

Comodato

Tribunale ordinario di Roma 1 settembre 2021 – Giudice monocratico Zanchetta

Il grave inadempimento del comodatario nel pagamento delle spese ordinarie inerenti il condominio e delle utenze relative all'appartamento, legittima la risoluzione del contratto di comodato

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass 17 gennaio 2019, n. 1039
Difforme	Cass. 10 maggio 1982 n. 2887; Cass. 18 marzo 2014 n. 6203; Cass. 11 giugno 2019 n. 15591

Il Tribunale (*omissis*)

Svolgimento del processo – Concisa esposizione dei motivi della decisione

F****a M****i ha convenuto in giudizio F****i A****o al fine di accertare e dichiarare la legittimità del recesso del ricorrente dal contratto di comodato gratuito ad uso abitativo concesso in favore della resistente relativo all'immobile sito in (*omissis*), Via (*omissis*) e con questa stipulato in data (*omissis*), lamentando l'inadempimento del comodatario al pagamento delle spese ordinarie inerenti il condominio e le utenze relative all'immobile ricevuto.

Nel costituirsi in giudizio, la resistente ha contestato la domanda nel merito.

Escussi i testi ammessi, la causa di natura documentale è stata rinviata per la discussione all'udienza del (*omissis*) con termine sino a cinque giorni prima dell'udienza per il deposito di note conclusive.

Letti gli atti ed i documenti di causa, lette le richieste presentate dalle parti, in via preliminare deve convenirsi con l'eccezione di natura preliminare sollevata dalla parte ricorrente a mente della quale la resistente è decaduta dalla presentazione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, e può argomentare unicamente nei limiti delle produzioni e del *thema decidendum* delineato dalla parte ricorrente. Ai sensi dell'art. 416 c.p.c., il convenuto deve costituirsi entro il termine di dieci giorni prima dell'udienza ed a pena di decadenza prendere posizione circa i fatti affermati dall'attore, proporre tutte le proprie difese, ed indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi ed i documenti che deve contestualmente depositare.

Ne segue che stante la tardività della propria costituzione, la parte resistente è decaduta dalla possibilità di allegare la documentazione e di sollevare eccezioni "non rilevabili d'ufficio".

Posto ciò, nel merito, rilevato che il ricorrente ha provveduto all'allegazione della documentazione a fondamento della propria domanda, consistente nel contratto di comodato ad uso gratuito in forza del quale la resistente si impegna a sostenere l'importo relativo alle sole spese condominiali pena la risoluzione del contratto stipulato.

Le contestazioni avanzate dalla parte resistente circa la circostanza a mente della quale il contratto di comodato ha in realtà simulato un contratto di locazione vero o proprio non hanno trovato alcun riscontro documentale con riferimento, in particolare, alla prova, dell'avvenuta locazione medesima, non essendo, infatti, state allegate – ad esempio – le ricevute di pagamento che costituiscono la prova indiziaria della percezione/dazione del denaro in funzione di un contratto non gratuito.

Il teste esaminato, infatti, sul punto ha rappresentato di aver assistito alla dazione di denaro in favore dell'odierno comodante consistenti in somme di piccolo taglio, destinate unicamente al pagamento delle spese di natura ordinaria; in ogni caso, come noto le testimonianze in ordine alla dazione di denaro non sono ammissibili ostandovi l'art. 2721 c.c. e ss.

L'espletamento della prova testimoniale in tale fattispecie ha consentito di verificare la circostanza in cui le somme sono state versate, circostanza che non è sufficiente a far ritenere come condivisibile la ricostruzione dei fatti svolta dalla parte resistente.

Da ultimo l'assegno depositato con le note conclusive da parte resistente deve considerarsi documentazione tardiva sotto due ordini di profili sia perché il resistente medesimo si è costituito oltre il termine consentito dall'art. 416 c.p.c. sia poi perché l'assegno è stato prodotto in allegato alle note conclusive in vista della discussione del ricorso.

Nel richiamare quindi le disposizioni previste in materia di comodato, la domanda del ricorrente deve essere accolta.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1) accoglie la domanda e, per l'effetto, dichiara risolto il contratto di comodato intercorso tra le parti in data (*omissis*) ai sensi dell'art. 6 per il grave inadempimento della comodataria;

2) Condanna, altresì, la resistente, F****i A****o, all'immediato rilascio dell'unità immobiliare occupata *sine titulo*, sita in (*omissis*), Via (*omissis*), libera da persone e /o cose anche interposte, in favore dell'avente diritto.

(*omissis*)

La risoluzione del contratto di comodato modale per mancato adempimento del *modus*

di Lucrezia Berutti*

La recente sentenza del Tribunale di Roma ha dichiarato risolto per inadempimento un contratto di comodato ad uso abitativo "per il grave inadempimento della comodataria" nel pagamento delle spese ordinarie inerenti al condominio nonché delle utenze relative all'appartamento. Il giudice si è limitato ad applicare il rimedio della risoluzione senza offrire alcuna motivazione a riguardo e senza considerare le particolarità dell'istituto del c.d. comodato modale. Nel presente commento ci si concentra sulle differenze qualificatorie tra comodato ordinario e comodato modale, nell'ottica dell'individuazione del rimedio idoneo a tutelare il beneficiario del *modus* in conformità alle norme di legge.

Il problema della risoluzione per inadempimento nel contratto di comodato

La sentenza pronunciata dal Tribunale ordinario di Roma permette di prendere in considerazione la problematica relativa all'applicabilità del rimedio della risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c. ss.) al contratto di comodato modale, in caso di mancato adempimento degli oneri esistenti in capo al comodatario. Invero, il giudice romano ha dichiarato risolto il contratto di comodato modale, senza tuttavia motivare adeguatamente la propria decisione, innovativa rispetto agli orientamenti tradizionali.

Secondo la dottrina¹ e la giurisprudenza di legittimità², infatti, il rimedio ordinario a cui il comodante è tenuto a ricorrere in caso di mancato adempimento degli obblighi di custodia e conservazione, con la diligenza del buon padre di famiglia, è da individuarsi nella richiesta di immediata restituzione prevista dall'art. 1804 comma 3 c.c. che, comunque, non viene interpretata quale forma di risoluzione, ma è ricondotta alla figura del recesso unilaterale.

Si pone così innanzitutto la questione della tipicità del rimedio *ex art. 1804 comma 3 c.c.*, applicabile solo in caso di inadempimento degli obblighi del primo comma della medesima norma, da cui deriva il quesito successivo circa la possibilità di applicare la risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c. ss.* al mancato adempimento dell'eventuale onere a carico del comodatario.

* Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

¹M. FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, 2^a ed, Bologna-Roma, 1970, 283; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e Mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, vol. V, Milano, 1972, 37; R. TETI, voce «Comodato», in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, 47; A. LUMINOSO, voce Comodato, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 5; M. FRAGALI, *op. cit.*, 293; O. T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in *AA.VV.*, 13: *Obbligazioni e contratti*, 5, a cura di O. T. Scozzafava, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, II ed., Torino, 2008, 635.

²Cass. civ., sez. III, 11 giugno 2019, n. 15591 in *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6203 in questa *Rivista*, 2014, 5, 470; Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 1982, n. 2887, in *Giust. civ.*, 1982, I, c. 2713 con nota di COSTANZA

Che si qualifichi quello dell'art. 1804 comma 3 c.c. come rimedio tipico o atipico, eventualmente applicabile anche per l'inadempimento dell'onere del comodato modale, si apre in entrambi i casi il dibattito interpretativo sulla sua qualificazione come recesso per giusta causa ovvero quale forma di risoluzione per inadempimento.

La risposta può essere data alla luce di una preliminare analisi del contratto di comodato in generale e del comodato modale in particolare, evidenziando le differenze qualificatorie derivanti dall'apposizione del c.d. *modus* e rilevanti ai fini rimediali. È proprio l'onere, infatti, che assume rilievo, dal momento che esso è innanzitutto da tenersi distinto rispetto agli obblighi a cui il comodatario è normalmente tenuto e può altresì assumere un contenuto economico tale per cui potrebbe trasformare il contratto di comodato "essenzialmente gratuito" in un contratto a titolo oneroso o addirittura in un contratto a prestazioni corrispettive.

Sulla base della predetta qualificazione è quindi possibile tentare di individuare il rimedio idoneo per ciascuna fattispecie contrattuale.

La causa del contratto di comodato "essenzialmente gratuito"

L'art. 1803 c.c. definisce il comodato come contratto "essenzialmente gratuito" con il quale "una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta".

Di fronte al dato testuale della definizione codicistica e alle radici storiche del relativo rapporto, la dottrina e la giurisprudenza non hanno mai nutrito alcun dubbio sull'inquadramento del comodato fra i contratti tipicamente gratuiti accanto alla donazione.

L' "essenziale gratuità" rappresenta infatti il tratto distintivo ed esclusivo del comodato rispetto alle altre fattispecie negoziali che storicamente condividevano la medesima connotazione, come il deposito e il mutuo, e che attualmente sono collocate nel Titolo III del Libro IV del codice civile vigente.

L'attribuzione priva di corrispettivo del godimento di un bene per un periodo di tempo limitato non esclude ovviamente l'esistenza di un interesse soggettivo del comodante a concludere il contratto³. Tale interesse è tendenzialmente, ma non sempre, non patrimoniale e, a seconda della sua natura, potrà essere volto a realizzare alternativamente la causa cortese, solidale, liberale o familiare del contratto di comodato.

Quando invece l'interesse del comodante risulti patrimoniale la dottrina⁴, con voce sostanzialmente unanime, ritiene la compatibilità di tale interesse con l'essenziale gratuità del comodato, qualificandolo come effetto riflesso del contratto e quindi irrilevante ai fini della individuazione della funzione concreta dello stesso⁵.

Il fatto che l'interesse rimanga esterno alla causa del contratto deve comunque conciliarsi con la ricostruzione causale del comodato, che non può prescindere dalla soddisfazione dell'interesse soggettivo del comodante, che può avere anche natura patrimoniale. Il raccordo tra le due prospettive è possibile mantenendo distinto "l'interesse soggettivo del comodante, che deve sempre sussistere, dal vantaggio, che sarebbe conciliabile con la causa del comodato soltanto se perseguito indirettamente, laddove con il termine 'vantaggio' si vuole evidentemente indicare la soddisfazione di un interesse di natura spiccatamente patrimoniale"⁶.

Il requisito della gratuità del comodato è stato altresì rilevante per l'individuazione – non pacifica – della causa del contratto, che negli anni immediatamente successivi alla codificazione era stata ravvisata nella cortesia⁷, essendo il comodato "un rapporto che si instaura sulla fiducia, che risponde a particolari esigenze di carattere sociale le quali ne determinano non solo le finalità – quella che tecnicamente si chiama causa del negozio – ma ne permeano anche la struttura, lasciando alla disciplina legislativa un margine assai ristretto"⁸.

La ricostruzione del comodato come atto esclusivamente cortese comunque non ha riscosso molti consensi, sicché altra parte della dottrina ha proposto una teoria alternativa che riconoscesse sì il ruolo della cortesia, ma al tempo stesso salvaguardasse la rilevanza e la vincolatività giuridica del rapporto. È stato quindi affermato che il comodato rientri a pieno titolo tra i rapporti giuridici e che soltanto può ammettersi che

³ N. CIPRIANI, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Pietro Perlingieri, vol. IV, Napoli, 2005, 10

⁴ N. CIPRIANI, *op. cit.*, 13

⁵ N. CIPRIANI, *op. cit.*, 13

⁶ N. CIPRIANI, *op. cit.*, 14

⁷ L'idea di comodato come rapporto di cortesia è affermata soprattutto da F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, 2^a ed., Torino, 1957, 13.

⁸ F. CARRESI, *op. cit.*, 13

l'elemento di cortesia venga a "formare parte della determinazione causale del rapporto, in modo da divenire dato importante *ad colorandam causam*"⁹.

In seguito, la rilevanza causale dell'intento di cortesia è stata invece completamente esclusa¹⁰, relegando le ragioni di cortesia, di affetto, di compiacenza, di condiscendenza e simili, al rango di meri motivi a contrarre, come tali giuridicamente irrilevanti¹¹.

La causa del comodato è stata quindi individuata nella consegna temporanea e a titolo gratuito di una cosa dal comodante al comodatario, affinché il comodatario la usi per il periodo di durata contrattuale, fondata su un interesse del comodante¹².

Segue. L'«essenziale gratuità» ed il mancato adempimento degli obblighi del comodatario

L' "essenziale gratuità" assume però definitiva rilevanza ai fini della qualificazione del negozio, comportando la sopportazione del sacrificio economico solo a carico del comodante, gravando invece sul comodatario esclusivamente obblighi connessi all'utilizzazione ed alla custodia della cosa¹³.

Le obbligazioni nascenti dal comodato nei confronti di ciascuna delle parti non sono quindi di per sé sufficienti a qualificarlo come contratto a prestazioni corrispettive.

Per quanto riguarda gli obblighi posti a carico del comodante, essi sono difficili da definire precisamente, mancando a tal proposito uno specifico dato testuale.

Comunque, sul comodante grava sicuramente l'obbligazione di permettere il godimento della cosa al comodatario per il tempo stabilito dal contratto, come accade in generale nei confronti del concedente per tutti i rapporti che danno luogo alla costituzione di un diritto personale di godimento.

In particolare, l'obbligazione del comodante si traduce sia nell'obbligo di astenersi da ogni turbativa di fatto e di diritto sia nell'obbligo di riconsegnare la cosa nel caso in cui il comodatario ne avesse perso la disponibilità materiale e fosse nel potere del comodante ripristinarla.

L'inadempimento, doloso o colposo, di tali obblighi è pertanto fonte per il concedente di responsabilità per danni in base ai principi generali (artt. 1218 c.c. ss.).

Al contrario, il legislatore ha dettato un *corpus* consistente di norme sulle obbligazioni a carico del comodatario, a partire dall'art. 1804 commi 1 e 2 c.c.

Tali obbligazioni sono principalmente finalizzate a garantire la custodia e la conservazione del bene, che alla scadenza dovrà essere restituito al comodante, con la diligenza del buon padre di famiglia.

Da un lato, l'obbligo di custodire comporta un'attività volta ad impedire che comportamenti di terzi o eventi naturali possano distruggere o danneggiare la cosa.

Dall'altro, l'obbligo di conservare implica il compimento di tutte quelle attività necessarie a mantenere l'integrità del bene, salva ovviamente l'usura derivante dall'uso, nonché l'obbligo di effettuare le spese ordinarie finalizzate alla conservazione del bene stesso. Le spese straordinarie al contrario rimangono a carico del comodante, salvo casi di urgenza in cui il comodatario è tenuto a sostituirsi al comodante al fine di rispettare l'obbligo di conservazione del bene.

Il secondo comma dell'art. 1804 c.c. impone inoltre al comodatario l'obbligo di non cedere a terzi il godimento della cosa comodata senza il consenso del comodante.

In caso di mancato adempimento del comodatario dei suddetti obblighi (e dunque: quando questi abbia fatto della cosa un uso diverso da quello stabilito dal contratto o reso necessario dalla natura della cosa stessa o ancora in caso di concessione in godimento del bene ad un terzo senza l'autorizzazione del comodante) l'ultimo comma dell'art. 1804 c.c. riconosce al comodante la possibilità di richiedere l'immediata restituzione del bene oltre all'eventuale risarcimento dei danni. Secondo l'orientamento tradizionale di dottrina¹⁴ e giurisprudenza di legittimità¹⁵, la restituzione immediata prevista dall'art. 1804 è da considerarsi quale rimedio tipico per il mancato adempimento degli obblighi sanciti dal primo comma del medesimo articolo.

⁹ M. FRAGALI, *op. cit.*, 199

¹⁰ G. TAMBURRINO, voce *Comodato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 995 ss.

¹¹ N. CIPRIANI, *op. cit.*, 7

¹² O. T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 625; N. CIPRIANI, *op. cit.*, 9

¹³ La Relazione al Re del Ministro Guardiasigilli precisa, infatti, che «il comodato nel nuovo codice rimane con la caratteristica essenziale della gratuità (...); in modo che la promessa o la corresponsione di un compenso dà luogo ad una figura di contratto diverso da identificarsi caso per caso» (*Relazione* n. 734)

¹⁴ Si veda nota 1

¹⁵ Si veda nota 2

In particolare, tale restituzione è inquadrata nella figura del recesso per giusta causa, dal momento che la facoltà di richiedere la restituzione è necessariamente conseguente all'esercizio di un potere di recesso, che ponendo fine al rapporto, rende possibile la restituzione del bene. È comunque opinione consolidata che il comodante possa recedere solo quando l'inadempimento non abbia scarsa importanza.

Ciò posto, è evidente che il recesso, lungi dal contrapporsi alla risoluzione per inadempimento, spesso assolve esattamente alla funzione di consentire a una delle parti di liberarsi dal vincolo contrattuale di fronte al comportamento illecito dell'altra, ossia ad una funzione tecnicamente risolutoria.

La qualificazione della facoltà del comodante di chiedere la restituzione immediata del bene *ex art. 1804* comma 3 c.c. quale diritto di recesso non osta dunque a riconoscerci uno strumento teso a realizzare la medesima funzione della risoluzione per inadempimento.

Si comprende quindi perché una parte della dottrina¹⁶ abbia ritenuto di poter rinvenire nella fattispecie in esame un'ipotesi di risoluzione del contratto, giustificata dal comportamento illecito del comodatario e caratterizzata dal fatto di aver luogo in ambito stragiudiziale anziché su pronuncia del giudice.

A sostegno di questo orientamento, si è innanzitutto affermato che l'idea della risolvibilità per inadempimento dei contratti a prestazioni non corrispettive non sia del tutto estranea al nostro ordinamento; si pensi ad esempio alla tesi¹⁷ che considera applicabile la disciplina dell'art. 1453 ss c.c. a tutti i contratti sia pure adattando il contenuto di talune regole come l'art. 1455 c.c. Più precisamente, la risoluzione per inadempimento dei contratti sinallagmatici e non potrebbe avvenire a seguito di un procedimento di valutazione della gravità del mancato adempimento del vincolo contrattuale. In tal modo l'inadempimento assume rilevanza relativa a seconda del tipo di contratto al quale viene ascritto.

Se infatti si tratta di contratti di scambio, essendo entrambe le parti interessate a ricevere l'adempimento delle reciproche prestazioni, l'interesse a mantenere in vita il contratto può risultare di certo maggiore di quanto non lo sia nel contratto non corrispettivo. Quest'ultimo, al contrario, "vuoi perché vive nell'interesse di una soltanto delle parti del rapporto obbligatorio, vuoi per la natura del contratto stesso in cui l'esecuzione della prestazione può richiedere una particolare fiducia nei confronti del soggetto obbligato, è caratterizzato dal canto suo, da una maggiore tutela dell'interesse allo scioglimento"¹⁸.

Pertanto, nulla osterebbe allo scioglimento dei contratti non sinallagmatici per mancato adempimento del vincolo contrattuale, sebbene in questi casi la gravità dell'inadempimento sia valutata con meno rigore rispetto a quella richiesta per la risoluzione di contratti di scambio.

D'altra parte non sembra neppure decisiva l'argomentazione che tende ad escludere la riconducibilità dell'art. 1804 comma 3 c.c. alla fattispecie risolutiva per inadempimento per il semplice fatto che non sia necessaria una sentenza costitutiva di risoluzione. A tal proposito, infatti, è stato sottolineato che, "se è vero che l'art. 1453 c.c. richiede sempre l'intervento dell'autorità giudiziaria, è anche vero che parte della dottrina non pare aver riconosciuto la dovuta attenzione alle altre norme in tema di risoluzione per inadempimento e, in particolare, all'art. 1456 c.c., che abilita le parti a prevedere la risoluzione di diritto qualora «una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite», precisando al secondo comma che «in questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva»"¹⁹. La dottrina appena citata²⁰, infatti, evidenzia l'analogia tra la richiesta di restituzione immediata del bene da parte del comodante *ex art. 1804* comma 3 c.c. e la dichiarazione della parte diligente di avvalersi della clausola risolutiva espressa, ponendo entrambe fine al contratto con le stesse modalità.

Queste considerazioni sono però respinte dall'orientamento prevalente²¹ per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto perché la risoluzione per inadempimento, sia nella forma disciplinata dall'art. 1453 sia in quella dell'art. 1456 c.c., è il rimedio caratteristico dei contratti a prestazioni corrispettive, soltanto eccezionalmente utilizzato per i contratti non corrispettivi.

In secondo luogo per una ragione strutturale, in quanto, il comodante, con la semplice richiesta di restituzione prevista *ex art. 1804* comma 3 c.c., produce l'effetto estintivo del contratto, mentre per la risoluzione per

¹⁶E. BRUNORI, *Del comodato*, in *Cod. civ. Comm.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1ª ed., 1949, 23; F. CARRESI, *op. cit.*, 75 s.

¹⁷B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000, 100

¹⁸B. MARUCCI, *op. cit.*, 100

¹⁹In tal senso N. CIPRIANI, *op. cit.*, 376

²⁰N. CIPRIANI, *op. cit.*, 376

²¹A. GALASSO, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2004, 231; M. FRAGALI, *op. cit.*, 293 ss.; F. PASTORI, *Il contratto di comodato*, Bologna, 1997, 148

inadempimento *ex art.* 1453 c.c. sarebbe comunque necessaria una sentenza costitutiva.

D'altronde, l'analogia della restituzione *ex art.* 1804 comma 3 c.c. con l'*art.* 1456 comma 2 c.c. in materia di clausola risolutiva espressa non sarebbe fondata in assenza di una espressa pattuizione convenzionale.

Infine, la richiesta di restituzione immediata (*art.* 1804 comma 3 c.c.) trova la propria giustificazione nel comportamento illecito del comodatario, che però non può considerarsi tecnicamente un inadempimento, giacché non sempre può parlarsi di vere e proprie obbligazioni. Ad esempio, il dovere di non cedere ad altri il godimento del bene costituisce piuttosto un limite esterno al diritto del comodatario. Il comportamento deviante, se è certamente illecito, non costituisce un inadempimento ma piuttosto un eccesso di potere del comodatario²².

In definitiva, si ritiene comunemente che l'ultimo comma dell'*art.* 1804 c.c. attribuisca al concedente un diritto di recesso per consentirgli di porre fine al rapporto contrattuale di fronte al comportamento illecito (inadempimento o eccesso di potere) del comodatario della cosa.

Tuttavia, in dottrina²³ si è di recente sostenuto che, al di là del diritto di recesso *ex art.* 1804 comma 3 c.c., il comodante manterrebbe comunque a propria disposizione l'azione di risoluzione in caso di mancato adempimento dell'obbligo di restituzione da parte del comodatario.

In particolare, si è affermato che, se il comodatario, richiestagli la restituzione del bene *ex art.* 1804 ultimo comma c.c., la rifiutasse contestando l'esistenza di violazioni dell'*art.* 1804 comma 1 e 2 c.c., il comodante potrebbe ricorrere al giudice per accertare il diritto alla risoluzione e ottenere così una decisione che costituisca un titolo attestante la risoluzione anche di fronte ai terzi.

Tuttavia, sembra che, di fronte al rifiuto di restituzione del bene da parte del comodatario, il comodante non abbia necessità di invocare l'*art.* 1453 c.c. e chiedere la risoluzione del contratto, perché il contratto può considerarsi già sciolto in virtù dell'esercizio del diritto di recesso. "Se il comodatario rifiutasse di restituire la cosa, il comodante dovrebbe rivolgersi al giudice non per far dichiarare la risoluzione, ma più semplicemente per far accertare l'esistenza delle violazioni che legittimavano l'esercizio del recesso e quindi l'avvenuto scioglimento del vincolo in virtù del recesso stesso; di conseguenza, per far condannare il comodatario alla restituzione della cosa"²⁴. In riferimento poi all'efficacia nei confronti dei terzi, premesso che anche una sentenza di accertamento è idonea ad attestare all'esterno lo scioglimento del vincolo, si deve per altro verso osservare che nel comodato il problema dell'opponibilità ai terzi è molto attenuato già per ciò che riguarda l'esistenza del rapporto, sì che l'opponibilità del suo scioglimento finisce con l'avere un'importanza quasi soltanto teorica.

Il comodato modale e l'eventuale patrimonialità del *modus*

Gli interpreti oggi individuano accanto al comodato ordinario anche il c.d. comodato modale. Proprio rispetto a questo ci si è interrogati sull'applicabilità della disciplina prevista dall'*art.* 1804 comma 3 c.c. in caso di mancato adempimento dell'onere convenuto tra le parti e – in caso di risposta negativa – sul rimedio idoneo a tutelare il beneficiario del *modus*.

La soluzione a tale questione richiede preliminarmente un'attenta analisi delle peculiarità del comodato modale nonché delle sue differenze con il contratto di comodato ordinario e con quello di locazione.

La compatibilità con l'ordinamento italiano del contratto di comodato modale, oggetto di numerose discussioni nell'ordinamento previgente, è ormai diffusamente ammessa dopo l'introduzione nel codice civile del 1942 del *modus* testamentario e di quello donativo, rispettivamente agli *artt.* 657 e 793 c.c. Infatti, grazie alla regolamentazione codicistica di tali fattispecie, emergeva definitivamente l'importanza della relazione tra il *modus* e gli atti liberali.

Il comodato modale si caratterizza per l'apposizione di un *modus* o onere all'ordinario contratto di comodato, senza che l'"essenziale gratuità" funga da ostacolo.

Il *modus* o onere consiste a sua volta in una prestazione che il disponente può porre a carico del beneficiario, diversa dall'obbligo di conservare e custodire la cosa, purché essa non assuma il carattere di corrispettivo né assorba interamente i vantaggi concessi al comodatario e rimanga quindi strettamente correlata all'esigenza

²²P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli, 1991, 257

²³B. MARUCCI, *op. cit.*, 224

²⁴N. CIPRIANI, *op. cit.*, 378; si v. Cass. civ., sez. III, 10 maggio 1982, n. 2887, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2713 ss.

di conservazione e di utilizzo del bene da parte del comodatario medesimo²⁵.

Come si è osservato in dottrina²⁶, il termine *modus* ha una duplice accezione: da un lato quale clausola negoziale, in relazione funzionale al negozio cui viene apposto, dall'altro quale vera e propria obbligazione a carico dell'onerato²⁷.

Per quanto qui interessa, l'obbligazione che deriva dalla clausola modale è da intendersi in senso tecnico e deve perciò possedere i requisiti di cui all'art. 1174 c.c., tra cui la suscettibilità di valutazione economica²⁸.

Si pone dunque innanzitutto il problema della compatibilità tra la potenziale onerosità del *modus* e l'“essenziale gratuità” del comodato-tipo, dal momento che il comodatario, oltre ad acquisire il diritto di godere del bene per un certo periodo di tempo, si ritrova obbligato ad eseguire la prestazione modale. È evidente infatti che l'onere, laddove obbliga il comodatario ad una prestazione, mette in crisi la stessa idea della gratuità della fattispecie contrattuale²⁹.

Di certo, il *modus* non snatura il comodato quale contratto “essenzialmente gratuito” qualora il comodante apponga un onere a contenuto non tipicamente economico e quindi corrispondente ad un interesse morale, come però ritenuto possibile solo da alcuni autori³⁰.

Sarebbe pertanto comodato modale la concessione in comodato di una biblioteca con l'obbligo a carico del comodatario di astenersi durante il periodo della sua concessione dallo svolgimento di ogni attività di gioco e scommessa³¹; di un appartamento ad uno studente con l'obbligo di superare puntualmente gli esami³²; il prestito di un'abitazione con l'onere di ospitare in essa, nel periodo scolastico, un parente del comodatario³³.

Quando invece il *modus* assume rilevanza patrimoniale, come nel caso di comodato di immobile con onere di manutenzione e spese condominiali ovvero di compimento di opere di restauro o ancora, con onere di pagare i tributi fondiari, dottrina e giurisprudenza di legittimità giungono a conclusioni parzialmente diverse. Secondo una parte della dottrina³⁴, il *modus* a contenuto patrimoniale fa venire meno la gratuità del comodato, “sia quando la prestazione in capo al comodatario abbia una scarsa rilevanza economica, purché evidentemente non irrisoria sia quando il *modus* assorba per l'intero il vantaggio economico conseguito con il comodato, sia quando abbia un contenuto economico ben più rilevante del semplice godimento del bene in comodato”³⁵. Ciò sarebbe dovuto al fatto che “le obbligazioni in capo ad entrambe le parti, quella del comodante di far godere il bene e quella del comodatario di adempiere il *modus*, possono essere tali per cui, ciascuna di esse, al fine di conseguire un vantaggio, sopporta un sacrificio patrimoniale in correlazione con tale vantaggio, pur non essendo a questo corrispettivo”³⁶.

Da tali affermazioni si evince che l'unico caso in cui questo orientamento considera il comodato modale “essenzialmente gratuito” è quando la prestazione del comodatario abbia una rilevanza economica ‘evidentemente irrisoria’, che tale potrà essere valutata dall'interprete sulla base di un criterio quantitativo che tenga sì conto della concreta entità economica del sacrificio ma in relazione alle condizioni delle parti. In tutti gli altri casi il comodato modale sarà considerato un contratto a titolo oneroso ma a prestazioni non corrispettive.

²⁵F. CARRESI, *op. cit.*, 48

²⁶F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist. Napoli, 1997, 206; U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, 8.

²⁷A. MORA, *Il comodato modale*, Milano, 2001, 75

²⁸U. CARNEVALI, voce «*Modo*», in *Enc. dir.*, XXVI, Varese, 1976, 121; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, 318; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, vol. I, a cura di Enrico Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno, 2ª ed., Torino, 2006, 601; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.*, Torino, 1961, 646; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956, 293; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ.* Grosso e Santoro-Passerelli, Milano, 1964, 71; M. GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. di proc. civ.*, 1957, 889; G. VINDIGNI, *Modo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, 823

²⁹A. MARINI, *op. cit.*, 214, il quale ammette che con l'inserzione di un *modus* venga attenuata la rigidità dello schema gratuito del contratto cui viene apposto.

³⁰R. TETI, *op. cit.*, 39; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, Torino, 1999, 723; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2000, 267; A. GALASSO, *op. cit.*, 168

³¹A. MARINI, *op. cit.*, 197

³²R. TETI, *op. cit.*, 39

³³G. BONILINI, *Il comodato*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. Bessone, Torino, 1998, 835

³⁴A. MORA, *op. cit.*, 84

³⁵A. MORA, *op. cit.*, 85 che richiama sul punto G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, 36

³⁶A. MORA, *op. cit.*, 84

Con questa distinzione, si evidenzia l'importanza di mantenere separati³⁷ i concetti di onerosità e corrispettività - che invece spesso ancora oggi si considerano collegati da un rapporto di *genus a species*³⁸ - perché operano su piani differenti³⁹ e comportano l'applicazione di norme diverse: il primo è una valutazione di carattere economico, mentre il secondo dipende dalla struttura contrattuale.

Resta però da chiarire come possa essere stabilita l'assenza di corrispettività nelle prestazioni: non tanto con il metodo dell'equivalenza o con un criterio meramente quantitativo, quanto piuttosto applicando la regola ermeneutica dettata dagli artt. 1362 c.c. e 1363 c.c.⁴⁰ Se, infatti, "il procedimento di qualificazione è procedimento di interpretazione, la fonte per qualificare il complesso degli interessi, anche individuali, non può che essere il procedimento di interpretazione come disciplinato dal codice civile"⁴¹.

Si tratterà di un accertamento "in chiave psicologica"⁴², in quanto la prima delle due norme consente di indagare la comune intenzione delle parti, tenuto conto del loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto; mentre la seconda permette una compiuta interpretazione del *modus* per mezzo delle altre clausole, secondo il c.d. principio della totalità.

L'indagine dovrà quindi essere condotta tenendo conto non tanto della qualificazione descrittiva data dalle parti all'operazione economica, quanto del contenuto complessivo dell'accordo, e in particolare delle clausole sull'obbligazione modale.

Se quindi l'onere, nella comune intenzione delle parti, assurge a corrispettivo del godimento, difficilmente il contratto potrà continuare ad essere qualificato come comodato ma dovrà piuttosto essere inquadrato come locazione.

L'orientamento tradizionale e risalente della Corte di legittimità segue un ragionamento in parte diverso, in quanto adotta un criterio prettamente quantitativo che esclude la configurabilità di un onere a titolo oneroso non corrispettivo. Infatti è stato riconosciuto con più sentenze⁴³ che l' "essenziale gratuità" del comodato modale "non viene meno per effetto dell' apposizione, a carico del comodatario, di un *modus* di consistenza tale da non poter rappresentare un corrispettivo del godimento del bene; viceversa, viene meno ove l'entità dell'onere economico posto a carico del comodatario e la consistenza del vantaggio a carico del comodante assumano natura di reciproci impegni negoziali, connotandosi in termini di vera e propria sinallagmaticità"⁴⁴. Già con la sentenza n. 4976 del 4 giugno 1997 la Corte di Cassazione aveva affermato che il "carattere essenzialmente gratuito del comodato non viene meno per effetto della apposizione di un *modus*, posto a carico del comodatario, di consistenza tale da non poter integrare le caratteristiche di corrispettivo del godimento della *res*, come nel caso in cui venga stabilito, in relazione al godimento di un immobile, il versamento di una somma periodica, a carico del beneficiario a titolo di rimborso spese, la cui entità lasci ragionevolmente escludere la dissimulazione di un sottostante contratto di locazione"⁴⁵.

Similmente si è pronunciata nel 2001 con la sentenza n. 3021 con cui ha stabilito che "la pattuizione di un *modus* o i carichi che possano gravare sul comodatario, derivanti da necessità connesse all'uso e al godimento del bene non snaturano il rapporto stesso, quando non assumano carattere di corrispettivo"⁴⁶; ciò non si verifica allorché il comodatario si limiti al pagamento di una somma periodica a titolo di rimborso spese.

In modo analogo si è poi espressa con la sentenza n. 8703 del 17 giugno 2002 ritenendo che il carattere essenzialmente gratuito del comodato non viene meno per effetto dell'apposizione a carico del comodatario di un *modus* di consistenza tale da non poter integrare le caratteristiche di corrispettivo del godimento del bene.

³⁷Nello stesso senso G. BISCONTINI, *op. cit.*, 60 ss.

³⁸C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 443 e 447

³⁹G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1962, 301; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, 98 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 224.

⁴⁰In tal senso F. DELVECCHIO, *Godimento di alloggi: locazione, comodato, contratto atipico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 633; Trib. Torino, 17 febbraio 1950, in *Foro Pad.*, 1950, col. 829, con nota di F. QUAGLIOLIO, *Ancora sui caratteri differenziali tra locazione, comodato e precario oneroso*; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 1002; A. MORA, *op. cit.*, 96

⁴¹A. MORA, *op. cit.*, 96

⁴²A. MORA, *op. cit.*, 96; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Rodolfo Sacco, 4ª ed., Torino, 2016, 444

⁴³Cass. civ., Sez. lavoro, ord., 7 ottobre 2019, n. 24970 in *Leggi d'Italia professionale*; Cass. civ., Sez. III Ord., 17 gennaio 2019, n. 1039, in *Leggi d'Italia Professionale*; Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 2001, n. 3021 in *DeJure*; Cass. civ., Sez. III, 2 aprile 1984, n. 2151 in *De Jure*.

⁴⁴Cass. civ., Sez. lavoro, ord., 7 ottobre 2019, n. 24970 in *Leggi d'Italia professionale*

⁴⁵Cass. civ. Sez. III, 4 giugno 1997 n.4976 in *De Jure*

⁴⁶Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 2001, n. 3021 in *DeJure*

La Corte di legittimità dunque ammette l'onerosità del comodato solo nell'ipotesi estrema in cui il *modus* assuma le caratteristiche di corrispettivo. Non contempla la possibilità di un comodato modale a titolo oneroso, senza prestazioni corrispettive, ponendosi così in contrapposizione con la dottrina sopra descritta. Per di più non solo non considera la differenza tra onerosità e corrispettività, ma - come sopra affermato - adotta anche il profilo meramente quantitativo della 'consistenza dell'onere' come criterio determinante della sinallagmaticità contrattuale.

Volendo enfatizzare il criterio meramente quantitativo quale *discrimen* tra comodato modale e locazione, in realtà ad assumere rilievo non dovrebbe essere l'entità, in termini assoluti, della somma promessa dal comodatario al comodante, ma il rapporto tra la somma percepita da quest'ultimo e gli oneri che derivano dalla proprietà del bene.

Infatti la somma corrisposta al comodante può essere sia di modico sia di ingente valore, ma ciò che conta ai fini della qualificazione del contratto, è se essa si limiti a coprire le spese ovvero sia produttiva di frutti civili. Nel primo caso si tratterebbe dunque di comodato modale a titolo oneroso, poiché il *quantum* della prestazione assolve la funzione di mero rimborso spese senza sfociare nella corrispettività.

Nel secondo invece si dovrebbe parlare di locazione, vista la capacità della somma corrisposta di procurare al comodante un vantaggio ben più ampio della semplice copertura delle spese, consistente in un vero guadagno.

Tuttavia, la recente ordinanza n. 1039 del 17 gennaio 2019 della Cassazione ha proposto un metodo di valutazione della corrispettività delle prestazioni capace di coniugare da un lato il tradizionale criterio della giurisprudenza di legittimità basato sul *quantum* dell'onere e dall'altro quello dottrinale dell'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali.

Nel caso di specie, infatti, la Corte cassava con rinvio la decisione del Giudice di Appello, che confermava la sentenza di primo grado, con cui il contratto era qualificato come comodato modale per l'irrisorietà del corrispettivo. A parere della Corte di legittimità la lettura dell'atto negoziale avrebbe sicuramente consentito di riconoscere la natura di vera e propria controprestazione dell'obbligazione del debitore, grazie alla presenza di una clausola che riconosceva il diritto di recesso *ipso iure* del creditore per mancato adempimento della prestazione del debitore.

Sembra così riemergere un orientamento minoritario della Corte di legittimità che, già nel 1984, con la sentenza n. 2151 aveva sostenuto la necessità di qualificare il contratto alla stregua della reale volontà negoziale delle parti, quale emerge dal contenuto della convenzione in relazione agli scopi pratici perseguiti dagli interessati e dalle clausole che questi vi inseriscono, indipendentemente dal *nomen iuris* da essi attribuitogli.

La tutela del beneficiario del *modus*

La qualificazione dottrinale del comodato modale, come possibile contratto a titolo oneroso ma a prestazioni non corrispettive, rileva in particolar modo per l'individuazione del rimedio idoneo a tutelare il beneficiario dell'adempimento del *modus*. Quest'ultimo, come si è precedentemente affermato, consiste in un elemento accessorio del contratto e, pertanto, diverso dagli obblighi di conservazione e di custodia sanciti dall'art. 1804 comma 1 c.c. ed espressamente tutelati dall'ultimo comma del medesimo articolo.

È quindi di primaria importanza stabilire se il rimedio della richiesta di restituzione immediata da parte del comodante per il mancato adempimento degli obblighi del comodatario previsto dall'art. 1804 comma 3 c.c. sia applicabile anche in caso di inadempimento dell'obbligazione modale.

Secondo una dottrina minoritaria⁴⁷, quando il *modus* sia collegato all'uso che il comodatario può fare della cosa, in caso di mancato adempimento dell'onere, il diritto di recesso è assicurato al comodante dal predetto art. 1804 comma 3 c.c.

Tuttavia, l'opinione preferibile⁴⁸ ritiene che l'applicazione automatica dell'art. 1804 comma 3 c.c. per l'inadempimento dell'obbligazione modale sia esclusa dalla stessa qualificazione del rimedio come recesso

⁴⁷A. GALASSO, *op. cit.*, 170

⁴⁸M. FRAGALI, *op. cit.*, 283; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 35 ss; R. TETI, voce *Comodato*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 47; A. LUMINOSO, voce *Comodato*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 5; M. FRAGALI, *op. cit.*, 293; O. T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 635; Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6203, in questa *Rivista*, 2014, 5, 470

unilaterale del comodante per giusta causa. Trattandosi invero di una forma di recesso legale, è dunque ammissibile solo nei casi previsti dalla legge⁴⁹, cioè in quelli espressamente disciplinati dall'art. 1804 c.c.

La tutela del beneficiario dell'obbligazione modale deve dunque passare per altre strade.

Non ci si sofferma qui sui complessi problemi relativi al *modus* a contenuto non patrimoniale, del resto non pacificamente ammesso, perché del tutto estranei alla questione esaminata dalla sentenza in esame⁵⁰.

Facendo piuttosto riferimento all'obbligazione modale a contenuto patrimoniale, è innanzitutto scontata l'applicabilità degli artt. 1218 ss. c.c., in considerazione dello stesso valore economico della prestazione (art. 1174 c.c.).

Considerato dunque che l'art. 1804 comma 3 c.c. non è ritenuto applicabile, si pone il problema della possibilità per il comodante di ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento.

Come si è detto, parte della dottrina considera il comodato modale un contratto a titolo oneroso, ma comunque non ravvisa una corrispettività delle prestazioni, escludendo pertanto l'applicabilità dell'art. 1453 c.c., che regola la risoluzione per inadempimento giudiziale.

Tale norma infatti dispone espressamente che solo nei contratti a prestazioni corrispettive “quando uno dei contraenti non adempia le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno”.

La Corte Suprema, dal canto suo, con la sentenza n. 6203 del 18 marzo 2014 ha affermato che “il rimedio generale della risoluzione per inadempimento non può essere utilizzato in relazione al contratto di comodato che è contratto essenzialmente gratuito e non perde la sua caratteristica neanche quando siano previste delle pattuizioni di apprezzabile peso economico a carico della comodataria, in quanto esse rimangono pur sempre pattuizioni accessorie e non snaturano il rapporto, al quale non possono essere applicati rimedi che sono riservati ai contratti a prestazioni corrispettive”.

Ci si è quindi chiesti se un simile ragionamento valga anche per l'istituto della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), introdotto dal legislatore del 1942 come forma di risoluzione di diritto.

La risposta sembrerebbe positiva, dal momento che essa rappresenta il rimedio straordinario “in forza del quale, nei contratti con prestazioni corrispettive, una parte, di fronte all'inadempimento dell'altra, può ottenere la risoluzione del rapporto, prescindendo dalle vie normali e mediante un suo semplice atto di volontà”⁵¹.

Ciò è altresì confermato dalla già menzionata ordinanza della Corte di Cassazione del 17 gennaio 2019 n. 1039 che ha stabilito che “la risoluzione per inadempimento dell'onere non può avvenire *ipso iure* senza valutazione di gravità dell'inadempimento in forza di clausola risolutiva espressa perché essendo un istituto proprio dei contratti sinallagmatici non può estendersi a negozi a titolo gratuito cui pure acceda un *modus*”⁵².

Tuttavia, qualora le parti decidessero consensualmente di inserire una clausola di tal genere, essa sarebbe pienamente valida in forza del principio dell'autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c., ma, come sottolinea la stessa Corte di legittimità, inciderebbe sul piano qualificatorio.

Infatti, secondo la Corte, se la clausola risolutiva espressa è applicabile solo ai contratti sinallagmatici, il riconoscimento al *tradens* della possibilità di recedere *ipso iure* dal contratto per inadempimento dell'*accipiens* non farebbe che confermare la natura di controprestazione dell'obbligazione a carico di quest'ultimo.

Tant'è che nella fattispecie sopra richiamata la Corte cassava con rinvio riconoscendo la falsa applicazione dell'art. 1803 c.c., proprio per la mancata considerazione della ‘clausola risolutiva’ ai fini della determinazione della sinallagmaticità.

A questo punto è inevitabile interrogarsi sull'applicabilità degli artt. 648 comma 2 c.c. e 793 comma 4 c.c., che prevedono la risolubilità dell'attribuzione testamentaria o donativa per inadempimento dell'onere in caso

⁴⁹M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, 3^a ed., Milano, 2015, 533; T. DE LUCA, R. T. COGLIANDRO, M. D'AURIA, M. RONZA, *Dei singoli contratti. Vol. II*, 1^a ed., Milano, 2002, 291

⁵⁰ Dall'incoercibilità e dalla non sanzionabilità del dovere si fa solitamente derivare la irrilevanza giuridica del vincolo: cfr. B. BIONDI, *op. cit.*, 646; A. TORRENTE, *op. cit.*, 293; G. BALBI, *op. cit.*, 71; in senso difforme A. PALAZZO, *op. cit.*, 268; A. MARINI, *op. cit.*, 318, il quale, a conclusione del discorso intorno al *modus* non patrimoniale, afferma che una simile previsione va qualificata o come condizione risolutiva, se al suo inadempimento possa, per espressa previsione delle parti, farsi conseguire la risoluzione del contratto, oppure come una mera raccomandazione rivolta al comodatario. Nello stesso senso anche U. CARNEVALI, «*Modo*», 686

⁵¹M. C. DIENER, *op. cit.*, 835

⁵²Cass. Sez II, sent. 20 giugno 2014 n. 14120, in *questa Rivista*, 2014, 8-9, 787

di espressa previsione del testatore o del donante, ovvero, per il solo testamento, quando l'adempimento dell'onere abbia costituito il solo motivo determinante la disposizione.

La dottrina ravvisa nelle predette ipotesi una vera e propria 'clausola risolutiva', ossia una determinazione che le parti possono inserire volontariamente nel negozio al fine di prevedere la risoluzione degli effetti in caso di mancato adempimento dell'onere secondo quanto previsto.

Come si è visto, l'apponibilità di una 'clausola risolutiva' sembra ammessa dalla giurisprudenza in forza del sopra citato principio dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.). L'ordinanza della Corte di Cassazione del 17 gennaio 2019 n. 1039, infatti, pur escludendo la clausola risolutiva espressa dal novero dei rimedi compatibili con il contratto di comodato modale, ha ritenuto la piena ammissibilità della risoluzione per inadempimento dei contratti recanti un *modus* ove sia espressamente convenuta dalle parti ai sensi dell'art. 793 comma 4 c.c. Analogo ragionamento può essere anche effettuato per il recesso convenzionale *ex art.* 1373 comma 2 c.c. dal momento che esso è inquadrato dalla dottrina tra le forme di 'clausola risolutiva', assolvendo inevitabilmente ad una funzione tecnicamente risolutoria⁵³.

È però necessario chiedersi se anche l'apposizione di una 'clausola risolutiva' ai sensi dell'art. 793 comma 4 c.c. ovvero dell'art. 1373 comma 2 c.c. possa effettivamente incidere sulla natura del negozio. Invero, la necessità di inserire una simile disposizione farebbe emergere la rilevanza attribuita dalle parti alla prestazione modale del comodatario, che potrebbe essere intesa addirittura quale corrispettivo.

Secondo il ragionamento della Cassazione, proposto con specifico riferimento alla clausola risolutiva espressa, ma riferibile altresì alla 'clausola risolutiva' nelle accezioni sopra indicate, la risposta dovrebbe essere tendenzialmente positiva. Tuttavia a nostro avviso questa tesi limita alquanto la libera determinazione delle parti, specialmente nei casi in cui la clausola sia volta a garantire il comodante dal pagamento di una somma volta a mero rimborso spese.

Sarebbe dunque più opportuna un'interpretazione del giudice di merito⁵⁴, basata non tanto sulla semplice presenza di una 'clausola risolutiva', quanto piuttosto sulla valutazione di una serie di elementi: innanzitutto la consistenza della prestazione in relazione agli oneri esistenti in capo al comodante, la natura del bene oggetto del contratto e la durata dello stesso.

Se infatti la somma dovuta al comodante sia tale da consentirgli un mero rimborso spese, come pattuito nel contratto di comodato modale, non si vede perché la semplice presenza di una 'clausola risolutiva' dovrebbe comportarne la riqualificazione. Quest'ultima potrà invece verificarsi se la somma versata dal comodatario sia incompatibile con la qualificazione del *quantum* pattuito come mero onere e sia tale da produrre frutti civili al comodante.

La decisione annotata

Alla luce delle predette considerazioni, la sentenza del Tribunale di Roma appare quanto meno sbrigativa rispetto alle complesse questioni, evidenziate nei precedenti paragrafi.

Stando a quanto espressamente affermato nella sentenza, il comodatario "si impegnava a sostenere l'importo relativo alle sole spese condominiali pena la risoluzione del contratto stipulato".

Il Tribunale di Roma ha escluso di essere di fronte a un contratto di locazione vero e proprio non solo perché le contestazioni della parte resistente non hanno trovato alcun riscontro documentale, ma anche perché dalle parole del teste esaminato le somme versate erano di piccolo taglio, essendo proprio destinate alle spese di natura ordinaria. Ai fini qualificatori il presente giudice si attiene esclusivamente al dato quantitativo della prestazione, senza raffrontarlo con il complesso delle disposizioni contrattuali.

Tra esse infatti emerge un'apparente 'clausola risolutiva' che le parti paiono aver stipulato per il caso di inadempimento del *modus* del comodatario. Naturalmente la clausola potrebbe esser stata formulata in modo atecnico: la locuzione "pena la risoluzione del contratto stipulato" lascia solo presumere che si tratti di una vera e propria 'clausola risolutiva' e spinge ad interrogarsi se effettivamente possa essere considerata tale.

Non è chiaro se la disposizione debba considerarsi quale 'clausola risolutiva' *ex art.* 793 comma 4 c.c. ovvero quale recesso convenzionale *ex art.* 1373 c.c. Il dubbio sorge in ragione del fatto che il ricorrente richiede di accertare e di dichiarare la legittimità del recesso, ma il giudice accoglie la domanda dichiarando risolto il

⁵³A. GALASSO, *op. cit.*, 169

⁵⁴Cass. civ. sez. III, sent. 2 marzo 2001, n. 3021, in *Riv. Notar.*, 2002, 1009 con nota di MUSOLINO

contratto. Qualunque sia la risposta nel caso di specie, poco rileva, in quanto dalla dottrina entrambi gli istituti sono considerati ‘clausola risolutiva’ e producono i medesimi effetti. Ciò che in realtà importa per la Corte di Cassazione (ordinanza 17 gennaio 2019 n. 1039), al fine dell’esperibilità dell’azione di risoluzione per inadempimento del contratto di comodato modale, è che essa sia “contrattualmente prevista”. Ammesso che l’espressione “pena la risoluzione del contratto stipulato” sia da intendersi quale effettiva previsione convenzionale di ‘clausola risolutiva’ allora il contratto sarebbe risolvibile per inadempimento.

Problema conseguente alla presenza di una clausola di tal genere rimarrebbe però la qualificazione del comodato modale: in particolare non è affatto chiaro, alla luce degli orientamenti prevalenti, se esso possa rimanere tale anche in presenza di una simile disposizione o debba invece essere riconsiderato alla stregua di un contratto di locazione. La Suprema Corte ha infatti affermato che una simile previsione in sé non è invalida, ma non certamente che essa non abbia precise conseguenze in tema di riqualificazione, essendo in sostanza un chiaro indice di corrispettività fra le prestazioni.

Se invece (la sentenza non consente conclusioni sicure) la predetta locuzione non si interpretasse come ‘clausola risolutiva’, sussisterebbe la problematica della stessa risolvibilità del contratto per inadempimento. Come si è detto, infatti la giurisprudenza prevalente afferma che la restituzione *ex art. 1804 c.c.* è “utilizzabile come rimedio per l’inadempimento del comodatario esclusivamente in caso di violazione degli obblighi espressamente richiamati dalla norma”⁵⁵, quindi non in fattispecie come quella in esame, dato che il mancato pagamento degli oneri condominiali ordinari non rientra tra le ipotesi previste dall’art. 1804 c.c.

In sostanza, dunque, la sentenza appare come una duplice occasione mancata: di rivedere l’orientamento della Cassazione che, in presenza di ‘clausola risolutiva’, pare prevedere sempre una riqualificazione contrattuale, senza tenere conto del rapporto esistente tra il *quantum* della somma percepita dal comodante e gli oneri in capo a questi derivanti; e di interrogarsi sulla natura dei rimedi, in generale, disponibili in caso di inadempimento del *modus* in un comodato.

⁵⁵ Cass. Sez II, sent. 20 giugno 2014 n. 14120, in questa *Rivista*, 2014, 8-9, 787