 2003*, Reggio Emilia 2005, pp. 152-153.

al mutuo, nell'*Additio* II della parte quarta⁹. Per affrontare coerentemente la ricostruzione del contratto di comodato come era stato trattato nel diritto parmense dell'ultimo quarto del XVIII secolo, bisogna, rispettando lo schema ermeneutico tratteggiato da Loschi, partire con l'esaminare quanto riportava Domat scrivendo della materia del contratto di comodato sia nel *Legum delectus* sia anche nelle *Loix civiles*¹⁰. Nella sua disamina delle "loix civiles", la sua grande opera¹¹, Domat aveva premesso alla trattazione congiunta del comodato e del precario che, nella lingua francese, non esisteva uno specifico termine per designare quel particolare tipo di contratto (*convention*) dove "l'un prêt une chose a l'autre gratuitement pour s'en servir & la rendre après l'usage fini"¹². Stante questa lacuna lessicale, nel linguaggio giuridico d'Oltralpe¹³ si utilizzava una sineddوحة: *prêt à l'usage*¹⁴, che forniva anche il titolo di questa sezione del suo lavoro¹⁵. La formulazione *prêt à l'usage* aveva l'innegabile vantaggio di sottolineare quello che era uno degli elementi fondamentali del contratto: la concessione in uso di un determinato bene, che era racchiusa nel prestito. L'Autore continuava, nelle sue premesse, indicando la necessità di operare una prima ed essenziale distinzione tra il comodato, che veniva ad essere fondato sul prestito di beni infungibili ed il mutuo, che invece riguardava il prestito di beni fungibili¹⁶. Continuando nella sua introduzione alla trattazione della materia nelle *Loix civiles*, Domat specificava come la tradizionale ed ulteriore distinzione che intercorreva tra *commodatum* e *precarium*, così come era stata identificata ed utilizzata dal Diritto Romano e che vedeva nel primo un contratto reale nominato, mentre nel secondo un *interdictum*¹⁷, fosse "peu de nôtre usage"¹⁸. Nella terminologia giuridica francese il

⁹ L. Loschi, *Ad digesta*, cit., t. II, p. 18 ss.

¹⁰ "In the 17 century, Jean Domat, in his seminal work *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689) systematically expounded principles of Roman law, holding them out as a coherent body of legal rules in accordance to principles of natural law". C. M. German, *France*, in J.R. Winterton-E. M. Moys (curr.), *Information sources in law*, Berlin 1997, p. 77. Sul ruolo delle *Loix civiles* come prodromo della codificazione, cfr. D. Gilles, *Les Lois civiles de Jean Domat, prémices des codifications? Du Code Napoléon au Code Civil du Bas Canada*, in "Revue Juridique Themis", XLIII-1(2009), pp. 2-49. Cfr. G Tarello, *Sistemazione e ideologia*, cit., pp. 127-157.

¹¹ Cfr. R. C. van Caenegem, *An historical introduction to private law*, Cambridge 1992, p. 120.

¹² J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, II ed., Paris 1697, I, p. 227.

¹³ Nel *Legum delectus* ovviamente Domat usa il termine *commodatum*. Cfr. J. Domat, *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum schoale et fori*, Parisiis 1700, p. 181.

¹⁴ Con riguardo all'uso del termine ed alla regolamentazione contrattuale dello stesso nel diritto *coutumier*, si veda J. M. Pardessus, *Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France, et sur son état jusqu'au XIIIe siècle*, in "Mémoires de l'Institut national de France", X-1 (1833), p. 723.

¹⁵ Libro I, Titolo V, sezione I.

¹⁶ "Car ce sont deux conventions qu'il ne faut pas confondre, celle-cy obligeant à rendre la même chose qu'on a empruntée [...] & l'autre a rendre une chose semblable, [...] & d'autre choses qu'on chesse d'avoir lorsque l'on s'en sert". J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 227.

¹⁷ Una delle principali differenze tra questi due negozi giuridici risiedeva nel fatto che il *commodatum* dava vita sia ad una propria *actio commodati*, in capo al *commodans* sia all'azione contraria in capo al *commodatarius*; mentre il *precarium* rientrava nella tutela interdittale. Nella *Summa Trecensis* si specificava: "Competit hoc interdictum, volenti revocare precarium, scilicet ei qui hoc concessit veluti eius heredi". H. Fitting (cur.), *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894, p. 273. L'attribuzione della *Summa* ad Irnerio ipotizzata da Fitting è stata oramai confutata, si veda: E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, VIII ed., Roma 2007, pp. 281 e 285; Gouron attribuisce la *Summa* al lavoro del giurista provenzale Gérard. A. Gouron, *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, London

termine *precarium* era usato con riguardo agli immobili nel senso che “celuy qui aliene un fonds, reconnît que s’il demeure encore en possession, ce sera que précairement”¹⁹. Nel diritto francese quindi il termine *précaire* era utilizzato comunemente, a differenza di *commodatum*, ma, come notava Domat, non indicava più un prestito concesso a richiesta, come veniva evidenziato dall’etimologia accettata dal Digesto²⁰, oppure un prestito la cui durata era dipendente dalla volontà del proprietario concedente. Oltralpe il termine *précaire* veniva ad identificare una situazione di fatto che si fondava sul temporaneo mantenimento del “possesso precario”, da parte del venditore, di un particolare bene immobile²¹. Questa situazione

1987, III, pp. 1-38. Successivamente Samuel Pufendorf scriveva riguardo alla differenza che intercorreva tra comodato e precario in questi termini: “Differunt autem, quod commodatum est contractus, precarium non est”. S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium, libri octo. Cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii, atque Io. Barbeyraci, accedit Eris Scandica. Recensuit et animaduersionibus illustravit Gottfridus Masconius*, Francofurti et Lipsiae 1759, I, p. 721.

¹⁸ J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 227.

¹⁹ *Ibidem*. L’idea domatiana di possesso precario può essere comparata alla ricostruzione proposta da Grossi quando sottolinea come la marcia del diritto verso “un recupero dell’unitarietà della nozione di proprietà” sia passata anche attraverso un’opera di Hervé, datata 1785, che rigettava l’idea del feudo come una “jouissance précaire et passagère” del bene. Cfr. P. Grossi, *Un paradiso per Pothier. Robert-Joseph Pothier e la proprietà ‘moderna’*, in “Quaderni Fiorentini”, XIV (1985), p. 424.

²⁰ Cfr. il passo tratto dal Libro I delle Istituzioni di Ulpiano, in Dig. 43, 26, 1pr.: “Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur”. Sulla risalente e problematica distinzione tra comodato e *precarium* si legga Talamanca quando esamina la differenza tra i due negozi in epoca romana: “In epoca tardo-repubblicana il precario si applicava anche alle cose mobili: si tratta di una concessione gratuita, i cui rapporti col comodato non sono chiari, ed in cui il concedente poteva sempre far conto sulla disponibilità del precarista a prestare determinati servizi (ma la sanzione per ciò consisteva, come in epoca risalente, soltanto nella revoca della concessione stessa)”. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 548. In età postclassica *precarium* e *commodatum* cominciarono ad essere assimilati. Cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1960, I, p. 214. Si veda anche P. Zannini, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in “Rivista di diritto civile”, LII-1 (2006), parte seconda, pp. 83-92. Nelle *Dissensiones dominorum* si attesta come l’identificazione ed il riconoscimento dell’esistenza di una qualche differenza intercorrente tra il comodato ed il *precarium* non fosse stata sempre così facilmente concepita o recepita anche in epoca medievale: “nulla differentia est inter commodatum et precarium, nisi in solo nominis vocabulo. Sed secundum eos pro nihilo poneretur titulus ille de precario”. G.F. Haenel (cur.), *Dissensiones dominorum: sive controversiae veterum iuris Romani interpretum, qui glossatores vocantur*, Lipsia 1834, p. 213. Sull’evoluzione del concetto di *precarium* e sulla sua natura Biavaschi scrive: “Il precario sarebbe stato caratterizzato fino al termine dell’epoca classica, con poche rilevanti eccezioni, dalla sua natura possessoria. Solo in epoca postclassica, dal IV secolo in poi, la caduta dell’*exceptio vitiosa possessionis* avrebbe fatto sì che si cercasse una nuova forma giuridica a cui accostare l’istituto. In Occidente, essa sarebbe stata reperita nel contratto di comodato, mentre dall’Autore (P. Zamorani, *Precario habere*, Milano 1969, ndr) si nega una ulteriore degenerazione fino alla trasformazione nel medievale contratto di *precaria*, che sarebbe indipendente e di origine germanica”. P. Biavaschi, *Un esempio del metodo pedagogico isidoriano etym. 5.25.17*, in G. Bassanelli Sommariva-S. Tarozzi (curr.), *Ravenna Capitale, Romani e Goti, Isidoro da Siviglia*, Dogana (RSM) 2012, p. 282, nt. 14.

²¹ Già con la glossa *simile ad Dig. 43, 26, 1, 3* si erano identificate quelle che erano state ritenute essere le fondamentali differenze tra i due negozi. Rapidamente: queste differenze erano basate su alcune caratteristiche salienti: come il fatto che il comodato fosse concesso *ad certum usum*, e da questa caratteristica discendeva una seconda differenza, identificata nella glossa, riguardante il momento del termine dello stesso, che era stato stabilito una volta esauritosi l’uso per cui la cosa era stata concessa. Il comodatario poi rispondeva *de dolo et lata culpa*. L’ultima differenza riguardava la natura delle cose

de facto era subordinata alla tolleranza dell'acquirente che ne era divenuto il nuovo proprietario. Tale forma di possesso era considerata analoga a “comme possède celuy qui a emprunté”²². All'interno del sistema giuridico ricostruito da Domat nelle *Loix civiles*, il precario cessava di avere una sua propria identità di negozio giuridico autonomo e distinto, sia pure vagamente, dal comodato²³ per diventarne una specie particolare che veniva concessa, seguendo l'etimologia²⁴, in seguito ad una esplicita richiesta (*priere*) di una parte²⁵; come tratto di specialità rispetto al contratto ordinario veniva indicata l'obbligazione di restituire il bene a richiesta di chi l'aveva concesso. Parallelamente, anche nel *Legum delectus*, Domat aveva definito il possesso precario nei termini di quanto era stato previsto in Dig. 43, 26, 2, 3²⁶, Dig. 43, 26, 3²⁷ e Dig. 43, 26, 4, 1²⁸; in quest'ultimo frammento di Ulpiano si ricordava che chi deteneva una cosa in precario ancora possedeva. In questo stesso libro Domat aveva mantenuto l'autonomia di trattazione del negozio giuridico, separandolo dal comodato. Sia nelle *Loix civiles* sia nel *Legum delectus* il possesso precario veniva quindi ad essere fondato su una preghiera, rivolta al proprietario, di poter possedere od utilizzare una cosa. Loschi aggiungeva a questo inquadramento del possesso precario lo specifico caso del possesso in mala fede di una cosa²⁹.

Sempre nelle *Loix civiles*, Domat proseguiva nella sua disamina del contratto di comodato e ne forniva una precisa definizione. Ovviamente siccome il *Legum delectus*

comodabili e darà vita ad un dibattito tra i glossatori di cui si riportano i termini della questione, come si ritrovano nelle parole della glossa: “Item secundum quosdam differunt in quarto: quia commodatum in mobilibus, precarium in immobilibus frequenter fit. Unde praesumunt in dubio in re mobili commodatum et in immobili precarium”. Questa idea riposava su quanto previsto in Dig. 13, 6, 1, 1; dove Ulpiano aveva sottolineato come Labeone ritenesse: “commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli”. Tuttavia la glossa specificava anche come questa differenziazione non fosse del tutto condivisibile. *Digestum Novum pandectarum iuris civilis tomus tertius sextae partis relinquum*, Lugduni 1564, III, c. 694.

²² J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 228.

²³ Per le differenze tra comodato e precario, cfr. H. Donellus, *Commentariorum de iure civili tomus tertius cum notis Osualdi Hilligeri*, Opera omnia, Lucca 1763, III, c. 1333.

²⁴ “Pecarium est quod precibus petentis utendum conceditur”. J. Domat, *Legum delectus*, cit., p. 607.

²⁵ Cfr. Ivi, p. 608. Il giurista culto Hugues Doneau aveva già trattato il precario come un contratto autonomo, identificando esplicitamente le obbligazioni che derivavano dal *contractus precarii*. Aveva inoltre sottolineato: “Qui minus ergo precarii verbum nomen sit proprium contractus, quam commodati? Quia precarii verbum, ut apparet, pertinet generaliter ad res omnes, quas precibus ab alio impetramus, sive ad usus, sive ad fructum, sive ad proprietatem; itaque & commodatum ipsum, precarium est”. Hugo Donellus, *Opera omnia*, cit., III, cc. 1331-1332.

²⁶ “Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat”.

²⁷ “Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas”. Su questo passo si veda: P. Biavaschi, *Ricerche sul precarium*, Milano 2006, p. 190.

²⁸ “Memnisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere”. Savigny sottolineava come nel precario si trasferiva ora il possesso ora la mera detenzione della cosa. Il trasferimento del possesso costituiva la regola del precario mentre la detenzione doveva essere espressamente convenuta dalle parti. Cfr. F. K. von Savigny, *Il diritto del possesso: trattato civile*, n. ed., Napoli 1840, p. 234.

²⁹ L. Loschi, *Ad digesta*, cit., I, p. 107.

segue lo schema del Digesto non vi si riportava una definizione del contratto di comodato. La ricostruzione domatiana del contratto contenuta nelle *Loix civiles* rimaneva, saldamente e necessariamente, nel solco della tradizione giuridica precedente, assemblava infatti quelli che da sempre erano comunemente considerati gli elementi fondamentali e costitutivi del contratto. Secondo quanto scriveva l'Autore il comodato consisteva, quindi, in una particolare convenzione mediante la quale una parte dava all'altra una cosa³⁰ perché se ne servisse per un certo e determinato uso e finché durasse la necessità³¹. Il contratto doveva necessariamente essere a titolo gratuito altrimenti, in caso fosse stata prevista una qualche forma di remunerazione, si sarebbe configurata al suo posto una locazione³².

L'ordinamento parmense, come veniva riportato da Loschi, non coincideva esattamente in almeno un punto essenziale con le definizioni di comodato e precario cesellate da Domat nelle *Loix civiles* e nemmeno con la ricostruzione del contratto di comodato, come era stata distillata da quest'ultimo compendiando il titolo *commodati vel contra* nel suo *Legum delectus*. Come faceva notare il giurista parmense, nelle sue *Additiones*, nel Ducato una costituzione di Ranuccio I emanata il 15 aprile 1592 aveva inciso, in maniera piuttosto decisiva, sulla struttura sia del comodato, sia anche del mutuo. In questa era stato stabilito che “Ubi vero sive mutuum sive comodatum fuerit indeterminate constitutum, tunc eo ipso intra octo dies continuos debet incontinenti restituti”³³. Un analogo termine di otto giorni si ritrovava anche in una successiva costituzione del novembre del 1592. Con questa che aveva conseguenze di più ampia portata rispetto alla previsione che disciplinava il comodato, si proibiva “di entrare in possesso di alcuna sorta di beni”³⁴, anche se legittimati da un contratto, senza avere ottenuto prima una licenza da parte del giudice. Una volta concessa questa autorizzazione, tuttavia, per entrare definitivamente e legalmente in possesso del bene si dovevano attendere otto giorni, trascorso questo termine si poteva avere la definitiva conferma dell'avvenuto passaggio, che doveva essere data dallo stesso giudice che aveva accordato la licenza. Il termine consentiva al magistrato di svolgere una sommaria indagine sulla proprietà e permetteva eventuali opposizioni di terzi.

La previsione parmense in materia di limite temporale del contratto di comodato era, apparentemente, chiara: qualora non fosse stato fissato dalle parti un termine entro cui dovesse essere restituito un mutuo o un comodato sarebbe scattato un termine legale di otto giorni. La disposizione ducale incentrava quindi il comodato non tanto sull'uso di un determinato bene quanto piuttosto sul tempo durante il quale questo sarebbe stato concesso in uso al terzo. Per cui il termine “uso” avrebbe dovuto essere sempre ricollegato e ricompreso nel concetto del limite temporale, connotativo

³⁰ *L'utendum dare* ex Dig. 13, 6, 1, 1. Con riguardo all'*utendum dare* Cuiacio aveva scritto: “Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione”. J. Cujas, *Jacobi Cujacii i.c. tolosatis: opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII distributa auctiora atque emendatiora*, Prati 1836, II, c. 1087. Si veda anche Inst. 3, 14.

³¹ “Pour s'en servir à un certain usage, & pendant le son besoin”, J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 228.

³² Cfr. *ibid.*, sulla scorta di quanto era stato previsto dalle Istituzioni: “alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum”.

³³ L. Loschi, *Ad digesta*, cit., II, p. 20.

³⁴ ASPr. Fondo Gridari, 14, *Di non pigliarsi possessi senza licenza del giudice*. 13 novembre 1592. Grida Manoscritta.

del negozio, intendendosi quindi come un “completo tempo d’uso”³⁵. La norma parmense ricostruiva il comodato nei termini di una concessione in uso di un bene temporalmente limitata³⁶; infatti nel caso che le parti non avessero provveduto alla fissazione del termine di restituzione, la legge lo imponeva coattivamente.

Nella parte del *Legum delectus* in cui esaminava la competenza giurisdizionale in materia di comodato, Domat sottolineava, come fosse prevista la possibilità che al negozio giuridico non fosse stato fissato dalle parti un limite temporale per la restituzione³⁷, ma solo un limite d’uso. Questa interpretazione appare essere applicabile anche al diritto parmense, come riportato nelle *Additiones*, dato che il *Legum delectus* costituiva il filtro ermeneutico che Loschi utilizzava nella sua ricostruzione dell’ordinamento giuridico ducale. La lettera della norma ducale, infatti, non impedirebbe di calcolare il tempo d’uso *per relationem*, nel testo si parla, infatti, di un uso per un tempo “indeterminate”. Il tempo della concessione avrebbe potuto essere non previsto ma, per integrare quanto disposto nella costituzione, questo avrebbe dovuto sempre essere determinabile *a priori*. Sempre il giurista francese aveva specificato, seguendo la stessa linea interpretativa risalente al Digesto che aveva utilizzato sia nel *Legum delectus* sia nelle *Loix civiles*, che qualora non fosse stato pattiziamente prestabilito l’arco di tempo in cui era stato concesso l’uso del bene, questo sarebbe stato desunto dall’uso per cui era stata concessa la cosa³⁸.

³⁵ Santarelli attribuiva la nascita dell’idea che vi fosse un necessario limite temporale collegato all’uso per il comodato a Roffredo Beneventano, attivo nella prima metà del XIII secolo. Nel suo lavoro Roffredo aveva identificato la differenza che intercorreva tra *commodatum* e *precarium* nel fatto che nel secondo negozio non vi era predefinito né alcun uso certo della cosa né un termine temporale per la restituzione. Scrivendo del limite temporale del comodato Roffredo rilevava come: “adeo quod ante completum tempus usus illius rem illam avocare non possim, licet in precario sit secus: quia precarium conceditur sine praefinitione alicuius usus”. R. Beneventano, *Tractatus iudiciarii ordinis*, Coloniae Agrippinae 1591, p. 213. Piacentino che definiva il comodato nei termini di una concessione d’uso, riteneva che il comodatario potesse esperire l’azione *contra* il comodante qualora “intempestive commodatum revocatum est”. Piacentino, *Summa Codicis*, L. IV, t. XXIII *de commodato*, Moguntiae 1536, p. 155. Azzone insegnava che la cosa concessa in comodato non fosse richiedibile “nisi finito usu ad quem est concessum”. Azzone, *Summa aurea: recensio pristinae suae fidei restituta, ac archetypo collata*, Lugduni 1557, f. 88, 2. È sul brano di Roffredo, quindi, che Santarelli fonda la sua ricostruzione dell’origine del limite temporale per il comodato quando scrive: “Il primo affiorare di questo limite temporale è dato di coglierlo in un passo di Roffredo Beneventano, il quale, ponendo il problema della revocabilità anticipata del comodato, parla di una revoca – non già ante *completum usum*, com’era terminologia corrente – ma ante *completum tempus usus*”. U. Santarelli, *Commodo utentis datum, ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto Comune*, Milano 1972, pp. 51-52. Nel prosieguo della sua trattazione Roffredo rilevava che siccome il contratto di comodato comportava una responsabilità più gravosa per il comodatario, rispetto alla responsabilità che derivava dal *precarium*, da ciò ne faceva discendere che per quanto riguardava il contratto: “*ustum est, quod ante tempus non revocetur*”. Ivi, p. 214. Su Roffredo si veda: E. Cortese, *Roffredo Epifani*, in *DBGI*, I, Bologna 2013, pp. 1713-1715. L’idea che il comodato fosse irrevocabile *ante completum usum* perdurerà, però, ad esempio, nella prassi notarile. Si veda Gibert che nel 1772 scriveva riguardo alle obbligazioni del comodante: “*Ut ne intempestive, id est, ante completum usus terminum, ad quem res commodata est, revocet commodatum*”. V. Gibert, *Theorica artis notariae*, Barcinonae 1772, p. 145.

³⁶ Domat leggeva il comodato secondo lo schema del Digesto nei termini di un permesso dato al comodatario di “*uti re commodata*”. J. Domat, *Legum delectus*, cit., p. 608.

³⁷ Ivi, p. 182.

³⁸ “*Si le temps n’est pas réglé par la convention, il est borné à la durée de l’usage pour lequel la chose est prestée*”. J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 230. Domat fondava la sua ricostruzione su Dig. 13, 6, 17,

Proprio in quanto la norma aveva impedito per il comodato la previsione di un termine temporale d'uso che fosse indeterminato, una ulteriore conseguenza di ciò era che, apparentemente, il contratto di precario cessava di esistere; questo negozio giuridico, infatti, si fondava sulla previsione che il bene prestato poteva essere richiesto in qualunque momento, indipendentemente dal fatto che si fosse esaurito o meno il suo tempo d'uso, perché questo non vi poteva essere previsto, stante la natura del negozio giuridico³⁹. Una stretta lettura della costituzione ranucciana potrebbe portare a ritenere che il *precarium*, nel sistema normativo parmense, non era più considerato un negozio giuridico autonomo, ma che, al limite, poteva essere ricompreso nello schema contrattuale del comodato in cui si era dissolto, in analogia con quanto era stato scritto da Domat, nelle *Loix civiles*, sia pure per motivi differenti. Infatti la norma farnesiana, disciplinando lo specifico caso in cui un contratto di comodato fosse stato "indeterminate constitutum", imponeva alla parte beneficiata un termine legale di restituzione obbligatorio. Apparentemente, come conseguenza delle sue previsioni, la costituzione farnesiana operava una abolizione tacita del contratto di precario, la cui durata era, per la sua stessa natura e definizione, indeterminata, essendo collegata ad una manifestazione di volontà, formalmente imprevedibile, da parte del concedente. Notava ancora Domat nel *Legum delectus* come "Cum precario aliqui datur, si convenit, ut in calendas julias precario possideat (corsivo nel testo, ndr), numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere licet"⁴⁰. Secondo questa linea interpretativa, che configgeva con la disposizione ducale, l'eventuale fissazione pattizia di un termine temporale al precario era da considerarsi nulla, ma a questo punto, siccome a Parma tutti i prestiti gratuiti dovevano avere un termine temporale, pattuito o legale, ne sarebbe derivato che il precario, nelle forme previste da Domat, non avrebbe più potuto esistere come negozio giuridico autonomo.

La previsione parmense sembrerebbe, inoltre, seguire il solco di quanto era stato previsto da Dig. 13, 6, 17, 3⁴¹, un fondamentale frammento paolino che era stato riportato da Domat nel suo *Legum delectus*⁴². Nel frammento si era affermato che da

3, dove si ammetteva che il comodato nasceva dalla volontà del comodante ma che quest'atto di beneficenza si trasformava in un contratto da cui derivavano obbligazioni reciproche: "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 beneficii ac nudae 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".

³⁹ Cfr. R. Beneventano, *Tractatus*, cit., p. 213.

⁴⁰ J. Domat, *Legum delectus*, cit., p. 608. È la citazione letterale di quanto stabilito in Dig. 43, 26, 12pr.

⁴¹ "Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit".

⁴² J. Domat, *Legum delectus*, cit., p. 185.

parte del comodante il dare un bene in comodato fosse una questione più di volontà e di gentilezza, che di obbligo. Da questa osservazione iniziale ne derivava come fosse naturale che il concedente il bene avesse il diritto di fissare *modum finemque* del comodato; tuttavia, come precisava il seguito del frammento, una volta che fosse stato concesso l'uso del bene e dopo la *traditio*, non sarebbe più stato possibile modificarne le condizioni, in quanto il comodato si era perfezionato come contratto⁴³. La disposizione ducale faceva un passo in più, con il risultato di essere più garantista per il comodante, in quanto, con la previsione di un termine temporale coatto in caso di indeterminatezza della durata del contratto, obbligava le parti a stabilire preliminarmente un preciso o perlomeno conoscibile, termine di restituzione.

La prassi processuale parmense dell'epoca sembrerebbe confermare l'ipotesi di una scomparsa, dal panorama giuridico ducale, del *precarium* come negozio giuridico autonomo, oltre che dell'utilizzo dell'idea di Roffredo del "completum tempus usus rem" come termine temporale del contratto di comodato⁴⁴. Un formulario processuale manoscritto del XVIII secolo⁴⁵ riportava, alla formula XXI, una *Citatio pro restitutione alicujus rei commodatae*. In quest'atto, che era esemplificativo della domanda in giudizio standard in materia, il motivo giuridico su cui veniva ad essere fondata la richiesta da parte dell'attore della restituzione del bene, nel caso di scuola una botte da dieci brente con quattro doghe di ferro, era espresso in quanto: "commodatum diebus anni elapsibus (rectius: elapsis!) nondum restitutum". La formula procedurale di prassi per l'introduzione in giudizio di un'azione di comodato si fondava sul fatto che un bene non fosse stato correttamente restituito nel termine temporale pattuito.

Ma, nonostante ciò, non risulta essere del tutto chiara la portata delle conseguenze giuridiche di questa disposizione per l'ordinamento. A parere di chi scrive, la *ratio* della norma era piuttosto quella di rendere certo e conosciuto fin dal principio del contratto il momento in cui avrebbe dovuto essere restituito il bene, tutelando in questo modo gli interessi ed i diritti del concedente. Questa tutela era rafforzata anche con la previsione processuale, contenuta nella stessa norma, secondo la quale il debitore⁴⁶ inadempiente poteva essere citato in giudizio sommario alla scadenza degli otto giorni. La norma nel suo dispositivo non avrebbe quindi proibito, esplicitamente, di subordinare il momento della restituzione del bene ad una precisa richiesta del concedente. Apparentemente questo avrebbe potuto ancora essere fatto, ma, nell'evento, la specifica clausola che lo prevedeva avrebbe dovuto essere espressamente prevista al momento della stipulazione del contratto di comodato.

Lo scopo che si prefiggeva questa particolare norma parmense era soprattutto quello di regolare i piccoli prestiti, che erano caratteristici della vita quotidiana. Questa era composta da una complessa rete di legami e rapporti interpersonali che

⁴³ Quello che era, in origine, un atto unilaterale di pura volontà si era infatti trasformato con la *traditio* in un contratto, si veda *supra* Dig. 13, 6, 17, 3. Domat scriveva a questo proposito riportando letteralmente questo frammento del Digesto: "Et ideo invicem propositae sunt actiones: ut appareat, quod principio beneficium, ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes, actionesque civiles: ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit". J. Domat, *Legum delectus*, cit., p. 184.

⁴⁴ R. Beneventano, *Tractatus*, cit., p. 213. Si veda *supra* nt. 35.

⁴⁵ ASPr, Carte Mistrali, b. 15. *Formulario Giudiziario XVIII secolo*.

⁴⁶ Il testo della costituzione farnesiana prevedeva infatti che nel caso di inadempimento "Debitores summario iudicio compelluntur".

costituivano la base sociale da cui era scaturito, fin dal l'epoca del diritto romano, non solo il comodato ma anche il precario stesso⁴⁷. Ovviamente i piccoli prestiti, che erano fatti da gente comune, non tenevano conto della differenziazione giuridica tra comodato e precario. Questa costituzione cercava di risolvere questi problemi, che potevano avere ricadute sulla coesione sociale e sulla tranquillità pubblica, operando una drastica semplificazione del diritto.

Loschi proponeva, in materia di comodato, altre due *Additiones* al lavoro di Domat; anche queste erano dall'Autore ritenute caratterizzanti l'ordinamento parmense. Nella prima *Additio*⁴⁸, dove erano riportate le disposizioni di una norma del 13 dicembre del 1499, Loschi dopo avere premesso che comodato e mutuo rientravano nel novero dei contratti gratuiti, specificava che ai pubblici ufficiali ne era interdotta la stipula. Più interessante era il dispositivo della seconda *Additio*. Questa si basava su quanto era stato disposto in una costituzione emanata il 28 gennaio 1594⁴⁹: “Cave solum ne mutuum, vel commodatum quoquo praetextu contrahantur cum filiis familias quandoquidem ipso iure, actione furti comprimuntur accipientes”. L'ordinamento ducale con questa norma cercava di tutelare la buona fede nei contratti, in questo caso proteggendo la parte più debole. L'*Additio* si apriva infatti con un avvertimento che ricordava come il diritto ducale con una presunzione *iuris et de iure* ritenesse nulli sia un comodato sia un mutuo qualora fossero stati stipulati con figli di famiglia e come li parificasse ad un furto⁵⁰. Poiché la norma era di provenienza sovrana essa aveva valore per tutto il territorio ponendosi al vertice dei vari *Iura Propria* che convivevano nel territorio del Ducato. Un limite alla portata della costituzione del 1594 era rappresentato dal fatto che era prevista, nell'ordinamento giuridico del Ducato, una forma di emancipazione tacita che operava nel caso di figli di famiglia che ostensibilmente vivessero separati dal padre o che svolgessero pubblicamente la mercatura⁵¹.

Viceversa era ammissibile concedere un bene in comodato od in mutuo ad un *filius familias*; Loschi segnalava come i tal caso: “credita admittuntur”⁵².

⁴⁷ Domat stesso riconosceva la base sociale del comodato: “Le prêt à l'usage est une convention qui suit naturellement de la liaison que la société fait entre les hommes. Car comme on ne peut pas toujours acheter, ou louer toutes les choses dont on manque, & dont on n'a besoin que pour peu de temps, il est de l'humanité qu'on s'en accomode l'un l'autre par le prêt à l'usage”. J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 227. Cfr. anche: J. J. Burlamaqui, *Elemens du droit naturel par Burlamaqui; et Devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle; traduits du latin de Pufendorf par Barbeyrac, avec les notes du traducteur et le jugement de Leibnitz*, n. ed., Paris 1820, p. 166.

⁴⁸ L. Loschi, *Ad digesta*, cit., II, p. 18.

⁴⁹ Ivi, p. 19.

⁵⁰ Cfr. Dig. 13, 1, 16 dove era stato stabilito: “Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, conditione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, conditione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur” e Dig. 13, 6, 1, 2: “Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec constitit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non constitit”.

⁵¹ L. Loschi, *Ad digesta*, cit., t. I, p. 77.

⁵² *Ibidem*. Cfr. Dig. 13, 6, 3pr.: “Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundum divi pii rescriptum”. Bisogna inoltre ulteriormente considerare, nell'esaminare la capacità di contrarre, che la maggiore età non obbediva a regole comuni a tutto il

L'opera del Loschi dava uno spaccato dello stato dell'arte del diritto a Parma alla fine del XVIII secolo; lo Stato era piccolo ed i suoi giuristi non brillavano certo nel panorama della disciplina, a questo riguardo è indicativa la scelta dell'Autore di appoggiare la propria opera a quella di Domat, quasi la propria autorevolezza non fosse sufficiente. In materia di comodato il Ducato non si allontanava quindi dalle soluzioni maturate nel diritto a partire dal Diritto Romano attraverso i glossatori, fino al tardo Diritto Comune. Tuttavia il *Ius Proprium* presentava almeno qualche soluzione interessante; la previsione di un termine legale di riconsegna, in caso di mancata pattuizione delle parti, come si è visto, veniva ad incidere profondamente sulla struttura contrattuale del negozio interpretando legalmente, in caso di loro silenzio, la volontà delle parti.

2. Intermezzo francese

Con il Trattato di Aranjuez del 21 marzo del 1802 la sovranità parmense cessava ed il Ducato veniva devoluto alla Francia; lo stesso anno il Duca spodestato Ferdinando morì, liberando così i francesi della sua imbarazzante presenza. Fin dal 1801 era presente a Parma il creolo Moreau de Saint Méry⁵³ che diverrà l'Amministratore Generale degli ex Stati Parmensi; sarà l'uomo che sovrintenderà all'estensione della legislazione francese in quello che nel 1808 diventerà il *Department du Taro*.

Dopo circa tre anni durante i quali la legislazione francese venne lentamente estesa agli antichi ducati sostituendone l'ordinamento, con il decreto del 14 *Prairal*, An XIII (3 giugno 1805) veniva stabilito che "Le Code Napoléon sera publié dans les ci-devant Etats de Parme, de Plaisance et de Guastalla en la forme qui y est actuellement usitée, et dans les dix jours, à compter de la date du présent décret"⁵⁴. L'articolo 2 del decreto

territorio. Limitandoci alle due città principali del Ducato, la rubrica 87 degli Statuti Parmensi, aveva fissato la maggiore età a venticinque anni. Per la normativa statutaria parmense, inoltre, non era ritenuta ammissibile una fittizia confessione di essere maggiorenni, un *escamotage* legale di uso comune che permetteva ai minorenni di stipulare legalmente contratti a loro interdetti, la legislazione comunale parmense ribadiva l'invalidità del negozio anche qualora fosse stato accompagnato da un giuramento formale di essere maggiorenni. Loschi utilizzava l'edizione a stampa del 1590 degli statuti: *Statuta magnifica ciuitatis Parmae. Cum annotationibus celeberrimorum Iureconsultorum D. Bartholomaei a Prato, D. Vincentij Blondi, D. Iacobi Carpesani, D. Ludovici Zandemariae, D. Antonij Cantelli, D. Innocentij Blondi. Et aliorum doctorum eiusdem mag. Ciuitatis, Parmae* 1590. L'ordinamento giuridico piacentino aveva una posizione speculare rispetto a queste disposizioni. In questa città, per gli statuti comunali, "quicumque pubes ficta confessio majoritatis legitime contrahit". L. Loschi, *Ad digesta*, cit., II, p. 19. Nel caso piacentino era successivamente intervenuta la legislazione ducale, con una costituzione del 1586. L'azione normativa ducale era il mezzo giuridico con cui, molto spesso, si cercava di riequilibrare, in una forma quasi "garantista", quelle che erano percepite come le storture presenti negli ordinamenti locali. Con questa costituzione si era stabilito che almeno fino al compimento del ventesimo anno in caso di giudizio i minori dovevano essere assistiti da almeno due parenti, agnati o cognati, o se questo non fosse stato possibile da due vicini.

⁵³ Autore di un testo in più volumi di legislazione coloniale francese: M. Moreau de Saint-Méry, *Loix et constitutions des colonies françaises de l'Amérique sous le vent...*, Paris 1784-1790, oltre che di una descrizione topografica ed etnologica di San Domingo, anch'essa in più volumi, dove era anche contenuta una complessa procedura aritmetica per stabilire il grado di meticcio di un individuo: *Idem, Description topographique, physique, civile, politique et historique de la partie française de l'isle Saint-Domingue...*, Paris 1797.

⁵⁴ *Décret Impérial n° 815 in Bulletin des lois de l'Empire français: 4e serie*, Paris 1805, III, pp. 229-230. Cfr. S.

fissava la data dell'entrata in vigore al primo luglio; mentre l'articolo 6 cancellava definitivamente tutte le disposizioni vigenti "dans les matières qui sont l'objet des dispositions dudit Code". In ottemperanza alle disposizioni contenute nell'articolo uno la Stamperia Reale, da poco promossa *Imprimerie imperiale*, pubblicava il testo del *Code*⁵⁵. Accanto a questo testo aveva circolazione a Parma anche la *Raccolta Generale delle Leggi Componenti il Codice Civile*⁵⁶ stampata a Torino nello stesso anno, che aveva l'innegabile vantaggio di provvedere il testo francese di una traduzione.

Il comodato come era ancora solamente riportato il nome del contratto nella traduzione torinese, ma che nella versione ufficiale francese era identificato sia come *prêt à l'usage* sia come *commodat*⁵⁷, era regolato nel *Code* dagli articoli che andavano dal 1875 al 1791. L'impostazione data alla trattazione della materia del comodato nel Codice francese stravolgeva quella che era stata l'evoluzione raggiunta da questo contratto nell'antico ordinamento parmense. In quest'ultimo un elemento essenziale perché il contratto fosse valido era che avesse un termine temporale, determinato o determinabile, prefissato; in mancanza del quale era la legge che fissava d'imperio un termine di restituzione di otto giorni. Nel nuovo ordinamento, proprio a partire dal nome dato al negozio, l'elemento fondamentale diveniva la determinazione di un uso specifico per il bene concesso in comodato. Pothier aveva scritto, trattando di questo particolare tipo di contratto, che per integrarlo erano essenziali una cosa che venisse prestata e: "un certain usage pour lequel la chose soit prêtée"⁵⁸. Tuttavia l'articolo 1888 del Codice Napoleone, trattando delle obbligazioni del comodante, vieterà di pretendere la restituzione del bene "après le terme convenu" ed in caso non fosse stato concordato un termine, solo dopo che il bene fosse servito per l'uso pattuito⁵⁹.

Di Noto Marrella, *L'administration du duche de Parme et l'introduction du Code Civil en Italie*, in L. Chatel de Brancion (cur.), *Cambacérès: fondateur de la justice moderne: actes du colloque tenu a Montpellier, Saint-Remy-en-l'Eau*, M. Hayot, 2001, pp. 166-173.

⁵⁵ *Code Civil des français. Imprime par ordre du gouvernement*, Parme 1805 (an XIII).

⁵⁶ *Raccolta generale delle leggi componenti il Codice Civile con annotazioni*, Torino 1805. Una copia è presente in ASPr, Ms. della Biblioteca, 5.

⁵⁷ All'articolo 1875.

⁵⁸ R. J. Pothier, *Oeuvres complètes de Pothier, Traité des contrats de bienfaisance*, Paris 1821, VIII, p. 3.

⁵⁹ Massé nell'aggiornamento del suo lavoro, dovuto alla pubblicazione del *Code*, indicava due formule che potevano essere utilizzate in materia di comodato. La prima molto breve era un "*reconnaissance de commodat*"; come si nota l'Autore utilizza ancora il termine giuridico tradizionale e non quello codicistico di *prêt à l'usage*. Questo era un atto del comodatario con cui riconosceva il prestito ricevuto, s'impegnava a restituire il bene entro un termine preciso, a farne l'uso stabilito ed era strutturato essenzialmente sul modello di un riconoscimento di debito, che non necessitava dell'intervento di un notaio. Massé suggeriva questa soluzione in quanto: "on n'a pas coutume de faire un acte devant notaire pour s'en assurer la restitution". A. Massé, *Le nouveau parfait notaire ou la science des notaires*, Paris 1805, I, p. 249. L'altra formula proposta era molto più particolareggiata in quanto assumeva le forme di un vero e proprio contratto notarile. In un successivo formulario notarile del 1807, questo opera del Loret, è riportata la formula per la stipula del contratto di comodato in cui vengono identificati espressamente sia l'uso del bene sia un espresso e preciso giorno per restituzione della cosa. Questa doppia previsione serviva per fissare chiaramente sia il tipo d'uso che doveva essere fatto del bene per eventuali fini risarcitori sia un termine di restituzione preciso, anch'esso sempre a fini tutoristici, nel caso finito l'uso non si fosse ancora restituita la cosa. J. B. Loret, *Elémens de la science notariale, ou Recueil complet de toutes les formules d'actes notariés adaptés à la législation du Code Civil et à celle du code judiciaire: avec des notes explicatives de chacune des clauses de ces actes*, Paris 1807, II, pp. 162-166.

In apertura dell'esposizione con cui s'illustravano i motivi che avevano portato alla redazione del progetto del Titolo XV del Codice Civile⁶⁰, dedicato al prestito, il genere *prêt* era stato diviso in tre specie: il *prêt à l'usage* o *commodat*, il *prêt de consommation*, che veniva anche ritenuto comunemente essere il *prêt* vero e proprio, ed infine il *prêt à intérêt* come era chiamato il mutuo feneratizio⁶¹. Queste distinzioni avrebbero fornito le basi della suddivisione della materia nel Titolo del Codice dedicato⁶². La differenza fondamentale tra il *prêt à l'usage* ed il *prêt de consommation* era data dalla natura delle cose che potevano essere oggetto dei due contratti: infungibili nel primo caso⁶³, fungibili nel secondo⁶⁴; in più la legge avrebbe specificato che avrebbe potuto essere oggetto di comodato "*tout ce qui est dans le commerce*"⁶⁵; Pothier a questo riguardo aveva affermato che anche le cose consacrate a Dio, che erano per loro stessa natura fuori commercio, avrebbero potuto essere oggetto del comodato, qualora il loro utilizzo fosse stato per motivi religiosi⁶⁶. Erano considerate cose infungibili, e quindi oggetto del contratto di comodato, tutte quelle che non si consumavano con l'uso⁶⁷, fossero mobili od immobili⁶⁸. L'elemento fondamentale del *prêt à intérêt* era, invece, che non poteva essere concesso a titolo gratuito.

Dopo aver fornito questo primo inquadramento, il *prêt à l'usage* veniva ad essere

⁶⁰ Come si farà notare nella discussione in sede di Tribunato il comodato era considerato un contratto piuttosto residuale: "Dans l'ordre des idées, des contrats, et des titres du Code Civil, la loi sur le prêt devait suivre celles plus étendues et plus importantes sur la vente, et le louage", *Recueil de lois composant le Code Civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du tribunal et les opinions émises pendant le cours de la discussion, par les rédacteurs des instructions décadaires sur l'enregistrement et les domaines*, Paris 1804, VI, p. 239. Sulle vicende della codificazione francese: J.-L. Halpérin, *L'histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?* in "Pouvoirs Revue française d'études constitutionnelles et politiques", CVII-4 (2003), pp. 11- 21. Su progetti alternativi e sulla loro influenza sul *Code* si veda S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice Civile di Guy-Jean Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998. Sui lavori preparatori: F. Ewald e P.-A. Fenet, *Naissance du Code Civil: la raison du législateur: travaux préparatoires du Code Civil*, Paris 2004.

⁶¹ Tuttavia nel corso del dibattito l'idea di una tripartizione della materia del prestito si evolverà e si arriverà a teorizzare una bipartizione che sarà fondata sulla contrapposizione tra *prêt à l'usage* e *prêt de consommation*, quest'ultimo sarebbe stato poi ripartito in due ulteriori *sous-divisions*: *prêt gratuit* e *prêt à intérêt*. Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit. p. 247.

⁶² Cfr. *ivi*, p. 233.

⁶³ Dig. 13, 6, 3, 6 "*Non potest commodari id quod usu consumitur*". J. Domat, *Legum delectus*, cit., p. 181.

⁶⁴ Questa distinzione troverà la sua sede nell'articolo 1874.

⁶⁵ Art.1878.

⁶⁶ Cfr. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 11.

⁶⁷ "De celles qui ne se consomment pas par l'usage. L'on distingue en droit deux sortes de consommations; la naturelle, qui a lieu à l'égard des choses dont on ne peut se servir sans en détruire la substance, comme du blé, du vin; et la consommation civile, à l'égard des choses dont le corps n'est pas à la vérité détruit par l'usage, mais dont on ne peut plus faire le même emploi, quand une fois l'on s'en est servi, comme du papier blanc sur lequel on a écrit, etc. Il faut que la chose ne soit susceptible d'aucune de ces deux espèces de consommations, pour pouvoir être l'objet du commodat". C. E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, Paris 1813, II, p. 711.

⁶⁸ Cfr. Duranton, quando scrive, riprendendo Pothier: "Je puis très-bien, en effet, prêter à Paul ma maison, ou un appartement dans ma maison, pendant un certain temps, par exemple, pendant trois ans. Je puis très-bien lui prêter mon jardin pendant ce temps, ou jusqu'à ce qu'il rentre dans la jouissance du sien, dont jouit un tiers en vertu d'un bail ou pour autre cause". A. Duranton, *Cours de droit français: suivant le Code Civil*, Paris 1844, XVII, p. 603.

così legalmente definito⁶⁹ come: “un contrat par lequel l’une des parties livre une chose à l’autre pour s’en servir, à la charge par le prêteur de la rendre après s’en être servie”⁷⁰. Una definizione di comodato che risultava molto vicina a quelle date da Domat⁷¹ e da Pothier⁷² nelle loro opere. Il contratto stipulato avrebbe obbligato i contraenti ed i loro eredi⁷³, a meno che non fosse chiaro che il prestito era stato concesso *intuitu personae*⁷⁴. Il capitolo dedicato al prestito d’uso era stato suddivisa in tre sezioni, la prima trattava *de la nature du prêt à l’usage* (artt. 1875-1879), la seconda dedicata alle obbligazioni del comodatario (artt. 1880-1887) ed infine la terza dove trovavano posto le obbligazioni del comodante (artt. 1888-1891). Attorno a queste tre partizioni venne ricostruito il contratto di *prêt à l’usage*.

Nel corso delle discussioni preparatorie del Codice Civile venne sottolineata espressamente quella che era ritenuta essere la caratteristica natura sociale sottesa al contratto di comodato, che molto spesso prevaleva su quella giuridica nella vita quotidiana. Notava infatti il relatore davanti al Tribunato come “Deux idées s’attachent naturellement au prêt: l’une, que celui qui consent à aider de sa chose un concitoyen, un ami, exerce envers lui un acte de générosité, d’amitié ou de bienfaisance; l’autre, qu’il ne se dessaisit que pour un temps, et ne se dépouille pas de sa propriété”⁷⁵. Queste due idee costituivano quindi il naturale fondamento giuridico su cui riposava il prestito d’uso: la prima era il disinteresse del comodante, la seconda era il fatto che questi conservava sia la proprietà sia il possesso della cosa⁷⁶, limitandosi

⁶⁹ Sul valore di una definizione legale dei contratti all’interno del *Code*, compreso quello di comodato: “On peut soutenir que même si la définition ne constitue point à elle seule une norme, elle peut quand même servir comme éclaircissement pour comprendre le sens d’une institution, d’un concept ou d’un mot utilisé à maintes reprises tout au long du Code. Dans ce cas, étant donnée la définition, celle-ci est valable pour toujours, dans tous les textes où l’institution est mentionnée, le concept énoncé ou le mot employé. Tel est, par exemple, le cas des fréquentes définitions légales des contrats [...] de commodat (art. 1875)”. E. J. Couture, *La chose jugée comme présomption légale. Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code Civil*, in “Revue internationale de droit comparé”, VI -4 (1954), p. 685.

⁷⁰ All’articolo due del progetto che diverrà l’articolo 1875 del Codice, cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 233. Voet aveva dato la seguente definizione di comodato: “est contractus bonae fidei, re constans, quo res alteri gratis ad certum tempus & modum utenda traditur, ea lege, ut finito tempore vel usu, restituatur in specie”; si veda anche: J. Voet, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, V ed., Venezia 1827, III, p. 65.

⁷¹ Cfr. J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 228.

⁷² “Le prêt à usage est un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l’autre une chose, pour s’en servir à un certain usage, et celui qui la reçoit s’oblige de la lui rendre après qu’il s’en sera servi”. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 2; riportato anche da P. A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V ed., Paris 1828, XIII, p. 32.

⁷³ Articolo sei del progetto, poi 1789 del Codice. Lo si confronti con Dig. 13, 6, 3, 3: “Heres eius qui commodatum accepit pro ea parte qua heres est convenitur, nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat”.

⁷⁴ Come si farà notare nel rapporto fatto al Tribunato nella seduta del 16 ventoso dell’anno XII. Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 240.

⁷⁵ Cfr. *ivi*, p. 233. Si veda anche Dig. 13, 6, 8: “Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus”.

⁷⁶ Il proprietario riteneva anche il possesso della cosa: “ne reste pas seulement propriétaire de la chose prêtée; il en demeure aussi le possesseur”. J.-M. Lahaye, *Le Code Civil annoté des Lois Romaines, des Lois, Décrets, Ordonnances, Avis Du Conseil D’état, Des Circulaires Ministérielles publiées depuis sa promulgation jusqu’à nos jours et des opinions des auteurs qui ont écrit sur le Code*, Paris 1843, p. 807.

a concederne l'uso⁷⁷. Stante questa interpretazione della sua natura il contratto non poteva essere fatto rientrare nel novero dei contratti commutativi, nella definizione datane dall'articolo 1104 del *Code*, poiché l'intenzione dei contraenti non era di ricevere qualcosa in cambio di quello che si dava. Come era stato affermato da Pothier e come venne doverosamente riportato nel corso dei lavori preparatori, il comodato era un contratto "entièrement lucratif vis-à-vis de l'emprunteur"⁷⁸, questo si traduceva in un vantaggio per uno solo dei contraenti. L'idea che il contratto di comodato fosse, di regola, vantaggioso per uno solo dei contraenti si riscontrava anche in Dig. 13, 6, 5, 3, dove, trattando dell'ampiezza della responsabilità contrattuale del comodatario, questa veniva espressamente affermata⁷⁹. Il concetto di utilità del contratto era fondamentale per Pothier che lo impiegava, strumentalmente, per identificare quali fossero i contratti di beneficenza, fondando la propria classificazione sulla constatazione del fatto che questi particolari contratti fossero stipulati "pour l'utilité de l'une des parties contractantes"⁸⁰. La dottrina di Pothier fornì le basi da cui venne tratta la formulazione del testo dell'articolo 1105 del Codice, relativo ai contratti di beneficenza⁸¹. Già nella relazione di Galli si sottolineava come fosse necessaria per la configurazione del contratto di comodato la gratuità. In questo ci si muoveva in accordo non solo con lo schema esegetico fino ad allora seguito, come era stato disegnato da Pothier, ma anche in piena adesione con le previsioni del diritto romano riguardanti la natura del negozio⁸². Anche la lettura di Pufendorf diede solide argomentazioni alla costruzione di un contratto gratuito⁸³, basato essenzialmente sulla

⁷⁷ Più avanti la dottrina francese giungerà a qualificare il comodato anche nei termini di una "donazione" d'uso. "L' essere gratuito adunque è proprio dell'essenza del prestito ad uso; nel che appunto questo contratto, come testé dicemmo, si avvicina alla donazione, che è il contratto a titolo gratuito per eccellenza. Potremmo anzi dire che il prestito ad uso, come tutti gli altri contratti di beneficenza, analizzandone con attenzione gli elementi, altro in sostanza non è che una donazione di un'indole particolare. E di fatti, nel mentre la donazione propriamente detta è costituita dall' abbandono gratuito del dritto più pieno che possa aversi sopra una cosa, il dritto di proprietà, il prestito è costituito dallo abbandono gratuito di uno degli elementi della proprietà, l'uso. Sicché lo si può qualificare una donazione dell'uso, come potrebbe chiamarsi donazione di servigi il mandato o il deposito, che è anche un mandato di un genere particolare, e donazione di credito la fidejussione". V. Marcadè, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone: contenente l'analisi critica degli autori e della giurisprudenza e seguita da un riassunto alla fine di ciascun titolo*, Napoli-Palermo 1865, IV, parte 1, p. 13.

⁷⁸ R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 5; *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 233.

⁷⁹ "Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur".

⁸⁰ R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 5. Pothier li contrapponeva ai "contrats intéressés de part et d'autre", *ibidem*.

⁸¹ Art. 1105: "Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit".

⁸² Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 233. La gratuità era un tratto essenziale del contratto di comodato; del resto l'articolo 1876 è la trasposizione nel Codice Napoleone di Inst. 3, 14, *Quibus modis re contrahitur obligationes*, dove si affermava recisamente che "gratuitum enim debet esse commodatum". Pothier aveva scritto, sulla gratuità dello stesso, l'osservazione che fornirà la base della definizione dei contratti di beneficenza nel Codice napoleonico: "Il est évident que le prêt à usage est de la classe des contrats de bienfaisance, étant de son essence d'être gratuit. Il renferme un bienfait que le prêteur fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose". R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 5.

⁸³ Sul ruolo ricoperto dal pensiero dei giusnaturalisti dei secoli XVII e XVIII nella costruzione della dottrina contrattualistica del XIX secolo: J. Gordley, *The Philosophical Origins of modern contract doctrine*,

generosità di una delle parti. Compulsando le pagine del *De iure naturae et gentium* i legislatori transalpini avevano debitamente notato come la cosa oggetto del comodato e del precario dovesse essere concessa “*gratis utenda*”⁸⁴. Qualora fosse stato previsto un corrispettivo per il prestito della cosa, il *prêt à l’usage* sarebbe divenuto un contratto di *louage*⁸⁵, secondo gli schemi delle Istituzioni giustinianee⁸⁶.

Il *prêt à l’usage* era stato costruito intorno all’idea della sua gratuità e sul comportamento disinteressato del comodante e per i legislatori questa constatazione comportava, come conseguenza giuridica, l’insorgere di una serie di precise obbligazioni per il beneficiario, che verranno poi incardinate in una serie di disposizioni contenute negli articoli del Codice. Il comodatario avrebbe dovuto, quindi, garantire con la diligenza del *bon père de famille* la conservazione della cosa prestata⁸⁷. Questa previsione andrà a formare il disposto dell’articolo 1880, e proprio perché incentrata sulla figura giuridica del *buon padre di famiglia* sarebbe stata ritenuta dalla dottrina derogatoria alla responsabilità di diritto comune, fondata sul fatto proprio⁸⁸. La responsabilità che si veniva così a disegnare, in capo al comodatario, avrebbe quindi ricompreso anche la *culpa levissima*⁸⁹.

Il ricevente si doveva obbligare anche “*Que quand il peut également garantir ou sauver d’un péril sa propre chose ou celle qui lui est prêtée, il doit à l’homme généreux qui l’oblige, de ne pas sacrifier la chose du prêteur pour garantir ou sauver la sienne*”⁹⁰. Per capire questa oggettivamente pesante formulazione delle ipotesi di colpa contrattuale in capo ad una delle parti bisognava riferirsi al rapporto, di ordine morale, insito e presupposto dalla natura del contratto, che nelle parole del relatore legherebbe

Oxford 1991, p. 5.

⁸⁴ S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., p. 721. Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 233, nt. 2.

⁸⁵ “Le propriétaire d’un vêtement, d’un meuble, d’un animal propre au service domestique, peut s’en priver momentanément et en conserver la propriété; il peut aussi en céder l’usage ou la jouissance pour un tems et pour un prix: ce serait alors, non un prêt, mais un louage”. J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 239.

⁸⁶ “Commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur”. Inst. 3, 14.

⁸⁷ Tuttavia se la cosa si fosse deteriorata per il solo effetto del suo uso ordinario, senza colpa del comodatario, questi era sollevato dalla responsabilità per il deterioramento. Questa limitazione della responsabilità, che sarà poi trasfusa nell’articolo 1884, era già contenuta nel frammento di Ulpiano in D 13, 6, 10pr. “Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriore, tenebitur”. Nel diritto francese la disposizione era intesa regolare anche il caso in cui la cosa fosse divenuta inutilizzabile, per l’uso ordinario, come nel caso: “si vous m’avez prêté, pour faire un long voyage, un cheval qui n’était pas capable d’en supporter la fatigue”. J.-M. Lahaye, *Le Code Civil annoté*, cit., p. 809. Ma le spese ordinarie sostenute dal comodatario per l’uso della cosa sarebbero state a suo carico, secondo il disposto dell’articolo 1886, cfr. J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 237.

⁸⁸ Cfr. A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., XVII, p. 603.

⁸⁹ Il comodatario, ai sensi dell’articolo 1880 “répond de toute espèce de faute, même de levissima culpa”, *ibidem*. Diverso era il caso in cui la perdita, o il danneggiamento, della cosa avvenivano per caso fortuito. Cfr. “Il mero caso fortuito, pel quale la cosa fu danneggiata o distrutta, è a carico del proprietario, § 1511 cod. civ. austr.; arg. degli art. 1881, 1884 cod. franc.; art. 1962, 1965 cod. parm.”. A. Reale, *Istituzioni del diritto civile Austriaco con le differenze tra questo e il diritto civile Francese*, Pavia 1832, III, p. 203, nt. 2.

⁹⁰ J. Domat, *Les loix civiles*, cit., pp. 240-241.

il comodante, “homme généraux”, ed il comodatario. Sarebbe proprio in virtù di questo legame di riconoscenza che il comodatario dovrebbe sentirsi obbligato sia ad usare e custodire la cosa con più attenzione del consueto, sia ad agire contro i propri interessi e a non sacrificarla, in caso di pericolo, anche a scapito dei propri beni. Questa obbligazione d’ordine morale, ritenuta meritevole di tutela legale per favorire la coesione sociale, sarà trasfusa nell’articolo 1882 del *Code*. La disposizione che era intimamente collegata alla natura disinteressata e gratuita del contratto, aveva solide basi giuridiche, come sarà esplicitamente riconosciuto davanti al Corpo Legislativo, infatti si fondava su un passo di Ulpiano⁹¹. Sempre dalla natura del comodato e dalla legislazione romana, derivava il divieto per il comodatario di ritenere il bene a compensazione di un debito del comodante⁹², la formulazione dell’articolo che prevedeva questo caso venne ripresa dall’opera di Domat⁹³.

La necessità dell’infungibilità della cosa data in comodato era stata motivata oltre che sulla base della natura stessa del contratto, come era stata definita nel Digesto, appoggiandola anche a quanto era stato scritto nelle *Loix civiles*, nella parte in cui specificava come il comodato non trasferisse né la proprietà né il possesso della cosa in capo al comodatario, in questo differenziandosi dal mutuo. Partendo da questa considerazione Domat faceva derivare l’infungibilità dall’obbligo di restituire lo stesso bene che era stato prestato⁹⁴; sulla base delle sue parole quindi, per i legislatori francesi, le cose: “dont on ne peut user sans les consommer, et dont il faut nécessairement céder à la fois et l’usage et la propriété, ne peuvent être l’objet que du prêt de consommation”⁹⁵.

⁹¹ Dig. 13, 6, 5, 5 “proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel num fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit”. Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 249, nt. 2.

⁹² C. 4, 23,4. “Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur”.

⁹³ J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 237.

⁹⁴ Ivi, p. 229.

⁹⁵ J. Domat, *Les loix civiles*, cit., p. 239. Nel progetto, come successivamente nel Codice, non era stato esplicitamente regolato il comodato *ad pompam vel ostentationem*, la cui ammissibilità si appoggiava al testo del frammento ulpiano contenuto in Dig. 13, 6, 3, 6. Nella costruzione finale che sarà data al comodato l’oggetto specifico del contratto sarebbe stato costituito da tutte le cose in commercio, di cui si potesse farne uso senza consumarle o distruggerle, e la legge non parlerà del *commodatum ad pompam vel ostentationem*. Sul comodato *ad pompam* Troplong sarà piuttosto chiaro nell’ammetterlo e sminuirlo contemporaneamente, scrivendo: “Or, le prêt à usage ne comprend pas des choses de ce genre (cose fungibili, ndr.), à moins qu’il ne soit fait ad pompam. Mais ce cas est si rare, qu’on ne peut supposer que le législateur en ait été préoccupé. Il a donc voulu prévoir quelque chose de plus réel et de plus sérieux”. R. T. Troplong, *Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires*, Bruxelles 1845, p. 123. Qui il comodato *ad pompam* viene descritto da Troplong quasi nei termini di una stravaganza, rara e poco seria. Tuttavia nel suo Commentario al Codice Civile, che proseguiva l’opera di Toullier, lo stesso Troplong era stato meno drastico ed aveva collegato la possibilità dell’esistenza di un comodato di cose fungibili alla volontà delle parti. Appoggiandosi all’autorità di Ulpiano e di Gaio scriveva, circa la necessità che la cosa data in comodato fosse infungibile: “Cette vérité n’est cependant pas tellement absolue qu’elle ne reçoive un tempérament. Il peut arriver en effet que des choses qui se détruisent naturellement par l’usage qu’on en fait soient prêtées, non pour être consommées, mais pour être conservées et rendues en individu. La volonté des parties leur enlève alors leur destination habituelle. Elle ne permet plus de les considérer comme des quantités; elle en fait des corps certains. Rien n’empêche alors qu’elles ne deviennent l’objet d’un contrat de prêt à usage”. R. T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente: du*

Nel corso dei lavori ci si soffermò sulla necessità della esplicita previsione di un uso predeterminato della cosa comodata, che venne poi incardinato nella disposizione dell'articolo 1875. L'articolo obbligava il comodatario a restituirla “après s'en être servi”. Questa previsione era cruciale per la ricostruzione del contratto di comodato e veniva fatta discendere, secondo uno schema ormai collaudato, sia dalla natura gratuita del contratto sia dal disinteresse della parte concedente. La predeterminazione di un uso specifico del bene concesso, su cui doveva convergere il consenso delle parti, costituiva perciò un elemento essenziale⁹⁶ che avrebbe permesso di differenziare il comodato dal precario. Quest'ultimo si avviava oramai ad una totale estinzione come negozio o contratto autonomo⁹⁷. La oramai risalente distinzione tra i due negozi giuridici riposava sulla lettura, data dai legislatori francesi, di quanto era stato riportato in Dig. 43, 26, 1pr⁹⁸. Nel frammento di Ulpiano, dove era stata fornita sia l'etimologia sia di conseguenza la definizione del precario, non si riteneva essenziale per la natura stessa del negozio la fissazione di un qualche termine né temporale né d'uso⁹⁹.

In materia di obbligazioni del comodante veniva ribadito, in quello che diverrà l'articolo 1888 del *Code*, come questi non potesse “inopportunément réclamer sa chose avant le terme convenu, ou à défaut de convention, avant que l'usage qu'il en a permis ait pu en être fait”¹⁰⁰. La portata del termine *inopportunément* ed il suo significato sarebbero stati disciplinati dalla disposizione che formerà l'oggetto del successivo articolo 1889 del Codice, dove si stabiliva che in caso di “besoin et pressant et imprévu de sa chose”¹⁰¹ il comodante poteva adire il giudice per ottenere la

prêt, commentaire du titre X, livre III, du Code Civil, Paris 1845, p. 35.

⁹⁶ Cfr. Pothier: “Enfin il est de l'essence du contrat que le consentement des parties intervienne sur la chose prêtée, sur l'usage pour lequel elle est prêtée, et sur la restitution qui en doit être faite”. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 5.

⁹⁷ Nel Codice Civile attuale, secondo l'articolo 1810, il precario è un tipo particolare comodato senza determinazione di durata.

⁹⁸ “Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur”. Cfr. “dans le contrat de précaire, la chose est remise à l'empreunteur, pour qu'il en jouisse seulement tant que cela conviendra au maître: d'où il suit qu'il peut la redemander quand bon lui semble. Au lieu que dans le commodat, la chose est livrée pour un temps convenu entre les parties, ou pour un usage déterminée”. J.-M. Lahaye, *Le Code Civil annoté*, cit., p. 807.

⁹⁹ Dall'obbligazione di usare la cosa nel modo convenuto, o di restituirla nel tempo pattuito nasceva la responsabilità del comodatario nel caso in cui fosse stata destinata “à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait” e che sarà trasfusa nell'articolo 1881. In questa particolare situazione di inadempienza si era tenuti anche per la perdita della cosa per caso fortuito.

¹⁰⁰ Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., pp. 241-242.

¹⁰¹ La parte fondamentale dell'articolo, quella in cui definisce la natura della necessità e che permetterebbe una richiesta anticipata di restituzione e quindi un inadempimento del comodato, era stata estrapolata dagli scritti Pothier: “Si cependant, même dans le cas d'un besoin pressant et imprévu, que le prêteur aurait de la chose prêtée, l'empreunteur ne pouvait la rendre sans courir risque de se causer un grand dommage, il pourrait être reçu à satisfaire par équipollence à l'obligation de la rendre, en fournissant à ses dépens une chose semblable, pour que le prêteur sans serve à la place de la sienne, jusqu'à ce que l'empreunteur puisse lui rendre la chose prêtée”. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 18. Nel pensiero di Duranton: “Le juge ne doit ordonner la restitution mentionnée dans notre article, que dans le cas où le besoin du preteur serait réellement urgent, et qu'autant que celui-ci ne pouvait raisonnablement le prévoir lorsqu'il a fait le prêt: car si, le prévoyant, il n'a pas fait de réserve, il a sans doute entendu préférer l'avantage du prêteur au sien, et il ne doit pas être admis à

restituzione anticipata. Questa soluzione veniva vista dai legislatori francesi come una risposta dettata da una asserita necessità di equità pratica. L'articolo in questione prevedeva infatti un'eccezione a quanto era stato stabilito nel precedente, per cui il comodante non poteva chiedere la restituzione della cosa prima del tempo. Qualora infatti, in pendenza del contratto, fosse sopravvenuta al comodante "una urgente, e non preveduta necessità di riavere la sua cosa" questi poteva adire un giudice per farsela restituire. L'intervento del magistrato era fondamentale per valutare la fondatezza della richiesta del comodante. La necessità di questa disposizione derogatoria, che interveniva sull'autonomia contrattuale delle parti, veniva fatta derivare anch'essa dalla natura del comodato. Infatti quando questo fosse stato perfezionato le obbligazioni da esso derivanti, nel caso quella ex art. 1888, sarebbero divenute reciprocamente, ma soprattutto legalmente, vincolanti. La delicatezza di quest'articolo era confermata dal fatto che, nei lavori preparatori, Galli sembrerebbe riportare una certa difficoltà, da parte dei redattori del progetto, nel giustificare la previsione di un intervento giudiziario in un contratto legittimamente operante tra due privati. Infatti apriva la trattazione della materia citando un aforisma di Bacon, in cui chiaramente si ammoniva di non concedere, legislativamente, un eccessivo potere interpretativo ai giudici: "Optima lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis"¹⁰², che apparentemente confutava quanto previsto da un articolo che si diceva essere stato scritto per tutelare ragioni di equità generali. Ma, superando l'obiezione che con un artificio retorico aveva lui stesso proposto, Galli faceva subito notare come questa massima non avrebbe affatto impedito di affidare alla saggezza del giudice la contemperazione tra il diritto legalmente tutelato del comodatario e le esigenze, contingenti, del comodante¹⁰³.

La natura del contratto di comodato, così come era stato strutturato all'interno del Codice napoleonico, lasciava aperti alcuni dubbi alla dottrina. Uno dei principali riguardava il momento del perfezionamento del contratto. La definizione di comodato come quel contratto con cui "l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir"¹⁰⁴ comportava che la consegna del bene poteva essere identificata sia nei termini di un'obbligazione *solvendi causa*, quindi nei termini di un'obbligazione di consegnare sorta in capo al comodatario, oppure *contrahendi causa*, cioè come un elemento perfezionativo del contratto stesso¹⁰⁵.

Nel diritto romano e nel diritto comune il comodato era sempre stato inquadrato all'interno dei contratti reali; ma con la riscrittura della materia contrattuale, operata dal Codice, i legislatori francesi trasformarono in legge l'idea giusnaturalista del contratto fondato sul consenso delle parti¹⁰⁶. Nel nuovo diritto non sembrava più

revenir contre ce qu'il a fait librement". A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., XVII, p. 619.

¹⁰² Cfr. *Recueil de lois composant le Code Civil*, cit., p. 234; l'aforisma citato è il XLVI, F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX*, Parisiis 1624, pp. 505-506.

¹⁰³ Il comodante era soggetto ad alcune altre obbligazioni, che erano state fissate negli articoli 1890 e 1891, riguardanti casi di risarcimento di danni dipendenti dall'uso del bene concesso da parte del comodatario.

¹⁰⁴ Unita anche al disposto dell'articolo 1108 che fissava come elemento essenziale della *convention* "le consentement de la partie qui s'oblige".

¹⁰⁵ Cfr. F. Scaglione, *Il comodato, artt. 1803-1812*, Milano 2011, p. 10.

¹⁰⁶ Cfr. J. Gordley, *The philosophical origins*, cit., p. 5.

poter essere, pacificamente, configurabile un perfezionamento del contratto che fosse deferito al momento della consegna del bene. Inoltre anche nel diritto francese precodificazione tutte le convenzioni, anche i *nuda pacta*, erano “valables, et produisent des obligations civiles”¹⁰⁷, da questo sembrava conseguire che “la convention par laquelle je serois convenu avec vous de vous prêter, dans un tel temps, une certaine chose, est valable par le seul consentement des parties, dès avant que je vous aie délivré la chose; et cette convention produit une action contre moi, pour m’obliger à vous délivrer la chose dans le temps convenu”¹⁰⁸.

Confutando questa interpretazione, per quanto riguardava i contratti reali, Pothier faceva notare come la promessa di dare un bene in prestito non integrasse un contratto di comodato più di quanto una promessa di vendere integrasse la vendita stessa. Questo in quanto il contratto di comodato avrebbe potuto perfezionarsi solo con la *traditio* della cosa. Si sarebbe potuto esigere giuridicamente l’esecuzione della promessa, nel caso una “promissio de commodando”¹⁰⁹, ma le obbligazioni contrattuali e l’azione conseguente, sarebbero nate solamente al momento della consegna del bene¹¹⁰. Utilizzando quasi le stesse parole del giurista suo predecessore Troplong, nella sua opera dedicata al *Prêt*, in generale, avrebbe affermato con decisione che, anche in vigenza del Codice, “La simple promesse de livrer la chose ne serait pas un contrat de prêt à usage; ce serait un autre contrat. Le prêt à usage n’existe que lorsque la chose a été livrée en vertu d’une convention réunissant les conditions énumérées dans les art. 1875, 1876, 1877”¹¹¹.

Su di un piano interpretativo opposto si situava Duvergier il quale faceva notare, puntando sul fatto che l’obbligazione di rendere ciò che era stato prestato costituiva la base stessa del *prêt à l’usage*, come i legislatori si fossero concentrati sulle obbligazioni del comodatario che derivavano dalla consegna della cosa, mettendo da parte il dibattito sulla consensualità o realtà del contratto. L’Autore sosteneva che “les

¹⁰⁷ R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 6. Il parere di Pufendorf era conforme: “Sic depositum. & commodatum nemo a me potest repossere antequam rem mihi tradiderit”. S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., p. 695.

¹⁰⁸ R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 6. Bartolo aveva sottolineato come i contratti reali necessitassero della consegna della cosa per il loro perfezionamento, in quanto questi: “non habent nomen nisi facta executione. Exemplum in contractibus qui re contrahuntur, ut depositum, commodatum, mutuum: qui ab actu exequendi denominantur, ut patet ad sensum: et ideo si facio pactum de deponendo, commodando, vel mutuando: non est contractus nominatus; nec actionem producit”. Bartolus a Saxoferrato, *Bartoli a Saxoferrato lucernae iuris omnia, quae extant, opera...*, VI ed., Venezia 1590, I, f. 80, c. Questo passo è stato esaminato in A. Massironi, *Nell’officina dell’interprete: la qualificazione del contratto nel diritto comune: secoli XIV-XVI*, Milano 2012, p. 349, nt. 156 ed in J. Gordley, *The philosophical origins*, cit., p. 44.

¹⁰⁹ S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., p. 695.

¹¹⁰ Cfr. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 6.

¹¹¹ R. T. Troplong, *Commentaire du prêt*, cit., p. 79. Anche Delvincourt sosteneva l’esistenza dei contratti reali all’interno del Codice Civile: “Le contrat réel, est celui qui, outre le consentement des parties, exige encore la tradition de la chose qui en est l’objet, de manière que le contrat n’existe que quand cette chose est livrée: tels sont le prêt, soit de consommation, soit à usage, le contrat de rente viagère, le dépôt, et le nantissement”. C. E. Delvincourt, *Cours de Code*, cit., II, p. 4. Massé che aveva scritto un manuale pratico di notariato, che ebbe nel corso degli anni molteplici edizioni, annoverava il *prêt*, tutti e tre i tipi, tra i contratti reali che “n’est parfait que par la tradition de et chose”. A. Massé, *Le parfait notaire, ou la science des notaires*, III ed., Paris 1809, I, p. 682.

conventions par lesquelles on s'oblige à prêter, sans exécution immédiate de l'engagement, sont aussi rares que sont fréquens les prêts accomplis, au moment même où ils sont convenus"¹¹². Dopo aver premesso queste osservazioni, Duvergier sosteneva che la previsione nell'ordinamento di una categoria come quella del contratto reale fosse di dubbia utilità, in quanto si basava su idee che il nuovo diritto aveva rigettato perché fondate su "des systèmes incompatibles avec la puissance presque illimitée que la législation et la doctrine accordent aujourd'hui à la volonté des contractans"¹¹³. Come conseguenza nel caso il comodante non avesse adempiuto alla consegna del bene, questi avrebbe potuto essere passibile, in alcuni casi, di esecuzione forzata, oltre al risarcimento dei danni¹¹⁴. Con questa affermazione Duvergier rigettava l'idea che il comodato nascesse dalla cortesia e da una volontaria gentilezza del comodante, per cui sarebbe stato inconcepibile agire in esecuzione contro chi aveva dimostrato generosità ed umanità, e lo incardinava nei meri automatismi contrattuali. Duranton stesso riteneva che la consegna della cosa fosse da interpretarsi nei termini di una obbligazione *solvendi causa* del contratto di comodato; ed appoggiava questa sua scelta con un esempio pratico: "il n'est pas nécessaire que la chose soit remise à l'effet de la prêter; il suffit, lorsque l'objet qu'on veut prêter est déjà dans la main de celui à qui on veut le prêter, par exemple, à titre de dépôt, que le maître consente à ce qu'il s'en serve à titre de commodat ou de prêt"¹¹⁵.

Un altro problema ermeneutico che si incentrava sulle caratteristiche fondamentali del contratto di comodato costituiva una fonte di dibattito nella dottrina Transalpina. La questione verteva sul dubbio se il *prêt à l'usage* dovesse essere ricompreso tra i contratti sinallagmatici o bilaterali, secondo quanto disposto nell'articolo 1102, o fosse, invece, da ascrivere tra gli unilaterali, ex articolo 1103¹¹⁶. Il mutuo era pacificamente ritenuto unilaterale fin da Pothier che lo definiva *prêt d'argent*¹¹⁷. L'incertezza sorgeva,

¹¹² J. B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris 1843, XXI, p. 33.

¹¹³ Ivi, p. 34.

¹¹⁴ "La force obligatoire de la promesse de prêter étant reconnue, celui qui l'a reçue doit avoir les moyens de contraindre celui qui l'a faite à l'exécuter. Les jurisconsultes disent unanimement que l'auteur de la promesse peut, à défaut d'exécution, être condamné à des dommages-intérêts. Ce mode de coercition n'est pas le seul dont il soit permis d'user contre lui; il y aura, dans certains cas, une voie plus directe et plus efficace, l'appréhension de la chose manu militari". J. B. Duvergier, *Le droit civil français*, cit., XXI, p. 34. Rolland de Villargues affermava che: "le consentement des parties suffit pour la perfection du prêt; il en donne pour preuve l'action en dommages-intérêts qu'aurait incontestablement l'emprunteur contre le prêteur qui refuserait de remplir sa promesse". Citato in V. A. D. Dalloz, *Jurisprudence du XIX^e siècle, ou Recueil alphabétique des arrêts et décisions des cours de France et des Pays-Bas, en matière civile, criminelle, commerciale et administrative* [...], Bruxelles 1832, XXIII, voce: *Prêt*.

¹¹⁵ A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., XVII, p. 579.

¹¹⁶ Nel *Code* erano definiti sinallagmatici o bilaterali i contratti in cui "les contractans s'obligent réciproquement les uns envers les autres". Mentre erano unilaterali quelli dove "plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement". Duranton identificava l'esempio tipico di contratto unilaterale nella promessa di pagare una determinata somma. A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., X, p. 47; cfr. con quanto previsto in Dig. 50, 12, 3pr.

¹¹⁷ "Le contrat de prêt d'argent se fait pour l'utilité seule de l'une des parties contractantes, qui est l'emprunteur: le prêteur ne reçoit aucune utilité de ce contrat; c'est un pur bienfait qu'il fait à l'emprunteur: ce contrat est de la classe des contrats bienfaisants". R. J. Pothier, *Oeuvres complètes: Traité du contrat de constitution de rente et traité du contrat de change*, Paris 1821, V, p. 235. È Duranton che

però, riguardo al contratto di comodato. Questo sarebbe potuto ricadere tra i contratti sinallagmatici o meno, poiché la qualificazione dipendeva essenzialmente dall'interpretazione che si dava della struttura delle obbligazioni che da esso derivavano. Infatti la natura del contratto sarebbe cambiata qualora si fosse considerata l'obbligazione principale del contratto solo a carico del comodatario, oppure se si fosse interpretata l'obbligazione del comodante di non richiedere la cosa anticipatamente, come anch'essa principale.

La dottrina anteriore alla codificazione era divisa; Pothier che non era ingabbiato da un codice, riteneva il comodato ascrivibile alla classe dei contratti sinallagmatici imperfetti¹¹⁸, lo stesso pensava Pufendorf¹¹⁹. Diversamente Voet non vi vedeva che un mero contratto unilaterale¹²⁰, anche se quest'ultimo si riferiva, nel suo lavoro, solamente al mutuo, che nel diritto romano era uno dei contratti innominati. La dottrina successiva estendeva questa sua applicazione anche al comodato in quanto questo era semplicemente una *species* del *genus* prestito.

Con la codificazione Toullier aveva affermato che non poteva essere considerata esatta la classificazione del contratto di comodato tra quelli unilaterali, come erano stati descritti nell'articolo 1103¹²¹. Faceva infatti notare come nel Codice, per il comodato, fossero state espressamente previste tutta una serie di obbligazioni reciproche, valevoli sia per il comodante sia per il beneficiario. Ma quello che rendeva il comodato perfettamente bilaterale, nella ricostruzione datane dal giurista, era la constatazione che l'obbligazione del comodante di non richiedere la cosa prima del pattuito fosse un'obbligazione principale, che scaturiva immediatamente dal perfezionamento del contratto. Infatti se il comodante avesse avuto necessità di ottenere la cosa prima del termine pattuito si sarebbe dovuto rivolgere ad un giudice,

confermava l'identità, per Pothier, del *prêt d'argent* con il *de prêt de consommation*. Cfr. A. Duranton, *Cours de droit français: suivant le Code Civil*, Paris 1844, X, p. 48, nt. 1.

¹¹⁸ La classificazione del grande giurista derivava dalla considerazione che le obbligazioni nascenti in capo alle due parti contraenti non erano *parfaitement synallagmatiques*, a differenza di quelle che scaturivano dai contratti di: vendita, locazione e società; dove queste erano tutte in grado principale. Il comodato era *moins parfaitement synallagmatiques* in quanto esisteva sia un'obbligazione principale, in capo al comodante, che era quella tutelata dall'*actio commodati directa* sia una *obligation incidente et indirecte*, l'*actio contraria*, residuale che spettava al comodante contro al comodatario. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 7.

¹¹⁹ Pufendorf ritiene che il comodato sia un contratto di genere intermedio tra il bilaterale o sinallagmatico e l'unilaterale. "Hi natura comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum, eum nempe, qui accepit, uti ostendit finis principalis contrahentium, neque ab initio dantem similiter obligant. Fit tamen heic saepe ex postfacto et & accidenti, ut ille quoque, qui dedit, accipienti obligetur, puta si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per rem illam damnus passus sit, quod domino possit imputari". S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., p. 694.

¹²⁰ Trattando di Dig. 12, 1, *de rebus creditis*, Voet definiva il mutuo nei termini di un negozio unilaterale, in quanto "mutuum non utriusque, sed ex uno tantum latere obligatorium sit", dimostrando nel prosieguo della trattazione come nonostante ciò fosse da ascrivere tra i contratti. Johannes Voet, *Commentariorum ad Pandectas*, cit., p. 5.

¹²¹ Toullier era piuttosto scettico riguardo all'utilità stessa della previsione nel Codice di una divisione tra contratti bilaterali ed unilaterali che fosse fondata sulle obbligazioni: "Cette théorie des contrats synallagmatiques ou unilatéraux est donc une théorie imparfaite, qui pourrait égarer, si l'application n'en était pas faite avec discernement". C. Toullier, *Le droit civile français suivant l'ordre du Code: ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris 1824, VI, p. 19.

che avrebbe valutato la fondatezza dei motivi della sua istanza¹²². Da questa ricostruzione ne deduceva che dal negozio originavano due obbligazioni reciproche, in questo modo veniva ad essere integrato quello che era stato previsto nell'articolo 1102. Con un'obbligazione principale il comodatario "s'oblige à rendre la chose au terme convenu", con un'altra reciprocamente il comodante si obbligava a non "la reprendre auparavant"¹²³.

Scrivendo più tardi rispetto a Toullier, Troplong ne contestava questa visione poiché riteneva che il comodato fosse da considerarsi un contratto unilaterale. Egli concedeva, parlando del prestito in generale, che il *prêteur* era sottoposto ad un'obbligazione – ma la definiva "*tacite*"¹²⁴ – di non reclamare la cosa anzitempo, e che avrebbe dovuto essere considerato responsabile dei vizi della stessa, in alcuni casi particolari. Ma, nonostante quanto premesso, egli pensava che queste obbligazioni non potessero definirsi né principali e nemmeno incidenti sul contratto. Troplong, al contrario, le annoverava tra le obbligazioni accessorie, derivanti dall'equità e da "certaines règles du droit naturel communes à tous les hommes, innées dans tous les rapports civils, et indépendantes du consentement"¹²⁵. Quest'ultima ricostruzione gli permetteva di classificare il comodato come un contratto unilaterale che ricadeva, quindi, all'interno del disposto dell'articolo 1103.

I problemi causati dall'interpretazione e qualificazione da darsi alle obbligazioni contrattuali del comodato spinsero la maggior parte dei giuristi post-codificazione ad allinearsi a quanto era stato teorizzato da Pothier per cui il comodato era "moins parfaitement synallagmatiques". La risposta data dalla dottrina ai propri dubbi fu la creazione di una terza categoria contrattuale, intermedia tra i contratti sinallagmatici e quelli unilaterali, che era sconosciuta al Codice ma veniva ripresa dalla tradizione giuridica precedente¹²⁶.

¹²² Come si è detto sopra, per il *Code*, il comodante per ottenere la restituzione anzitempo della cosa doveva dimostrare di averne un bisogno "*et pressant et imprévu*".

¹²³ C. Toullier, *Le droit civile français suivant*, cit., pp. 18-19.

¹²⁴ "Il est vrai que le prêteur est soumis à l'obligation tacite de ne pas redemander la chose prêtée avant que l'emprunteur; ne s'en soit servi, et qu'il est même responsable des défauts de cette chose lorsqu'il les connaissait et qu'ils ont causé du dommage à l'emprunteur (art. 1888 et 1891). Mais, malgré ces circonstances, je crois que le prêt n'est pas un vrai contrat synallagmatique; car ces obligations ne sont ni principales ni mêmes incidentes au contrat". R. T. Troplong, *Commentaire du prêt*, cit., p. 75.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Duranton stesso aveva seguito l'interpretazione di Pothier nel collocare il contratto di comodato in questa "categoria intermedia" dei contratti non perfettamente sinallagmatici, affermando che "Les contrats imparfaitement synallagmatiques sont ceux dans lesquels l'une des parties est obligée sur-le-champ, et l'autre ne le devient que ex post facto, ex accidenti, et peut par conséquent ne l'être pas du tout; c'est une obligation incidente. Par exemple, dans le dépôt et dans le commodat, le dépositaire et l'emprunteur sont obligés, par le fait seul du contrat, à restituer la chose déposée ou prêtée; tandis qu'ils n'ont d'action contre le déposant ou le prêteur, qu'autant qu'ils ont fait des déboursés pour la conservation de l'objet". A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., X, p. 46. Questa precisazione interveniva dopo che lo stesso Autore nella stessa opera aveva premesso "tout contrat parfaitement synallagmatique est contrat commutatif, ou intéressé de part et d'autre, et par cela même à titre onéreux". Ivi, X, p. 44. Come era stato detto fin dalle discussioni preparatorie del Codice il contratto di comodato non rientrava, per sua natura, nella classe dei contratti commutativi.

3. Il Codice Parmense del 1820

Nonostante la caduta dell'Impero e la parziale¹²⁷ Restaurazione parmense, la legislazione Transalpina quasi nella sua totalità rimase transitoriamente in vigore nel ricostituito Ducato¹²⁸. Lo stesso Codice Civile francese venne mantenuto, sia pure emendato di alcuni istituti come il matrimonio civile ed il divorzio¹²⁹. Tuttavia, fin dai primi anni del regno di Maria Luigia si mise mano alla redazione di un codice di diritto patrio sul modello di quello francese¹³⁰. Nel 1816 venne dato alle stampe un Progetto di Codice Civile; nella Relazione al ministro Magawly-Cerati che vi venne posta in apertura, la Commissione¹³¹ incaricata della redazione del Codice si dichiarava debitrice “per la massima parte dai libri del Gius Romano, che per la sua Perfezione si meritò di essere appellato Comune, ed alle cui feconde sorgenti attinsero i Legislatori

¹²⁷ Il trono non venne retrocesso ai Borbone ma venne affidato in vitalizio a Maria Luigia d'Asburgo, già Imperatrice dei francesi. Cfr. L. Sinisi, *Amministrazione della giustizia e raccolte di giurisprudenza a Parma nell'età di Maria Luigia*, in F. Micolo-G. Baggio-E. Fregoso (curr.), *Diritto cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, Parma 2011, pp. 185-186.

¹²⁸ Dopo il riordino della legislazione costituito dalla codificazione, sia la normativa francese, sia il diritto romano, quest'ultimo in via sussidiaria, rimasero in vigore in tutte le materie non regolate dal Codice o da specifiche norme ducali. Come scriveva Niccolosi questi due ordinamenti giuridici erano da considerarsi vigenti “Nel silenzio assoluto del vegliante codice”. Cfr. G. B. Niccolosi, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione, dopo il 1830, e sentenze del Contenzioso del Consiglio di Stato*, Parma 1842, III (1833), p. 185. Lo stesso accadeva per le consuetudini locali, che continuavano ad essere utilizzabili qualora non fossero *contra legem*. Sia prima sia dopo la codificazione trascorse del tempo prima che la legislazione ducale sostituisse le norme francesi, quando lo fece. Questa attitudine conservatrice dell'ordinamento giuridico ducale, perlomeno in certi campi, viene confermata da una Decisione del Supremo Tribunale di Revisione presa in pieno 1845. In questa la Corte affrontando una causa avente ad oggetto la sciamaatura delle api, fattispecie non prevista né regolata dal Codice parmense, ritenne essere ancora in vigore nel Ducato, l'articolo 3, sez. III, della legge francese del 28 settembre/6 ottobre 1791, *Décret de l'assemblée constituante concernant les biens et usages et la police rurale*. Cfr. G. B. Niccolosi, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione*, cit., 1855, XV (1845), parte 2, pp. 342 ss.

¹²⁹ “Le Code Civil se maintient, quelques années, dans certains des États restaurés (Gênes, Lucques, Parme et Naples); il inspira presque entièrement quatre Codes qui furent ensuite promulgués (Code pour le royaume des Deux Siciles, Code Civil de Parme, Code Albertin à Gênes, Code d'Este à Modène); et, l'unification italienne une fois accomplie, il resta la source principale du Code Civil de 1865”. M. Grimaldi, *L'exportation du Code Civil*, in “Pouvoirs Revue française d'études constitutionnelles et politiques”, CVII-4 (2003), p. 86. Si veda anche G. Alpa, *Le Code Civil et l'Italie*, in “Revue internationale de droit comparé”, LVII-3 (2005), pp. 571-625. M. Berri, *Rapport sur l'Italie*, in *L'Influence du Code Civil dans le monde, Travaux de la Semaine internationale de droit, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française et Société de législation comparée*, Paris 1950, p. 622.

¹³⁰ Cfr. F. Ercole, *Per la Storia dei lavori preparatori del Codice Civile parmense (da nuovi documenti inediti)*, in “Archivio Storico per le Province Parmensi”, XIV n.s. (1914), pp. 135-150; G. di Renzo Villata, *La codificazione civile parmense*, Milano 1979; Ead., *Diritto, Codice Civile e cultura giuridica a Parma nell'età di Maria Luigia*, in F. Micolo-G. Baggio-E. Fregoso (curr.), *Diritto cultura giuridica*, cit., pp. 23-80. Si trova una descrizione dei lavori preparatori del Codice Civile anche in A. Aliani, *La codificazione della procedura civile negli Stati parmensi e l'istituto della revisione*, in “Studi Parmensi”, XXXI (1982), pp. 213-285. In generale, sul dibattito sulla codificazione in Italia nel XIX secolo si veda A. Spinosa, “L'economia dei codici moderni”. *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'ottocento*, in “Quaderni Fiorentini”, XL (2011), pp. 747-780.

¹³¹ Giuseppe Pelleri, Gaetano Godi, Francesco Cocchi, Giuseppe Bertani, Francesco Mazza, con Enrico Salati come Segretario.

di tutte le Nazioni, e di tutte le età. E siccome per ciò stesso non poche disposizioni del Codice della Francia sino a quì vigente in questi Ducati sono appunto di colà derivate, ci è sembrato dicevol cosa il ritenerle com'erano sposte, e nell'ordine in cui ivi trovansi collocate"¹³².

Per quanto riguarda il contratto di comodato la Commissione del 1816 non si discostò di molto dalle disposizioni del Codice napoleonico¹³³ e lo stesso fecero le altre Commissioni¹³⁴ che successivamente operarono su questo primo progetto, limitandosi a qualche impercettibile modifica al testo francese. Una prima differenza era costituita dal fatto che il Capo dedicato al comodato, che era rubricato sotto il titolo dedicato ai contratti di beneficenza, non era stato suddiviso in sezioni, anche se la progressione disegnata nell'originale francese era stata rispettata; per cui i primi tre articoli (artt. 1970-1972) trattavano della natura del contratto, i successivi delle obbligazioni del comodatario (artt.1973-1978) ed infine vi erano gli articoli dedicati alle obbligazioni in capo al comodante (artt. 1799-1984). Il Progetto di Parma del 1816 non presentava l'equivalente dell'articolo 1874 del *Code Civil*, dove si trattava generalmente del prestito, dividendolo in *prêt à l'usage* e *prêt de consommation* e fissandone contemporaneamente la natura¹³⁵. I legislatori parmensi preferirono definire direttamente i due contratti di prestito, senza partire dal loro inquadramento in un'origine dottrinale comune. Nella definizione parmense datane nell'articolo 1970 del Progetto di Codice, il comodato era quel contratto "per cui una delle parti consegna gratuitamente all'altra una cosa perché se ne serva, coll'obbligo di restituirla dopo che ne avrà fatto uso"¹³⁶. La tecnica di scrittura normativa usata dai giuristi parmensi¹³⁷ era

¹³² *Progetto di Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma 1816, p. VII.

¹³³ Sulla reazione dei giuristi italiani alle innovazioni del Codice Civile napoleonico e sulle strategie di recezione: S. Solimano, *L'edificazione del diritto privato italiano dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico*, (Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 20 Dicembre 2004), Roma 2006, pp. 55-88.

¹³⁴ Quella cosiddetta "austriaca" e la Commissione di Revisione.

¹³⁵ Delle tre forme contrattuali di *prêt*, che erano state previste nel *Code*, due vennero collocate dal Codice Civile parmense tra i contratti a titolo di beneficenza, per la loro natura giuridica. Mentre l'ultima venne rubricata tra i contratti a titolo oneroso. In materia di prestito di denaro a Parma si ebbe, quindi, la creazione di un'autonoma figura giuridica, slegata dalle altre due, che era definita astrattamente dal Codice con la locuzione di *contratto di impiego del danaro* ed era regolata negli articoli 1608 e seguenti. Il contratto denominato di *impiego del danaro* sembrava quasi innominato nella sua genericità, ma era sostanzialmente ricollegabile al mutuo feneratizio e molto simile alle disposizioni regolanti il *prêt à intérêt*. La nascita di questo negozio giuridico aveva avuto come conseguenza di fare recepire anche nel Codice Civile parmense il concetto di interesse legale (all'articolo 1609); con la conseguente riduzione a questo di ogni altro interesse che eventualmente fosse stato pattuito nel contratto originario. Cfr. P. Dagna, *Profili civilistici dell'usura*, Padova 2008, p. 19.

¹³⁶ La prima stesura di questo articolo era lievemente diversa ed il comodato vi era definito come un contratto "per cui una delle parti consegna gratuitamente una cosa all'altra perché se ne serva, coll'obbligo a colui che la usa restituire la medesima dopo che se ne sarà servito". Questa formulazione era la traduzione esatta del disposto dell'articolo 1875 del *Code*. Una serie di cancellazioni ed aggiunte, sapientemente operate su questa prima formulazione, porteranno al testo che sarà recepito nella stesura ultima dell'articolo 1970 del Progetto di Codice Civile. Si veda Biblioteca Palatina, Ms. parmensi 1257, *Progetto 1816*. In questo manoscritto sono contenute una serie di correzioni, più che altro formali in materia di comodato. Al futuro articolo 1972 del Progetto viene infatti aggiunto "a godere della cosa prestata"; al 1973 dove il termine usato dalla Commissione "rifusione" viene sostituito da "risarcimento", al 1975, vi è aggiunto "di salvare" e ne viene corretta la costruzione. Tutte queste correzioni verranno trasfuse nel Progetto stampato.

di chiara derivazione francese e l'articolo costituiva, nella sua struttura complessiva, una traduzione dell'equivalente articolo 1875 napoleonico¹³⁸.

Una innovazione portata dal Progetto parmense fu che la previsione della gratuità del contratto venne riportata nell'articolo dove ne era contenuta la definizione, aggiungendovi semplicemente un avverbio. Nel modello originale, invece, questa previsione essenziale costituiva l'oggetto di uno specifico articolo autonomo (il 1876). Il progetto ducale tornava definitivamente al nome romano del negozio, richiamandone così la nozione tipica del diritto comune che vedeva il comodato, etimologicamente, nei termini di una concessione in uso¹³⁹. Di conseguenza, coerentemente, parlava di un'obbligazione di restituzione della cosa dopo l'uso e non dopo che il comodatario se ne fosse servito, come si diceva invece nell'articolo transalpino. La precedente e caratteristica previsione parmense di un termine legale perentorio di durata del contratto di otto giorni, nel caso del silenzio delle parti in materia, non venne mai recuperata nei lavori delle varie Commissioni.

Gli altri articoli del Progetto sono praticamente ripresi o dal Codice Civile del Regno d'Italia del 1806¹⁴⁰, sostituendo nelle disposizioni di quello il termine "comodato" ad "imprestito", oppure sono una diretta traduzione dal francese, fatta dai Commissari. Nonostante ciò il Progetto presentava una lacuna, non vi era stato previsto un articolo equivalente al 1877 francese, in cui era stabilito che il comodante rimaneva proprietario della cosa concessa; all'articolo 2365 però il Progetto stabiliva

¹³⁷ Cfr. G. Cornu, *L'art d'écrire la loi*, in "Pouvoirs Revue française d'études constitutionnelles et politiques", CVII-4 (2003), pp. 5-10.

¹³⁸ Cfr. 1875 del Code "Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi" e la traduzione datane nel Codice Civile del Regno d'Italia del 1806: "L'imprestito ad uso ossia comodato è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una cosa perchè se ne serva, coll'obbligo a colui che la riceve, di restituirla dopo che se ne sarà servito".

¹³⁹ Sulla linea della definizione di Piacentino, che a sua volta riprendeva Rogerio: "*Dictum est autem commodatum quasi commodo utentis datum, id est ad usum concessum*". Piacentino, *Summa Codicis*, cit., p. 155. Sull'utilizzo e la fortuna della definizione piacentiniana nel corso del tempo, sia nelle opere di diritto Canonico sia in quelle di diritto Civile, si veda U. Santarelli, *Commodo utentis datum*, cit., pp. 34 e ss. Sulla persistenza di questa etimologia anche fuori dall'Italia: "Viene commodare de la vox commodum, utilidad, ó provecho, y del verbo do, ó dar, en cuyo cierto supuesto commodare, ó commodatus, son contraccion de commodo dare, ó commodum datum, caya version material es dara para utilidad". L. Arrazola (cur.), *Enciclopedia española de derecho y administración: ó, nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, Madrid 1858, X, p. 730; dove si può notare la sopravvivenza sia della derivazione etimologica sia dell'idea del comodato visto come *commodo utentis datum*. La genesi di *Commodare* come contrazione della perifrasi *commodo dare* è segnalata anche da C. Bertolini, *Appunti didattici di Diritto Romano*, Torino 1905, p. 254. L'etimologia ed il significato originario del termine *commodatum* rimangono piuttosto controversi e scivolosi, tanto che si è giunti a scrivere: "The word itself is quite slippery. The simplest thing to say is that the noun commodum means 'an advantage, a profit, a favourable opportunity'. Then, the adjective commodus means 'pleasing, advantageous, suitable' [...]. The verb commodare thus means 'to put (something) at (someone's) convenience' and hence 'to lend for his use'". P. Birks: *The Roman law of obligations*, Oxford 2014, p. 135.

¹⁴⁰ Sulla traduzione del Code si veda: R. Ferrante, *Traduzione del Codice e tradizione scientifica: la cultura giuridica italiana davanti al Codice Napoleone*, in E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione, A 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon (1806-2006)*, *Atti del Convegno Internazionale di Studi (Mirandola-Modena, 19-20 ottobre 2006)*, Carpi 2009, pp. 223-238.

che possedevano a nome altrui coloro che “ritenevano precariamente una cosa”¹⁴¹.

La successiva Commissione Milanese¹⁴² non apportò modifiche alla materia, se non nel caso dell'articolo 1972 del Progetto, che riguardava la trasmissibilità delle obbligazioni contrattuali. In questo caso i giuristi milanesi sostituirono, con un tratto di penna, la dizione che vi era contenuta¹⁴³: “passano agli eredi del comodato”, che era probabilmente dovuta ad un errore di trascrizione¹⁴⁴, con la forma ritenuta più corretta di “passano agli eredi del comodante”. La Commissione di Revisione parmense al quale fu deferito il Progetto Milanese mantenne la correzione¹⁴⁵.

Nella versione definitiva gli articoli dedicati al comodato saranno quelli compresi tra il 1958 ed il 1972. La dottrina comparatistica coeva li identificherà come sostanzialmente identici agli analoghi del Codice Napoleone¹⁴⁶, del resto l'influenza

¹⁴¹ Se non in questa accezione il termine precario è scomparso dal Progetto né sarà recuperato nella versione definitiva come negozio o contratto autonomo. “Il codice francese, e il parmense non recano l'idea del precario; epperò inducono nel bisogno di applicare al medesimo le norme sull' imprestito ad uso”. A. Reale, *Istituzioni del diritto civile Austriaco*, cit., p. 201, nt. 2.

¹⁴² Costituita da Patroni, Valdrighi, Marliani. Sulla Commissione Milanese cfr. G. di Renzo Villata, *Dall'ABGB al Codice Civile parmense: i lavori della commissione milanese*, in Pio Caroni (cur.), *ABGB e codificazione asburgica in Italia e in Europa (atti del convegno, Pavia, 11-12 ottobre 2002)*, Padova 2006, pp. 109-187.

¹⁴³ ASPr, Carte Mistrali, b. 2.

¹⁴⁴ La possibilità che la versione dell'articolo 1972 del Progetto derivasse da un singolo errore si evince da una lettura comparata con due disposizioni analoghe contenute negli articoli 1879 del *Code* e del Codice del Regno d'Italia. L'articolo del Progetto parmense prevedeva: “Le obbligazioni, che si contraggono in forza del comodato, passano negli eredi del comodato, e del comodatario. Se però il prestito è stato fatto a contemplazione del comodatario, ed a lui solo personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa prestata”; il 1879 francese “Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée”; nella traduzione italiana: “Le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato, passano negli eredi del comodante e del comodatario. Se però l'imprestito è stato fatto a contemplazione del comodatario, ed a lui solo personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa imprestata”. Pur continuando a ritenerla frutto di un errore, tuttavia la previsione parmense di eredi del comodato potrebbe anche intendersi come eredi del patrimonio dato in comodato e non semplicemente come eredi del singolo comodante.

¹⁴⁵ Che fosse un semplice errore di scrittura è anche desumibile dal testo del Decreto di nomina della commissione di Revisione Parmense. In esso era stato stabilito: “Gli articoli i quali hanno meritato l'onore della unanimità delle Due Commissioni si lascino intatti, e siano tali e quali trascritti nel codice”. ASPr, Carte Mistrali, b.3. Oltre a questa correzione non ve ne erano altre apportate dai milanesi alle disposizioni circa il comodato. La Commissione di Revisione manteneva però un campo d'azione piuttosto ampio; nello stesso Decreto era infatti riportato come la Duchessa avesse finalmente considerato che: “il non essere stati posti sott'occhio della Commissione Milanese i motivi del Progetto può avere contribuito d'assai a fare che quella Commissione non abbia vedute le profondità del piano a cui miravano i nostri comessari”. Queste parole potevano essere interpretate dai commissari revisori parmensi come un implicito via libera a non tenere in eccessivo conto il Progetto Milanese.

¹⁴⁶ Cfr. F. A. De Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon*, II ed., Paris 1856, III, p. 78. Un equivalente del lavoro di Saint-Joseph in campo austriaco, potrebbe essere riscontrato, per quanto riguarda la comparazione tra il Codice parmense e l'ABGB nel Manuale del Codice Civile Austriaco scritto da Andrea Amati. Il lavoro di quest'ultimo porta però alla luce, in materia di comodato, più le diversità che le analogie tra i due codici. Cfr. A. Amati, *Manuale del Codice Civile generale Austriaco... Disposizioni che si pubblicarono nel regno Lombardo-Veneto a tutto gennaio 1841...*,

francese su questo Codice era piuttosto forte, Francesco Melegari riteneva la legislazione francese, o perlomeno il sistema da essa disegnato come un modello per quella parmense¹⁴⁷. La stessa giurisprudenza ducale, in un *obiter dictum*, ammetteva che il diritto francese, in questo caso non solo la legislazione, fosse “tanto conforme al nostrale”¹⁴⁸. Nelle sue lezioni del 1823 sul Codice Civile, dopo avere premesso che la legislazione romana non era più in vigore dal 15 pratile del 1805, Pazzoni¹⁴⁹ identificava due fonti del Codice parmense le *Institutiones* giustinianee, queste ultime erano state preferite al *Codex*¹⁵⁰, ed il Codice Francese. L’ultima influenza era così forte che il suo corso di *Codice Civile*¹⁵¹ si apriva studiando la Storia della legislazione francese¹⁵². L’asserita derivazione francese del Codice permetteva ai giuristi parmensi

Milano 1842, pp. 316-319. Cattaneo e Borda riguardo al Codice parmense scriveranno: “Una Commissione di cinque giureconsulti parmensi ed una Giunta di tre giureconsulti milanesi compilarono e rividero questo Codice, il quale, sebbene riposi nella miglior parte delle sue regole sulla imitazione di quel di Francia, vedesi su varii punti però, ed anche nell’ordine generale, condotto col nobile desiderio di crescerne l’utilità ai popoli cui era destinato”. V. Cattaneo-C. Borda, *Il Codice Civile italiano annotato*, Torino 1865, p. 11.

¹⁴⁷ “La legislazione francese, del cui sistema è seguace o imitatrice continua la nostra [...]”. F. Melegari, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione di Parma, con note ed opuscoli relativi di Francesco Melegari. Seconda edizione, diretta e posta in miglior ordine da G.R., Reggio Emilia- Modena 1854, III, p. 138, nt. 1. Sulle raccolte giurisprudenziali parmensi del periodo, cfr. L. Sinisi, *Amministrazione della giustizia*, cit., pp. 185-198.*

¹⁴⁸ Cfr. G. B. Niccolosi, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione*, cit., 1851, XII (1842), pp. 362-363.

¹⁴⁹ Michele Pazzoni, nato nel 1770 si laureò a Parma nel 1790. Venne nominato professore di Diritto Civile, cattedra che poi diverrà di Codice Civile. all’Università il 25 luglio 1800. Nel 1817 fece parte della commissione di Revisione del Codice Civile. In quest’incarico fu uno dei proponenti l’ammissione delle donne alle successioni intestate. Fu giudice nel tribunale di prima istanza, poi di corte d’Appello a Parma ed infine nella Corte di Cassazione Ducale. Nel 1817, unitamente a Vincenzo Mistrali e Pietro Garbarini, diede alle stampe un volumetto sulle concessioni. Nel 1824 venne nominato consigliere del Tribunale Supremo di Revisione di Parma, la corte che aveva sostituito la Cassazione. Durante i moti del 1831 venne eletto membro del Governo provvisorio, ma non accettò l’incarico al suo posto venne eletto Francesco Melegari, anch’egli consigliere della Revisione. Cessò l’insegnamento nel 1831. Cfr. R. Lasagni, *Dizionario biografico dei parmigiani illustri*, Parma 1999, III, pp. 831-832. Sulla successione *ab intestato* delle donne: P. Garbarini-M. Pazzoni, *Ragionamento dei signori consigliere di Stato barone Mistrali, consigliere di Stato vice-procur. Garbarini e consigliere Michele Pazzoni intorno l’ammissione delle femmine alle successioni intestate anche in concorso di maschi-agnati*, Parma 1817. Sulla carriera accademica di Pazzoni, si veda: F. Rizzo, *I professori dell’Università di Parma attraverso i secoli*, Parma 1953, p. 103; A. Aliani, *La codificazione della procedura civile*, cit., p. 231. Sull’Università parmense nel periodo del regno di Maria Luigia cfr. S. Di Noto Marrella, *L’università parmense nel primo periodo ludoviciano*, in F. Micolo-G. Baggio- E. Fregoso (curr.), *Diritto, cultura giuridica*, cit., pp. 145-163.

¹⁵⁰ “Il Legislatore [...] volle che si preferissero al Codice le Istituzioni di Giustiniano, infatti la Legislazione Romana per massime e per estensione è tanto pregevole che qualunque o già fatta o da formarsi debba aver lei per base” ASPr, Carte Mistrali, b. 15, *Lezioni sul Codice Civile di Pazzoni, appunti di Giuseppe Cattani*, 1823.

¹⁵¹ Sulle lezioni di *Codice Civile*. R. Ferrante, *Fare lezione secondo l’ordine del Codice: scienza, didattica ed editoria nelle facoltà giuridiche napoleoniche dopo la legge del 22 ventoso XII (1804)*, in G. P. Brizzi-M. G. Tavoni (curr.), *Dalla pecia all’e-book. Libri per l’Università: stampa, editoria, circolazione e lettura*, Bologna 2009, pp. 369-376.

¹⁵² Pazzoni iniziava l’insegnamento del Codice parmense in questi termini “incominciamo dalla formazione del Codice, ma siccome per molta parte egli è basato sul Codice francese, e per l’interpretazione di quello sarà necessario ricorrere alle antiche leggi francesi”. ASPr, Carte Mistrali, b. 15, *Lezioni sul Codice Civile di Pazzoni*, cit. Se non fossero state formalmente o tacitamente abolite le

di utilizzare, a fini ermeneutici, oltre che la dottrina anche, con alcune cautele, la giurisprudenza transalpina¹⁵³.

Francesco Mazza che fu professore titolare della cattedra di Diritto Civile nell'Ateneo Parmense¹⁵⁴, nelle sue lezioni, del 1824-'25, affrontava la tematica dei contratti nel nuovo diritto ducale e nel farlo partiva rigettando la dottrina romanistica che distingueva tra i contratti produttori di azioni ed i patti, o convenzioni, da cui non derivava alcuna obbligazione civile, ma soltanto naturale. Dettava, infatti: "secondo noi non vi è più alcuna differenza almeno negli effetti di diritto fra il patto ed il contratto e sono per noi sinonimi"¹⁵⁵; secondo questa ricostruzione che riprendeva quanto scritto da Duranton¹⁵⁶, i patti diventavano mere convenzioni secondarie che si aggiungevano al contratto. Da queste premesse venivano fatte discendere delle conseguenze fondamentali per il contratto di comodato. Infatti ne derivava che nell'ordinamento giuridico ducale "tutti i contratti si perfezionano col solo consenso, intervenuto il quale non è lecito alle parti il ritrattarsi"¹⁵⁷; con questo Mazza ricadeva nella tradizione francese pre codice che vedeva i *nuda pacta* come idonei alla produzione di obbligazioni e si allineava alle coeve teorie francesi che saranno espresse oltre che da Duranton anche, tra gli altri, da Toullier e Duvergier.

Nell'esaminare il comodato Mazza riportava come nella dottrina romanistica

leggi francesi erano ancora in vigore a Parma; secondo quanto disposto nel *Regolamento per la provvisoria amministrazione, in nome di S.M. l'Imperatrice Maria Luigia, dello Stato di Parma, Piacenza e Guastalla*, n.° 55, datato 15 giugno 1814 dove era stabilito al Titolo I, "Le Leggi civili e criminali, e così pure tutti i Regolamenti d'Amministrazione attualmente in vigore, sono confermati in via provvisoria [...]". Questa disposizione costituirà una delle chiavi di volta di tutto il complesso processo di riordino del sistema giuridico parmense post Restaurazione ed avrebbe permesso di mantenere in vita, nel territorio parmense, tutta la normativa di provenienza francese. L'ordinamento giuridico francese era stato esteso, lentamente, a partire dall'occupazione del 1802, a quello che sarebbe poi divenuto definitivamente, nel 1808, il francese *Département du Taro*.

¹⁵³ In una Decisione del 1836 il Tribunale di Revisione respinse le tesi sull'ammissibilità della prova testimoniale in materia di cause di commercio che si appoggiava ad una costante giurisprudenza francese, con la motivazione che stante l'abrogazione del Codice di commercio "fatta in questi stati colla pubblicazione del Codice civile attuale, si è unicamente nelle disposizioni di quest'ultimo Codice, che attinger dobbiamo le massime da seguire in siffatta materia". Cfr. G. B. Niccolosi, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione*, cit., 1845, VI (1836), pp. 231-232. Nella ricca messe di citazioni riportate nelle raccolte giurisprudenziali e nella dottrina ducali incontriamo Merlin ed il suo *Répertoire*, Sirey e Dalloz. I parmensi conoscevano il lavoro di Maleville, ed anche quello dello Zachariae, nella traduzione francese ed infine usavano Duranton, Delvincourt e quasi tutti i grandi giuristi francesi della fine del settecento e della metà dell'ottocento. I volumi dei lavori dei vari giuristi francesi sono riscontrabili tra quelli custoditi in ASPr, Fondo Biblioteca del Tribunale.

¹⁵⁴ Nato nel 1766, fece parte della Commissione per la redazione del Codice Civile. Fu per tre volte priore del consiglio di disciplina del collegio degli avvocati. Il 13 luglio 1802 fu nominato professore di istituzioni canoniche all'Università di Parma, per passare il 5 novembre 1821 alla cattedra di diritto civile, che tenne fino al 1831. Nel febbraio del 1831 partecipò alle sedute del Congresso civico di Parma per la nomina del Governo provvisorio. A riprova della sua carriera forense di lui rimangono diverse allegazioni. Cfr. R. Lasagni, *Dizionario Biografico dei Parmigiani Illustri*, cit., III, p. 451; F. Rizzo, *I professori*, cit., p. 103; A. Aliani, *Francesco Mazza*, in *Studi Parmensi*, XXXI (1982), pp. 222-223.

¹⁵⁵ ASPr, Carte Mistrali, b. 15, *Lezioni di Francesco Mazza, 1824-1825*.

¹⁵⁶ "Dans notre Droit, où la distinction des conventions en simples pactes et en contrats est généralement inconnue". A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., XVII, p. 578.

¹⁵⁷ ASPr, Carte Mistrali, b. 15, *Lezioni di Francesco Mazza*, cit.

questo rientrasse nel novero dei contratti nominati e fosse enumerato tra i contratti reali. Da questa collocazione dottrinale derivava che la sola promessa di prestare una cosa non integrava il contratto, e quindi non poteva essere produttiva di obbligazioni; a questo scopo era idonea solo la *traditio* del bene, che perfezionava il negozio. Muovendosi nel solco della coeva dottrina francese, il giurista parmense rigettava la teoria romanistica delle *causae obligandi*¹⁵⁸ e nel fare questo, affermava essere incongruo utilizzare, per descrivere la natura di un contratto, le obbligazioni che ne derivavano. Faceva, infatti, notare come: se solo la *traditio* fosse stata idonea a produrre delle obbligazioni vincolanti tra le parti, allora, di conseguenza, “il contratto si confondeva con l’esecuzione”. Mazza rigettava, con questa affermazione, l’idea che un contratto potesse giungere a completezza solo con l’esecuzione sostenendo che quest’ultima ne costituiva una conseguenza e non un suo presupposto. Nella sua ricostruzione teorica¹⁵⁹, Mazza concludeva sostenendo che non fosse logicamente possibile definire la natura di una cosa dai suoi effetti¹⁶⁰.

Proseguendo nella lezione egli sottolineava come “obbligazione” fosse un termine polisemico, ricomprendendo in esso tutte le obbligazioni, sia quelle contrattuali, sia quelle criminali, sia quelle divine e naturali. Ma a troncare qualsiasi dibattito su di una ipotetica esistenza o persistenza, dei contratti reali all’interno dell’ordinamento parmense si ergeva quanto era stato disposto dall’articolo 1068¹⁶¹ del Codice. Appoggiandosi a quest’articolo Mazza affermava, riferendosi al momento del perfezionamento di un contratto, che: “La legge dice accordo (sottolineato, ndr.)

¹⁵⁸ “*La théorie du droit romain sur les causes d’obligation, de causis obligandi, est sans application en droit français*”. K. S. Zachariae, *Le droit civil Français*, Paris 1857, III, p. 548, nt. 2.

¹⁵⁹ Oltre a ciò bisogna sottolineare il fatto che il giurista parmense operava in un sistema dove si dava del contratto una definizione legale molto vincolante, secondo cui questo era “un accordo convalidato dalla legge” (art. 1068); quest’accordo alla luce del successivo articolo 1107, che regolava le obbligazioni nascenti dal contratto, avrebbe avuto forza di legge tra le parti. Quindi dichiarare che si sarebbe concessa una cosa in comodato, intervenuto l’accordo dell’altra parte, non costituiva una promessa ma l’assunzione di una specifica obbligazione contrattuale. Nell’equivalente articolo del *Code*, il 1101, mancava il riferimento al fatto che l’accordo fosse “convalidato dalla legge”.

¹⁶⁰ Riprendendo ed approfondendo quanto scritto dallo Zachariae, Aubry spiegherà come: “*La théorie du droit romain sur les causes d’obligations, ainsi que la distinction des contrats d’avec les simples conventions ou les pactes, et la division des contrats en réels, verbaux, littéraires et consensuels, sont donc étrangères au droit français. Il résulte bien des définitions que le Code Napoleon donne du commodat, du prêt de consommation, du dépôt et du nantissement, ainsi que des règles qu’il trace sur ces matières, que les contrats dont s’agit n’existent comme tels que par la livraison de la chose qui en forme l’objet. Mais ils ne constituent pas pour cela des contrats réels dans le sens du droit romain; car il n’est pas douteux que, d’après les principes du Code Civil, la simple promesse, suivie d’acceptation, de livrer une chose à titre de commodat, de prêt de consommation ou de gage, ou de la recevoir en dépôt, ne soit civilement obligatoire*”. C. Aubry, *Cours de droit civil français: d’après la méthode de Zachariae*, IV ed. Paris 1871, IV, p. 284, nt. 6.

¹⁶¹ “Il contratto è un accordo convalidato dalla legge, mediante il quale una o più persone assumono l’obbligazione verso una o più persone di dare, fare, o non fare qualche cosa. Quando ciascuna delle parti si assoggetta all’adempimento di alcuna delle dette obbligazioni, il contratto è a titolo oneroso; Quando una delle parti procura all’altra un vantaggio meramente gratuito, il contratto è di beneficenza”. Questo articolo andava letto in stretta unione con il successivo 1107 dove si stabiliva che le convenzioni legalmente formate avevano forza di legge tra i contraenti. Cfr. anche F. Melegari, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione*, cit., I, p. 53.

quindi non vi è contratto se non vi è un concerto reciproco, altrimenti vi è solo la trattativa e vi posso sempre recedere”¹⁶². L’ordinamento contrattuale parmense era strettamente modellato su quello napoleonico per cui una volta che si fosse perfezionato un contratto, semplicemente mediante il consenso, da questo derivavano le obbligazioni¹⁶³. Il comodato a Parma veniva così ad essere inquadrato all’interno dello schema dei contratti consensuali¹⁶⁴, per cui, una volta che fosse intervenuto l’accordo tra le parti, la consegna della cosa comodata costituiva l’adempimento contrattuale; l’obbligazione del comodante era quindi *solvendi causa*.

Nelle disposizioni del Codice del 1820, come era avvenuto anche nel Progetto del 1816, i contratti erano stati bipartiti, dall’articolo 1068, semplicemente in due categorie: quella dei contratti onerosi e quella dei contratti di beneficenza. Le varie categorie contrattuali francesi che erano state identificate minuziosamente negli articoli dal 1102 al 1106 del *Code*¹⁶⁵, non erano state recepite nel testo parmense, ma permanevano come strumenti dottrinali usati dai giuristi¹⁶⁶. Il comodato rientrava tra i contratti di beneficenza, se non altro perché era stato ricompreso dai commissari ducali nel titolo del Codice ad essi dedicato. Trattando di questi contratti nel corso delle sue lezioni, Mazza utilizzava però una categoria dottrinale inusuale, che non era presente nel testo del Codice Civile parmense; infatti li definiva *contratti gratuiti*, e non, come sarebbe stato più corretto, *contratti di beneficenza*. Nelle parole del giurista parmense quello che permetteva di identificare la natura di questi particolari contratti gratuiti era che “ciò che si deve fare o non fare ridonda solo a favore di uno dei contraenti”. Nell’articolo 1068 del Codice parmense il termine gratuito era presente ed era utilizzato per connotare la natura dei contratti di beneficenza; in questo senso il suo significato risutava essere intimamente collegato al concetto di vantaggio derivante dal negozio giuridico. L’elemento che identificava i contratti di beneficenza era la constatazione che fossero vantaggiosi solo per una delle parti contraenti. La

¹⁶² C. Aubry, *Cours de droit civil français*, cit., IV, p. 284, nt. 6.

¹⁶³ Cfr. art. 1107 Codice Civile Parmense.

¹⁶⁴ Il § 971 dell’ABGB, dove era definito il comodato, manteneva sia la realtà dell’obbligazione contrattuale sia l’obbligatorietà della promessa. Prevedeva infatti che la promessa di prestito fosse obbligatoria ma che solo la consegna della stessa avrebbe integrato il contratto di comodato. “Vi ha contratto di comodato allorché si consegna ad alcuno per un tempo determinato una cosa non fungibile a semplice uso gratuito. La convenzione con cui si promette di dare in prestito una cosa, senza consegnarla, è bensì obbligatoria, ma non è ancora contratto di comodato”. Amati, nella sua opera, riportava come analogo a questo paragrafo l’articolo 1958 parmense; ma questo può essere vero per la previsione della gratuità e genericamente per un obbligo di previsione di un termine temporale d’uso della cosa. La struttura contrattuale del comodato parmense non prevedeva il sistema austriaco fondato su di una promessa vincolante ed un successivo perfezionamento del contratto mediante la *traditio* della cosa. A. Amati, *Manuale del Codice*, cit., p. 316. Ellinger definiva il contratto di comodato un contratto reale, cfr. J. Ellinger, *Manuale del diritto civile austriaco contenente il testo del Codice Civile generale dell’anno 1811*, Milano 1853, II, p. 64. Cfr. anche: G. Basevi, *Annotazioni pratiche al Codice Civile austriaco*, IV ed. Milano 1851, pp. 346-350.

¹⁶⁵ Non era più prevista, nella legislazione ducale, la definizione legale di *contrat synallagmatique ou bilatéral*, ex articolo 1102 *Code Civil*, di *contrat unilatéral*, ex articolo 110, nonché quella di *contrat commutatif*, articolo 1104. Le definizioni parmensi di contratto oneroso e di contratto di beneficenza sono riprese da quelle del *Code Civil*. Articolo 1106, *contrat à titre onéreux*, articolo 1105 *contrat de bienfaisance*.

¹⁶⁶ Mazza utilizza ampiamente queste categorie nel suo corso di lezioni.

definizione data da Mazza dei contratti gratuiti ricordava quella cesellata da Pothier, quando trattava dei contratti di *bienfaisance*, cioè quei particolari contratti “qui ne sont que pour l'utilité de l'une des parties contractantes”¹⁶⁷. Tuttavia nella lista che Mazza allegava alla sua definizione dei contratti gratuiti, non compariva il comodato. Potrebbe trattarsi di un errore dello scrivente, ma questa apparente lacuna potrebbe avere anche un'altra motivazione, che testimonierebbe un interessante ritorno a figure romanistiche e di Diritto Comune. Trattando di responsabilità contrattuale, nel caso del comodato, il Digesto ammetteva una attenuazione della stessa qualora si comodasse “sua dumtaxat causa” oppure nel caso in cui “si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit”; questo in quanto nel primo caso il contratto sarebbe stato *gratia commodantis* nel secondo i vantaggi sarebbero stati per ambedue le parti¹⁶⁸. Se si seguiva quindi il dettato del Digesto vi potevano essere certamente casi in cui il comodato “ridondasse”, usando la terminologia di Mazza, a favore del comodante o addirittura di entrambe le parti e quindi, per questi motivi non avrebbe potuto essere considerato totalmente gratuito¹⁶⁹. Lo stesso Duranton aveva recuperato e considerato questa ricostruzione¹⁷⁰. Mazza inquadrebbe il comodato come un contratto di

¹⁶⁷ R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 1.

¹⁶⁸ Dig. 13, 6, 5, 10 “Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit”.

¹⁶⁹ Piacentino, nella *Summa Codicis*, identificava il comodato come un contratto fondato sulla *gratia accipientis tantum*, mentre il deposito era fondato sulla *gratia dantis tantum*. Tuttavia nel prosieguo della sua disamina, in materia di responsabilità del comodante, Piacentino distingueva tra un comodato *gratia accipientis tantum*, in cui la responsabilità era massima, uno *gratia dantis tantum*, il caso in cui il marito prestava gioielli alla moglie per farla ben figurare, ed infine uno in cui si fosse stipulato il contratto *gratia utriusque*; in questi ultimi due casi la responsabilità contrattuale del comodatario era attenuata. Si veda: Piacentino, *Summa Codicis*, cit., p. 155. Il comodato veniva qui suddiviso con riferimento al grado di *culpa* del comodatario. In tempi recenti nel suo fondamentale lavoro Santarelli avrebbe tratto spunto dalle differenziazioni del grado di responsabilità contrattuale delle parti, enunciati nel Digesto, per enucleare tre specifiche ipotesi di comodato. Nell'idea dell'Autore la fattispecie del comodato verrebbe perciò a dividersi in tre diversi sottotipi contrattuali. Il primo di questi sarebbe rappresentato dal negozio che fosse stato concesso *gratia commodantis*, dove l'*utilitas* negoziale era per il concedente. Nella seconda ipotesi era ricompresa quella che si potrebbe definire come la figura tipica del contratto cioè quello stipulato *gratia commodatarii*. Questa “categoria” si ricollega alla caratteristica negoziale identificata dai glossatori della *gratia accipientis*. L'ultima figura contrattuale veniva ad essere rappresentata dal comodato con vantaggi per ambedue contraenti. Cfr. U. Santarelli, *Commodo utentis datum*, cit., p. 234. Si veda anche M. Bellomo, *Diligentia (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1974, p. 530.

¹⁷⁰ “Quoique le contrat de commodat soit essentiellement gratuit, il n'est pas impossible néanmoins qu'il ait lieu, en certains cas, pour l'avantage de l'un et de l'autre des contractans. Les lois romaines nous en donnent quelques exemples : tel est notamment le cas où voulant, vous et moi, donner à dîner à un ami commun, je vous prête mon argenterie pour le recevoir chez vous, où vous devez nous traiter l'un et l'autre 3. Cela est important à considérer dans l'appréciation de la faute que pourrait avoir commise l'emprunteur; car il est tenu d'une diligence encore plus exacte lorsque le contrat a lieu pour son seul avantage”. A. Duranton, *Cours de droit français*, cit., XVII, pp. 582-583. Reale aveva specificato come: “Pongasi mente per altro, che secondo il Codice francese, art. 1880, il parmense, art. 1961, e il diritto romano, *l. 1*, § 4 *D. de oblig. et action.*, il comodatario è tenuto eziandio della colpa lievissima; perocchè d'ordinario questo contratto concerne il solo interesse del medesimo. Se invece risguardava anche all'interesse del comodante, come quando un cliente avesse dato ad prestito libri

beneficenza ma che per la sua natura poteva anche non essere vantaggioso per una sola parte, ed era in questo senso che avrebbe potuto leggerlo nei termini di un contratto non gratuito¹⁷¹.

Mazza affrontava quindi il tema, dottrinario per Parma, della natura sinallagmatica del contratto di comodato¹⁷², risolvendolo con l'identificare due obbligazioni principali a carico del comodatario: la conservazione e la restituzione della cosa concessa. Il comodante sarebbe stato soggetto solo ad una obbligazione eventuale nel caso il comodatario “risentisse dei danni per difetto della cosa comodatagli”¹⁷³. Sulla base di questa premessa il giurista parmense identificava il contratto come bilaterale, in quanto ciascuna delle due parti contraeva un'obbligazione, anche se per una era assoluta mentre per l'altra era eventuale. Il giurista quindi precisava il suo pensiero a riguardo affermando “nei contratti bilaterali basta che una delle obbligazioni sia assoluta, l'altra può nascere in futuro”¹⁷⁴. C'è qui da notare una incoerenza teorica; infatti se per Mazza il contratto di comodato veniva perfezionato col consenso, ne derivava che l'obbligazione di consegnare la cosa per il comodante era *solvendi causa*; tuttavia l'Autore parmigiano non identificava questa come un'obbligazione principale, come avrebbe fatto il Duvergier. La tipizzazione del contratto di comodato come bilaterale, proposta da Mazza, apparentemente sembra risentire ancora dei precedenti schemi che qualificavano il comodato come un contratto reale.

La lacuna costituita dalla mancanza di una previsione analoga a quella contenuta nell'articolo 1877 del *Code* che era già presente nel Progetto del 1816, rimase anche nel Codice 1820. Non esisteva quindi a Parma una specifica disposizione che regolasse espressamente il possesso e la proprietà nel caso del comodato. Nel Codice era rimasto un vago accenno, già presente nel Progetto, a coloro che ritenevano “precaramente” una cosa; questa particolare situazione giuridica era definita, dall'articolo 2351¹⁷⁵, come “possedere in nome altrui”¹⁷⁶ e si applicava anche al

al suo patrocinatore affine di meglio esporre le di lui ragioni, il comodatario era tenuto soltanto della colpa lieve, *l. 10, l. 1, l. 18 D. commodati*. E quando il comodato era fatto a sola utilità del comodante, p. e. se il cliente avesse imprestato libri ad un giureconsulto che si fosse incaricato di difenderlo gratuitamente, il comodatario non era tenuto che della colpa lata, cit. *l. 10, l. 1, l. 12 D. commodati*?. A. Reale, *Istituzioni del diritto civile Austriaco*, cit., 203 nt. 2.

¹⁷¹ Secondo quanto stabilito nell'articolo 1885 del *Code* che fornirà il testo al 1964 parmense, se il valore della cosa era stato stimato al momento del perfezionamento del comodato, la perdita della cosa, ancorchè capitata per caso fortuito, sarebbe stata a carico del comodatario, qualora non si fosse pattuito diversamente. Cfr. A. Reale, *Istituzioni del diritto civile Austriaco*, cit., p. 204, nt. 2; R. J. Pothier, *Oeuvres complètes de Pothier, Traité du contrat du bail a rente, du contrat de société, des cheptels*, Paris 1821, VII, p. 414.

¹⁷² Amati interpretando il § 915 dell'ABGB classificava il comodato tra i contratti unilaterali e contemporaneamente riportava come nei casi dubbi secondo l'articolo 1136 parmense la convenzione si dovesse interpretare “contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratta l'obbligazione”. A. Amati, *Manuale del Codice*, cit., p. 296.

¹⁷³ ASPr, Carte Mistrali, b. 15, *Lezioni di Francesco Mazza*, cit.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Questo articolo parmense costituiva l'equivalente dell'articolo 2236 del *Code*.

¹⁷⁶ Tuttavia il *Code* utilizzava la formula “détient precirement” Cfr. Pothier, “Il ne faut pas confondre avec la possession naturelle, la détention de ceux qui détiennent une chose pour un autre, et au nom d'un autre; tels que sont des fermiers, des locataires, des dépositaires, des emprunteurs ou

conduttore, all'usufruttuario ed al depositario¹⁷⁷. La dottrina parmense riteneva che “per avere il diritto di possesso bisogna tenere la cosa come padrone o con questa nozione di credersi tale”¹⁷⁸. Colui il quale tenesse una cosa senza averne la proprietà ma per volontà del padrone, allora avrebbe posseduto “a nome del padrone”. In questo la dottrina parmense si allineava a quella francese, quando questa postulava “le prêteur en conserve la possession légale. Il possède par le ministère de celui à qui il a prêté”¹⁷⁹. Infine la stessa Giurisprudenza ducale avente come oggetto il comodato stabiliva, chiaramente, che i diritti di proprietà della cosa concessa in prestito spettavano solo al comodante¹⁸⁰. Per potere affermare questo principio, fondamentale per il contratto di comodato, in mancanza di una specifica previsione in materia nel Codice del 1820, il Supremo Tribunale di Revisione applicava, tacitamente, la gerarchia delle fonti parmense, secondo cui: in caso di lacune nell'ordinamento giuridico ducale, per colmarle, si doveva applicare prima la legislazione francese e qualora anche questa fosse stata difettiva, il diritto romano. I giudici parmensi quindi potevano appoggiare la propria decisione, oltre che sulla tradizionale interpretazione dottrinale dei limiti del contratto, sia a quanto era stato previsto nell'articolo 1877 del *Code*, dove però, caratteristicamente, si parlava solo della persistenza della proprietà in capo al comodante, sia, anche, al frammento di Pomponio, contenuto in Dig. 13, 6, 8; dove era invece previsto che il comodante mantenesse sia il possesso sia la proprietà della cosa comodata.

4. Conclusioni

Il contratto di comodato rappresentava, sotto molti aspetti, una fatto sociale¹⁸¹,

commodataires. La détention qu'ont ces personnes de la chose qui leur a été louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, n'est qu'une pure détention, mera custodia, et n'est pas même une possession purement naturelle; car détenant la chose, non en leur nom, mais au nom de celui qui la leur a louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, la détenant comme ses fermiers, ses locataires, ses dépositaires, c'est celui qui la leur a louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, qui la possède par leur ministère; c'est lui qui a par eux la possession de cette chose, ils ne peuvent donc pas l'avoir”. R. J. Pothier, *Oeuvres complètes: Traité de la possession, de la prescription*, Paris 1821, XV, p. 12.

¹⁷⁷ Il deposito (artt. da 1982 a 2013) era un contratto di beneficenza ed ai sensi dell'articolo 1985 il depositario non poteva farsi proprietario della cosa.

¹⁷⁸ ASPr, Ms. della Biblioteca, 63, *Processura Sommaria*, 1824-1825. Nello stesso corso di lezioni il termine precario veniva utilizzato con riguardo alle servitù: “il precario può essere espresso o tacito il primo per convenzione, il secondo presunto dalla legge in alcune servitù”.

¹⁷⁹ J.-M. Lahaye, *Le Code Civil annoté*, cit., p. 807.

¹⁸⁰ In una sua Decisione del 1828 che aveva come tema un abuso di diritto, la Revisione parlava, riferendosi alla cosa comodata, di diritti di proprietà – intendendo il diritto di disporre della cosa, come configurato nell'articolo 404 del Codice Civile - e non di proprietà *tout court*, in quanto il termine legale parmense sarebbe stato dominio (articolo 403). La causa, decisa il 14 marzo 1828, riguardava il caso di un conciatore che aveva dato in pegno una *pettina*, uno strumento di lavoro, concessagli in comodato. Nonostante fosse riuscito a riconsegnarla nei tempi stabiliti, la Revisione confermò la condanna, irrogatagli nei gradi inferiori, per *abuso di confidenza*, in quanto aveva violato i diritti del comodante sulla cosa. F. Melegari, *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione*, cit., III, p. 176. Cfr. anche: L. Raballia, *La giurisprudenza civile e criminale del Tribunale supremo di revisione dei ducati di Parma e Piacenza e Guastalla dal principio a tutto l'anno 1830*, Parma 1841, p. 1.

¹⁸¹ L'origine del negozio di comodato può essere fatta risalire all'ambito dei rapporti interpersonali

come si riconobbe esplicitamente nel corso delle discussioni sul *Code*; risultava quindi essere fondato più su legami interpersonali e di fiducia piuttosto che sul diritto. Questo lo rendeva un negozio abbastanza diffuso, soprattutto in un'epoca di "penuria" di beni per cui il piccolo prestito di cose d'uso quotidiano, ma alle volte anche di locali sia per abitazione sia per la conservazione dei beni¹⁸², rappresentava un importante strumento di coesione di una collettività, familiare, vicinale o professionale. La dottrina stessa faceva notare che era un contratto *iuris gentium* e proprio per questo non era assoggettato ad alcuna formalità; l'eventuale previsione della forma scritta autenticata per un comodato di cose del valore superiore ad una certa cifra, come accadeva in Francia¹⁸³, era considerato *ad probationem* e non *ad substantiam*¹⁸⁴.

Così avviene anche oggi. Tuttavia il contratto di comodato conosce, ai giorni

prima che al diritto: "Il prestito ad uso, prima ancora che giuridico esiste da millenni. La terminologia relativa al prestito gratuito per l'utilizzo di cose (inizialmente solo) mobili non è stato introdotto dalla scienza del diritto, ma ebbe origine nell'ambito di una sfera di rapporti rilevanti sul piano meramente sociale e non ancora sanzionati giuridicamente". F. Sacaglione, *Il comodato*, cit., p. 4. Secondo alcune ricostruzioni, il comodato inteso come prestito gratuito di cose era in principio, probabilmente, confinato tra quelle che si potrebbero definire come relazioni di cortesia alla cui base si ritrovavano nessi sociali come quelli familiari, di amicizia, di vicinanza, clientelari o di subordinazione. Sul rapporto tra prestito d'uso ed amicizia; si veda: P. Cerami, *Il comodato*, in F. J. Paricio Serrano (cur.), *Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 304. Questi legami, sostanzialmente a-giuridici, costituivano il motivo fondamentale per cui si prestavano e si restituivano cose. L'elemento in comune tra tutti questi rapporti sociali che sarebbe divenuto essenziale nella strutturazione normativa del prestito d'uso, era costituito dalla fiducia personale che intercorreva tra le parti, in virtù delle loro relazioni interpersonali. Nel *Codi* caratteristicamente questa idea del vincolo tra le parti ricorre nella definizione data del contratto: "quando aliquis prestat alii pro amore". H. Fitting (cur.), *Lo Codi, in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus herausgegeben, Max Niemeyer*, Halle 1906, p. 92. Parrebbe quindi che nel suo momento genetico il *commodatum* non avesse una precisa rilevanza giuridica o, nel caso l'avesse, in quali forme questa si estrinsecasse. Cfr. A. Corbino, *Diritto privato Romano, contesti, fondamenti, discipline*, III ed., Milano 2014, p. 654. La trasformazione del comodato in un negozio giuridico sarebbe stata un cammino lungo e complesso e, come si è fatto notare, nonostante il suo inquadramento giuridico il *commodatum* rimaneva un contratto marginale dal punto di vista dei rapporti commerciali. Cfr. W.W. Bukland, *Elementary principles of the Roman Private law*, Cambridge 1912, p. 239. La successiva costruzione giuridica del *commodatum* potrebbe provare che questo negozio, per quanto di poco interesse commerciale, fosse giunto a svolgere funzioni più ampie di quelle originarie e si fosse esteso, in una qualche forma, al punto da rendere necessaria una sua precisa tutela giurisdizionale.

¹⁸² Pothier scriveva che: "tous les jours un ami prête à son ami sa cave, son grenier, un appartement dans sa maison", R. J. Pothier, *Oeuvres complètes*, cit., VIII, p. 11.

¹⁸³ L' Art. 1341 del *Code* la prevedeva in caso il valore fosse superiore ai 150 Franchi, invece il Codice Civile di Parma stabiliva, all'articolo 2297, che la prova scritta era regolata dalla legge per ogni singolo contratto; questa normalmente era prevista per i contratti a titolo oneroso. In Francia in materia di comodato però questa necessità di una forma scritta *ad probationem* veniva tuttavia valutata con una certa elasticità. Infatti come si faceva notare in una edizione tarda del manuale di Massé, nel caso di un contratto di comodato, anche se avesse avuto come oggetto cose di valore rilevante: "Il est rare que l'on constate par écrit le prêt à l'usage, surtout quand la chose prêtée est un objet mobilier [...]. Aussi, la preuve testimoniale est-elle plus favorablement admise en cette matière qu'en toute autre, et on y applique moins rigoureusement qu'aux autres contrats la règle du droit qui ne permet d'admettre la preuve par témoins pour toute demand excedant 150 fr.", A. Massé, *Le parfait notaire ou la science des notaires*, VI ed., Paris 1827, I, p. 617.

¹⁸⁴ Cfr. D. Galdi, *Enciclopedia legale, ovvero repertorio alfabetico di legislazione, giurisprudenza e dottrina in materia di diritto civile, commerciale, criminale ...*, Napoli 1864, II, p. 212.

nostri, nuove forme che operano a fianco di quelle tradizionali, che vennero basate sulla beneficenza, per usare le parole di Pothier. Spesso nei contemporanei contratti di fornitura di ADSL, i *provider* offrono al cliente la possibilità di ottenere il *modem* in comodato d'uso. Lo stesso avviene anche in alcuni contratti di fornitura di cialde per bevande calde, in cui la macchina per la loro preparazione è anch'essa fornita, contrattualmente, in comodato d'uso. In questo caso il comodato è "funzionale all'esecuzione di una prestazione inquadrata"¹⁸⁵ in un contratto complesso a titolo oneroso. Se l'utilità per almeno una delle parti contraenti, se non in realtà per ambedue, tipica della figura contrattuale è mantenuta, l'antica beneficenza risulta essere ricompresa all'interno di questa sorta di utilità commerciale, che viene a costituire un elemento fondante del contratto. Quest'evoluzione in senso commerciale del comodato presenta alcuni punti di contatto con lo sviluppo del negozio avutasi a partire dalla codificazione ed al dibattito tra i giuristi, nel XIX secolo, circa la natura reale o consensuale dello stesso; attualmente la dottrina postula l'esistenza di doppioni consensuali dei contratti reali, che ne costituirebbero una forma contrattuale atipica¹⁸⁶. La moderna ricostruzione dottrinale della consensualità del comodato, perlomeno in una forma atipica, appare essere coerente con le osservazioni di Mazza, e prima di lui di parte della dottrina francese, quando ritenevano il contratto di comodato essere ricompreso nei termini della consensualità. Nel caso contemporaneo dei contratti di somministrazione, il consenso dato al contratto principale comporterebbe l'obbligo di consegnare in comodato il bene promesso¹⁸⁷. La ricostruzione del XIX secolo potrebbe quindi essere ancora valida nel configurare il comodato come consensuale qualora "la consegna – ove successiva alla stipula del contratto – è soltanto un mero atto esecutivo di un programma negoziale già efficace"¹⁸⁸. Questa affermazione di Scaglione può essere posta in parallelo con quella di Duvergier quando, sottolineando la natura consensuale del contratto e la conseguente possibile esecuzione forzata sul comodante in caso di suo inadempimento, notava come i comodati senza esecuzione immediata "sont aussi rares que sont fréquents les prêts accomplis, au moment même où ils sont convenus"¹⁸⁹. La previsione della consensualità del comodato, come era vista da alcuni giuristi del XIX secolo, permetteva agli interpreti di ricomprendere all'interno del negozio la problematica costituita dal valore, eventualmente vincolante, da attribuirsi ad un'autonoma promessa di comodato. Coerentemente con le idee consensualistiche la strutturazione del contratto come si viene ad evolvere a partire dal Codice napoleonico creava un sistema legale di obbligazioni reciproche, era discusso quali fossero principali o meno, ma soprattutto, come conseguenza del perfezionamento del contratto, comportava

¹⁸⁵ E. Del Prato, *Requisiti del contratto*, Milano 2013, p. 47.

¹⁸⁶ Cfr. *ivi* p. 48.

¹⁸⁷ La dottrina moderna per quanto ritenga il comodato un contratto reale ammette in alcuni casi una natura consensuale dello stesso. Cfr. F. Scaglione, *Il comodato*, cit., pp. 78-82.

¹⁸⁸ F. Scaglione, *Il comodato...*, cit., p. 110. "Quando, invece, il tipo di vincolo derivante dall'accordo è sostenuto da un'ideale causa giustificatrice, allora l'accordo stesso può rilevare come contratto a prescindere dalla consegna e produrrà effetti obbligatori: è il caso, ad esempio, dell'obbligo di dare in comodato funzionale all'esecuzione di una prestazione inquadrata in un contratto a contenuto complesso – pertanto sostanzialmente privo del carattere di gratuità". E. Del Prato, *Requisiti*, cit., p. 47.

¹⁸⁹ J. B. Duvergier, *Le droit civil français*, cit., XXI, p. 33.

L'obbligo per il comodante di ricorrere ad un giudice per ottenere la restituzione della cosa prima del tempo, motivando la richiesta entro i termini vincolanti della necessità. Il comodato incideva quindi, sia pure solo temporaneamente, sul rapporto proprietario-cosa. Non interveniva uno spossessamento né un passaggio di proprietà della cosa, come nel mutuo; tuttavia per il tempo in cui questa era presso il comodatario egli se ne poteva servire pienamente secondo i termini contrattuali.

È interessante notare come lo sviluppo nel diritto contemporaneo del contratto di comodato lo veda sempre più utilizzato nel campo del diritto commerciale; dove viene spesso utilizzato come sussidiario rispetto ad un contratto principale, allo scopo di legare strettamente la clientela alla società commerciale attraverso l'offerta, in comodato, di un bene essenziale per fruire del servizio offerto da quest'ultima. Quest'impiego del comodato esula, per i suoi motivi, dalla sua storica natura originaria che è quella di un contratto "di beneficenza". Ma la soluzione contemporanea ripropone alcuni dei problemi interpretativi che si erano già presentati quando, al momento della codificazione, il contratto di comodato sembrava, a parte della dottrina coeva, essere stato mutato in un contratto consensuale e non più reale. Nonostante, infatti, il contratto di comodato sia ancora considerato dalla dottrina dominante un contratto reale, tuttavia, nei casi accennati sopra, qualora questo dipenda da un più ampio contratto di somministrazione e quindi manchi la contestualità tra *traditio* e consenso e per questo motivo la prima venga differita, diviene necessario per mantenere la coerenza del negozio usato dalle parti, recuperare risalenti interpretazioni consensuali, scartando nel contempo l'idea di una promessa di comodato. Nel fare ciò si giunge a postulare una forma atipica del contratto di comodato, fondata sul consenso, che esiste in parallelo con la forma tipica che continua ad essere quella di un contratto reale. In questa operazione ermeneutica vengono alla luce, forse inconsapevolmente per la dottrina contemporanea, frammenti delle idee, e della legislazione del XIX secolo, che si era già confrontata con i problemi derivanti dall'idea di un contratto di comodato fondato sul consenso.