

## INTRODUZIONE

«*Quid enim prodest homini, si mundum universum lucretur, animae vero suae detrimentum patiatur? Aut quam dabit homo commutationem pro anima sua?*». (Mt. 16, 26)

«*L'arma con la quale [la gente falsa] vi riduce in schiavitù sono i soldi. Più accumulate i suoi soldi di carta nei vostri armadi, più siete schiavi dei tempi moderni, meno siete contadini. Grazie all'imbroglio di questi soldi, valore reale zero, riescono a nutrirsi (voglio dire mangiare) e a vivere questi uomini antinaturali e inutili che vi governano, che sono padroni della vostra vita, che possono decidere dall'oggi al domani di scagliarvi, contadini di qui contro contadini di làggù, dall'altra parte della frontiera, a fare guerre che sono il massacro esclusivo dei contadini di ogni nazione. Grazie ai soldi, voi nutrire coloro che vi uccidono».*

(J. GIONO, *Lettera ai contadini sulla povertà e la pace*,  
a cura di M.G. GINI, Ponte alle Grazie,  
Milano, 1997, pp. 56-57).

L'articolo 1815 del vigente Codice civile italiano stabilisce esplicitamente che «salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante», rinviando per la sua determinazione all'art. 1284 dello stesso Codice, rubricato appunto «saggio degli interessi».

Usando la terminologia del Diritto comune – recepita dalla civilistica più risalente, ma oggi pressoché abbandonata – potremmo dire che l'onerosità è assunta come elemento *naturale* del contratto di mutuo; elemento che, al pari di tutti i *naturali*, non costituendo l'essenza del contratto, può esser variato quando ricorra una volontà dei contraenti, concorde in tal senso.

Questa ricerca è dedicata a ricostruire gli itinerari del pensiero giuridico che, nell'arco di due secoli, hanno portato al totale «capovolgimento della prospettiva» con la quale i giuristi guardano al mutuo, come contratto di finanziamento: se infatti l'intera esperienza di Diritto comune aveva considerato la gratuità elemento *sostanziale* di tale contratto, con la conseguente condanna d'ogni interesse corrispettivo (*usura*) ad esso collegato, l'assetto negoziale che esce dal Codice vigente si configura invece come l'esatto

opposto rispetto a quell'esperienza. Il legislatore del 1942, in altri termini, dimostra di aver avuto in mente un contratto di mutuo profondamente diverso non soltanto da quello della tradizione del Diritto comune (come detto, necessariamente gratuito), ma anche da quello fatto proprio dal *Code civil*, che pur ammettendo il mutuo feneratizio, lo aveva posto come *species* del *genus* principale, che rimaneva il mutuo gratuito di stampo romanistico.

Nella prima parte di questo lavoro, che oggi vede la luce, si è cercato allora di percorrere un primo tratto di questi itinerari dottrinali: dall'esperienza del maturo Diritto comune all'ammissione del mutuo feneratizio, mediante il *Code civil* e i «codici italiani successivi», arrestandoci alla soglia della codificazione unitaria italiana del 1865.

Nella seconda parte, ancora in fase di gestazione, daremo conto dei modi con i quali concretamente venne attuato quel «capovolgimento della prospettiva» di cui dicevamo or ora; e sullo sfondo della ricostruzione giuridica, si staglierà, nitida, la società dell'industria e del capitale, con la sua nuova concezione del denaro e dell'economia.

\*\*\*

Licenziando il volume, non posso non ringraziare tutti coloro che mi sono stati vicini nel cammino della ricerca: *in primis* i Maestri e i colleghi che hanno letto il manoscritto e sono stati con me prodighi di suggerimenti; e poi il personale delle tante biblioteche frequentate di persona o via web, che mi ha agevolato in ogni modo, se non altro facendomi superare lo scorporamento determinato dalla quasi completa inutilizzabilità del patrimonio librario della Sapienza pisana.

Infine, un ringraziamento particolare va ai miei familiari, che tutto hanno sopportato con amorevole pazienza: a loro, e in primo luogo a mia moglie, questa fatica è tutt'intera dedicata, nel ricordo di quelli che ci hanno lasciato.

A.L.

## CAPITOLO I

### IL RETROTERRA DOTTRINALE: LA TRADIZIONE DEL DIRITTO COMUNE

SOMMARIO: 1. Una gratuità formalmente necessaria, ma sostanzialmente non voluta. – 2. I requisiti «castrensi». – 3. Un'istruttiva *decisio* della *Rota florentina*. – 4. Le *usurae damni persecutoriae*. – 5. Una via alternativa: l'accostamento del mutuo con interessi alla locazione.

#### 1. *Una gratuità formalmente necessaria, ma sostanzialmente non voluta*

Non è un'esagerazione ritenere che il divieto delle usure abbia profondamente condizionato gli assetti contrattuali dell'esperienza giuridica medievale e dell'età moderna, dispiegando i suoi effetti di certo fino alle codificazioni ottocentesche, ma anche oltre<sup>1</sup>.

In forza di tale divieto, il prestito avente ad oggetto denaro o beni fungibili, con l'obbligo per il ricevente di restituire altrettante cose dello stesso genere e qualità – che secondo la terminologia romanistica verrà definito *mutuum*, e da lì, «mutuo» nel diritto italiano – doveva configurarsi come necessariamente gratuito: la pattuizione d'interessi anche modici, infatti, avrebbe reso illecito l'intero contratto, giacché viziato dal detestabilissimo *peccatum usurae*.

---

<sup>1</sup> Sul divieto delle usure la bibliografia è sterminata. Ci esime dal farne una rassegna, che sarebbe sicuramente incompleta, il rinvio al repertorio J.H. HOUKES, *An annotated bibliography on the history of usury and interest from the earliest times through Eighteenth century*, The Edwin Melle Press, Lewiston, 2004. Tra i più recenti contributi italiani possono comunque menzionarsi, oltre ai saggi raccolti sul tema in U. SANTARELLI, *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, Introduzione di P. Grossi, a cura di A. LANDI, Giappichelli, Torino, 2010, *ad indicem*, anche C. GAMBÀ, *Licita usura. Giuristi e moralisti tra Medioevo ed età moderna*, Viella, Roma, 2003 e, più in generale, P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna, 2009. Su alcuni aspetti particolari si aggiunga G. DE GIUDICI, *Interessi e usure. Tra dirigismo ed equità nella Sardegna di Carlo Emanuele III*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, e infine A. LANDI, *Ad evitandas usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma, Fondazione Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 2004. Altre opere saranno comunque indicate nel prosieguo.

La storiografia ha avuto modo di evidenziare a più riprese come molti contratti fioriti nell'età di mezzo – primo fra tutti per ordine d'importanza, conseguente alla sua diffusione, il deposito irregolare – abbiano rappresentato un tentativo di storicizzazione di tale divieto, il quale, com'è noto, trovava le sue origini in alcuni brani del Vecchio Testamento e sembrava essere stato confermato in una pericope del Vangelo di Luca<sup>2</sup>.

La via della storicizzazione, attuata mediante l'invenzione di nuovi negozi, fu resa necessaria dal fatto che, nonostante dai passi biblici si ricavasse senza ombra di dubbio il collegamento del divieto ad una situazione d'indigenza del mutuatario, i teologi medievali, intrisi di aristotelismo, avevano sostenuto *communiter* la generalità del precetto, per cui ogni mutuo avrebbe dovuto essere gratuito per disposizione del diritto divino.

Questa necessaria gratuità dei prestiti, se attuata rigorosamente, avrebbe paralizzato l'incipiente società mercantile, dove invece i mercanti sempre più abbisognavano di denari per l'esercizio della mercatura e dove, di sicuro, essi non avrebbero trovato dei finanziatori disposti a sostenere, senza alcuna remunerazione, le loro imprese molto spesso rischiose; sicché alla *scientia iuris*, per andare incontro a queste esigenze che emergevano dalla società basso-medievale, non restava che la strada dell'invenzione di nuovi negozi, i quali, pur realizzando la stessa funzione economico-sociale del mutuo (l'identica *causa mutui*), avessero però un *nomen iuris* diverso, capace di qualificare in modo differente dal mutuo l'assetto di interessi che le parti erano andate a disciplinare<sup>3</sup>.

Insomma, quello che è stato chiamato il «binomio di ferro mutuo-gratuità» poteva essere superato soltanto grazie ad un'operazione in larga parte nominalistica<sup>4</sup>, la quale in ultima analisi avrebbe consentito la fruttificazione del denaro e di conseguenza la circolazione dei capitali, che diversamente non sarebbero state possibili, nonostante quanto si poteva leggere nei testi del *Corpus iuris civilis* del cristianissimo imperatore Giustiniano, dove gli interessi non erano stati banditi dal contratto di mutuo, ma semmai limitati nel loro ammontare.

Accanto ad un quadro siffatto, destinato a durare per tutta l'età del Diritto comune, la scienza giuridica, ferma restando la necessaria gratuità del mutuo, tentò comunque e con successo di enucleare delle situazioni particolari che potessero costituire delle deroghe giustificate al divieto delle usure, le quali consentissero al mutuante di ottenere in restituzione

<sup>2</sup> Cfr. U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*<sup>3</sup>, Giappichelli, Torino, pp. 153-187.

<sup>3</sup> Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 105-168.

<sup>4</sup> Così SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, cit., pp. 166-167.

dal mutuatario un *quid pluris* rispetto al capitale mutuato. Queste deroghe – che verranno tosto definite coi termini di danno emergente e lucro cessante e cumulativamente come *id quod interest* – andavano a considerare i profili di danno che potevano risultare a carico del mutuante in conseguenza dell'operazione di finanziamento posta in essere. Infatti, se a causa della stipulazione del contratto il mutuante aveva patito un danno, oppure aveva perso occasioni di guadagno, le quali, se egli non avesse mutuato, si sarebbero plausibilmente verificate, costui aveva diritto ad essere risarcito e quindi a chiedere al mutuatario un qualcosa in più rispetto alla semplice restituzione del capitale prestato.

Ora, mentre per la riconoscibilità del danno emergente non sussistevano particolari problemi, giacché tale danno poteva essere verificato in modo oggettivo, senza rischio di incorrere nella *fraus usurarum*, diverso era il discorso in ordine alla accertabilità del lucro cessante, non fosse altro per il fatto che qui si poteva essere di fronte alla speranza di un lucro che andasse a collimare con quella speranza che il passo di Luca aveva espressamente condannato<sup>5</sup>.

Nel paragrafo che segue si vedrà come i dottori del Diritto comune riuscirono a giustificare la risarcibilità del lucro cessante nel contratto di mutuo.

## 2. I requisiti «castrensi»

La tradizione consolidatasi nella giurisprudenza sia consulente che giudicante aveva individuato nel giurista tre-quattrocentesco Paolo di Castro l'autore che, per primo, avrebbe teorizzato la risarcibilità del lucro cessante in presenza di alcuni requisiti che per l'appunto furono poi definiti «castrensi».

In verità, se si guarda al luogo in cui Paolo avrebbe formulato la sua teorica – il commento alla *l. Non utique ff. De eo quod certo loco § Nunc* (D. 13.4.2[3].8)<sup>6</sup> – non si trova un'articolata esposizione di questi requisiti,

<sup>5</sup> Lo ricorda anche SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., pp. 100-101.

<sup>6</sup> PAOLO DI CASTRO, *In l. Non utique ff. De eo quod certo loco § Nunc* (D. 13.4.2 [3].8), in ID., *In Secundam Partem Digesti Veteris interpretationes novissimae*, Venetiis, Apud Iuntas, 1596, fo. 35 rb-35 va. Il frammento in questione, dal libro XV delle questioni di Scevola, per la verità fa parte del precedente tratto dal libro XXVII *Ad Edictum* di Ulpiano, che ad un certo punto cita Scevola, e così è tenuto presente nel commentario giuntino di Paolo di Castro che abbiamo consultato; ma, nell'edizione veneziana del *Corpus Iuris* degli anni 1574-1575 (sulla cui vicenda editoriale cfr. M. MONTORZI, *Diritto feudale nel basso Medioevo. Materiali di lavoro e strumenti critici per l'esegesi della glossa ordinaria ai Libri*

ma piuttosto si riscontra la semplice ammissibilità del risarcimento del lucro cessante per il mutuante quando questi sia solito svolgere attività lucrative, come del resto suggerito dall'esegesi testuale della legge commentata.

D'altra parte, già la *gl. Et lucri*, dopo aver invitato il lettore a considerare che la tematica del lucro cessante atteneva propriamente ai giudizi arbitrari, mentre non sarebbe stata, a rigor di diritto, configurabile in quelli regolari, aveva concluso che ormai questa distinzione tra giudizi non aveva più ragione d'esistere, sicché anche nei giudizi regolari si poteva chiedere questa voce di danno<sup>7</sup>.

Cheché ne sia della paternità di questi requisiti, più o meno riconducibili a Paolo di Castro, sta di fatto che in età moderna sono frequenti gli autori che li invocano, a volte sotto il nome di questo giurista, altre volte sottacendolo, per giustificare la risarcibilità del lucro cessante.

Secondo Onorato Leotardi (1584 ca. – 1660), autore operoso a Nizza, dove ricoprì incarichi di prestigio nel locale Senato, e grande *auctoritas* in materia di usure<sup>8</sup>, tali requisiti sarebbero cinque, almeno in astratto: in

---

feudorum, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 9-19) questa legge *Non utique* è a sé stante ed è indicata come 'terza' del titolo *De eo quod certo loco*.

In questo titolo si discorre della facoltà di agire giudizialmente in luogo diverso da quello nel quale le parti avessero convenuto di dover adempiere e nel primo frammento Gaio precisa che, per una serie di ragioni, si era ritenuto giusto accordare a tal fine un'azione utile (che i giuristi basso-medievali classificheranno *actio arbitraria*), la quale, come poi rileva Ulpiano, poteva avere dei vantaggi sia per l'attore che per il convenuto.

In questo contesto si inserisce il § *Nunc* dove si parla dell'«*officium iudicis huius actionis*», che sarà chiamato a contemperare gli interessi delle parti nella determinazione di eventuali danni e, se l'attore era solito acquistare merci, il giudice dovrà a tal fine tener conto non solo del danno emergente, ma anche del lucro cessante (testualmente: «*Quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem*»).

<sup>7</sup> *Gl. Et Lucri*, in *l. Non utique*, cit.,: «Sed hoc est speciale in arbitraria et quibusdam aliis regulariter contra. Vel dic hodie regulariter venire lucrum».

<sup>8</sup> Per aver scritto il *Liber singularis de usuris, et contractibus usurariis coercendis* (prima edizione a Lione nel 1649 e più volte ristampata: qui si cita dall'ed. Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1662); per un inquadramento dell'opera e sull'autore cfr. adesso la voce di C. MONTANARI, in *DBGI*, pp. 1168-1170. Peraltro il Leotardi, per quanto laureatosi a Torino, aveva avuto modo da studente di seguire a Pisa le lezioni di diritto civile di Andrea Fachinei, negli ultimi anni del suo magistero (inizi Secento), come egli stesso informa (LEOTARDI, *De usuris*, cit., p. 416, n. 31); non abbiamo però trovato traccia di questa permanenza pisana neppure nei suoi biografii più risalenti (cfr. A. OLDOINI, *Atheneum Ligusticum seu syllabus scriptorum ligurum nec non Sarzanensium ac Cynrensiarum Reipublicae Genuensis subditorum*, Perusiae, Ex Typographia Episcopali, apud HH. Laurentij Ciani, et Franciscum Desiderium, 1680, p. 257 [invero: p. 259]; O. DEROSI, *Scrittori piemontesi savoirdi nizzardi*, Nella Stamperia reale, Torino, 1790, p. 134; J.-B. TOSELLI, *Biographie niçoise ancienne et moderne ou Dictionnaire historique*, II, Imprimerie de la Société typographique, Nice, 1860, pp. 36-37).

primo luogo che (1) il creditore abbia dato il proprio denaro *invitus*, cioè non spontaneamente; che (2) il debitore sia in mora e (3) il creditore sia solito negoziare; inoltre che (4) il lucro sia stato certo e non meramente eventuale ed infine che (5) il creditore provi che l'impossibilità di comprare la merce, determinata dalla mancata restituzione del denaro da parte del debitore, gli abbia cagionato una perdita di lucro<sup>9</sup>.

Si è detto «in astratto», perché in concreto tutti questi requisiti non erano richiesti dalla giurisprudenza. Lo stesso Leotardi, che espone la sua trattazione continuamente sulla scorta del Menochio<sup>10</sup>, tendeva ad una generale ammissibilità del risarcimento del lucro cessante, anche in assenza del primo requisito<sup>11</sup> e pure della mora, purché questa fosse sostituita da idonei mezzi succedanei, come un'apposita pattuizione riguardante l'*id quod interest*<sup>12</sup>. Semmai, i requisiti che dovevano necessariamente ricorrere erano l'abitudine della negoziazione riguardo al mutuante – che però poteva riscontrarsi non soltanto nei mercanti, ma anche in tutte quelle persone che, a vario titolo, erano solite investire i loro denari –, la prova certa del lucro perso dal creditore<sup>13</sup>, dalla quale però erano esentate le persone or ora ricordate<sup>14</sup>, e del fatto che tale perdita era stata la conseguenza immediata

<sup>9</sup> LEOTARDI, *De usuris*, cit., *quaestio* 74, *De probatione lucri cessantis*, pp. 412-420.

<sup>10</sup> Con riferimento, cioè, all'autore del più diffuso trattato sui giudizi arbitrari, perché, come s'è accennato *supra* nt. 6, l'accertamento del lucro cessante costituiva in definitiva un giudizio arbitrario; si allude a J. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, Venetiis, Ap. Io. Baptistam Somaschum, et Fratres, 1569; il punto esaminato dal Leotardi è *casus* 119, fo. 166 rb-va, n. 10.

<sup>11</sup> Al riguardo egli nota come, seppur in passato vi fossero stati degli autori che lo esigevano, ormai esso non è richiesto neppure da molti teologi e autori «gravissimi», i quali non distinguono più se il mutuo è stato fatto spontaneamente oppure su richiesta del debitore, per ammettere la risarcibilità del lucro cessante. Infatti la «*aequalitas contractus non pendet ex eo tantum, quod quis se offerat, vel non offerat, sed ex eo tantum quod ei vere lucrum ex mutui datione cesset*», cosicché il Leotardi, dando uno sguardo alla pratica, può concludere che «*sane in iudiciis non distinguitur, nec quaeritur, an rogatus, vel sponte mutuum quis dederit. Nec apud tribunalia, apud quae causa egi plurimas, unquam hac de re disceptum vidi aut audivi aliquando fuisse quaesitum*» (LEOTARDI, *De usuris*, cit., p. 413, nn. 6-7).

<sup>12</sup> A suo avviso, sarebbe un'opinione universalmente riconosciuta quella secondo la quale «*etiam in mutuo creditorem ab initio licite pacisci cum debitore, ut teneatur refundere quicquid eius intersit ratione lucri cessantis pendente dilatione ad solvendum*» (*Ibidem*, p. 414, n. 20).

<sup>13</sup> Lucro che doveva essere certo e non d'una «*spes incerta et multis periculis obnoxia*» (*Ibidem*, p. 416, n. 31).

<sup>14</sup> Come nota lo stesso Leotardi, distaccandosi dall'insegnamento del Menochio: se infatti il requisito doveva essere richiesto «*in iis qui nec negotiari solent, nec lucrari, ut sunt divites, et nobiles viri, et mulieres locupletes, quibus nullum lucrum cessans adiudicandum puto nisi probent certam, et individuum occasionem lucrandi ex pecunia*», non

e diretta della mancata restituzione del denaro da parte del mutuuario<sup>15</sup>.

Ancora sul finire del Secento, molti sono gli autori che ricorrono ai requisiti castrensi per giustificare i mutui con interesse.

Per esempio, il giurista bresciano Francesco Gallo, autore d'un *Tractatus de fructibus* che ebbe numerose edizioni, si occupa della questione della risarcibilità del lucro cessante in un ampio articolo dedicato all'interesse del mutuante<sup>16</sup>, notando che, secondo la dottrina, debbono a tal fine concorrere vari requisiti, senza peraltro mai nominare il Castrense<sup>17</sup>.

A suo avviso, però, la determinazione del lucro cessante deve essere in ogni caso rimessa all'«arbitrium iudicis seu boni viri» ed individua perciò due soli requisiti che rendono ammissibile tale titolo di risarcimento: la prova della volontà di negoziare da parte del creditore e quella della mora del debitore<sup>18</sup>.

Pare di capire, in definitiva, che la tendenza degli interpreti ad ammettere gli interessi nel mutuo, trovi in ultima analisi il suo fondamento nell'*arbitrium iudicis*, vale a dire in quei poteri equitativi riconosciuti al giudice

---

aveva alcun senso richiederlo per coloro che solitamente esercitavano attività lucrative (*Ibidem*, p. 416, nn. 34-35).

<sup>15</sup> «Etenim necesse est inter caetera [sic!], ut lucrum hoc licite ultra sortem capere liceat, ut mutui datio, et retentio pecuniae debitae, vel creditae causa sit amissionis lucri, vel quod idem est, ut lucrum illud nobis interceptum sit debitoris culpa» (*Ibidem*, p. 419, n. 59). Spetterà poi al debitore, per converso, provare che il mutuante aveva altri denari a disposizione, con il cui impiego avrebbe potuto evitare il danno: questo fatto, essendo un fatto negativo – concludeva il giurista nizzardo – non potrà essere oggetto di presunzione e la prova di esso non potrà essere messa a carico dell'attore, quand'anche questi avesse agito con dolo «quia dolus non praesumitur» (*Ibidem*, p. 420, n. 66).

<sup>16</sup> F. GALLO, *Tractatus de fructibus*, Genevae, Sumptibus Gabrielis de Tournes et filiorum, 1721, II. *Articulus XXV Disputationis De Interesse Mutuantis*, pp. 513-526; la trattazione dei requisiti è alle pp. 520-521, nn. 47-52. Scarne notazioni biografiche su questo giurista, che fu pure consultore del S. Uffizio, in L. COZZANDO, *Libreria bresciana*, II, Per Gio. Maria Rizzardi, Brescia, 1694, p. 251, e in V. PERONI, *Biblioteca bresciana*, II, Per Niccolò Bettoni, Brescia, [1823?], p. 91.

<sup>17</sup> Molta dottrina – nota il Gallo – richiede l'abitualità della negoziazione, la prova di aver perso un lucro vero ed effettivo, o quantomeno in potenza prossima. A suo modo di vedere, però, è sufficiente che il creditore provi non che 'soleva' negoziare, ma semplicemente che 'voleva' negoziare e che dimostri, sulla base di circostanze oggettive, magari dedotte dalla prassi mercatoria, che dall'operazione negoziale egli avrebbe tratto un vantaggio economico. È sottinteso inoltre che il lucro cessante deve risultare come la conseguenza immediata e diretta della mancanza di denaro.

<sup>18</sup> «Concludo itaque quod ad hoc ut interesse lucri cessanti exigi possit sufficit probare quod creditor volebat negotiari, quia occasione ubique superperunt, et quod ex tali negotiatione tantum communiter lucrari consuevit. Ex quo si fuerit conventum inter debitorem et creditorem quod infra tale tempus mutuuum restituatur, *facta mora* per lapsum temporis et per interpellationem debitor tenebitur ad tale interesse» (*Ibidem*, p. 521, n. 52, corsivi nostri).

non solo per un temperamento del *rigor iuris*, ma più propriamente per la salvaguardia dell'*aequalitas partium*<sup>19</sup>.

È un ragionamento – questo – che emerge con particolare vigore da un tardo sistematico toscano, l'avvocato cortonese Gregorio Fierli (1744-1807)<sup>20</sup>, che nel suo volumetto dedicato alle varie *theoricae* dei giuristi più celebri ricevuti nel Fòro, apparso a Firenze nel 1801 e più volte ristampato, ha modo di trattare della «*theorica castrensis*» relativa al lucro cessante, facendo il punto della questione con lo sguardo rivolto alla prassi dei tribunali del Granducato.

Dopo aver indicato i presunti requisiti castrensi – che egli enumera in tre<sup>21</sup>, richiedendo però la contemporanea sussistenza di tutti ai fini della ammissibilità del risarcimento del lucro cessante<sup>22</sup> – il Fierli avverte che nel Granducato essi non hanno avuto accoglienza, soprattutto per quanto riguarda la prova delle occasioni di lucro, giacché «*ob libertatem publico commercio concessam, innumerae se offerunt occasiones erogandi pecuniam ad licitum, honestumque lucrum*», cosicché è pienamente ammissibile

---

<sup>19</sup> Cfr. P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 91-192 e anche A. LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia privata e rilevanza delle sopravvenienze. Un'indagine sulla cosiddetta clausula rebus sic stantibus nel maturo diritto comune*, adesso in ID., *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 77-96.

<sup>20</sup> Sul quale cfr. adesso A. DANI, *v. Fierli Gregorio*, in DBGI, pp. 858-859.

<sup>21</sup> Secondo G. FIERLI, *Celebriorum doctorum theoricae*, Romae, Apud Petrum Agazzi, 1840, pp. 89-90, Paolo di Castro, nella *l. Non utique*, avrebbe rinvenuto i seguenti requisiti: (1) che il creditore sia solito negoziare; (2) che il debitore sia in mora; (3) che il lucro sia certo «*in potentia proxima*».

Quanto al primo requisito, egli nota come esso non debba riferirsi ai soli mercanti, ma anche a tutte quelle persone al di fuori della mercatura che non siano solite mantenere i loro denari oziosi, ma viceversa li investano in leciti guadagni. Riguardo al secondo, il Fierli ricorda come non sia necessaria la prova della mora allorché esista un patto fra creditore e debitore «*ut donec pecunia restitatur, aliquid solvi debeat Creditori pro interesse, sive damni emergentis, sive lucri cessantis*», giacché tale patto opera come costituzione in mora. Infine, per quanto attiene al terzo requisito castrense, il giurista di Cortona osserva che nel fòro non si richiede la prova specifica dell'esistenza d'una «*aliqua occasio*», nella quale il creditore avrebbe investito i soldi, se il debitore non fosse stato in mora nel restituirglieli; e ciò molto più quando si è in presenza di mercanti e di creditori che sono soliti negoziare.

<sup>22</sup> Sulla base d'una consolidata interpretazione giurisprudenziale della *Rota florentina*, sulla quale vedi anche *infra* § seguente. Peraltro, lo si noti ancora una volta, questi requisiti castrensi non erano ricostruiti da tutti gli autori in modo eguale; a titolo esemplificativo si veda A.F. MONTELATICI, *Iurisprudentiae civilis elementa iuxta Institutionum imperialium ordinem*, II, Florentiae, Ex typographia bonducciana, 1778, pp. 99-100, che li individua (1) nella mora del debitore, (2) nell'occasione di lucro o di compera «*in promptu*», (3) nel fatto che, a causa della mancanza del denaro, il creditore abbia perso il lucro. Come si vede, il terzo requisito non coincide certo con l'abitudine della negoziazione additata dal Fierli.

e conforme a giustizia una convenzione che sia volta ad introdurre interessi certi, che ovviamente non si configurino di per sé come esosi, per la qual convenzione la sussistenza dei requisiti castrensi viene data per presunta<sup>23</sup>.

Una convenzione di tal genere, infatti, non è da considerarsi neppure contraria ai sacri canoni, giacché, per quanto vi siano autori eccessivamente rigoristi che negano questa distinzione, sembra dire il Fierli, un conto è il mutuo gratuito che «merito desiderant, sed non jubent Ecclesiasticae Sanctiones», un conto è il mutuo con l'apposizione d'un patto che consenta la percezione di interessi il quale è conforme «justitiae, et aequitati, quae non sinunt debitorem ex alterius pecunia lucrum percipere posse, et Creditorem non solum hujus lucri jacturam facere debere, sed etiam periculum amittendae sortis subire»<sup>24</sup>.

Insomma, come notavamo poc'anzi, le ragioni di giustizia e di *aequalitas partium* nel contratto rendono leciti gli interessi convenzionali, che si configurano appunto quale risarcimento del danno da lucro cessante, patito dal mutuante<sup>25</sup>.

### 3. Un'istruttiva decisio della Rota florentina

Lo *status quaestionis* in merito alla risarcibilità del lucro cessante si trova compendiato in una decisione della *Rota florentina* dei primi decenni del Settecento, la quale esamina *in puncto* il problema del mutuo con interesse<sup>26</sup>.

Il caso di specie riguardava il cavaliere Pietro de'Frescobaldi, il qua-

<sup>23</sup> «Jure et merito permitti solet in judicio, ac tolerari aequa, et justa conventio certi interesse inter contrabentes absque onere probandi requisita a Castrense exoptata, quae superius indicavimus, quaequae in nostris Tribunalibus pro probatis habentur» (FIERLI, *Celebriores doctorum theoricae*, cit., p. 89, in fine, corsivi nostri). Quasi identica conclusione in MONTELATICI, *Iurisprudentiae civilis elementa*, cit., p. 100, secondo il quale tranne il requisito della mora, gli altri requisiti castrensi da lui indicati (vedi *supra* nt. 22) «habentur tamquam probata, absque iudiciali trutina, ubi agitur de tenuta, quae Florentiae fieri potest ad consequendos fructus».

<sup>24</sup> FIERLI, *Celebriores doctorum theoricae*, cit., p. 90.

<sup>25</sup> Un contratto di questo genere – avverte conclusivamente il Fierli, *Ibidem*, p. 90 *circa finem* – nel *Formulario florentino* è indicato, non a caso, come «Imprestito fruttifero» ed è annoverato fra i contratti di cambio. Su questa scia, la legislazione “livornina” del 1682 e del 1718 avrebbe previsto automaticamente nei contratti di cambio un interesse, senza la costituzione in mora del debitore.

<sup>26</sup> *Florentina praetensorum fructuum, seu interesse*, Diei 6. Augusti 1723 coram Audit. MANILIO URBANI, in *Selectarum Rotae florentinae decisionum Thesaurus ex bibliotheca IOHANNIS PAULI OMBROSI, II, Florentiae, Ex typographia Bonducciana, 1769, dec. 30, pp. 318-348.*

le aveva ricevuto dalla propria madre Alessandra la somma di 390 scudi, obbligandosi al pagamento degli interessi annui del 5% fino alla restituzione del capitale. Morto Lamberto de' Frescobaldi, rispettivamente padre e marito dei predetti, era sorta disputa sui beni dell'eredità da riservare ai figli di primo letto, cosicché la vedova aveva chiesto giudizialmente al figlio la restituzione del prestito, con gli interessi stipulati, ottenendo però dalla Rota una pronuncia favorevole alla restituzione del capitale, ma negativa riguardo agli interessi pattuiti.

La *decisio* rende conto quindi della soluzione adottata, con una serie di dotte ed articolate argomentazioni che, ripercorrendo anche gli itinerari dottrinali relativi ai requisiti castrensi, avevano portato in generale ad ammettere il mutuo non gratuito.

Preliminarmente la Rota afferma la liceità dell'apposizione del patto produttivo d'interessi al contratto di mutuo «semota fraude, et dolo palliandi usuras»<sup>27</sup>, purché collegato ad un danno che il creditore subisce, privandosi del capitale mutuato; nel qual caso il contratto, stante la necessaria gratuità del mutuo, si trasformerebbe, secondo il Tribunale, in un contratto innominato «dummodo in eo adsit iustitia commutativa»<sup>28</sup> e a tale effetto è per l'appunto necessario che il creditore dimostri la sussistenza di tale danno, o sotto il profilo del danno emergente o sotto quello del lucro cessante (per il quale ultimo sovengono i requisiti castrensi: 1. che il debitore sia in mora, 2. che il creditore sia solito negoziare, 3. che vi sia un lucro «certum in potentia proxima»<sup>29</sup>), i quali – per consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale – debbono concorrere simultaneamente<sup>30</sup>.

Questa prova, comunque, non può ricavarsi dalla convenzione delle parti o dalla confessione del debitore, ma dev'essere ricavata «aliter», poiché si verte in «materia suspecta», nella quale le parti non potrebbero in alcun modo rendere lecito ciò che di per sé è contrario al diritto naturale, al civile, al divino e al canonico<sup>31</sup>.

Nondimeno, secondo la Rota, la convenzione che preveda interessi nel mutuo vale comunque in favore del debitore, per delimitare l'ambito della risarcibilità del danno: il creditore infatti non potrà chiedergli più di quanto pattuito, anche nel caso che egli dimostri che il danno sia superiore all'ammontare degli interessi; e, d'altro lato, nel caso in cui il creditore rie-

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 324, n. 1.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 325, n. 2.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 325, n. 4.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 326, n. 5.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 326, n. 6.

sca a provare soltanto un danno inferiore agli interessi, potrà conseguirne il risarcimento solo nei limiti di quanto provato.

Ad avviso della Rota, infine, non è necessario che la pattuizione degli interessi rechi la causale del danno emergente e del lucro cessante, perché essa è implicita al patto stesso, la cui apposizione altrimenti non sarebbe assolutamente giustificata<sup>32</sup>.

Prima di andare oltre nell'esposizione dei motivi della decisione, si ponga l'attenzione su alcuni enunciati generali che, pur richiamando la tradizione del Diritto comune, introducono forti elementi di novità, segni del mutare dei tempi.

In primo luogo è da considerare come la Rota ribadisca l'importanza della volontà dei contraenti, da sempre elemento portante del sistema contrattuale di tutta l'esperienza del Diritto comune, sostenendo pacificamente che essa può arrivare a disporre la modifica dell'elemento della gratuità del mutuo, a patto che tale variazione sia legata alla prospettiva del risarcimento d'un danno patito dal mutuante, e ciò in considerazione della delicatezza della materia trattata che comunque attiene al diritto divino.

Infine, è da tener conto che questa modifica induce un'alterazione della *natura contractus*, cosicché il mutuo, originariamente e necessariamente gratuito, si trasforma con l'apposizione d'un patto relativo all'*id quod interest* in un contratto innominato, che è nominalmente e giuridicamente *altro* rispetto al primo contratto.

Ritornando alle motivazioni, la Rota, passando all'esame i requisiti castrensi, osserva come non sia necessario provare la mora del debitore, giacché il consenso delle parti, espresso nella convenzione sugli interessi, supplisce di per sé alla mora; infatti, finché il capitale non venga restituito, il debitore è tenuto, proprio in forza del patto, al pagamento degli interessi.

Quanto al secondo requisito – quello dell'abitudine del creditore alla negoziazione – esso appare soddisfatto in base alla considerazione che l'abitudine non deve essere riferita soltanto ai mercanti, ma anche a tutte quelle persone, di varia estrazione sociale, le quali siano solite impiegare in qualche modo i denari, non lasciandoli oziosi, magari «tradendo pecunias Mercato-ribus ad licitum et honestum lucrum, vel emendo bona stabilia, census, loca montium, seu redditus quoscumque, precisa negotiatione, eo modo sumpta, quo solis mercatoribus convenit»<sup>33</sup>; con ciò esplicitamente riferendosi la Rota all'impiego di denaro in tutti quei contratti succedanei del mutuo, ormai pacificamente ammessi secondo una tradizione plurisecolare, i quali andavano dalla commenda ai censi fino alle cedole del debito pubblico.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 327, nn. 7-10.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 328, nn. 12-13.

Più complesso è il discorso relativo al terzo requisito – la prova del lucro cessante in potenza prossima – perché riguardo a questo il Tribunale si trova di fronte ad un'interpretazione rigorosa della Rota romana, la quale richiedeva che fosse provato specificamente che il creditore, pendente il mutuo, avesse avuto «in promptu aliquod individuum investmentum», che, in conseguenza dell'alienazione dei denari, pur volendo, non aveva potuto fare<sup>34</sup>.

La *Rota florentina* però osserva che, fuori della Curia romana, si è ormai affermata un'opinione meno esigente che arriva a dare per presunto questo requisito e richiede soltanto la prova esplicita della mora del debitore, riconoscendo un ruolo determinante all'arbitrio del giudice<sup>35</sup>. Questa opinione è seguita anche a Firenze, dove «ista praxis fuit communiter recepta, et per plures decisiones canonizata»<sup>36</sup>.

Nonostante queste agevolazioni relative alla prova dei requisiti castrensi, la domanda di donna Alessandra in merito agli interessi non poteva essere accolta, soprattutto sulla considerazione che ella non aveva provato la sussistenza di un vero danno da lei patito; sussistenza che, sola, avrebbe legittimato la percezione di un *quid pluris* rispetto al capitale mutuato.

La *decisio* insiste nel notare come questo *quid pluris*, in difetto di prova, si configuri come usura: «Non enim ex sola promissione, seu obligatione solvendi fructus alicuius summae pecuniariae, usque ad illius restitutionem licita fieri potest eorum competentia et exactio»<sup>37</sup>.

Il danno, ad avviso della Rota, non sussiste insomma né come danno emergente, né come lucro cessante.

Sotto l'aspetto del danno emergente, il Collegio osserva infatti che non è stato provato «concludenter» che la ritenzione della somma si configura come un danno immediato e diretto per la creditrice, la quale non avrebbe neppure provveduto al necessario interpello del debitore, con l'avvertimento del danno grave che ella sarebbe stata per patire dal ritardo nell'adempimento; né ella si è avvalsa di quei mezzi probatori «per aequipollens» che sono ritenuti ammissibili dalla Rota romana per dimostrare l'avvenuto danno. A questo proposito, quantunque vi siano dei dottori che seguono l'opinione del Ruini secondo la quale si presume che il danno non ci sarebbe stato se il debitore avesse tempestivamente adempiuto (il danno, in definitiva, troverebbe la sua causa nel ritardo stesso), la Rota ricorda come nella prassi queste tesi non siano state recepite, richiedendosi appunto, d'ordinario, la prova d'una tal voce di danno.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 329, n. 14.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 331-332, nn. 22-27.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 333, n. 29.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 336, nn. 39-41.

Quanto al lucro cessante, la Rota, sul presupposto che donna Alessandra non può essere considerata una persona che è solita negoziare, dichiara di voler prescindere da un'autorevole dottrina che richiede la prova di tre requisiti per la sussistenza del lucro cessante – 1. la mora del debitore, 2. una pronta e specifica occasione di lucro, 3. l'aver perso tale occasione di lucro o di compera, in conseguenza della mancata restituzione delle somme mutate<sup>38</sup> – proprio perché ormai nella prassi qualunque soggetto può accedere agli strumenti di investimento rappresentati dai redditi annui e dai luoghi di monte, che rendono possibile la fruttificazione del denaro e il conseguente configurarsi d'un lucro cessante relativo alle somme non investite dal creditore a causa dell'inadempimento del debitore.

E tuttavia, osserva ancora il Collegio, «ob discrepantes opiniones» anche a questo proposito, è opportuno procedere individuando i casi nei quali pacificamente è ammesso il risarcimento del lucro cessante.

In primo luogo v'è il caso del soggetto che avendo investita una somma in cambi, censi, luoghi di monte etc., la tolga da questi investimenti per darla ad un amico che gli chiede un prestito: qui può essere lecitamente pattuito un indennizzo per il lucro che il mutuante perde, facendo il prestito.

Altrettanto si può dire quando si discuta «de prompta, et individua occasione, erogandi suas pecunias in aliquod investimentum frugiferum, emptionem mercium, et in similia»<sup>39</sup>.

Un terzo caso si verifica quando il creditore dà i denari «ad effectum investiendi» e chi li riceve dichiara di prenderli per tal fine, cosicché è lecita la convenzione circa il lucro che dall'investimento di pensa di ricavare e l'esazione del ricavato da parte del creditore, anche se non sussistano i requisiti castrensi.

Infine l'ultimo caso consiste nella pattuizione che il creditore fa di riferire le proprie somme agli investimenti fruttiferi di cui sopra, nei quali avrebbe investito se non avesse fatto il prestito; orbene, secondo la *Rota florentina*, nonostante il diverso avviso della Rota romana che richiederebbe una prova individua certa, quando l'indicazione del tasso d'interesse corrisponde verosimilmente a quanto il creditore avrebbe ricavato dall'investimento in immobili, censi, luoghi di monte o simili, tale convenzione è lecita e il suo adempimento può essere preteso dal creditore senza alcuna ulteriore prova<sup>40</sup>. Il rendimento d'un investimento di tal tipo si configura

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 340, n. 55.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 342, nn. 60-62.

<sup>40</sup> Testualmente: «Quando conventio, et taxatio certi interesse, seu lucri est verisimilis, et correspondens fructui dictorum stabiliium, vel censuum, cambiorum, aut aliorum effectuum frugiferum, quorum frequentes sunt occasiones in loco, probabilius est [rispetto all'opinione restrittiva della Rota romana], quod ea sit licita, promissa, et absque alia

infatti come fatto notorio e quindi non bisognevole di prova.

Se dunque, in altri termini, c'è una dichiarazione del creditore che avrebbe impiegato la somma data a prestito in operazioni fruttifere del tipo testé indicato e questa, considerate le circostanze, è verisimile, si deve, secondo la *decisio*, stare a quanto risulta da essa, senza necessità di ulteriore prova.

Per quanto attiene poi ai mercanti, essi hanno diritto ad ottenere il risarcimento del lucro cessante, quando sussista la mora del debitore o la convenzione iniziale, essendo del tutto irrilevante la frequente aleatorietà dei loro guadagni; tuttavia tale risarcimento non è ammesso, ad avviso della Rota, nel caso in cui essi abbiano prestato somme accantonate «in arca» e originariamente destinate «pro bono regimine, propriis indigentis, seu casibus fortuitis, peculii, seu praesidii causa»<sup>41</sup>.

In conclusione, non rientrando donna Alessandra in nessuno di questi casi, la sua domanda relativamente agli interessi doveva essere rigettata.

#### 4. *Le usurae damni persecutoriae*

La decisione or ora commentata dava conto, in estrema sintesi, della riconosciuta legittimità della pattuizione di interessi, apposta al contratto di mutuo, a condizione che tali interessi si configurassero come risarcitori d'un danno subito dal mutuante a causa del prestito.

Questa posizione, come detto, compendia una riflessione lunga di secoli, che vedeva fra i suoi sostenitori alcuni autori di gran rilievo nella storia del pensiero giuridico moderno, i quali, pur non riferendosi ai presunti requisiti di Paolo di Castro, erano giunti a identici risultati.

Così, in pieno Cinquecento, le ragioni di tutela della *aequalitas partium* erano state messe in particolare evidenza dal vescovo spagnolo Diego de

---

probatione a Creditore exigenda» (*Ibidem*, p. 343, n. 65). A questa conclusione era pure pervenuto il De Luca, in aperta opposizione coi prammatici di Curia che, contentandosi d'una «leguleica simplicitas», pretendevano le attestazioni dei sensali per la prova del lucro cessante (si veda *infra* cap. IV, § 4.2.b), come questo meccanismo verrà mantenuto addirittura nel *Regolamento gregoriano* del 1834), «ita ad litteram et judaice intelligendo traditionem»; peraltro non mancavano nella stessa Roma giudici «docti et sensati», che ne facevano a meno, come egli stesso ricorda; cfr. G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, V, Romae, Typis Haeredum Corbelletti, 1669, pars I, *De usuris, et interesse*, § *Aut agitur, vers. Aut in alias occasiones*, p. 84, n. 10; e per un esempio, *Rota romana coram Ursino, Romana Fabricae*, Merc. 4. Iulii 1696, in *Mantissa decisionum Sacrae Rotae Romanae ad Theatrum Veritatis et Iustitiae cardinalis De Luca*, III, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1708, dec. 1, p. 93, nn. 5-6.

<sup>41</sup> *Rota florentina*, dec. cit., p. 346, nn. 82-83.

Covarruvias (1512-1577)<sup>42</sup>, quale fondamento del diritto del mutuante di esigere interessi.

Commentando la *l. curabit C. De actionibus empti et venditi* (C.4.49.5)<sup>43</sup> – la quale prevedeva un’ipotesi di percezione automatica di usure, cioè senza costituzione in mora del debitore, da parte di colui che avendo venduto una cosa fruttifera e trasferitone il possesso al compratore, non avesse ancora ricevuto il totale pagamento del prezzo – egli aveva ritenuto che tale costituzione, per quanto all’apparenza potesse sembrare «*contra iuris naturalis, divini, humani rationem*» (stabilendo appunto delle usure su una somma di denaro), fosse da considerare perfettamente esente dal peccato d’usura.

Infatti, nell’ipotesi presa in considerazione dall’imperatore, quelle percepite dal venditore non sono vere e proprie usure, ma costituiscono un aspetto della «*rei persecutio*»; ciò si deduce dall’equità della giustizia commutativa, che, a sua volta, come aveva già affermato Aristotele, «*in aequalitate consistit*»; sicché se uno dei contraenti si arricchisce a danno dell’altro, la controparte, in ossequio a tale *aequalitas*, deve essere parimenti arricchita «*ne sequatur inaequalitas inter commutantes proprias res*».

Allora un conto è parlare di *usurae lucratoriae*, le quali sono «*omni iure*» riprovate, un conto di quelle *recompensatoriae*, che invece sono universalmente ammesse «*quia dantur in compensationem eius, quod iuste competeat, et debitum erat eas recipienti*»<sup>44</sup>.

Le usure prese in considerazione dalla costituzione – che rientrano nella seconda tipologia – sono strettamente collegate alla percezione dei frutti della cosa da parte del compratore, cosicché sono i frutti che determinano la misura del *quantum*; la loro mancanza, secondo il Covarruvias, porta ad escludere la possibilità della percezione di usure da parte del venditore<sup>45</sup>.

L’autore aveva poi preso in considerazione una questione assai dibattuta in dottrina: se il venditore avesse diritto o no alla percezione delle *usurae praetii non soluti* quando si sia ormai verificato il passaggio di proprietà della cosa dal venditore all’acquirente.

Infatti, la fattispecie della *l. curabit* sembrerebbe ricorrere soltanto nel caso in cui sia stata trasferita la sola detenzione della cosa, ma non ancora il dominio; di tal che il compratore pagherebbe tali usure come se fossero una sorta di canone di locazione. Una volta però che il dominio si fosse trasferito al compratore, questi non sarebbe più tenuto a versare tali usure,

<sup>42</sup> Sul quale cfr. J. ALVARADO, *Diccionario crítico*, cit., pp. 255-257 e F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*<sup>h</sup>, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 309-310.

<sup>43</sup> D. COVARRUVIAS Y LEYVA, *Variae Resolutiones*, L. 3, cap. 4, in ID., *Opera*, II, Venetiis, Apud Gasparem Bindonum, sumptibus Sociorum, 1588, pp. 219 b-223 b.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 220 a, n. 2.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 220-221, n. 3, nonostante il contrario avviso di Baldo.

quand'anche si fosse pattuito un differimento nel pagamento del prezzo.

Il Covarruvias si era dimostrato di diverso avviso, ritenendo che il compratore fosse tenuto al pagamento delle *usurae pretii non soluti*, anche se si fosse verificato il passaggio di proprietà, e questo sulla base d'un'osservazione dettata da sano buonsenso e fondata sulla maggiore «*commoditas*» trasferita all'accipiente in caso di trasferimento del dominio della cosa, piuttosto che della semplice detenzione<sup>46</sup>.

Questo ragionamento avrebbe potuto essere esteso, ad avviso del Covarruvias, anche all'ipotesi del passaggio di proprietà con differimento consensuale del pagamento del prezzo<sup>47</sup>.

E il discorso avrebbe potuto essere ancor più generalizzato:

«Item et illud, quod maxima aequitate, frequentiori calculo receptum est, seu etiam ex causa mutui posse creditorem ab initio contractus pactum inire cum debitore de repetendo eo, quod creditoris sive in damno, sive in lucro intererit pendente dilatione data ad mutui solutionem etiam ante moram. Iuste etenim potest quis stipulari se indemnem servari tam in lucro quam in damno»<sup>48</sup>.

Sebbene, in passato, vi fossero stati degli autori discordi, il Covarruvias aveva notato come questa regola ai suoi tempi si fosse affermata come *communis opinio*; e per nulla intimidito da due autorità del calibro di Tommaso d'Aquino e Duns Scoto che avevano dubitato della liceità della percezione d'un lucro cessante caratterizzato dalla *incertitudo*, egli aveva soggiunto che «*nihilominus etiam quo ad interesse lucri cessantis vera est communis opinio, ubi fraus absit, etsi verisimilis eius certitudo, ac vere sit lucrum cessans*», per concludere «*quod si vere constet creditorem post moram debitoris tamen damni passum, vel certum lucrum amisisse, absque dubio etiam in animae interiori iudicio tenetur debitor id ei resarcire*»<sup>49</sup>.

Semmai, per evitare la «*fraudis suspicio*», sarebbe necessario, secondo

<sup>46</sup> «Plus enim iuris et commoditatis dat, qui dominium tranfert, quam qui rem tradit dominio retento» (*Ibidem*, p. 221 a, n. 4).

<sup>47</sup> Il «Bartolo spagnolo» aveva osservato che pacificamente in dottrina si ritiene possibile che il venditore possa percepire usure dal compratore il quale ottenuto un differimento del pagamento del prezzo ad un certo giorno, scaduto il tempo, si trovi ad essere inadempiente; e si era domandato retoricamente perché non avrebbe potuto esser stipulato un analogo interesse relativo al periodo della dilazione, che servisse a mantenere il creditore indenne da qualunque danno che non avrebbe subito se quella dilazione non fosse stata pattuita; testualmente: «*at non video, cur venditor non possit stipulari sibi usuras, vel interesse data dilatione, et habita fide pretii, quas consequi posset aequissime, si eam gratiam emptori non fecisset*» (*Ibidem*, p. 221 b, n. 5).

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 221 b, n. 5.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 222 a.

il vescovo spagnolo, che le *usurae pretii non soluti* venissero pattuite non per una somma definita, ma «sub incerta quantitate», da quantificarsi e provarsi dopo la fase d'esecuzione del contratto.

L'individuazione delle *usurae damni persecutoriae* consentiva ancora agli inizi del Secento di precisare l'ambito di operatività del divieto delle usure.

Un autore noto per aver scritto una diffusissima opera dedicata allo studio delle leggi romane ancora vigenti nei territori germanici interessati dalla recezione – l'olandese Simon Groenewegen van der Made<sup>50</sup> – dopo aver ricordato che le usure sono proibite dal diritto canonico nei titoli dell'*Extra*, del *Sextus* e delle *Clementinae*, aveva osservato che queste disposizioni valgono per le *usurae mere lucratoriae* e non anche per quelle che seppure «vulgo usurae putantur», sono tuttavia di altro genere, cioè le cosiddette *usurae damni persecutoriae*.

Queste ricorrono a. nel caso di danno emergente, b. di lucro cessante «deducto scilicet incerto spei, et labore qui subeundus fuerat», c. di spese sostenute e d. «pro periculo amittendae sortis»: in tali casi – aveva concluso – il nome odioso di *usura* ha propriamente lasciato il posto a quello, lecito, di *interesse*<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> SIMON GROENEWEGEN VAN DER MADE, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Lugduni Batavorum, Ad Franciscum Moyardum et Davidem Lopez de Haro, 1649, Ad C. 4.32 *De usuris*, pp. 519-520.

<sup>51</sup> Si noti *incidenter tantum* come tra le allegazioni di dottrina fatte dal giurista olandese compaiano, assieme al Covarruvias, testé commentato, e a Grozio, sul quale ci intratterremo nell'immediato prosiegua, anche il sommista Silvestro da Priero, che dalla sua ottica particolarissima aveva distinto la percezione d'interessi nel mutuo nel caso di danno emergente (sempre ammessa) da quella relativa al lucro cessante, per la quale occorreva che sussistessero quattro condizioni: 1. Il mutuante, che avrebbe preferito lucrare per altra via, è mosso a fare il prestito «gratia amici», 2. Il computo del lucro cessante deve tener conto dei pericoli del lavoro e delle spese, 3. Il patto relativo agli interessi non è contratto per sempre, ma «ad tempus quantum ad pr[a]esumptionem humanam quod aliter videretur male lucrari per istam viam quam per aliam», 4. Non sussista per il mutuante un obbligo di mutuare (potremmo dire: che non si versi in un caso di carità verso il fratello); cfr. SILVESTRO DA PRIERO, *Summa summarum qu[a]e silvestrina noncupatur*, s.d.e., in verb. *Usura*. I, n. 19, fo. 362 rb. Sull'importanza delle somme penitenziali per gli sviluppi del pensiero giuridico medievale e moderno è per noi sufficiente rinviare a P. GROSSI, *Somme penitenziali*, *Diritto canonico*, *Diritto comune*, adesso in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 115-153.