

Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università degli Studi di Ferrara

5

RAFFAELE VOLANTE

IL MUTUO NEL DIRITTO COMUNE

IL PROBLEMA DEL VALORE FINANZIARIO
DAI GLOSSATORI A POTHIER



Jovene editore
2012

La pubblicazione di questo volume è stata approvata dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Ferrara sulla base del giudizio positivo formulato da una commissione appositamente istituita per la valutazione scientifica dell'opera e composta dai proff. Giovanni Cazzetta e Chiara Maria Valsecchi.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2012

ISBN 978-88-243-2174-7

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

<i>Prefazione</i>	p. VII
-------------------------	--------

CAPITOLO PRIMO

LA PERDITA DI CENTRALITÀ DEL MODELLO ROMANO DI MUTUO E L'ONERE DELL'ANALISI STORICA DEL DIRITTO

1. Il mutuo reale e unilaterale dei codici e la sua crisi	» 1
2. La difficoltà di definire il mutuo come contratto bilaterale: il caso tedesco	» 3
3. I motivi della crisi del mutuo unilaterale. La tutela del contraente debole	» 8
4. La perdita di significato dell' <i>intuitus personae</i> nel mutuo	» 13
5. Un compito per la storiografia giuridica: la ricostruzione delle forme giuridiche di realizzazione del valore finanziario	» 17
6. Una prima verifica: la costruzione giuridica del prestito di denaro nell'alto medioevo. Lo schema della vendita reciproca	» 20
7. Lo schema della vendita reciproca nel mortgage del common law	» 23
8. Un tema in cerca d'indagine: il valore finanziario nel diritto comune ...	» 26

CAPITOLO SECONDO

LA DESCRIZIONE DEL MUTUO TRA ATTRIBUZIONE REALE E VIRTUALE DI VALORE FINANZIARIO NELL'OPERA DEI GLOSSATORI

1. Una prima distinzione tra tipologie di mutuo nella <i>Summa Trecensis</i> . Mutuo naturale, mutuo civile e quasi mutuo	» 29
2. Il mutuo civile come simulazione del mutuo naturale	» 33
3. Il trasferimento di ricchezza come unico modello possibile di valore finanziario	» 36
4. <i>Defectus mutui</i>	» 40
5. La ricostruzione del valore finanziario nelle caratteristiche della <i>res mutui</i>	» 43
6. Una nuova tipologia	» 48
7. Per un confronto tra due modelli di valore finanziario: le <i>singularitates mutui</i> in Piacentino e in Azone	» 54

8. Il ruolo della numeratio e del consenso nella fattispecie contrattuale del mutuo. La Glossa Magna	p.	60
9. (<i>Segue</i>) La tipologia delle fattispecie genetiche di mutuo	»	64
10. Conclusioni	»	70

CAPITOLO TERZO

VALORE FINANZIARIO, RES MUTUI
E RILEVANZA DEL CONSENSO
NELLE DOTTRINE DEI COMMENTATORI

1. Definire il mutuo sulle caratteristiche della cosa mutuata. Odofredo	»	71
2. Le dottrine ultramontane. Jacques de Révigny	»	77
3. Contratto di mutuo e adempimento dell'obbligo di restituzione in Cino da Pistoia	»	84
4. Singularitates mutui e singularitates pecuniae nella dottrina di Cino da Pistoia	»	91
5. Il rifiuto delle plures species mutui	»	96
6. Bartolo da Sassoferrato. Le caratteristiche della res mutui	»	101
7. Res mutui e esatto adempimento	»	109
8. Le tipologie di mutuo in Bartolo da Sassoferrato	»	112
9. Le specialità del mutuo	»	119
10. La definizione di mutuo in Baldo degli Ubaldi	»	124
11. Le species mutui	»	134
12. La genericità della numeratio come momento costitutivo del mutuo ...	»	139
13. L'onere del tardo Commento: conservare al mutuo la natura di contratto	»	143

CONCLUSIONI

1. Il valore finanziario del diritto comune. Causa mutui, valuta nominale e mutuo consensuale	»	149
2. Un nuovo ruolo per il consenso nel contratto di mutuo	»	151
3. L'esclusione del valore finanziario come fondamento dell'equità del mutuo nel modello di Domat e di Pothier	»	157

PREFAZIONE

Questo libro giunge al termine di un percorso di ricerca iniziato nel 2001 con un articolo intitolato *Il mutuo consensuale*, pubblicato sui *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno* e proseguito con altri contributi, di cui si fa a volte menzione oltre nel testo. Ricerche che, condotte in tempi e con metodi diversi, hanno costantemente indicato la perfetta indifferenza del diritto vivente dei contratti di finanziamento rispetto all'impianto tradizionale dei codici. Un fenomeno che non ha riscontro per altre realtà contrattuali: da qui l'interesse per un'indagine storica sul mutuo, sulla sua costruzione come tipo, sulle ragioni che ne hanno giustificato il ruolo nei sistemi codicistici ottocenteschi e ne hanno poi provocato il sostanziale abbandono.

Una storia che, per avere senso, attendeva di essere condotta non sui momenti di continuità tra il mutuo del diritto romano e quello delle codificazioni, sempre conclamata come premessa essenziale da tutta la letteratura moderna esistente su questo contratto, ma su quell'esperienza che i codici intesero superare, il diritto comune. Tradizionalmente confinata nel tema angusto del divieto delle usure da una storiografia libera nei metodi quanto amante dei colori forti, la vicenda del mutuo ha potuto rivelare all'indagine tecnica una dimensione insospettata, che attendeva secondo me di essere colta attraverso strumenti interpretativi specifici. Alla loro individuazione è dedicato il primo capitolo, mentre il secondo e il terzo si incaricano di seguire il percorso del mutuo nelle dottrine del diritto comune, dai primi glossatori al tardo Commento. Nelle conclusioni si tratteggiano le linee essenziali del disegno teorico che ha portato questa storia del mutuo ad essere una storia dimenticata.

Di tutto ciò giudicherà il lettore.

All'autore resta di testimoniare un debito di amicizia, un ricordo, e formulare una dedica.

Il primo è verso Paolo Grossi, cui sono sempre debitore di molti spunti, Giovanni Cazzetta e Chiara Maria Valsecchi, anche per la paziente lettura del manoscritto e i molti consigli, Mario Bertolissi e Francesca Mazzonetto, per tutte le opportunità che mi hanno dato, e che spero di aver usato per il meglio.

Il ricordo è per Mario Sbriccoli e Letizia Gianformaggio, troppo presto mancati alla ricerca scientifica e all'affetto di chi li ha conosciuti e ovviamente stimati.

La dedica è per Serena, che da giurista e collega mi ha incoraggiato, sostenuto e consigliato nella scrittura di questo libro, come in ogni momento della nostra vita insieme. Un debito per cui non posso far altro che confessarmi insolvente.

CAPITOLO PRIMO

LA PERDITA DI CENTRALITÀ DEL MODELLO ROMANO DI MUTUO E L'ONERE DELL'ANALISI STORICA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il mutuo reale e unilaterale dei codici e la sua crisi. – 2. La difficoltà di definire il mutuo come contratto bilaterale: il caso tedesco. – 3. I motivi della crisi del mutuo unilaterale. La tutela del contraente debole. – 4. La perdita di significato dell'intuitus personae nel mutuo. – 5. Un compito per la storiografia giuridica: la ricostruzione delle forme giuridiche di realizzazione del valore finanziario. – 6. Una prima verifica: la costruzione giuridica del prestito di denaro nell'alto medioevo. Lo schema della vendita reciproca. – 7. Lo schema della vendita reciproca nel mortgage del common law. – 8. Un tema in cerca d'indagine: il valore finanziario nel diritto comune.

1. *Il mutuo reale e unilaterale dei codici e la sua crisi*

Non è recente la consapevolezza che il contratto di mutuo, per come descritto dalla tradizione romanistica, se resta centrale nell'astrazione del sistema codicistico non lo è più nella vita economica che i codici pretenderebbero ancora di regolare, con fiducia tutta ottocentesca¹. Se la perdita di centralità sostanziale del contratto con cui «una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili» costituendo in questo modo l'altra nell'obbligo di «restituire altrettante cose della stessa specie e qualità» può dirsi assodata, non così è per

¹ Un fenomeno evidenziato, tra gli altri, da J. KÖNDGEN, *Modernisierung des darlehensrechts: eine Feblanzeige*, in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen 2001, p. 468, il quale da un lato ribadisce come il concetto giuridico di mutuo costituisca un elemento importante del preteso *ius commune* europeo di matrice romanistica, poiché centrale nella quasi totalità delle codificazioni, dall'altro evidenzia come la concezione reale di mutuo (*Darlehen*) nel BGB sia in realtà un anacronismo, visto che i §§ 607 ss. della codificazione del 1900 sono sempre rimasti «lettere morte». Cfr. per il caso italiano V. GIUFFRÈ, «Mutuo (storia)», in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano 1977, p. 444 per cui il mutuo reale «benché troneggi nel sistema codificatorio, è il mutuo povero, che si contrae tra amici o dagli strozzini senza molte pretese del quartiere».

le cause di questo fenomeno, e soprattutto per le diverse dimensioni in cui si è realizzato.

La crisi del mutuo come tipo contrattuale si percepisce oggi sotto più profili, e tutti sono spesso tenuti da una moderna analisi giuridica quasi come sinonimi nel descrivere la sempre maggiore distanza tra la fattispecie astratta degli articoli da 1813 al 1822 del Codice civile e la multiforme varietà dei concreti negozi di finanziamento, pervasi da altre finalità e quasi da un'altra cultura. Pure questi diversi contesti devono essere individuati con esattezza, per comprendere appieno non solo la portata della crisi, ma le sue cause, e tracciare così il compito per un'analisi storica.

In sintesi, possiamo individuare tre contesti principali su cui misurare lo scollamento tra il modello codicistico di matrice romanistica non solo dalla realtà attuale dei traffici, ma anche dagli obiettivi di regolamentazione propri delle legislazioni moderne.

Il primo è relativo alla fattispecie genetica del contratto. Un terreno su cui si può verificare l'ormai scarsissima tenuta del modello reale di mutuo², ritenuto imprescindibile con poche eccezioni da tutta la cultura giuridica ottocentesca, rispetto a un modello consensuale che vede le parti in un rapporto di sostanziale parità di ruoli nella costruzione del vincolo contrattuale.

Collegato a questo – ma logicamente indipendente – è un secondo contesto: la ricostruzione del contenuto tipico del contratto di mutuo secondo gli interessi delle parti contrattuali. La realtà del mutuo come fattispecie genetica – altro caposaldo della dottrina ottocentesca – era intesa come la condizione *sine qua non* perché il mutuo come regolamento di interessi potesse trovare un solo soggetto effettivamente obbligato: il percettore del credito, non il prestatore. Trasferendo la somma di denaro o la quantità di cose fungibili, quest'ultimo avrebbe concluso un contratto da cui non avrebbe tratto alcun obbligo, ma del quale sarebbe stato arbitro fino all'ultimo momento.

Gli interessi concreti dietro questa ricostruzione della fattispecie sono evidenti: per chi esercita professionalmente il credito non è di secondaria importanza non essere obbligato a perfezionare il contratto. Essi tuttavia non rilevano in questa sede. Ciò che importa qui è segnalare come questi due aspetti – la realtà e l'unilateralità – siano sempre stati assunti l'uno come simbiotico all'altro, ed entrambi come parte di una

² Per come ho già fatto in *Il mutuo consensuale. Crisi del modello romanistico di contratto reale e prospettive per un diritto comune europeo (a proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese e della Riforma del diritto delle obbligazioni in Germania)*, in QF 30 (2001) p. 869-913, cui rimando.

struttura che non avrebbe potuto essere diversa per definizione. Logica voleva che quando non si fosse ricevuto non si potesse restituire, e quindi che il mutuo non potesse concludersi altro che con la tradizione della cosa mutuata, e logica voleva che solo chi avesse ricevuto potesse restituire, e quindi che il mutuo obbligasse solo una parte del contratto, e non l'altra.

Tutto ciò – terzo e ultimo contesto di verifica della distanza tra realtà del Codice e realtà effettuale – si basava su di un presupposto: l'*intuitus personae* tra il mutuante e il mutuatario, atteso che la concessione di fiducia implica almeno la possibilità di conoscenza, se non di scelta, del proprio debitore. Anche questo elemento della visione tradizionale del mutuo, ammesso che sia effettivamente esistito, è definitivamente caduto nella moderna quotidianità dei negozi di finanziamento, e ciò proprio con riguardo ai mutui per le famiglie, ai negozi che finanziano le grandi scelte di una vita, non solo alle complicate operazioni di finanziamento delle imprese, negozi spesso senza modelli o precedenti, disegnati caso per caso sulle specifiche esigenze dei grandi gruppi.

Ogni mutuo stretto con un istituto di credito, ossia con l'unico soggetto autorizzato per legge, viene oggi immediatamente ceduto ad altri istituti. Ciò pregiudica per definizione l'esistenza di qualsiasi conoscenza personale tra i contraenti, visto che il mutuatario continua a percepire per creditore un soggetto che, da mutuante, si è trasformato in mero percettore di rate, che riscuote in nome e per conto del cessionario. Un mutuo *reificato* che, ancora una volta, non può trovare alcuna corrispondenza con il modello romano, di cui pure si continua tralatiziamente a proporre un'inevitabile centralità.

2. *La difficoltà di definire il mutuo come contratto bilaterale: il caso tedesco*

Il primo aspetto è forse il più semplice da analizzare, almeno dopo la riforma del diritto delle obbligazioni in Germania che ha portato una codificazione simbolo come il BGB a disciplinare il mutuo come contratto consensuale. La versione originale del BGB definiva il mutuo al § 607, descrivendolo in piena adesione al modello romanistico come contratto che, concludendosi con la dazione della cosa, obbligava il solo ricevente³. Nella versione in vigore dal 2004, il § 607 disciplina invece solo

³ Così la versione originale del § 607: «Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von

uno dei due tipi fondamentali di mutuo e quello meno importante, vale a dire il prestito di cose fungibili diverse dal denaro. Il mutuo pecuniario è oggi disciplinato dal § 488, che ne fa un contratto consensuale. La nuova formulazione prevede infatti che dalla manifestazione della volontà delle parti risulti innanzitutto l'obbligo per il mutuante di trasferire la somma di denaro nell'ammontare pattuito al promittente mutuatario e il conseguente obbligo di questi di restituirla alla scadenza⁴.

Una scelta sofferta, dal punto di vista sistematico.

A guidarla è stata la consapevolezza del contrasto tra la naturale bilateralità funzionale del mutuo pecuniario, normalmente produttore di interessi a favore del mutuante, e l'unilateralità della struttura genetica tradizionale. Il mutuo consensuale serve in questa prospettiva a riequilibrare il contratto, dando al mutuante un obbligo a corrispettivo del suo naturale guadagno. La successione dei progetti di riforma è, sotto questo profilo, sommamente indicativa della costanza nel perseguire tale fine, e del problema di trovare il mezzo idoneo per farlo: in ultima analisi, del peso di una tradizione e della difficoltà di liberarsene.

Il processo della *Schuldrechtsreform* iniziò infatti con un primo progetto, il c.d. *Diskussionsentwurf* redatto dal *Bundesministerium der Justiz* nel 2000⁵. Il mutuo qui scompariva come istituto, sostituito da un più anodino *Kreditvertrag*, il contratto con cui una parte, detta concedente, si obbliga a mettere a disposizione dell'altra, detta richiedente, la somma di denaro convenuta, con il conseguente obbligo per quest'ultimo di corri-

gleicher Art. Güte und Menge zurückzuerstatten». Nel BGB del 1896 il mutuo non veniva in realtà neanche descritto nella sua sostanza di contratto, ma quasi come la disciplina degli effetti conseguenti alla ricezione da parte di un soggetto di una data quantità di cose fungibili. Rafforza questa impressione il secondo comma del paragrafo, il quale dava a colui il quale ha ricevuto una quantità di denaro o cose fungibili sulla base di un titolo qualsiasi, la possibilità di accordarsi con il creditore per considerare a posteriori la somma dovuta come a titolo di mutuo: «Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen».

⁴ Questa la versione attuale del § 488: «1. Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen». L'abbandono del mutuo reale e della sua lunga tradizione ha comportato per il legislatore l'assunzione di maggiori oneri definitivi. Da qui l'apposizione di una rubrica all'articolo (prassi sconosciuta alla versione originale del BGB), intitolata «*Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag*», a sottolineare che, a differenza con il passato, vi è ora effettivamente bisogno di stabilire quali siano gli obblighi tipicamente derivanti dal contratto di mutuo, atteso che questa struttura contrattuale non presenta più le certezze del passato.

⁵ Bundesministerium der Justiz, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - Entwurf (Diskussionsentwurf)* del 4 agosto 2000.

spondere gli interessi e restituire il capitale. Il *Kreditvertrag* del *Diskussionsentwurf* poteva consistere anche nella concessione di una dilazione di pagamento rispetto a un debito precedente, come in qualsiasi altro *Finanzierungshilfe*⁶. Non vi era, dietro questa nuova formulazione, nulla di veramente meditato, ma solo la meccanica trasposizione nel tessuto del codice del modello contrattuale introdotto dalla legislazione sul credito al consumo del 1990, di recezione della prima direttiva europea in materia, la 87/102/CEE⁷. La disciplina della legge speciale, che pure disciplinava ipotesi particolari di finanziamento, sembrava aver totalmente soppiantato quella del *Darlehen* del Codice, sempre più percepita come retaggio di una vuota sistematica, lontana dalle esigenze reali⁸; da qui la soluzione di riportarla puramente e semplicemente al posto di questa⁹.

La scelta fu fortemente contrastata dalla dottrina, che vedeva nel concetto di *credito*, per come assunto nel termine *Kreditvertrag*, una nozione atecnica e incapace di fondare una nuova sistematica all'interno del BGB¹⁰. La critica principale che veniva mossa a questa definizione era quella di cercare di descrivere il contenuto tipico del contratto a partire da talune forme concrete di credito che, più frequenti nella

⁶ Questa la definizione di *Kreditvertrag* del *Diskussionsentwurf*, contenuta nel § 490: «Durch den Kreditvertrag wird der Kreditgeber verpflichtet, dem Kreditnehmer den vereinbarten Geldbetrag (Kredit) zur Verfügung zu stellen. Der Kreditnehmer ist verpflichtet, den vereinbarten Zins zu zahlen und nach Beendigung des Vertrags den zur Verfügung gestellten Geldbetrag zurückzuerstatten. Gegenstand eines Kreditvertrags können auch ein Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe sein».

⁷ Intento dichiarato anche nel preambolo informativo al *Diskussionsentwurf*: «Das Verbraucherkreditgesetz soll mit dem völlig überholten Titel über das Darlehen zu einem modernen Titel über den Kreditvertrag verschmolzen werden». Bundesministerium der Justiz, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - Entwurf (Diskussionsentwurf), cit., p. 14.

⁸ La critica mossa alla definizione tradizionale del § 607 era quella di prevedere una fattispecie unilaterale perché gratuita, la cui onerosità, normale nella prassi, veniva affidata ad un accordo aggiuntivo. La nuova norma avrebbe quindi dovuto vedere nel mutuo un contratto normalmente oneroso, salva la possibilità per le parti di renderlo gratuito: «Anders als §§ 607 und 608 geht die Regelung nicht mehr von der Unentgeltlichkeit des Darlehens aus, Sie legt vielmehr die heutigen Realitäten zugrunde, wonach ein Darlehen in aller Regel entgeltlich ist. Die Regelungen sind dispositiv, so dass auch unentgeltliche Darlehen zulässig sind. Dies gilt nach § 305c auch bei Verbraucherkreditverträgen, weil dies eine dem Verbraucher günstige Abweichung wäre. Die besondere Erwähnung des unentgeltlichen Darlehens ist entbehrlich, weil es so selten ist». Bundesministerium der Justiz, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - Entwurf (Diskussionsentwurf)*, cit., *Vorbemerkung* zu § 490 Abs. 1.

⁹ Cosa puntualmente criticata con varietà di accenti dalla dottrina dell'epoca. Cfr. J. KÖNDGEN, *Modernisierung des darlehenrechts: eine Fehlanzeige*, cit., p. 469.

¹⁰ Così T. PFEIFFER, *Die Integration von «Nebengesetzen» in das BGB* in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, cit., p. 521. Analoghi rilievi in M. ARTZ, *Neues Verbraucherkreditrecht im BGB* in *Jahrbuch Jungen Zivil Rechtswissenschaftlern*, 2001, p. 234 ss.

prassi, pure non potevano ambire a rappresentare la totalità del fenomeno¹¹.

La definizione del *Diskussionsentwurf* non comprendeva altre ipotesi di mutuo diverse da quelle pecuniarie; essa non avrebbe quindi potuto riportare nel BGB il prestito di cose fungibili diverse dalla moneta¹². Fu così che il progetto successivo – il *Regierungsentwurf*¹³ – tornava a organizzare la materia intorno al *Darlehen* della redazione originaria del BGB, di cui si abbandonava comunque la natura reale per configurarlo invece come contratto consensuale.

Il *Regierungsentwurf* prendeva atto dell'impossibilità di sistemare tutte le ipotesi contrattuali di finalità creditizia e finanziaria all'interno di un unico concetto generale che, proprio per dover rappresentare fattispecie tanto diverse, sarebbe riuscito comunque vago e di scarsa capacità definitoria¹⁴. La scelta della *Schuldrechtsreform* è stata quindi quella di ricorrere a tre tipi contrattuali diversi per qualificare tutte le ipotesi di concessione diretta di un credito in valuta: il mutuo (*Darlehen*); il supporto finanziario, in cui comprendere anche

¹¹ P. BÜLOW, *Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht im BGB*, in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE, (hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, cit., p. 159, evidenziava correttamente le incongruenze della definizione del § 490 del *Diskussionsentwurf*, che descriveva al primo comma gli obblighi che il concedente avrebbe assunto in una qualsiasi forma di contratto di credito, ma che nel secondo già indicava solo gli obblighi che il ricevente avrebbe assunto in una sola tra le possibili forme di finanziamento, pur ricadenti nella definizione di *Kreditvertrag*. Uguali rilievi in M. ARTZ, *Neues Verbraucherkreditrecht im BGB*, cit., p. 233, il quale sottolineava come il § 490 definisse i negozi di finanziamento solo come quelli basati sulla concessione, diretta o indiretta, di una somma di danaro, mentre escludeva le ipotesi della dilazione del pagamento, menzionata ma non disciplinata nella norma, e in generale tutte le ipotesi di locazione finanziaria.

¹² Ipotesi rilevanti tanto nella vita quotidiana, ove simili prestiti sono accessori a contratti di vendita o di fornitura, come nel caso delle bibite vendute in recipienti «a rendere», tanto nella pratica finanziaria. Occorre considerare al proposito che la dottrina tedesca ha sempre riportato tra i mutui non pecuniari quello su titoli di credito, il *Wertpapierdarlehen*. Per questi rilievi, M. ARTZ, *loc. cit.* Altre voci minimizzavano la portata del rilievo, quasi evidenziando come la tradizione della *alte Fassung* del BGB avrebbe supplito alle lacune di disciplina della nuova versione, consentendo di recuperare per via interpretativa ciò che il legislatore trascurava di regolare. Così J. KÖNDGEN, *op. cit.*, p. 470.

¹³ *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, BT-Drucksache 14/6040, approvato l'11 ottobre del 2001.

¹⁴ Come dichiarato nella stessa Relazione al *Regierungsentwurf*: «Der aus dem Verbraucherkreditgesetz bekannte Begriff des "Kredits", der als Oberbegriff für das Gelddarlehen, einen Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfen diente, wird aufgegeben. Stattdessen werden die sich dahinter verbergenden unterschiedlichen Erscheinungsformen des Kredits, zu der nach der Begrifflichkeit des Verbraucherkreditgesetzes auch der Ratenlieferungsvertrag zählt, eigenständig geregelt». *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 3 - Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge* (BT-Drucksache 14/6040, p. 252).

le dilazioni di pagamento (*Finanzierungshilfe*); la fornitura di beni o servizi da rendersi in un arco di tempo (*Ratenlieferungsverträge*).

La nuova sistemática procede pertanto dal prestito di denaro ad interesse e non più dal modello di prestito normalmente gratuito cui può aderire apposita convenzione per gli interessi. Seguendo questa seconda via, i codici avevano disciplinato con una stessa definizione qualsiasi tipo di mutuo, in denaro come in granaglie. La *neue Fassung* del BGB fa invece cadere il postulato fondamentale dell'unità del tipo contrattuale del mutuo, ed è così costretta a tenere radicalmente distinte le figure del mutuo pecuniario dal mutuo di altre cose fungibili, che viene ora previsto in un titolo diverso e gratificato della specifica denominazione di *Sachdarlehen*.

Un dato che mostra quanto pericolosa sia l'opera di definire un contratto apparentemente semplice come il mutuo. Se la naturale onerosità del mutuo pecuniario giustifica la bilateralità delle prestazioni e la conclusione non più reale, ma consensuale del contratto, questa logica non può estendersi al mutuo di cose diverse dal denaro, che resta nella prassi normalmente gratuito, proprio perché non ha ad oggetto una valuta, ma una merce. Il legislatore tedesco ha preferito così mantenere l'unità del tipo contrattuale piuttosto che assoggettare il *Gelddarlehen* e il *Sachdarlehen* a due regimi radicalmente diversi di conclusione. Il nuovo § 607 descrive ora il mutuo non pecuniario come un contratto obbligatorio per entrambe le parti nel momento in cui queste scambiano il loro consenso. Per conseguire questo risultato, tuttavia, il contratto è descritto in modo antitetico rispetto alla tradizione romanistica e attribuisce perciò al mutuatario non solo l'obbligo di restituire un'eguale quantità dello stesso genere delle cose ricevute, ma anche quello di corrispondere al mutuante un compenso per il loro uso. Il *Sachdarlehen* del nuovo ordinamento civile tedesco è quindi un negozio che, misurato con le tradizionali categorie romanistiche, risulta un ibrido fra il mutuo classicamente inteso e la locazione: del primo mantiene la caratteristica della fungibilità della cosa oggetto del contratto, di cui il mutuante cede la proprietà¹⁵, mentre assume dal secondo l'elemento del canone¹⁶. Un inserimento che stravolge

¹⁵ La formulazione del nuovo § 607 fu attentamente scelta per segnare questa differenza tra il *Sachdarlehen* e i contratti in cui si trasferisce solo la detenzione del bene da restituirsì nella sua individualità e non nel *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Così la relazione al *Regierungsentwurf*: «Mit dem Begriff des "Überlassens" ist – in Abgrenzung zur Miete und Leihe – nicht nur die Oberlassung zum Gebrauch, sondern die Oberlassung zwecks Eigentumsübertragung gemeint». *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., *Vorbemerkung* zu § 607 Absatz 1. BT-Drucksache 14/6040, p. 259.

¹⁶ Il compenso di cui al § 607 non è difatti assimilabile in alcun modo ad un interesse. Nella deliberata scelta testuale (per cui in nessuna parte della nuova normativa si parla di

il tessuto tradizionale del mutuo, ma che è necessario, nell'ottica del legislatore, per ottenere quella bilateralità funzionale che è unico presupposto della conclusione consensuale del contratto.

3. *I motivi della crisi del mutuo unilaterale. La tutela del contraente debole*

La legislazione tedesca è quindi l'unica in Europa ad aver affrontato il problema del mutuo in termini di sistema, a prezzo della riforma radicale di un Codice considerato il principale custode della tradizione romanistica. Altri paesi, tra cui l'Italia, non hanno preso la stessa strada, ma ciò non toglie che il mutuo reale non sia anche in questi contesti un'ipotesi residuale nel sistema civilistico complessivamente inteso, prima che nella prassi. In tutta l'Europa continentale il mutuo del Codice si trova inevitabilmente accerchiato e soggiogato da altri tipi negoziali, introdotti dal legislatore o individuati dalla giurisprudenza, che conseguono una finalità di finanziamento con una struttura obbligatoria bilaterale.

È questo il secondo contesto di crisi del modello romanistico di mutuo che dobbiamo preliminarmente analizzare: la struttura tradizionale, comprendendo unilateralità di obblighi del solo mutuatario verso il mutuante, è squilibrata a favore di questi e non tutela il contraente debole, l'odierno consumatore del servizio finanziario. Per questo i provvedimenti in favore del consumatore di taluni ordinamenti nazionali, e successivamente quelli ingenerati dalle direttive comunitarie in materia¹⁷, hanno costantemente ricercato il maggior equilibrio possibile tra le parti creando un tipo contrattuale specifico, in cui riconoscere per la parte de-

Zinsen a proposito del *Sachdarlehen*, ma si adoperava sempre il più generale termine di *Entgelt*) il *Regierungsentwurf* risolve per il mutuo un dibattito che si riproponeva a volte sotto la formulazione originale del BGB, ingenerato proprio dal contrasto tra la lettera del Codice, che tratteggiava un mutuo normalmente gratuito, e l'urgenza della prassi, per la quale il mutuo è naturalmente oneroso: se gli interessi dovessero consistere necessariamente in cose della stessa specie del debito in capitale o se potessero essere concordati in cose di specie diversa. La tesi dell'omogeneità tra capitale e interessi si basava sulla naturale onerosità del mutuo, e postulava nell'interesse una funzione della durata del godimento del capitale altrui che, come tale, non avrebbe potuto calcolarsi altro che in percentuale, e quindi corrispondersi in identica valuta. La tesi contraria faceva leva sull'accessorietà dell'obbligazione degli interessi, che si traduce in una relativa autonomia di questa rispetto all'obbligazione concernente il capitale. Cfr., per tutto, STAUDINGER-HOPT-MULBERT § 608, n. 15 (ed. 1988).

¹⁷ Il credito al consumo è forse la materia più frequentata dalla Direttive e costituisce per questo, insieme ai provvedimenti in materia di *unfair contract terms* e di *market abuse*, l'asse portante del diritto privato europeo dei contratti. La prima direttiva in tema di credito al consumo, la 87/102/CEE è stata poi sostituita dalla 2008/48/CE.

bole una serie di tutele altrimenti non configurabili all'interno del mutuo unilaterale.

Questo continua a vivere indisturbato la sua vita di idolo tradizionale in molti Codici civili europei, ma dal suo ambito di applicazione sfuggono le ipotesi di finanziamento più ricorrenti nella prassi, regolate in via prescrittiva dal tipo contrattuale della legge speciale. Così in Francia, dove già dal 1978 con la cd. *loi Scrivener* veniva creato un contratto di credito al consumo che obbligava il consumatore solo dal momento dell'accettazione da parte sua di una proposta fatta dal fornitore professionale di credito con l'osservanza di talune prescrizioni formali¹⁸.

La legge stabiliva che questa modalità fosse l'unica lecita per il credito al consumo per l'acquisto di beni e servizi, restando nullo ogni altro contratto, anche il mutuo del *Code civil*. Le prescrizioni della *loi Scrivener* passarono poi nel *Code de la Consommation*¹⁹ il quale, più volte emendato anche a seguito delle direttive comunitarie in materia, disciplina oggi non solo il credito accessorio e integrato ad un contratto d'acquisto o di fornitura di beni mobili o servizi, ma anche il credito immobiliare, su basi affini²⁰.

Fulcro tradizionale della disciplina è il principio per cui il consumatore abbia in via esclusiva il diritto di recedere dal contratto entro un dato periodo dalla sua conclusione. Il *cooling off period* – il periodo «di raffreddamento» in cui, svanite le suggestioni che hanno indotto all'acquisto, il consumatore intende liberarsi tanto dal contratto principale relativo al bene, tanto da quello accessorio relativo al finanziamento dell'operazione – è lo strumento tradizionale con cui si è cercato di riequilibrare in favore del consumatore le sorti del contratto di finanziamento.

Anteriormente alla prima direttiva sul credito al consumo, del 1987, fu ancora il legislatore tedesco a portare il diritto unilaterale di recesso del mutuatario nel BGB, con l'introduzione, nel 1986, di una nuova norma, il § 609a, che stabiliva tale possibilità in una serie di casi determinati, fra i quali quello del mutuo concesso ad una persona fisica non

¹⁸ Art. 5 primo comma della Loi n. 78-22 del 10 gennaio 1978. È da ricordare in proposito come la legge proibisse al fornitore professionale di credito di modificare unilateralmente i termini della sua proposta di finanziamento nei quindici giorni dalla sua formulazione, e di non poterla ritirare nello stesso termine, con ciò impedendo che il peggiorare delle condizioni di mercato andassero a danno del consumatore.

¹⁹ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation.

²⁰ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation, version consolidée au 2 juillet 2012, Livre III (Endettement), Titre Ier (Crédit), Chapitre II (Crédit immobilier).

garantito da altro diritto accessorio e non funzionale ad un'attività commerciale o professionale²¹.

In applicazione della direttiva 87/102/CEE, il legislatore tedesco emanò poi una legge sul credito al consumo, il *Verbraucher Kreditgesetz*, con la quale classificava un'area di situazioni contrattuali da destinare ad un regime diverso rispetto a quello del mutuo descritto dal codice, appunto quello del *Kreditvertrag* che il *Diskussionsentwurf* cercò poi di generalizzare come unica disciplina del BGB riformato. Il *Kreditvertrag* diveniva così l'unica disciplina possibile per i contratti con cui un soggetto concedeva credito nell'estrinsecazione della propria attività commerciale o professionale ad una persona fisica²². La legge ne prescriveva la forma scritta a pena di nullità, e disponeva che una lunga serie di elementi fossero obbligatoriamente contenuti nel documento contrattuale²³. Soprattutto, essa stabiliva che, pur una volta compilato e sottoscritto, il contratto di credito fosse revocabile unilateralmente da parte del solo consumatore nel termine di una settimana dalla conclusione, con la sola osservanza della forma scritta nella comunicazione²⁴. Nel caso il *Kreditvertrag* avesse avuto ad oggetto la corresponsione diretta di una somma di denaro (e non, ad esempio, la rateizzazione del pagamento del prezzo dell'acquisto) l'unico obbligo in cui il consumatore incorreva era la sua restituzione nel termine di due settimane dalla manifestazione del recesso o dal diverso momento in cui la somma gli fosse stata corrisposta²⁵. Mentre quindi il professionista che prestava il credito era obbligato già alla firma del contratto a corrispondere la somma finanziata, il consumatore restava libero di rifiutarla anche successivamente²⁶. Il *Verbraucher Kreditgesetz* innescò le vicende che portarono alla nuova disciplina del mutuo

²¹ Sulla definizione e sull'ambito di applicazione dell'abrogato §609a BGB, rinvio al mio *La nuova definizione del mutuo come contratto consensuale nella Schuldrechtsreform*, in G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Quaderni della rivista di diritto civile, n. 5, Padova, Cedam, 2004.

²² VerbKG (abrogato) § 1 abs. 1: «Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer, der einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einem Verbraucher. Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher)». Nella definizione era compresa anche l'attività di mediazione creditizia. Anche su questo vedi VOLANTE, *op. ult. cit.*

²³ Rispettivamente VerbKG (abrogato) § 6 abs. 1 e § 4 abs. 1 nn. 1 e 2.

²⁴ VerbKG § 7 abs. 1.

²⁵ VerbKG § 7 abs. 3.

²⁶ Le ipotesi di recesso del prestatore di credito, disciplinate dal § 12, erano tutte derivanti dall'inadempimento del debitore o dall'alterazione delle sue garanzie.

consensuale nella riforma del diritto delle obbligazioni, attraverso i passaggi che abbiamo prima esaminato.

Anche nell'ordinamento francese la costruzione di un contratto consensuale di credito al consumo da parte della legge speciale ha portato nel tempo alla radicale trasformazione del contratto di mutuo previsto in generale dal codice, seppure in questo caso per via giurisprudenziale e non legislativa.

Le argomentazioni centrali di questa giurisprudenza meritano di essere riassunte: i prestatori di credito richiedono ai prenditori oneri crescenti di documentazione della propria condizione economica, replicando spesso nelle condizioni generali dei propri contratti di mutuo rivolti a aziende e professionisti quelle formalità che il legislatore prevede per il credito al consumo; se così è, anche a questi contratti va estesa la disciplina consensuale del mutuo prevista dal *Code de la Consommation*, a prescindere da qualsiasi altra considerazione. Continuare a descrivere il mutuo dato da un istituto di credito nella disciplina del *Code civil* provocherebbe un'intollerabile disparità di trattamento tra due soggetti che, a dispetto della legge, sono eguali quanto ad un aspetto fondamentale: non poter negoziare individualmente le condizioni del contratto di finanziamento.

Lo strumento della promessa di mutuo, che può dar luogo alla sola tutela del risarcimento del danno, ma non quella dell'esecuzione in forma specifica, non è mezzo sufficiente a salvaguardare le ragioni del consumatore rispetto ad un tale comportamento, poiché, quale che sia l'ammontare dell'indennizzo, esso difficilmente potrà reintegrare la totalità del danno causato dalla perdita del finanziamento precedentemente accordato e tuttavia non corrisposto; resta quindi per la giurisprudenza della *Cour de Cassation* solo la via di ritenere il mutuo, quando concluso tra una banca e un privato, come un contratto consensuale.

Il fatto che simili processi non si siano mai attivati per il nostro Paese non significa, per come si accennava all'inizio, che anche da noi non si assista alla stessa perdita di centralità del mutuo di tradizione romanistica disciplinato nel Codice civile. Malgrado il legislatore non abbia mai inteso recepire fino in fondo le direttive sul credito al consumo per arrivare a esiti comparabili con quelli delle più avanzate legislazioni europee²⁷, il diritto vivente si è comunque evoluto verso altri esiti.

²⁷ Il legislatore italiano recepì solo la parte della 87/102 relativa agli obblighi di informazione, restando inadempiente sul resto. Si consideri l'assurda formulazione dell'art. 40 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 il quale, ripetendo pedissequamente il disposto della legge 19 febbraio 1992 n. 142 che ha recepito la prima Direttiva sul credito al consumo, continua ad affidare al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) l'incarico – eviden-

Da tempo la giurisprudenza italiana individua accanto al mutuo del Codice civile²⁸ – il contratto reale per nulla scalfito dal monco recepimento delle direttive – una figura diversa e parallela, il mutuo di scopo, che si conclude con il consenso e che ha come ovvia conseguenza l'obbligo per il mutuante di corrispondere la valuta al mutuatario. Nato negli anni Settanta del secolo scorso per inquadrare la vicenda del finanziamento pubblico, e costruito da principio sulla necessità di tutelare l'affidamento di chi iniziava un'opera o un'industria per poi non aver mai trasferita la valuta promessa dallo Stato, il mutuo di scopo ha continuato a vivere nel nostro ordinamento attagliandosi a descrivere le fattispecie più diverse e costruendo anche una rudimentale figura di contratto di finanziamento al consumatore, ovviamente sprovvisto di quelle tutele che solo l'intervento del legislatore potrebbe garantire.

Tale situazione mostra al contempo quanto profonda possa essere la crisi del modello tradizionale di mutuo, e quanto gravi possano essere le conseguenze dell'assenza di un sistema alternativo. Per vie diverse tanto l'ordinamento francese quanto quello tedesco sono arrivati a ricostruire la fattispecie del mutuo come contratto consensuale e bilaterale, l'ordinamento italiano è invece l'unico ad essere caratterizzato dalla compresenza di due modelli antitetici, cui possono necessariamente riconnettersi due modelli di regolamentazione, a prezzo di una grave incertezza del di-

temente mai assolto nei tredici anni trascorsi – di adeguare la normativa italiana alle disposizioni della norma comunitaria del 1987, con ciò ammettendo, in un provvedimento che ambirebbe al nome di Codice del consumo, che la stessa non è mai stata veramente applicata nel nostro ordinamento, fino al d.lgs. 141/2010, che ha recepito la D. 48/08.

²⁸ La giurisprudenza di Cassazione è costante nel riaffermare la natura reale e unilaterale del mutuo, che può concludersi solo con il trasferimento della proprietà della somma mutuata, risultato che, nel caso del mutuo pecuniario, può realizzarsi non solo con la consegna materiale, ma con qualsiasi fattispecie che assicuri al mutuatario una disponibilità autonoma sulla cosa (Cass. 21 febbraio 2001 n. 2483), come l'accreditamento della somma sul conto corrente bancario intestato al mutuatario, che fa ritenere concluso il mutuo anche se questi non ne abbia effettivamente usato. Sul criterio della disponibilità autonoma la Corte ha ad esempio ritenuto l'accordo consensuale col quale il mutuatario autorizza il mutuante a trattenere la somma presso di sé come fatto che comporta il differimento della conclusione del contratto, poiché la somma mutuata non può ancora essere oggetto unilaterale di disposizione giuridica da parte del mutuatario, ove si debba ancora richiedere la collaborazione dell'istituto di credito mutuante (Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Corriere giuridico*, 1992 p. 1329 con nota di V. Carbone). Ove invece la permanenza della somma presso il mutuante sia stata effetto di un atto di disposizione autonomo del mutuatario, lì la Cassazione presuppone l'avvenuta consegna simbolica, come nel caso in cui la somma mutuata sia stata contestualmente costituita in pegno a favore del mutuante per un precedente debito (Cass. 15 luglio 1994 n. 6686). Soluzioni, queste, che un facile attualismo – da cui questa analisi si impegna a mantenersi immune – potrebbe intendere in piena continuità con molte dottrine del diritto comune che analizzeremo nei prossimi capitoli.

ritto di cui fa inevitabilmente le spese la parte più debole, il prenditore di credito²⁹.

4. *La perdita di significato dell'intuitus personae nel mutuo*

La crisi del modello romanistico di mutuo si consuma su due profili ulteriori, tra loro intimamente collegati.

Al primo abbiamo già accennato: il credito derivante dal mutuo concesso da una banca ad un privato – famiglia come impresa – viene subito trasferito dal mutuante a un terzo dietro il pagamento di un prezzo, commisurato a una varia serie di fattori, che vanno dalla durata del contratto e dal suo saggio di interesse, fino al merito di credito del mutuatario.

La circolazione dei mutui avviene su un mercato detto «secondario», per converso rispetto al mercato «primario», appunto quello su cui si misura l'incontro tra la domanda e l'offerta di credito, l'unico di cui i percettori di credito abbiano contezza. Le banche non finanziano usualmente i prestiti che concedono con il denaro dei depositi, in parte perché questo è generalmente insufficiente, in parte perché sarebbe troppo

²⁹ La mancata creazione da parte del legislatore di un modello di mutuo riservato al consumatore porta spesso l'interprete a riferire alla partizione tra mutuo reale e mutuo di scopo la prassi definitoria degli stessi istituti di credito, costruita come vedremo nel prossimo paragrafo su altri intenti e altri interessi. Va evidenziato, in particolare, come nella prassi bancaria il termine «mutuo» sia ordinariamente riservato al prestito per l'acquisto di un immobile, normalmente garantito da ipoteca sul medesimo, mentre altre tipologie di prestito vengono ordinariamente definite con il termine più anodino di «finanziamento». Allorché si rapporta a questa realtà, l'interprete tende spesso a vedere il primo negozio nel tipo di mutuo reale voluto dal codice, mentre attribuisce al modello del mutuo di scopo, quindi consensuale e obbligatorio fin dal momento dello scambio del consenso, il generico «finanziamento», anche in quei casi in cui, per definizione, nessun fine determinato può essere scorto nell'anticipo di valuta. Un esempio illuminante in tal senso è la decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, n. 1547 del 21 luglio 2011 (disponibile su arbitrobancariofinanziario.it), in cui un mutuo garantito dalla cessione del quinto dello stipendio – e denunciato dal mutuante per la sua eccessiva onerosità, atteso che la somma delle spese per istruttorie affrontate ammontavano a quasi metà della cifra anticipata dalla banca – è stato definito sulla base della sentenza 7773/2003 della Corte di Cassazione come mutuo di scopo, con la conseguenza di dichiarare inammissibile il ricorso del consumatore alla procedura arbitrale. L'arbitro bancario finanziario al tempo della decisione era difatti competente per i contratti conclusi prima del 1 gennaio 2007; nel caso di specie il contratto fu concluso nel dicembre 2006 con la firma dei moduli da parte dei contraenti, ma solo alla metà di gennaio 2007 il mutuatario aveva ricevuto la valuta contrattuale. In questo caso, l'aver attribuito il contratto in essere tra consumatore e banca alla variante atipica del mutuo di scopo, cui il contratto con cessione del quinto dello stipendio non presenta alcun carattere di affinità, ha avuto come unica conseguenza quella di privare il consumatore di una tutela più rapida di quella del giudizio ordinario.

rischioso. Le tecniche abituali di finanziamento dei mutui sono due: l'emissione di titoli obbligazionari garantiti dai crediti dei mutui emessi dallo stesso emittente o da una sua controllata o collegata (*mortgage bonds*); la cessione del credito a una società veicolo, che emette a sua volta titoli per finanziare l'operazione d'acquisto, i quali saranno rimborsati con i pagamenti dei debitori ceduti (cartolarizzazione; *mortgage backed securities*). Nel primo caso il credito non viene effettivamente ceduto, e il rischio dell'inadempimento dei mutuatari resta a carico dei mutuanti, i quali lo bilanciano con i guadagni ottenuti dalla vendita dei titoli, capitalizzando nella sostanza gli interessi che i mutuatari pagheranno nel corso della durata del mutuo. Nel secondo caso il credito viene ceduto e il rischio del *default* del mutuatario viene sopportato dalla società-veicolo cessionaria, la quale paga immediatamente alla cedente una somma minore dei ricavi che questa avrebbe avuto alla fine del contratto. Entrambe le vicende portano tuttavia a un medesimo esito: una serie di crediti verso soggetti determinati, concessi in funzione delle garanzie da loro offerte e dalla solidità degli impieghi che si vogliono finanziare diventano valuta circolante sotto forma di titoli che, liberamente trattati sul mercato «secondario» acquistano o perdono valore in modo spesso indipendente dalla sorte cui nel frattempo stanno andando incontro i mutui «primari».

È su questo contesto che si misura il terzo momento di distacco tra il modello tradizionale di mutuo e la realtà: la tradizione si fonda sull'*intuitus personae* tra le parti del contratto, è costruita sulla necessità che il mutuante conosca il suo mutuatario e decida per questo di fargli credito, come pure sulla possibilità che chi abbisogna di credito scelga di rivolgersi a un soggetto che più di altri gli ispira fiducia per sceglierlo come creditore; la realtà odierna ne prescinde totalmente, facendo del debitore *ex causa mutui* null'altro che un cespite patrimoniale, da acquistare e vendere con sempre maggiore frequenza³⁰.

Un fenomeno che allontana non solo la sostanza economica, ma anche la forma giuridica del mutuo dal modello romanistico. La creazione del mercato secondario ha portato ad una nuova economia del mutuo, in cui aspetti come la solvibilità del mutuante e la solidità delle garanzie offerte sono meno importanti rispetto alla valutazione dell'affare che la

³⁰ Da notare, nel caso italiano, che le cessioni di crediti per la cartolarizzazione sfuggono al regime della cessione ordinaria sul punto della comunicazione al debitore ceduto, che per l'art. 1264 c.c. deve essere individuale, fatta per notifica o accettazione, mentre per l'art. 4 della l. 30 aprile 1999 n. 130, che richiama l'art. 58 del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (Testo unico bancario), essa si realizza attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese e la pubblicazione in Gazzetta ufficiale).

concessione di credito deve finanziare. Da qui un ulteriore profilo su cui misurare la distanza tra il modello romanistico tradizionale di mutuo e il modello proprio del diritto vivente: la preordinazione della concessione di credito a un fine specifico, che entra nella causa del contratto.

La struttura unilaterale del mutuo, propria del modello romanistico, si basa esclusivamente sulla valutazione del merito di credito del richiedente e sulle sue garanzie. La migliore dimostrazione si riceve, nel nostro Codice civile, dalla lettura sistematica dell'art. 1822 il quale, disciplinando la promessa di mutuo, stabilisce che il promittente mutuante può recedere legittimamente dalla sua profferta ove le condizioni patrimoniali del promissario siano peggiorate e questi non offra idonee garanzie. Da ciò deriva in linea di principio che il peggioramento della situazione patrimoniale del mutuatario non possa di per sé rilevare come causa di risoluzione del contratto, fino a quando essa non conduca al concreto inadempimento³¹. La conseguenza implicita è nel rendere libero il mutuatario nell'uso della valuta presa a prestito: sono le garanzie offerte e più generalmente il suo merito di credito a dover garantire della restituzione di quanto ricevuto, indipendentemente dall'emergenza di vita che egli vuole risolvere col denaro altrui.

La vicenda attuale del mutuo mostra una realtà estremamente diversa: il sistema creditizio isola a partire dalla stessa fondamentale operazione di finanziamento, che per brevità e rispetto della tradizione possiamo chiamare mutuo, più modelli di contratto di concessione di credito, le cui condizioni economiche e soprattutto la cui struttura giuridica è estremamente diversa caso per caso. L'industria del credito può così offrire più facilmente denaro all'acquirente di una vettura costosa, che normalmente perde gran parte del suo valore già dopo il primo anno di vita e che potrebbe essere distrutta in un attimo da un guidatore imperito, piuttosto che a chi, proprietario di un immobile, vuole ristrutturarlo. La differenza tra queste due situazioni non passa per il merito di credito dei singoli richiedenti il mutuo, ma dal calcolo della redditività di un «prodotto» rispetto all'altro.

La settorializzazione dell'offerta serve all'industria come metodo per chiudere il mercato del credito, cercando di raggiungere il massimo profitto possibile offrendo condizioni economiche diverse per ogni singolo

³¹ Una lettura che viene confermata dal testo dell'art. 1819, che legittima il mutuante a richiedere il pagamento dell'intero, ove il mutuatario manchi il pagamento anche di una sola rata o nella possibilità di chiedere la risoluzione del contratto ove il mutuatario non corrisponda gli interessi sulla somma mutuata (art. 1820). Questa disciplina non è applicabile ai mutui fondiari, per cui vale il disposto dell'art. 40 secondo comma del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

tipo settoriale di finanziamento: nell'esempio prima proposto, l'acquisto di un genere voluttuario come la vettura sportiva viene finanziato più facilmente, perché chi lo effettua è destinato a ripeterlo a breve, richiedendo quindi nuovo credito, mentre il finanziamento della ristrutturazione di un immobile è in genere soggetto a condizioni economiche più gravose, perché destinato a non ripetersi con eguale frequenza.

La settorializzazione del mutuo in più sottotipi indipendenti viene realizzata attraverso le più varie clausole contrattuali. La prassi bancaria, ad esempio, esclude in genere per i mutui a clienti non imprenditori la possibilità che il mutuatario offra in garanzia ipotecaria un immobile di sua proprietà, ma in cui non abbia la residenza, il che impedisce ad esempio che il privato non imprenditore possa ristrutturare casa propria accendendo ipoteca su un fondo commerciale di sua proprietà esclusiva. Una simile clausola contrattuale è fatta per distinguere radicalmente il mutuo al consumatore dal mutuo all'imprenditore, anche piccolo o talvolta piccolissimo: la pur larvata finalità di speculazione che in quest'ultimo caso è insita nella ristrutturazione dell'immobile è sufficiente perché il sistema creditizio chieda una remunerazione maggiore sulla valuta prestata, scontando l'ipotetico maggior valore che l'immobile potrebbe spuntare in caso di vendita dopo essere stato ristrutturato³².

Gli esempi potrebbero continuare, e mostrare, insieme a una sempre più crescente parcellizzazione di ipotesi di mutuo, l'allontanamento definitivo della realtà di questo contratto da qualsiasi rilevanza dell'*intuitus personae*, presupposto del modello romanistico, il quale non è riconoscibile nella vicenda di un contratto ceduto in blocco con centinaia se non migliaia di altri consimili poche ore dopo essere stato stipulato. L'*intuitus personae* sparisce soprattutto nell'idea che l'erogazione di credito non si basa su un giudizio circa la solidità del richiedente, ma la sua maggiore o minore redditività in comparazione con altre operazioni che lo stesso mutuante potrebbe compiere. L'oggettivazione del mutuo come rapporto, su cui si basa la sua trasferibilità all'infinito e la sua pari oggettivazione come «prodotto» di un'industria, da pubblicizzare e vendere al pari di qualsiasi altro, fanno semplicemente sparire la figura del mutuatario e con essa tutti gli istituti e le tutele che nel modello tradizionale vi si riconnettevano³³.

³² Si veda ad esempio il foglio informativo di Banca Intesa Sanpaolo n. 295/021, versione aggiornata al 1 settembre 2012, relativo ai «Mutui ipotecari con finalità rifinanziamento», p. 3.

³³ R. DYAL-CHAND, *From Status To Contract: Evolving Paradigms For Regulating Consumer Credit*, Tennessee Law Review 73, 2005-2006, p. 303 e ss. ID., *Human worth as collateral*, Rutgers Law Review 38, 2006-2007, p. 793.

5. *Un compito per la storiografia giuridica: la ricostruzione delle forme giuridiche di realizzazione del valore finanziario*

Qual è il compito della storia del diritto di fronte a tutto questo?

Certamente non quello di segnalare sdegnata le innumerevoli deviazioni rispetto al modello del diritto romano, replicando sterilmente l'idea di una superiorità culturale di questo, continuamente oltraggiata da una realtà economica che non vuole sapere di alti principi di astratta razionalità giuridica.

La sommaria analisi che si è fin qui condotta serve solo a segnalare un dato che dovrebbe essere altrimenti ovvio: quello della relatività dei modelli, delle tutele, delle forme contrattuali alle caratteristiche proprie di una data società e cultura. Un rilievo che già da solo dovrebbe essere sufficiente per trasformare il dato della permanenza del modello romanistico di mutuo nelle codificazioni otto-novecentesche come un problema da studiare, non come un dogma da custodire contro ogni evidenza.

La scelta di un simile oggetto di studio espone tuttavia all'onere di esplicitare l'ipotesi interpretativa che si intende seguire e la tesi che ci si propone di dimostrare. Abbiamo già segnalato la pericolosità del contratto di mutuo come oggetto di indagine storica: l'operazione economica sottesa alla struttura contrattuale sembra fuori dalla dinamica storica, ontologicamente eguale a se stessa in qualsiasi epoca ci si proponga di osservarla. Si restituisce ciò che si è ricevuto e perché lo si è ricevuto; non si può restituire ciò che non si è avuto in prestito: se si vede in questo il nucleo fondamentale ed ineliminabile del mutuo, si può avere buon gioco nell'intendere il modello romanistico come frutto di una *ratio scripta*, circondato dalle sempre maggiori complicazioni di una dinamica economica più evoluta, le quali sarebbero in grado al più di occultarlo, mai di scalfirlo.

La veloce disamina della situazione attuale appena conclusa mostra però con tutta evidenza un quadro diverso, quello in cui gli interventi tanto del legislatore, quanto della giurisprudenza, hanno visto nel modello romanistico di mutuo un ostacolo alla tutela di interessi meritevoli che insistono – è questo il punto da sottolineare – su aspetti diversi e lontani da quelli del preteso nucleo definitorio della fattispecie. La salvaguardia del contraente debole, l'affermazione del suo diritto a recedere da un contratto già concluso, la possibilità per lui di far riverberare sul contratto di mutuo la risoluzione del contratto di acquisto finanziato a mezzo di questo: tutele che concernono profili della fattispecie autonomi rispetto all'obbligo di restituzione della valuta ricevuta in prestito e che in taluni casi descrivono fattispecie di mutuo le quali prescindono largamente dal

considerare la restituzione – e il suo prodromo necessario, la consegna della *res mutui* – come momento fondante della struttura del contratto.

Da qui una duplice consapevolezza.

Innanzitutto, che la comparazione storica deve essere condotta su fattori diversi rispetto a quello dell'obbligo alla restituzione della valuta, quali le modalità di conclusione del contratto, la determinazione del suo esatto adempimento, il rapporto tra finanziamento e garanzia, fino al rapporto di accessorietà o dipendenza che il mutuo può avere con altri contratti, o alla possibilità di trasfondere in esso un'obbligazione già esistente tra le stesse parti. Solo su questi caratteri – e su altri consimili: l'elenco non ha alcuna pretesa di essere esaustivo – si può tracciare una vera differenziazione tra le diverse epoche del contratto di mutuo, non certo sulla trasmissione della valuta e sull'obbligo alla sua restituzione, che costituisce per definizione quasi il minimo comune denominatore di ogni ipotesi di contratto di finanziamento.

In secondo luogo, che alla descrizione del contratto di mutuo e alla sua regolamentazione da parte dei singoli ordinamenti non è indispensabile né necessaria la determinazione di ciascuno di questi aspetti, ed anzi ogni singola esperienza giuridica seleziona di volta in volta quelli attraverso i quali dare risposta alle necessità della propria epoca.

Se il modello romano si centra soprattutto sul momento della traslazione della proprietà della cosa mutuata, ciò è da un lato per la necessità propria di una società arcaica di avere certezza nelle relazioni giuridiche attraverso atti concreti come la consegna di una cosa, piuttosto che il semplice scambio di impegni verbali, dall'altro per il ruolo assorbente e totalizzante che nel diritto romano assume il *dominium*, situazione giuridica da tutelare prima e meglio di ogni altra. La disciplina del *Corpus iuris* – quella costellazione di astri tra loro lontani, ma che pure ci rappresenta l'unicità storica di un'esperienza³⁴ – ci consegna per il mutuo una disciplina la quale, dovendo tutelare al massimo grado il diritto del *dominus*, obbliga colui che riceve un prestito da chi non è proprietario della cosa mutuata a restituire il *tantundem* a chi non è mai stato parte di un contratto con lui, appunto il vero proprietario del bene, comportando così un'eccezione sostanziale rispetto al principio di relatività degli effetti del contratto, anch'esso cardine di quell'ordinamento³⁵.

³⁴ Per come dimostrato nel bel libro di M.T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten: über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 2002, tr. it. *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, a cura di A. Mazzacane, Bologna, Il Mulino 2005.

³⁵ Tanto da cristallizzarsi in uno dei brocardi meglio custoditi di quell'esperienza: *alteri stipulari nemo potest*.

Allo storico serve pertanto un oggetto di ricerca che consenta la comparazione diacronica dei contratti che importano un effetto di anticipazione di valuta – carattere nel quale possiamo definire in termini astratti il mutuo – tenendo conto allo stesso tempo della naturale differenza che le singole esperienze giuridiche hanno avuto quanto alla loro ricostruzione.

A mio parere, tale oggetto si può definire come quello della rappresentazione giuridica del *valore finanziario*, il valore che si costituisce e si trasferisce dalle parti con il contratto.

Qualsiasi prestito realizza un valore per chi lo riceve, e un valore in ipotesi maggiore per chi lo dà e spera nella sua restituzione: la comparazione diacronica non ha nulla da aspettarsi dal fatto che questo valore *esista*, molto invece dal come questo valore *sia stato ricostruito* come parte della fattispecie nelle diverse esperienze³⁶.

Per trarre solo qualche spunto dalla veloce disamina appena condotta, la vicenda odierna dei negozi di finanziamento mostra il conflitto tra più modelli giuridici di valore: quello del mutuo del Codice civile, in cui un valore finanziario si acquisisce al mutuatario in funzione dell'autonomia che egli ha dal contratto di scegliere l'impiego della somma ricevuta³⁷; quello del credito al consumo, in cui il valore che si produce nella fattispecie complessa è fatto non solo di quanto si trasferisce dal prestatore al consumatore, ma anche di quanto viene capitalizzato dal produttore del bene che viene acquistato grazie al finanziamento, che è oggetto di accordo tra il produttore e il prestatore e in funzione del quale tanti ordinamenti dettano una regolamentazione particolare.

Gli esempi potrebbero continuare, e indicare come la costruzione giuridica del valore finanziario nel mutuo «di scopo» fatto da un ente pubblico ad un'impresa privata sia costruito giuridicamente su basi diverse rispetto a quanto accade nel finanziamento vincolato ad un uso

³⁶ Nella definizione proposta, il valore finanziario non ha nulla a che fare con l'interesse: anche in un prestito gratuito si realizza un trasferimento di valore da una parte verso l'altra, dovuto alla differenza tra il valore che la valuta oggetto del mutuo ha al momento della sua restituzione rispetto al valore che essa aveva al momento del suo trasferimento al mutuante. In altri termini, la dizione qui proposta è affine alla nozione di *leva finanziaria*, di uso comune in economia, che indica il differenziale – positivo o negativo – tra il valore anticipato in un qualsiasi negozio e il valore che dovrà essere restituito in adempimento dello stesso.

³⁷ Dato che comunque ha ricevuto qualificazioni non univoche dalla dottrina, cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in Trattato di Diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 1999; D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova 1998; P. Forchielli, *I contratti reali*, Milano, 1952; E. Simonetto, *I contratti di credito*, Padova 1953, p. 187 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, p. 244 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano 1958, t. I., p. 395; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed. Milano 1948, vol. II, p. 146.

predeterminato fatto alla stessa impresa da un soggetto privato: nel primo caso il valore finanziario si costruisce giuridicamente anche in funzione dell'utilità pubblica dell'opera che il privato deve realizzare; nel secondo in funzione del minor rischio per la restituzione del prestito che il finanziatore ritiene derivargli dall'utilizzo che il mutuatario fa del capitale ricevuto.

6. *Una prima verifica: la costruzione giuridica del prestito di denaro nell'alto medioevo. Lo schema della vendita reciproca*

Il migliore esempio di come ciascuna esperienza costruisca il valore finanziario in funzione dei propri caratteri giuridici si può ricercare nell'ordinamento giuridico alto medievale, cosa che si può fare nei limiti di questa indagine solo *incidenter tantum*. È appena il caso di ricordare come l'esperienza giuridica altomedievale si sia edificata su caratteri totalmente antitetici rispetto a quelli della civiltà romana e sia stata un fondamentale momento di cesura nella tradizione del diritto romano, che si potrebbe altrimenti pretendere – sia pure ad una lettura estremamente superficiale – essere arrivata senza turbamenti fino ai nostri giorni o quasi. La pratica scomparsa della circolazione monetaria, o quanto meno la sua inutilità sociale in un'economia di pura sussistenza e basata fondamentalmente sul baratto, potrebbe far concludere per l'inesistenza stessa di un contratto di finanziamento per questa età. I documenti notarili, fonte principale per conoscere il diritto dell'epoca, ci partecipano però – residuali e saltuari – esempi di negozi di finanziamento, contratti il cui effetto principale se non esclusivo è appunto quello di acquisire ad una parte l'anticipazione di una data valuta che dovrà poi essere restituita.

Taluni sono di questo tenore:

In nomine Patris et Filii et S. Santi. Regnante domino nostro Hludowicus sereniss. Augustos, a Deo coronatus ec. Anno sexto, pridie kal. magias, indit. duodecima. Constat me Magno avitator prope Piscia minore, loco ubi dicitur ad Cerreto, filio bonae memoria Richiperti presenti die suscepì a te Defensor clerico Vicedomino germano meo, argentum mutuuum quadraginta quinque solid. rationatos. Et pro suprascriptos solid. oppono tibi in affeduciato res mea illa, quam abeo in loco Orticaria prope Eccl. S. Martini, que sita est pro suprascripto loco Orticaria pertinentibus, et mihi date et da aliis gg. meis in sorte obvinet, tibi in affeduciato oppono in integrum, in eo tenore inter nos convenit, ut usque dum ego vel meis heredibus suprascriptos solidos vestros apput nos abuerimus, tu aut ille homo cui tu hanc pagina pro anima tua ad exigendum et dispensandum dederis, et ea nobis in iudicio ostiderit...to abere et possidere et laborare, seu

fruere debeatis vobis privato ordine, et quando vobis utilitas fuerit suprascriptos solid. requirendum, vos nos antea dies triginta... re debeatis. Unde repromitto ego Magno una cum meis heredibus tibi Defensor cler. Vicedomino, aut ad illum homine cui tu hanc pagina pro anima tua ad exigendum et dispensandum dederis, et eam nobis in iudicio ostiderit... paratos non abuerimus predictos quadragintaquinque solidos de bonos den. qualis tunc melioris per istam civitate per caput fuerint expendivilis, infra triginta dies post ipsa vestra pulsatione vobis ad redndum et persolvendum, ut si suprascripta res quas tibi adefeduciavi vobis intentionaverimus, aut subtragi ec per eolibet ingenio, et ea vobis ab omni homine defendere ec. Usque dum prefatos solid. apput nos abuerimus, tunc vobis abeatis predictas res in transacto, tamquam si vobis eam per cartulam venundata abuissemus. Et si postea vobis ea intentionaverimus aut subtragi quesierimus per eolibet ingenio, et ea omnia vobis in suprascripto ordine defendere non potuerimus: spondimus nos vobis comp. Suprascripta res in duplo, inter quidem loco ec. Nam si v...ratos abuerimus suprascriptos solid. quali supra legitur ad reddendum et persolvendum, post fructum de ipsa res recollectio, vos eos recipere debeatis, et hac pagina cum suprascripta res ad nos revertatur, quia inter nos taliter convenit. Rumualdum not. scribere ec. Actum Luca»³⁸.

L'anno è l'819, il luogo prossimo a Pescia. A fronte del prestito in denaro, il mutuuario concede al mutuante un bene immobile e fruttifero *in affeduciato*, immettendolo da subito nel possesso di questo e consentendogli di coltivarlo in esclusiva, traendo a sé tutti i frutti prodotti dalla cosa, senza portarli a detrazione della somma capitale dovuta e men che meno degli interessi, di cui non si fa alcuna menzione nel contesto dell'atto.

Le differenze con un contratto di mutuo secondo il diritto romano, e anche secondo il diritto odierno, non si fermano qui. Il mutuo di cui al documento qui riportato è difatti privo di un termine: esso si ultimerà *ad nutum* del mutuante, allorché questi chiederà al mutuuario il pagamento del capitale prestato, e questi o i suoi eredi dovranno corrisponderlo entro trenta giorni in monete eguali o migliori in qualità di quelle ricevute; ove costoro non siano in grado o non vogliano adempiere, il terreno concesso *in affeduciato* passerà definitivamente in proprietà del mutuante.

Tale modello di concessione di credito non è affatto raro nelle carte altomedievali³⁹. L'*affeduciatum* compare già in una carta pisana del 776,

³⁸ *Memorie e documenti per servire all'istoria del Ducato di Lucca*, Bertini, Lucca, 1837, t. V., p. II, doc. 424, p. 254.

³⁹ Cfr. A. GHIGNOLI, *Repromissionis pagina. Pratiche di documentazione a Pisa nel secolo XI*, in *Scrinium - Rivista*, n. 4, 2006-2007, p. 72 n. 82. Ivi maggiori notizie sulle *cartule de affeduciato*.

in cui viene concessa in questo modo la *manus* sul bene concesso in garanzia, ossia la promessa di non vendere il pegno⁴⁰. Nel caso in cui il mutuatario non restituisca il capitale, è detto che il mutuante possa «*avire et dominare*» la terra data in garanzia «*tamquam si ea vovis in extromento vinditjionis data fuisse ...*»⁴¹.

Un'espressione sommamente indicativa: in una civiltà come quella alto medievale non è pensabile un obbligo alla restituzione che trovi fondamento in un precedente atto libero, come il trasferimento di proprietà della valuta; in piena conseguenza con altre manifestazioni tipiche di quella cultura, l'unico modo di costruire la realtà giuridica di quest'operazione economica è nel farne una vendita reciproca e condizionata. Colui che solo per comodità continueremo a definire mutuante ha trasferito una sua somma di denaro al mutuatario, il quale gli trasferisce contemporaneamente un diritto su una cosa propria: quando questi vorrà restituire la somma, l'altro sarà giuridicamente obbligato a restituire il diritto che gli è stato trasferito sul bene immobile, in caso contrario si cristallizzerà la situazione costruita con il contratto, in virtù della quale il mutuante resterà proprietario del bene immobile e il mutuatario proprietario del denaro in origine datogli in prestito.

Una simile costruzione non è il frutto di una civiltà primitiva e insicura, che cerca continuamente certezza nella realtà dell'acquisto materiale; essa corrisponde ai valori culturali profondi di quella età. Nella civiltà alto medievale non è configurabile un concetto astratto di valore, che possa circolare nella forma di una somma di danaro o di una quantità di cose fungibili, per essere poi ripagato in un tempo futuro attraverso la corresponsione di un valore parimenti astratto, quello del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. L'unico modo di costruire giuridicamente l'effetto dell'anticipazione di valuta proprio del mutuo è quello di configurarlo come scambio di valore in termini reali tra due beni.

È quindi del tutto improprio vedere nel trasferimento di un diritto eminente sull'immobile la concessione di una garanzia, di un diritto accessorio al mutuo: esso è invece parte integrante della struttura del contratto, termine indifferibile per la configurabilità giuridica dell'opera-

⁴⁰ A. GHIGNOLI, *Su due famosi documenti pisani dell'VIII secolo. II. Il breve de moniminas per Ghittia*, in *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo*, 106/2, 2004, p. 54.

⁴¹ «ut si suprascripti soledi ipso capitale, sicut superius legitur, in suprascripto constitutu non dederemus, et non redederemus et vos parati fueretis recipere hic in Pisa ad casa avitajionis vestre et nos ivi parati non avueremus et non redederemus ipso capitale in integro, licentja aveatis tu aut tuos heredes suprascripta terra avire et dominare in vestra potestate tamquam si ea vovis in extromento vinditjionis data fuisse ...». *Carte dell'Archivio arcivescovile di Pisa. Fondo Arcivescovile. I (720-1100)*, a cura di A. GHIGNOLI, Pisa 2006 (Biblioteca del «Bollettino storico pisano». Fonti, 12/1), n. 10.

zione di finanziamento⁴² e il fatto che l'interprete moderno vi veda una garanzia reale dà solo conto dell'incapacità di questi di comprendere un mondo che gli è totalmente alieno.

7. *Lo schema della vendita reciproca nel mortgage del common law*

Tutti gli schemi del diritto odierno risultano pertanto fuorvianti a comprendere la realtà altomedievale del mutuo. Così come l'*affeduciatum* non è definibile nei termini a noi consueti dell'ipoteca, per non essere eliminabile dalla struttura giuridica del contratto di finanziamento, non è del pari definibile ricorrendo allo schema dell'anticresi. Ancora una volta, il diritto che il creditore ha di insistere sulla cosa, profondervi lavoro e trarne tutti i frutti, senza che questi – giova ripeterlo – vadano a ridurre il debito del mutuatario, non è momento eliminabile dalla fattispecie, e cospira nel rendere la vicenda complessiva aliena allo sguardo del giurista odierno, partecipandogli una concezione di valore finanziario del tutto antitetica alla sua.

In una società capitalista, fondata sulla circolazione della ricchezza, il valore è solo ciò che si può esprimere mediante il ricorso alla moneta; in una società in cui, viceversa, il principale interesse sociale non è l'accumulazione di ricchezza, ma l'accrescimento delle possibilità di sopravvivenza per il maggior numero di persone possibile, il valore è una qualità intrinseca al bene fruttifero, il quale non può essere usato contro la sua natura. La possibilità per il creditore di capitalizzare a sé i frutti della cosa datagli – diremmo noi – in garanzia non deriva dal titolo contrattuale del mutuo con *affeduciatum*, ma consegue dal regime ordinario cui va incontro il bene terra nella costituzione giuridica alto medievale.

Quella che una carta pisana del 776 chiama *manus*⁴³ ben si potrebbe chiamare infatti *gewere* o *saisine*: è la legittimazione che un determinato soggetto acquista sul bene e che, prescindendo dalle caratteristiche proprie del titolo di costituzione, lo abilita ad usare il fondo secondo la propria natura, quindi a lavorarlo e a trarne i frutti. Questi non possono essere portati a saldo della cifra del mutuo proprio perché non hanno al-

⁴² Come nota giustamente A. GHIGNOLI, *op. cit.*: «Perciò, aderire all'idea, diffusa, che vuole tali vendite definite come 'negozi camuffati', finisce col portar fuori strada, se non per altro perché impedisce di cogliere aspetti assolutamente importanti di una società che 'documenta', aspetti non completamente affossati e nascosti in una tradizione di singole e monotone chartae. La vendita non è 'mascherata'. Essa è semplicemente – e apertamente – una vendita *eo tenore ut*. L'intera procedura di prestito su pegno fondiario trova in questo sistema adottato nella prassi la propria congeniale e limpida documentazione».

⁴³ Cfr. A. GHIGNOLI, *Repromissionis pagina*, cit., p. 72.

cuna relazione con il finanziamento e con il contratto che gli ha dato causa, ma derivano unicamente dal rapporto immediato e diretto che il creditore mutuante assume con il fondo attraverso l'*affeduciatum*⁴⁴. Torna ancora una volta lo schema della duplice vendita condizionata: colui il quale, avendo dato la somma di danaro, ha ricevuto il bene, ha su questo un'intensità di poteri prossima al nostro diritto di proprietà, fino a quando l'altra parte non restituirà quanto ricevuto; fino ad allora egli mantiene ogni diritto sulla cosa e sui suoi frutti, atteso che comunque non potrebbe né perderla né distruggerla, per come non potrebbe farlo nella civiltà altomedievale alcun altro titolare di diritti sul bene⁴⁵.

Questa concezione, e la struttura giuridica che vi è sottesa, non è ovviamente limitata all'Italia centrale dell'ottavo secolo d.C. In tutta l'Europa dell'epoca le fonti descrivono sempre nel mutuo la concessione di un immobile che, se costituisce garanzia del credito dal punto di vista economico, viene costruita dal punto di vista giuridico sempre come trasferimento di proprietà che trova nel pagamento del debito una causa di retrocessione unilaterale. Quello che cambia è semmai il nome che identifica questa struttura giuridica: nel mondo franco esso è designato con il termine di *mort gage*, «pegno morto», in contrapposizione alla fattispecie – residuale – del *vif gage*, il «pegno vivo» perché, a differenza del primo, porta i frutti e le rendite originate dal bene a diminuzione del debito del mutuatario concedente⁴⁶.

Il *mort gage* della lingua franca si trasformerà nel *mortgage* del *common law*, e avrà gli identici caratteri strutturali della fattispecie alto medievale fino al diciassettesimo secolo: il creditore mutuante potrà entrare da subito nel possesso della cosa data in garanzia e trarne i frutti; la piena proprietà della cosa gli viene trasferita a contratto se il debitore non pagherà quanto dovuto, per capitale e interessi, entro il giorno preciso di

⁴⁴ Ph. GODDING, *La survie du mortgage dans le Pays Bas Meridionaux (12.-18.siecle)* in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 55, 3-4, 1987, p. 365.

⁴⁵ Devono essere qui citate le fondamentali intuizioni di GUIDO ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*. Milano, Giuffrè 1952, p. 221: «Non distinguendosi i diversi effetti derivanti dalla dazione di cose fungibili e infungibili, consumabili o inconsumabili, mobili o immobili, né i diversi diritti ed obblighi del debitore (anche per la difficoltà di intendere la distinzione romana tra proprietà, possesso e mera detenzione, del tutto estranea al diritto germanico), il concetto della *res praestita* poté essere esteso pure a figure e fattispecie contrattuali che il diritto romano aveva ricondotto allo schema della locazione conduzione, in quanto si ravvisava anche in queste figure un medesimo comportamento antiggiuridico del debitore inadempiente, che consisteva nel trattenere in modo ingiusto e abusivo un bene altrui».

⁴⁶ M. SHANKER, *Will Mortgage Law Survive? A Commentary And Critique On Mortgage Law's Birth, Long Life, And Current Proposals For Its Demise*, *Case W. RES. L. REV.* 54, 2003-2004, p. 69 ss. Ivi più ampia bibliografia.

scadenza del termine, il «*law day*». Questi caratteri, che nella costituzione giuridica dell'alto medioevo assumevano un ben preciso significato all'interno della struttura del contratto di finanziamento, una volta calati in una società di primo capitalismo, fanno del *mortgage* un contratto fortemente sbilanciato sugli interessi dei portatori di capitale, che possono acquistare ingenti proprietà fondiari a fronte di prestiti di valore incommensurabilmente minore⁴⁷. È infatti sufficiente che il debitore non paghi nel giorno esatto di scadenza del termine perché perda la proprietà dell'immobile concesso in garanzia, per come inevitabilmente stabilito nel contratto.

La rigidità di questo sistema sarà superata solo allorché verrà isolato in *equity* un regime particolare per il *mortgage*, fatto – cosa rara per il diritto anglosassone dell'epoca – di norme inderogabili dalla libertà dei contraenti. Ci interessa qui menzionare solo i due principi più importanti: quello per cui, una volta pagato il debito, il creditore non avrebbe dovuto avere più alcun diritto da esercitare sulla cosa precedentemente datagli in garanzia e quello per cui il contratto non poteva rendere irredimibile il bene da parte del debitore, il quale aveva quindi sempre la possibilità di riacquistarne il pieno dominio, pagando il debito anche dopo il termine di scadenza, purché a questo ritardo corrispondesse il prezzo di un adeguato interesse moratorio.

Lo sviluppo giurisprudenziale del diritto inglese portò successivamente a dei correttivi, questa volta in favore del mutuante: questi non sarebbe stato esposto ad una dilazione in infinito da parte del debitore, ma avrebbe potuto convenirlo in giudizio perché una corte stabilisse un congruo termine entro cui, ove il pagamento non fosse stato effettuato, il creditore potesse finalmente appropriarsi della cosa datagli in garanzia. Giurisprudenza ancora successiva, sempre in *equity*, stabilirà poi che il creditore non avrà la possibilità di appropriarsi del bene nel suo intero valore a fronte di un credito di valore inferiore, ma solo quello di chiederne la vendita forzosa e soddisfarsi sul ricavato, il cui residuo resterà al debitore.

È appena il caso di evidenziare un aspetto fondamentale di questo processo, che qui si è voluto soltanto riassumere nelle sue vicende principali: il diritto inglese arriva solo a Seicento inoltrato ad un regime che il diritto romano conosceva da secoli, quello della vendita forzosa del bene come meccanismo di garanzia per il debitore, che non viene così privato del valore della sua proprietà oltre l'importo del suo debito. È questo procedimento a rendere inconfigurabile un contratto di finanziamento strutturato come duplice vendita reciproca e condizionata, per

⁴⁷ W.M. MCGOVERN, Jr., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power, and the Availability of Credit: A Historical Perspective*, 74 Nw. U.L. REV., 1979, 141.

come era invece nel *mort gage* alto medievale, divenuto senza nessuna particolare variazione il *mortgage* del common law. Il debitore non riacquista ora la *proprietà* del bene concesso in garanzia restituendo la quantità di denaro ricevuta in prestito, che la struttura giuridica del contratto assimilava al valore di quello, ma la libera dalla garanzia altrui pagando integralmente l'*uso* che ha fatto della valuta ricevuta, versando un prezzo che sarà tanto maggiore quanto più lungo è stato il periodo che lo ha visto detentore di questa.

Ove non possa far fronte al suo debito, la vendita forzosa trasformerà la sua proprietà in un valore attuale che si capitalizzerà comunque a lui sotto forma della valuta che sarà consegnata al creditore e di quella eventualmente residua che gli sarà restituita. Non è un caso che il principio con cui l'*equity* ha chiuso storicamente il sistema del *mortgage* è quello, famosissimo, per cui «*once a mortgage, always a mortgage*»: la regola per cui in qualunque modo si realizzi in un contratto l'effetto di anticipazione della valuta, questa comporta sempre il diritto irrinunciabile del debitore di poter riscattare la proprietà da lui data in garanzia pagando integralmente il debito⁴⁸. Questo principio tende per l'appunto ad evitare che costruendo un'anticipazione di valuta nelle forme di un contratto diverso dal *mortgage* si possa realizzare nuovamente la struttura della vendita reciproca e condizionata.

8. *Un tema in cerca d'indagine: il valore finanziario nel diritto comune*

Un confronto tra il presente e l'alto medioevo, passando per l'evoluzione storica del *common law*, è ovviamente improponibile sul piano dei contenuti, ma conferma della necessità di determinare con esattezza l'oggetto da ricercare, nella consapevolezza che le forme del diritto romano non sono le uniche possibili per il contratto di anticipazione di valuta, né lo sono mai state. La vicenda del *mortgage* è illuminante, sotto questo profilo: riportare questa struttura negoziale a quella di un mutuo assistito da pegno potrebbe al più rassicurare il cultore del diritto romano di una fallace bontà dei suoi strumenti, ma non avrebbe alcuna possibilità di ricostruire la storia dell'istituto e la sua consistenza attuale, che passano per altri momenti, altri bisogni di tutela.

Da qui il tema proprio di questa ricerca: le modalità di ricostruzione giuridica del valore finanziario nelle dottrine sul mutuo del diritto comune. Una scelta che si fonda su più motivi di interesse. Il primo: ana-

⁴⁸ Un'utile ricognizione storica del principio in W.A. COUTTS, *Once A Mortgage Always A Mortgage- Stipulations In The Mortgage*, Central Law Journal 54, 1900, p. 464 ss.

lizzare le modalità con cui la concezione di valore finanziario propria dell'alto medioevo possa essersi trasfusa nell'*interpretatio* di glossatori e commentatori, necessariamente vincolata alle forme e ai concetti del diritto romano, portatore di principi antitetici. Il secondo: esaminare se per questa via si sia effettivamente costruita quella complessità storica che sembra mancare al mutuo, una volta osservato solo nel confronto tra diritto romano e diritto dei codici. Il terzo: verificare come la modernità dei codici si sia potuta costruire sul terreno del mutuo in conseguenza al modello – o ai modelli – costruiti nel corso del diritto comune.

Scopriremo così una storia dimenticata del mutuo, in cui questo contratto si realizza in più forme, di cui una reale e unilaterale, altre bilaterali e consensuali. Una storia in cui il mutuo non è essenzialmente gratuito come nei codici e nel diritto romano cui questi dicono di ispirarsi⁴⁹, ma viene ricostruito nella sua struttura in funzione di quel valore finanziario che inevitabilmente si crea quando una cosa prestata viene restituita in equivalente dopo un certo termine. Una storia in cui il mutuo viene ricostruito attraverso complesse ricostruzioni giuridiche del valore della cosa che si presta *pondere, numero vel mensura*, tormentati tentativi di distinguere dal concetto di valore una nozione di valuta, raffinate distinzioni tra *singularia mutui* e *singularia pecuniae*⁵⁰.

Concetti insospettati e insospettabili al mutuo del diritto romano ed esorcizzati da quello dei codici moderni in nome del recupero di una pretesa equità che ha guadagnato a questo contratto solo la totale esclusione dalla vita economica.

⁴⁹ L'indagine non si occuperà del tema delle *usurae*, del relativo divieto del diritto canonico e dei vari modi adoperati per aggirarlo. Il motivo è iscritto nella nostra ipotesi di partenza: un valore finanziario, definibile come il differenziale tra valore di stipula e valore di adempimento, è presente in tutti i negozi, comunque strutturati e denominati, in cui avviene un anticipo di capitale, e può risolversi anche in un danno per il mutuante; rispetto a questo valore, quello rappresentato dalla stipulazione di un interesse è solo eventuale.

⁵⁰ Questa storia – a differenza di quella sulle *usurae*, face abbacinante per lo storico del diritto, che alla sua luce ha spesso perso l'opportunità di indagare il tessuto del contratto di mutuo – ha pochi riscontri nella letteratura. Gli unici riferimenti utili sono P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960 e U. SANTARELLI, quest'ultimo con *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1972, e *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli 1984. Accanto a questi classici, ha di recente dedicato delle pagine al mutuo A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli 14.-16.)*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 240 ss., il cui sguardo attento sulla letteratura mostra impietosamente la scarsità di studi sul mutuo come oggetto giuridico a fronte della messe di contributi sulla dimensione etico-morale dell'usura, vero e proprio sub genere storiografico, a mio giudizio non sempre originale e quasi mai rilevante per una corretta analisi giuridica, in cui ai valori etici, morali e culturali propri di un'epoca non dovrebbe mai essere consentito di porre in secondo piano la costruzione tecnica.

CAPITOLO SECONDO

LA DESCRIZIONE DEL MUTUO TRA ATTRIBUZIONE REALE E VIRTUALE DI VALORE FINANZIARIO NELL'OPERA DEI GLOSSATORI

SOMMARIO: 1. Una prima distinzione tra tipologie di mutuo nella Summa Trecensis. Mutuo naturale, mutuo civile e quasi mutuo. – 2. Il mutuo civile come simulazione del mutuo naturale. – 3. Il trasferimento di ricchezza come unico modello possibile di valore finanziario. – 4. Defectus mutui. – 5. La ricostruzione del valore finanziario nelle caratteristiche della res mutui. – 6. Una nuova tipologia. – 7. Per un confronto tra due modelli di valore finanziario: le singularitates mutui in Piacentino e in Azone. – 8. Il ruolo della numeratio e del consenso nella fattispecie contrattuale del mutuo. La Glossa Magna. – 9. (*Segue*) La tipologia delle fattispecie genetiche di mutuo. – 10. Conclusioni.

1. *Una prima distinzione tra tipologie di mutuo nella Summa Trecensis. Mutuo naturale, mutuo civile e quasi mutuo*

Il problema che il mutuo pone ai glossatori è riportare all'interno dello schema autoritativo del *Corpus iuris* due modelli diversi di valore finanziario. Il primo è quello che si realizza attraverso la materiale dazione di una somma di danaro o di una quantità di derrate, fatto sul quale si fonda il credito del mutuante alla loro restituzione. Il secondo è invece quello del mutuo che si crea *per scripturam*, attraverso l'assunzione da parte del mutuatario dell'obbligo a restituire una somma che dichiara di aver ricevuto, ma che può non aver materialmente ottenuto. Un dissidio che è quasi l'immagine dell'epoca, stretta tra la condivisione dei valori propri dell'alto medioevo, di cui rappresenta la continuazione, e i nuovi bisogni ingenerati da una maggiore circolazione economica. Se la cultura profonda del medioevo porta a considerare il materiale trasferimento di ricchezza da un soggetto ad un altro come sola radice del mutuo, le nuove necessità dei traffici portano a considerare altre fattispecie di anticipazione di valuta, come quelle contenute, ad esempio, nelle lettere di cambio.

I glossatori ebbero l'onere di spiegare entrambe le realtà all'interno del *Corpus iuris*: un compito cui assolsero con strumenti diversi. I primi

apparati si dedicarono ad approfondire la distinzione tra le due specie di valore finanziario costruendole giuridicamente intorno a due tipi diversi di contratto di mutuo, che si sforzarono di individuare come *species* di un unico *genus*. Ben lungi dall'individuare soluzioni condivise, queste opere consegneranno tuttavia ai giuristi successivi un bagaglio importante di concetti e, soprattutto, di questioni.

La prima opera in cui il tema è individuato in questi termini è la *Summa Codicis Trecensis*¹, tra le testimonianze più antiche dell'*interpretatio* medievale, che lo restituisce nella contrapposizione tra due figure contrattuali: il mutuo *naturale* e il mutuo *civile*.

Il primo si realizza con il diretto passaggio in proprietà della cosa fungibile:

Naturale mutuuum est quod ex meo tuum fit: in his demum causis quae in quantitate consistunt. qua ratione conditio certi ei numeravit, sive per se sive per alium, competit. nam sive ego dem sive alius meo nomine, item sive ego accipiam sive alius pro me, ego brevi manu per mediam personam dare seu accipere videor: ea ratione obligatio michi quaeritur et ego obligor. Datur utilis ei qui alieno nomine numeravit, cum ipse actionem reprobatur. In eum competit qui accepit, sive per se sive per alium, et in eorum successores².

Il mutuo è *naturale* allorché ciò che è di un soggetto passa nella disponibilità di un altro e costituisce questi nell'obbligo di restituire il *tantumdem*. L'unico momento di qualificazione di questa fattispecie è infatti la consumazione della cosa fungibile, fatto che obbliga alla restituzione nei confronti del suo proprietario originale, sia questi o meno il soggetto che ha prestato la valuta al mutuatario. Nel caso in cui la valuta sia stata prestata, anche *invito domino*, da un terzo, essa andrà restituita al proprietario effettivo, non al soggetto che l'ha materialmente data all'obligato. Nella logica della vicenda complessiva questi non deve essere percepito come mutuante di una valuta che dovrà restituire – indipendentemente dal destino del contratto da lui instaurato – al proprietario cui l'ha sottratta; è direttamente quest'ultimo ad essere inteso come contraente in proprio, attraverso l'opera puramente enunciativa del terzo.

L'espressione scelta dalla *Summa Trecensis* è sommamente evocativa: il proprietario della somma di denaro è inteso aver dato lui stesso la valuta contrattuale *brevi manu*, e tuttavia con l'intervento di un *medium*, il

¹ *Summa Trecensis*, ed. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894 (r.a. Frankfurt am Main 1977) IV, 2, *si certum petatur*. Rimane legata ad altra metodologia storico-giuridica l'attribuzione di quest'opera a Irnerio, fatta da Fitting.

² *Summa Trecensis*, cit., IV, 2, *si certum petatur*, n. 3.

prestatore materiale. Lo stesso schema, giova sottolinearlo, opera dalla prospettiva del mutuatario: il debitore effettivo è chi ha consumato la *res mutui*, anche se chi l'ha ricevuta dal mutuante è un terzo il quale, non avendo animo di tenerla per sé, l'ha trasferita a sua volta a chi l'ha poi materialmente adoperata.

Il mutuo *civile* è una fattispecie intrinsecamente diversa:

Civile mutuuum fit per stipulationem, item per scripturam, et ideo ex [his] causis condicitur. verbis quoque in creditum imus, sive in initio obligationis id fiat, sive alia obligatio fuit et ita per novationem in stipulationem translata sit. Etiam si cirographo contraxisti, equum est [te] teneri. Et mutuuum hanc solam conditionem parit et nullam aliam³.

Essa si realizza attraverso un contratto formale e astratto, come la *stipulatio* o il chirografo. In questo caso il titolo dell'obbligazione è dato appunto dal contratto, non dalla consumazione della valuta. Si verifica qui con tutta evidenza il primo distacco con il diritto romano, quale contenuto nel *Corpus iuris*, che non vede ovviamente nel contratto verbale o nel contratto letterale due modi per concludere il contratto di mutuo, ma contratti alternativi a questo, accomunati dal produrre un obbligo solo per una parte – il dichiarante – e tuttavia fondati su un presupposto ben diverso. Il giurista medievale restituisce questa differenza nell'unico modo a lui possibile: vedere dietro la pura formalità dell'obbligo nato dalla *stipulatio* un mutuo; presupporre che, a giustificare il sorgere dell'obbligazione vi sia non solo la ritualità, ma l'appropriazione della valuta, la sua consumazione.

Lo stesso schema deve applicarsi all'ipotesi della novazione attraverso la *stipulatio* di un'obbligazione sorta precedentemente ad altro titolo: anche qui il giurista medievale deve riportare il tutto ad un mutuo, come unica fattispecie che possa dare adeguata base equitativa alla modificazione di un debito già in essere. Ragionando sui principi che il *Corpus iuris* offre ai glossatori, l'atto con cui il creditore e il debitore si accordino per procrastinare il termine del pagamento del prezzo di un bene venduto e già consegnato deve essere necessariamente ricostruito nei termini di un'estinzione del debito *ex causa empti*, e la sua sostituzione con un rapporto diverso. La *causa mutui* è l'unica che possa dare fondamento a questa nuova obbligazione: la dilazione del pagamento è un'anticipazione di valuta, non trasferita materialmente al momento della sua costituzione, poiché già nel possesso del debitore.

La distinzione tra mutuo *naturale* e *civile* risponde poi perfettamente alla metodologia interpretativa dei Glossatori, abituati a vedere

³ *Summa Trecensis*, cit., nn. 4 e 5.

identità di contratto laddove vi è identità di azione a tutela delle situazioni soggettive delle parti, ed è il *Corpus iuris* a stabilire che la *certi conditio* è l'azione derivante tanto dal mutuo che dalla *stipulatio* o dal chirografo. Su questo punto il giurista medievale verifica l'impossibilità di escludere dalla nozione di mutuo una serie di figure che, pur non rientrando nel tipo romano, allo stesso tempo generano la sua tutela specifica:

Deficit autem mutuum a sua proprietate tum propter personam, tum propter rem, tum propter mixtam causam. Propter personam: ut in pupillo et furioso. Nam pupillus et furiosus sive mutuam pecuniam numeret, non alienat, sive accipiat, non obligatur. Set si is qui accepit ex ea causa sine dolo consumpserit, ex consumptione tenetur. Item si pupillus locupletior factus est, ne [ex] aliena iactura lucrum sibi quaerat, tenetur⁴.

Il mutuo è descritto nel testo romano attraverso una serie di fattori specifici – la fungibilità del bene, il passaggio in proprietà del mutuatario, la consumazione – che valgono a distinguerlo dalle figure consimili, quelle del comodato da una parte, quella della locazione dall'altra. L'autore della *Summa Trecensis* riunisce così quei casi eccezionali in cui il mutuo si realizza nonostante il difetto di un elemento essenziale, il che è evidente dal fatto che tali fattispecie producono, pur lontano dal tipo contrattuale, la medesima tutela del mutuo, la *conditio certi*.

Nel primo caso il mutuo *deficit propter personam*, poiché la valuta viene prestata o ricevuta da un soggetto incapace il quale non può acquistare né obbligarsi senza l'intervento del *tutor*. Il mutuo non potrebbe qui realizzarsi come contratto perché non può verificarsi uno dei suoi fattori fondamentali – il passaggio della cosa in proprietà del mutuatario – ma è lo stesso testo romano, fuori dalla tecnica usuale delle azioni utili, a stabilire che la *certi conditio* si maturi all'incapace in virtù della consumazione della cosa mutuata operata in buona fede dal prenditore.

Dato il carattere centrale e esaustivo della consumazione nella nozione di mutuo, il giurista medievale può così procedere ad enucleare altri casi consimili, e costruire gli altri due lati di una tripartizione. Oltre che *propter personam*, il mutuo può non ricorrere *propter rem*:

propter rem: veluti si species et non quantitas detur, tamen, si sub quantitate exstimatione data est, quasi mutuum est: nichil enim interest, sive pecuniam meam accipias, sive eam ex re quam tibi dederim redigas⁵.

⁴ *Summa Trecensis*, cit., n. 3.

⁵ *Summa Trecensis*, loc. cit., n. 3.

Il mutuo presuppone la dazione di una quantità di cose fungibili; ove il bene prestato sia infungibile, il contratto che si realizza è diverso, e non produce come tutela la *certi condictio*. Ove però la cosa infungibile sia prestata non in sé, ma per il valore – determinato dalle parti – che essa ha secondo valuta comune, ecco che si realizza un contratto che partecipa più del mutuo che di qualsiasi altro, che il glossatore non ha difficoltà a definire *quasi mutuo*, precisando che ciò non può derivare dalla semplice lettura del testo romano, ma consegue a una *interpretatio*⁶.

Il terzo elemento della partizione viene invece ottenuto – tecnica tipica dei glossatori – attraverso la *mixta inspectio* tra i primi due:

propter personam et propter rem deficit, sive non fiat dantis, sive non sit quantitas, sive propter utramque causam: et quia dantis non fit et quia pecunia non est. licet traditione eius non fit, si [tamen] ex ea causa consumat, ad instar [tamen] mutui certi condictione tenetur tam in his casibus quam in multis aliis varis et diversis speciebus⁷.

L'autore della *Summa Trecensis* non fornisce esempi specifici, pure crea questa terza categoria come specie residuale, in cui porre tutte quelle altre fattispecie che, pur non avendo ad oggetto una *quantitas* o pur avendone ad oggetto una che non è in proprietà di chi la presta, realizzano ipotesi più vicine al mutuo che a qualsiasi altro contratto, e che meritano per lo stesso motivo l'applicazione della tutela della *certi condictio*⁸.

2. *Il mutuo civile come simulazione del mutuo naturale*

La *Summa Trecensis* fissa così, attraverso la distinzione tra le due fattispecie del mutuo *naturale* e del mutuo *civile* i primi termini su cui si realizzerà l'*interpretatio* dei giuristi successivi: l'identificazione della *certi condictio* con il mutuo; la riconduzione alla *causa mutui* dell'obbligazione derivante dal negozio astratto della *stipulatio* o contenuta nella pari astrattezza del chirografo; la qualificazione come mutuo del contratto che risulta dalla novazione di un'obbligazione precedente tra le stesse

⁶ «Sin autem quantitas non datur, set species estimate datur, non proprie mutuuum est, quadam tamen interpretatione quasi mutuuum est». *Summa Trecensis*, loc. cit., n. 3.

⁷ *Summa Trecensis*, loc. cit., n. 4.

⁸ «Sunt autem praeterea aliae obligationes quae pariunt et alias condictiones item et alias actiones, ex quibus, si modo certum debetur, certi condictio competit, ut iam dictum est. Sive enim ex consensu sive ex alia causa quis obligetur, forte ex rei perventione, dummodo certum sit, sine distinctione certi condictio datur, vel etiam triticaria, si aliud est praeter pecuniam» *Summa Trecensis*, loc. cit. n. 5.

parti. Le due ipotesi non hanno però la stessa dignità per questi primi apparati: il vero contratto è solo quello *naturale*, che integra per definizione l'*aequitas* che deve essere contenuta nel mutuo come in qualsiasi altro contratto; il mutuo *civile* è solo una categoria residuale, che comprende tutte quelle ipotesi in cui si può creare un debito che non trova causa nella realtà. In questo senso vanno le poche note in tema di mutuo delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, opera che la filologia ottocentesca ha ricondotto alla stessa mano della *Summa Trecensis*, e che a noi basta dire dello stesso periodo.

Il primo contrasto che il giurista scioglie è relativo all'astrattezza del chirografo. Malgrado il *Corpus iuris* dica che qualsiasi prestazione può essere versata nel chirografo e chiesta sulla base di questo, al riparo da qualsiasi eccezione, per le *Quaestiones* il chirografo non resta invece al riparo dall'eccezione di simulazione:

I. Quando vere pecunia datur et olei datio simulate conscribitur, potior habenda est res gesta quam simulata. Idem est in inferiore constitutione, si, cum deberetur pretium, scriptum est mutuam quantitatem datam esse. Si autem pecunia ab initio datur, ut vinum debeatur, simulatio quidem cessat, set non potest alia re profecta in aliam contrahi obligatio⁹.

Non ci si può costituire debitori di una cosa nello strumento formale allorché si è stati obbligati ad un'altra nella realtà. Se tra le parti è incorsa una compravendita, il chirografo può essere usato per versarvi l'obbligazione del prezzo, non per far figurare che la somma è dovuta a titolo di mutuo. In questo caso il chirografo può essere posto nel nulla dal riconoscimento della simulazione. Cosa diversa è se il chirografo venga usato *animo novandi*, ma in questo caso occorre che sia espresso e riconoscibile il consenso della controparte ad accettare il pagamento su di un titolo diverso, consenso che per definizione non può trovare posto in un atto unilaterale come la costituzione di debito, ma deve essere formulato prima della sua redazione. Il chirografo sarebbe esposto altrimenti ad un'eccezione che, in solo apparente contrasto con il testo romano, potrebbe causarne la nullità.

La fattispecie si presenta diversamente allorché la novazione avvenga attraverso la *stipulatio*:

A. Ex illa quam dicis olei scriptura nil interim debetur: sed ita demum, si non intervenit stipulatio. Si ergo re medium stipulationis adhibeatur in talibus, convalescit res simulata. I. Naturali iure contrahitur ita mu-

⁹ *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, ed. Fitting, Berlin, 1894 (r.a. Frankfurt am Main 1977), 21, *si certum petatur*, n. 1.

tuum, ut obligetur quis in hoc genus quod et accepit. Usu autem postulante receptum [est] iure civili, ut ex qualibet obligatione in creditum iri possit. Cum enim pecuniam debeas, stipulante me novantis animo vinum, videris ex pristina causa soluisse et sic [ut] oleum accepisse. Talis simulatio non inutilis est ideoque recepta. Eadem vis est stipulationis et cum a primordio aliud do ut aliud reddas, idque stipulanti michi promittis: quo casu ne nata quidem est alia nisi verborum obligatio, cyrographum autem inventum est, ut is qui mutuuum accipit, manu propria sese obliget, ut haec obligatio numeratione impleatur¹⁰.

Anche qui la distinzione tra mutuo naturale e civile offre la chiave per una soluzione: il mutuo si contrae *naturalmente* attraverso la corresponsione materiale di una somma di denaro; poiché però ogni vincolo obbligatorio può essere oggettivato in un credito, questo può essere novato mediante una *stipulatio*, che a differenza del chirografo, atto unilaterale, implicitamente contiene il consenso dell'altra parte ad accettare la nuova prestazione.

Il linguaggio del giurista tradisce tuttavia il disfavore che implicitamente circonda le ipotesi di mutuo diverse dal modello *naturale*: la novazione mediante stipulazione è comunque ricostruita nei termini di una *fictio*, quella del pagamento del debito sostituito con la novazione; anche quest'ipotesi partecipa della struttura di una simulazione, che però l'ordinamento vede come *non inutilis*, e quindi decide di accogliere («*ideoque recepta*»). Pertanto, ove le parti pongano in una *stipulatio* il contenuto di un mutuo, il ruolo del negozio formale è quello di rivestire dei propri effetti una dichiarazione conforme alla volontà delle parti; il contratto sarebbe quindi destinato a cadere ove il fine delle parti fosse di far risultare una finalità diversa da quella che intendono perseguire. Lo stesso è per il chirografo, che non può essere vinto da alcuna eccezione se la costituzione di debito in esso contenuta risponda effettivamente alla finalità che le parti vogliono perseguire.

Sullo sfondo di questa ricostruzione vi è comunque lo stesso schema che abbiamo trovato nella *Summa Trecensis*: il mutuo è l'unico contratto su cui si possa fondare la novazione del debito pregresso, la causa che giustifica la nuova obbligazione che le parti sostituiscono a quella precedentemente in essere tra loro quando si accordano per una dilazione di pagamento o, altro esempio, per una sua rateizzazione. Il giurista medievale non può pagarsi del fatto che con la *stipulatio* o il chirografo si riesca ad astrarre da un negozio di compravendita o di locazione una sola tra le obbligazioni risultanti: dietro la formalità di questi negozi deve

¹⁰ *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, loc. cit., n. 2.

stare la *causa mutui*, a rappresentare nella traslazione della valuta il fondamento sostanziale dell'obbligo.

3. *Il trasferimento di ricchezza come unico modello possibile di valore finanziario*

Gli scritti dei primi glossatori mostrano in tutta la loro immediatezza i problemi che sono chiamati ad affrontare: oltre alla necessità che le fonti romane siano effettivamente sede di verità, il che richiede che possano rappresentare la ben diversa realtà in cui opera l'interprete, vi è quella di garantire l'unicità delle soluzioni proposte dal *Corpus iuris*, perché la verità espressa dal testo antico e autorevole sia una e una sola. Se con la *causa mutui* il giurista medievale cerca di trasferire nel contesto del *Corpus iuris* il complesso dei valori della sua civiltà giuridica, resta da trovare un apparato di definizioni che possa risolvere le molte aporie che il testo romano presenta naturalmente sul punto, per essere composto da testi diversi e appartenenti a differenti epoche dell'esperienza giuridica romana.

Una dimensione che affiora nei primi apparati, mai tuttavia affrontata e risolta pienamente, e che si ripropone nei giuristi successivi. La definizione di mutuo in Piacentino ne è prova:

Dicitur mutuuum nomine composito ex corrupto et integro, quia quod fuerit meum tuum, idem si fuerit eius cui numero. Ergo mutuuum non contrahitur: nisi pecunia proficiscatur, nisi quantitas data intelligatur, sicque pecuniae nomen etiam latissime, id est pro omni re: et strictissime pro pecunia ponitur¹¹.

Il diverso spessore tecnico è evidente nella posizione analitica del problema mutuo¹², ma i valori che sono sottesi alla definizione sono gli stessi che nelle dottrine precedenti. Il fattore centrale della definizione è la proprietà della cosa. Il mutuo, descritto dal testo romano nella etimologia di *ex meo tuum fit*, è il contratto che si conclude col passaggio in proprietà della *quantitas* che ne costituisce oggetto, e si conclude sempre e comunque al proprietario, non a chi trasferisce materialmente la cosa.

¹¹ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, r.a. Torino, Bottega d'Erasmus, 1962, p. 135.

¹² «Videamus itaque quando contrahatur mutuuum, in quibus rebus, et quot modis, qualiter distinguatur, quando deficiat, qualiter reconcilietur, cui competat directa et utilis certi conditio de mutuo, in quem. In quantum, et qualis sit haec certi conditio». PIACENTINO, *op. cit.*

Concordemente ai principi in materia di acquisto della proprietà, il mutuo non può dirsi concluso se non può dirsi realizzata la *traditio* della cosa, essenziale affinché la proprietà del bene passi al mutuatario. Non è invece un fattore essenziale al contratto la sua consumazione:

Mutuum contrahitur cum quantitas datur, ut accipientis efficiatur, eo acto ut est reddatur, non eadem sed alia tanta aequae bonae sub eodem genere. verumtamen si quantitas mutuata, et in arca conservata fuerit restituta, debitor liberatur. quippe potuit istud contingere, vel quia debitor expendere voluit, erogare necesse non habuit, atqui hoc ex natura mutui non contingit¹³.

Conservare la somma ricevuta in mutuo fino a scadenza e pagare con quelle stesse monete il debito non comporta l'inesistenza del negozio, tra i cui elementi costitutivi non è né il bisogno del mutuatario di avere credito, né l'effettiva consumazione della somma. Il caso della restituzione della stessa *quantitas* mutuata, e non dell'*idem genus*, tornerà nel prosieguo degli apparati dei glossatori, sempre però con la stessa soluzione, ad indicare il mantenimento di un percorso interpretativo che vede solo nel passaggio in proprietà della *res mutui* il fattore genetico di ogni obbligazione risultante dal negozio.

Piacentino è forse il glossatore che utilizza al massimo grado possibile questa cifra interpretativa, sistematizzando sul dato del passaggio in proprietà ogni possibile aporia del testo romano. Su questa base egli individua tre modi di contrarre il mutuo, tre cause per cui esso non si realizza e tre modi attraverso cui può dirsi concluso a posteriori.

I termini della prima *distinctio* non mutano in sé rispetto agli apparati precedenti – il mutuo si può concludere con la dazione della cosa, con la *stipulatio* o con il chirografo – ma ciascuno dà luogo ad una tipologia più complessa. La dazione reale della cosa mutuata, la *numeratio*, dà origine a due ipotesi distinte:

Tribus modis contrahitur mutuuum, stipulatione, re, chirographo. Re et vere, ut per numerationem, et interpretationem, ut si lanx detur vendenda quatenus venditor redactam pecuniam habeat in mutui causam. Hocque fit quandoque, ut mox cum fuerit redacta pecunia sit mutua, quandoque agitur, ut redacta pecunia ad dominum lancis perferatur, et per eum illa pecunia mutuatur. Per numerationem celebratum mutuuum quandoque non statim valet, sed pendet: hocque duobus modis fit, puta si agatur, ut quantitas accipientis efficiatur, si qua apposita conditio contigerit, alias ex postfacto quandoque confirmatur, puta si pecuniam in specie lega-

¹³ PIACENTINO, *op. cit.*

tam haeres crediderit, antequam tale legatum amittatur vel repudietur, ut ff. eod. l. proinde¹⁴.

Vi è un modo *vero* di costituire il mutuo, attraverso la tradizione effettiva della cosa; accanto alla *vera numeratio* si può però individuare una *numeratio per interpretationem*. Un caso che ricorre in ipotesi come quella del mandato a vendere cui è aggiunta la facoltà di tenere a titolo di mutuo la somma realizzata: la *traditio* non ricorre qui nella sua materialità, poiché la *pecunia* è fin dall'inizio nel possesso di chi la prenderà poi a mutuo, ma può essere individuata in via d'interpretazione, atteso che essa consegue all'esercizio della facoltà conferita a questo mandatario di usarne. Ove lo faccia in concreto, il mandatario si renderà mutuuario della valuta rappresentata nel prezzo della vendita che lui stesso ha curato; se non la consumerà sarà tenuto a trasferirla al *dominus* sulla base del mandato, non a titolo di un mutuo che non si sarà a quel punto realizzato. La *numeratio* è qui momento individuabile, poiché consente di ricostruire la fattispecie complessiva in termini eguali a ciò che sarebbe stato se il mandatario avesse trasferito il prezzo al mandante e questi glielo avesse ritrasferito a titolo di mutuo.

Il cardine di tutta l'analisi è in ogni caso nell'acquisto della proprietà della cosa mutuata: accanto all'ipotesi della *traditio* interpretativa Piacentino pone significativamente quella, per lui speculare, della *traditio* materiale del bene sottoposta però a condizione sospensiva, che come tale non realizza un effettivo e immediato trasferimento della proprietà.

Lo stesso fattore ricorre nell'analisi del secondo *modus contrahendi*, quello *per stipulationem*:

Mutuuum contrahitur, puta si quantitatem meam quam numeravi incontinenti, stipulatus sum mihi reddi, nec sit novatio: quia hoc non agitur, imo agitur, ut non ex numeratione, sed ex stipulatione actio nascatur. idem si stipulatio numerationem precedit, ut ff. de nova. l. cum enim¹⁵.

Non una qualsiasi *stipulatio* è in grado di integrare un mutuo, ma solo quella che realizza un trasferimento di proprietà. La *stipulatio* che intercorre dopo la *numeratio* per rendere più saldi gli effetti di questa non costituisce così un secondo contratto di mutuo – per come dovrebbe essere se vedessimo in questi due fatti, la materiale tradizione della cosa e il contratto verbale, dei momenti puramente formali di costituzione del vincolo obbligatorio – poiché non può realizzare il trasferimento della proprietà della cosa.

¹⁴ PIACENTINO, *op. cit.*

¹⁵ PIACENTINO, *op. cit.*

Piacentino tenta così di riportare tutte le ipotesi possibili ad un unico modello di valore finanziario, fondato sul materiale trasferimento di ricchezza dal mutuante al mutuatario conseguente alla traslazione del *dominium* sulla cosa. Ove tale trasferimento non si realizzi, il contratto è privo di un fondamento giuridico, e resta conseguentemente privo di tutela.

La dimostrazione si trae considerando il caso di chi, dopo aver materialmente corrisposto la *pecunia* altrui in mutuo ad un terzo, ne stipuli con lo stesso la restituzione:

sane si numerator etiam incontinenti stipuletur extraneo, utilis contractus numerationis non viciaretur per sequentem inutilem stipulationem, videtur tamen obstare debere, quod alias dicitur. quod voluit non potuit, quod potuit non voluit. item stipulatione contrahitur mutuuum: nisi quantitas alia pro alia, alias ex causa vetustiore debita novatione facta promittatur¹⁶.

In questo caso la *stipulatio* è nulla, poiché ne è parte chi non aveva titolo a disporre della *res* non essendone proprietario, ma ciò non inficia l'esistenza di un credito per il vero titolare della somma prestata, il quale è già nato dal fatto materiale della *numeratio*. Ne consegue che alcun credito sorgerebbe esclusivamente dal contratto formale, se non si potesse ravvisare un effettivo trasferimento di valuta, sia pure *per interpretationem*. L'ipotesi di un credito che nasca da un chirografo *spe futurae numerationis* è ineludibile perché enunciata direttamente dal testo romano, ma è fattispecie claudicante, esposta com'è all'*exceptio non numeratae pecuniae*¹⁷.

La tipologia di Piacentino non distingue pertanto un mutuo *civile* da uno *naturale*, come gli apparati dei primi glossatori, ma un tipo che è insieme *naturale e civile* e uno che è *civile tantum*:

Ex praedictis colligitur quod mutuuum, aliud est civile et naturale, aliud civile tantum: puta per chirographum, hoc fit naturale transacto biennio, siquidem tantum facit biennium si non fit in testando paritum, quantum fecit natura, id est numeratio¹⁸.

La ragione del distinguere si poggia appunto sulla diversa rilevanza del trasferimento della valuta. A fronte di fattispecie in cui il negozio formale presuppone l'avvenuta *numeratio* esistono altre fattispecie in cui il negozio formale è solo prodromico rispetto agli effetti tipici del contratto di mutuo, che si perfezionerà solo con il passaggio in proprietà della cosa

¹⁶ PIACENTINO, *op. cit.*

¹⁷ «Chirographo contrahitur mutuuum, si spe futurae numerationis scribatur acceptum, quod non fuerit numeratum». PIACENTINO, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸ PIACENTINO, *op. cit.*

o con il perfezionamento dell'obbligo alla restituzione che, realizzato per altra via, potrà tuttavia dare per operata una *traditio per interpretationem*. È il caso del chirografo con cui un soggetto dichiara di dovere una somma *ex causa mutui*: l'incontestabilità dell'obbligazione una volta decorso il biennio dalla redazione del chirografo importa il perfezionamento, sia pur virtuale, della *traditio*. Il decorso inutile del termine per l'esperimento dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, e della conseguente azione di accertamento negativo, importa lo stesso effetto di ciò che la *numeratio* farebbe in natura.

4. *Defectus mutui*

Sul momento dell'acquisto della cosa si misurano le tre ipotesi principali di *defectus mutui*, che anche in Piacentino vengono rese nei termini del *defectus propter personam, propter rem e propter utrumque*:

Deficit mutuuum, propter personam, si pupillus numerat: propter rem quoque, puta si quis numerat quod non est suum nomine suo vel nomine alieno non accedente consensus. Propter utrumque deficit, puta si pupillus alienam mutuat pecuniam. Nam cum suam non possit facere alienam, multo minus tuam faciat alienam. Servus tamen et filius, concessa sibi administratione libera, peculiarem pecuniam recte faciunt mutuam...¹⁹

Tutte le volte in cui un soggetto non può trasferire ad altri il proprio diritto sul bene, lì non può esservi mutuo. Si ha così *defectus propter personam* ove il trasferimento non avviene perché chi lo effettua non può validamente disporre del suo bene, mentre si verserà nell'ipotesi di *defectus propter rem* ove un soggetto capace non abbia la proprietà del bene trasferito a terzi a titolo di mutuo, *traditio* che non realizza un'alienazione del diritto. La terza ipotesi – tecnica comune ai glossatori – unisce le due ipotesi in un'unica fattispecie.

Sullo stesso criterio Piacentino isola tre ipotesi in cui un mutuo può essere riconosciuto *ex post facto* da una fattispecie difettosa di un elemento essenziale:

Deficiens mutuuum tribus modis reconciliatur, consumptione, utili stipulatione, usucapione. Nam si pecuniam a non domino sibi creditam biennio detinuit acceptor, titulo pro suo usucepit, et est hoc nota dignum... Reconciliatur inquam mutuuum per consumptionem bonae malaeve fidei, ubi quis quantitatem alienam numeravit. Similiter consumptorem non distinguimus. Ergo et furi numeranti pecuniam consumptam et alienam stipu-

¹⁹ PIACENTINO, *op. cit.*

lanti conditio dabitur, dominus tamen pecuniae, eam non dum consumptam et in stipulatum deductam, a possessore vindicabit. Sed et is qui numeravit cum stipulatus sit condicere poterit: Si tamen ambo simul venerint dominus praeferrri debet. Item si alteruter acceptor pecuniae solverit, lite tamen ab altero nondum contestata, contra alterum agentem ex aequitate exceptione se tuebitur²⁰.

La consumazione effettiva della somma mutuata, la stipulazione valida a replicare gli effetti della *numeratio*, l'acquisto a titolo originario che il mutuatario fa della somma che poi dovrà restituire attraverso l'usucapione: tre ipotesi in cui comunque si realizza, fuori della traslazione materiale della somma di denaro o della quantità di derrate, un'alienazione della cosa e quindi un trasferimento di ricchezza al mutuatario.

Il passaggio in proprietà della cosa fonda così l'obbligo alla restituzione, e realizza di conseguenza a chi ha trasferito la somma, anche se in mala fede, la tutela attiva per il pagamento del *tantundem*; il legittimo proprietario della cosa mutuata la potrà rivendicare dal mutuatario che ne sia in possesso solo se la stessa non sia stata consumata materialmente o trasferita a terzi. Il *dominus* della *pecunia* concorre comunque con chi l'ha materialmente prestata per l'esercizio dell'azione a tutela della restituzione, e deve essere preferito a questi solo *ex fide bona*, per come sulla stessa base si tutela il debitore che ha pagato ad uno di questi soggetti dall'azione che contro di lui potrebbe esperire l'altro.

Il problema sorge quando colui che materialmente presta la valuta tiene celato il fatto che questa è di proprietà di un altro soggetto:

Quid ergo dicemus, si quis numeravit nomine suo pecuniam non suam, et ea ab accipiente sit usucapta consumptave? Profecto de rigore, pecuniae quondam dominus omni destituitur actione: siquidem fieri potest, quod numerator nec ex negotio nec ex delicto, domino pecuniae invenitur obligatus: sed nec contra emptorem habet actionem. Pecuniae quondam dominus utilem habebit conditionem contra pecuniae acceptorem, ad instar eius, qui pecuniam suam vel Titii nomine numeravit²¹.

In questo caso, il mutuatario acquista la proprietà della somma con la sua consumazione o la sua usucapione; il titolare effettivo della valuta è privo di qualsiasi azione diretta contro colui che ha ricevuto la somma in mutuo, il quale rimarrebbe quindi privo di qualsiasi tutela una volta che non si reperisse alcuna azione per lui contro il soggetto che ha materialmente trasferito ad altri un denaro non suo. Per questo caso, l'ordinamento predispone un'azione utile per il proprietario della valuta con-

²⁰ PIACENTINO, *op. cit.*

²¹ PIACENTINO, *op. cit.*

tro colui che l'ha accettata. Allo stesso modo il testo predispone la nascita di un'azione utile per il prestatore materiale ove il titolare della valuta non voglia ratificarne l'operato e quindi rivolga contro di lui le sue pretese risarcitorie:

Quippe Titii nomine reprobato, numeranti utilis conditio datur, ut C. eod. l. quarta. Hoc mihi non sedet, factam ratam habens, negotiorum gestio experiar contra numerantem, ut mihi cedat actionem. [...] Item quid dicemus non tuo nomine, neque meo: si alterius nomine, illique stipulatus fuero? Profecto nec mihi numeranti, nec tibi domino, actio quaeritur, nec tertio: licet volui, quia non potui. Praedicta igitur pecunia, aut erit in stipulatum deducta, aut consumpta. Si consumpta erit, dominus vindicabit, nec numerator, nec dominus equidem condicet (ut dictum est) licet ff. eodem l. si me legatur, aequum et bonum est pecuniam meam quae pervenit ad te reddi a te. Ergo nec acceptor pecuniae lucratur: utique conditio ei dabitur cuius nomine sit numeratum, si numerationis negotium habuit ratum²².

Altro caso è invece quello in cui la valuta venga prestata da un soggetto al nome di un terzo diverso dal titolare effettivo: in questo caso un'azione diretta non può accrescersi né al proprietario della somma, né al prestatore materiale, né al terzo, il quale non può acquisire nulla da un contratto intervenuto fra soggetti estranei. La tutela per il proprietario della somma si svolge quindi su altre coordinate, precisamente quella della rivendica nel caso in cui la somma sia stata consumata dal ricevente. Vi è poi la possibilità che il terzo voglia far proprio attraverso una ratifica gli effetti del mutuo contratto a suo nome, ma non con il suo denaro: per questo caso Piacentino afferma spettare a questi l'azione ordinaria derivante dal mutuo, svolgendosi evidentemente su un piano diverso il problema del rapporto tra colui che diviene mutuante *ex post facto* e il vero proprietario della valuta prestata.

Da questi casi Piacentino ricava pertanto una sorta di regola generale:

Directa certi condicio ei datur, qui quantitatem suam credit nomine suo: ei quoque qui alienam credit nomine suo, si utiliter sibi stipulatus est, si pecunia consumpta est, ei quoque datur directa, cuius nomine numeravi pecuniam meam, suamve. Datur inquam si velit, reprobare enim potest, ut C. eod. l. iiii. In susceptorem pecuniae suo nomine et eius haeredem, directa certi conditio de mutuo datur, utilis datur in eum et eius haeredem, sed secundario, cuius nomine susceptio facta est...²³.

²² PIACENTINO, *op. cit.*

²³ PIACENTINO, *op. cit.*

La *condictio certi* spetta quindi tanto a chi presta denaro proprio in nome proprio, quanto a chi presta in nome proprio denaro di proprietà altrui. La stessa azione compete a colui nel nome del quale è stata prestata valuta di sua proprietà, come di proprietà di chi l'ha materialmente trasferita. L'azione spetta pertanto in forma diretta contro chi riceve una somma di danaro e contro i suoi eredi, mentre spetta in forma utile contro colui nel cui nome la somma viene accettata da un terzo.

Piacentino riesce solo in parte a riportare a un'unica concezione di valore finanziario tutte le ipotesi di mutuo autorizzate dal *Corpus iuris*. In questo tentativo, egli introduce comunque tutti i problemi che costituiranno l'asse portante dell'interpretazione successiva: l'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie, la definizione delle diverse tipologie di conclusione del mutuo e delle ipotesi in cui la tutela derivante dal contratto si riflette su un soggetto diverso dalle parti. Su ciascuno di questi tre problemi già le prime opere dell'età della glossa mostrano tutta la distanza culturale che esiste tra l'interprete medievale e il testo romano, che si può riassumere, per le opere sin qui considerate, in questo aspetto: il giurista medievale non riesce a distinguere la nozione di credito da quella di mutuo, e deve di conseguenza riportare ogni possibile credito di valuta ad una *datio mutui*, ricostruendola a volte su delle ardue *fictiones*, per conquistare ad esse un fondamento equitativo che altrimenti non avrebbero.

5. *La ricostruzione del valore finanziario nelle caratteristiche della res mutui*

Le dottrine sin qui considerate ricostruiscono il valore finanziario esclusivamente sul profilo della fattispecie genetica del mutuo, ma non si interessano delle specificità che una cosa deve possedere per poter essere oggetto di questo contratto, limitandosi a ripetere pedissequamente la formulazione del testo romano. Un limite che viene superato nelle dottrine di Azone, dove le caratteristiche strutturali della *res mutui* diventano un momento rilevante per la costruzione giuridica del valore finanziario:

Consistit autem mutuum in his rebus quae pondere numero vel mensura consistunt ut ff. e.l. ii § mutui datio, nec obstat quid legitur in eadem l. §... Item mutuum non potest esse nisi proficiscatur pecunia. Nomen nam pecuniae complectitur ea quae sunt in pondere numero vel mensura, ut ff. de legatis primo l. talis. Quandoque nomen pecuniae etiam corpora continet et omnia quae sunt in alterius patrimonio ut ff. de verborum si-

gnificazione l. rei appellatio et l. pecuniae verbum, quandoque etiam supponit tantum pro his quae sunt in numero²⁴.

Tutti gli apparati precedenti si contentavano di assumere come un dato la definizione del Digesto, quanto mai nota, e tutta centrata sulla dimensione naturale della cosa fungibile²⁵. Azone trasforma il dato in un problema interpretativo:

Contrahitur autem mutuum si recepturi sumus non eandem speciem quam dedimus alioquin comodatum erit aut depositum sed idem genus id est tantundem in eodem genere. Nam si aliud genus veluti ut pro vino triticum recipiamus vel econverso non erit mutuum sed innominatus contractus do ut des ut ff. eodem lex ii in primo responso et de praescriptis verbis l. naturalis § i. Quid si acceperim argenti pondus ut velim reddere pecuniam ad numerum, videtur quod liceat. [...] hoc si erat pecunia argentea non contaminata aere. Nam tunc idem genus reddo et tantundem genus autem non ita hoc accipitur ut porphirius assignat sed ponitur specialiter pro quibusdam rebus quae sunt in pondere numero vel mensura non pro aliis, ut si dedi bovem vel alium vel eundem mihi redderes mutuum enim recipit functionem per solutionem in eodem genere factam, ut si dedi ad pondus accipiam ad pondus. Si aliquid dedi ad numerum recipiam ad numerum. Si ad mensuram recipiam ad mensuram. Sunt enim singula singulis reddenda id est recipit mutuum ut illud omnino sua vice fungatur et tantae sit utilitatis et precii²⁶.

Andando contro il testo romano, Azone costruisce una nozione di cosa fungibile che procede dalle particolarità funzionali del contratto di mutuo, invece che determinare queste dalle caratteristiche naturali dell'oggetto. Ricevere argento a peso per restituirlo in un equivalente numero di monete fatte dello stesso materiale integra pertanto un mutuo, poiché la forma differente tra le due prestazioni, quella ricevuta e quella da restituire, non descrive una diversa funzione. A meno che l'argento delle monete sia commisto con altri metalli, le due cose fungono reciprocamente da utilità e prezzo, per cui l'una può misurarsi nell'altra, e viceversa.

Questa è difatti la caratteristica delle cose fungibili per Azone: la piena equivalenza funzionale di due medesime quantità di un genere. Nel caso in cui l'equivalenza funzionale si realizzasse tra due specie, ossia tra

²⁴ AZONE, *Summa Codicis*, ed. Venetiis 1566, in *tit. de rebus creditis, si certum petatur* n. 14 e 15 col. 279 e 280.

²⁵ «Mutui datio consistit in his rebus quae pondere, numero, mensurave consistunt, quot iam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam speciem». D 12, 1, 2, 1.

²⁶ AZONE, *op. cit.*, n. 16 col. 280.

due oggetti determinati, lì non esisterebbe il mutuo, ma un altro contratto.

Conformemente ai principi, il debitore non può senza il consenso del creditore sostituire la prestazione dovuta in base al contratto con una diversa. Ne deriva che solo una prestazione definita esclusivamente nel genere può consentire al mutuatario di liberarsi dalla propria obbligazione senza dover ricercare un nuovo accordo con il mutuante:

Non autem recipit functionem per speciem eandem quae data est vel aliam quae non est in eodem genere quod non ponitur ibi magis vel potius electivum est quia redditur idem et tunc non est mutuum, ut supra dictum est aut aliud et tunc non est quia non est in eodem genere, nec non in rebus aliis invenitur omnimoda similitudo unde nec contingit liberatio quia aliud pro alio solui non potest...²⁷.

Appartiene quindi all'equità del contratto e alla buona fede che il mutuo non possa mai riguardare oggetti determinati nella *species*. Un elemento che funge da limite alla volontà delle parti nel contratto, le quali non possono neanche con un loro particolare accordo decidere di computare come appartenenti a un genere i valori propri di cose naturalmente definite solo nella specie.

La natura cui Azone si richiama perché sia criterio di individuazione delle cose fungibili non è tuttavia la natura dei fenomeni materiali, ma quella dei fenomeni giuridici:

Quaerit aliquis numquid erit mutuum si librum ad pondus oves ad numerum dedero recepturus librum tanti ponderis vel oves tanti numero. Respondeo non. In mutuo nam est inspicienda natura consuetudo et aptitudo quae naturae coaptantur haec et enim est natura pecuniae ut fere semper detur ad numerum et ad haec est inventa ut detur ad numerum et sic consuevit dari et bene coaptatur suae naturae quia apta est ad numerum. Sic dico in frumento et similibus quae consistunt in pondere, numero vel mensura...²⁸.

È la consuetudine a stabilire quando un bene deve essere scambiato nel valore che ha in genere e non come cosa individuale e determinata. Come ogni consuetudine, essa non può essere svincolata dalla natura dei fenomeni materiali, ma non può neanche ridursi a una semplice replica delle loro caratteristiche. La consuetudine fa della moneta un bene che si scambia nel numero, così come fa del frumento un bene che si scambia a peso o a misura; ciò non sarebbe ovviamente possibile se la natura mate-

²⁷ AZONE, *op. ult. cit.*

²⁸ AZONE, *op. cit.*, n. 17 col. 280.

riale di questi beni non lo consentisse, ma la semplice attitudine a ciò non sarebbe in sé sufficiente per fare di loro delle cose passibili di essere mutate. Nel caso del denaro, il fatto di essere stato inventato al fine di essere scambiato secondo il numero delle monete ha contribuito a generare una consuetudine in tal senso: questa non è più derogabile dalle parti di un mutuo, le quali non possono neanche con un accordo espresso trattare il denaro contro la natura che esso riceve dalla consuetudine e scambiarlo come specie determinata.

Ogni cosa ha quindi, secondo Azone, una propria norma di circolazione. Non tutte le norme di circolazione producono però valore finanziario: ciò può accadere solo quando consentano di scambiare il bene secondo il valore del proprio genere, poiché solo in quel caso può esservi in astratto la possibilità di una differenza tra il valore delle due prestazioni, quella con cui si perfeziona il contratto e quella con cui si adempie il debito risultante.

Azone giunge così a risultati definitivi opposti rispetto a quelli conseguiti dai giuristi precedenti. Un primo esempio è nella soluzione da dare alla questione della *pecunia* data in mutuo secondo quantità indeterminata:

Item spectandum est in mutuo actus non solum natura nam et si pecuniam dederò non in quantitate sed in sacco ut mihi tantum saccum pecuniae reddas non erit mutuum quia licet quod datum est naturam habeat mutui non. Tum sic datum est ut mutuum debuit in quantitatem dari²⁹.

La legge di circolazione del denaro non consente di scambiarlo altro che per la funzione che esso può esprimere secondo una cifra determinata. Ove venga dato come cosa in sé, come nel caso venga dato un sacchetto chiuso di monete con il patto di restituirne uno eguale, il mutuo non si perfeziona, secondo Azone, perché ciò va contro la norma di circolazione della moneta.

Per capire la portata del cambiamento, basti ricordare la soluzione data da Piacentino a una *quaestio* affine: se il mutuo si realizzi o meno allorché il mutuatario, ricevuta la somma di danaro, la trattenga presso di sé e non la consumi, ma paghi il mutuo a scadenza con le stesse monete ricevute. Per Piacentino il mutuo non è escluso, in questo caso, poiché si è comunque realizzata la trasmissione materiale della cosa, unico elemento distintivo del contratto³⁰. In questa visione, il denaro è fungibile

²⁹ AZONE, *op. ult. cit.*

³⁰ «Quippe potuit istud contingere, vel quia debitor expendere noluit, erogare necesse non habuit, atqui hoc ex natura mutui non contingit» PIACENTINO, *Summa Codicis*, cit., p. 135.

per definizione e trasmetterlo ad altri, per un fine diverso dal pagamento di un debito pregresso, è il fatto materiale che costituisce il ricevente nell'obbligo di restituirlo: che la cosa sia effettivamente consumata non è elemento centrale alla definizione di mutuo, potendo la consumazione restare solo potenziale e tuttavia il contratto dirsi concluso.

Per Azone la restituzione della stessa valuta ricevuta in mutuo rende il contratto inesistente non perché la consumazione debba dirsi essenziale, ma perché un tale atto va contro la legge di circolazione della moneta, che vede in un questo bene un oggetto che deve essere scambiato secondo il valore del proprio genere, in virtù di una determinata consuetudine:

Inspicienda est ergo natura et actus cum his quae dicta sunt quorum si quod desuerit non erit mutuum. Unde si quaeratur an sit mutuum cum tibi panem meum do ut alium aequae bonum reddas dico neque mutuum esse quia non omnino fit equalis ut mutuetur sed ut per familiam expendatur ut patet ex praedictis neque commodatum quia quod datur usu consumitur³¹.

Natura e *actus* concorrono equanimemente nel determinare la natura di un bene come cosa fungibile, per modo che questa qualità può perdersi per desuetudine: Azone ricorre all'esempio del pane, che non può essere inteso come cosa fungibile per definizione, stante la differenza che esiste fra le diverse qualità, ma il cui prestito non può essere certo visto come comodato, attesa la consumazione che necessariamente fa di esso il ricevente. L'ingenerarsi di una consuetudine nuova, che muta la legge di circolazione del valore del pane da un lato ne consente il prestito con l'obbligo di restituirne il *tantundem*, dall'altro però non può arrivare al punto di stravolgere la natura fisica del pane, che fa di questo bene di consumo un oggetto non omogeneo e costante nella qualità, con il risultato che il contratto non potrà mai essere definito come mutuo, ma solo come contratto innominato.

Le conseguenze definitorie non sono di poco momento:

Libri vero non ad hoc sunt inventi ut dentur ad pondus. Nec dantur ad pondus imo secundum extimationem bonitatis. Idem in omnibus et similibus. Nam et si darem tibi bovem vel hominem ut alium mihi des numquam potest esse alius omnimodo eiusdem bonitatis. In mutuo autem et si aliud sit quod reditur. Idem tamen videtur esse propter omnimodam similitudinem et formam³².

³¹ AZONE, *op. cit.*, n. 17 e 18 col. 280.

³² AZONE, *op. cit.*, n. 17 col. 280.

La prestazione della cosa fungibile libera il mutuatario dalla propria obbligazione senza bisogno di una stima del suo valore specifico da parte del creditore, vincolato secondo le regole generali ad accettare la prestazione. La cosa che sia consumabile, e che anzi possa esprimere il proprio valore solo con la consumazione, ma che non sia fungibile perché non si è creata una consuetudine in tal senso, deve essere valutata nella sua intrinseca bontà perché la sua prestazione possa adempiere l'obbligazione in modo soddisfacente.

Da qui una serie di conseguenze, secondo i principi: ad esempio, il mutuante che non intenda ricevere la prestazione derivante dal contratto può essere costituito in *mora credendi*, ma non può esserlo colui che deve ricevere un bene consumabile ma non fungibile, atteso che questi deve necessariamente concordare sul fatto che la prestazione che gli viene offerta sia esattamente uguale al valore da lui precedentemente trasferito.

6. Una nuova tipologia

La conseguenza più importante di questo reciso cambio di prospettiva è però nella ridefinizione delle fattispecie genetiche del mutuo.

Anche Azone tratteggia gli elementi essenziali del mutuo attraverso l'analisi delle tre modalità attraverso cui una fattispecie inutile può rendersi efficace *ex post facto*:

Dicitur autem mutuuum nomine composito ex corrupto et integro quia quod fuerat meum fit tuum...sed licet ab initio non teneat reconciliatur tamen ex post facto tribus modis scilicet consumptione stipulatione et usucapione. Consumptione ut si tibi ex causa mutui pecuniam alienam etiam quam surripui numero et tu eam consumpseris in totum. Si autem consumpseris pro parte forte quia ammonitus fuisti pecuniam alienam fuisse et ideo noluisti consumere in totum teneberis pro parte consumpta tantum...forte secus est si nemo tibi denunciavit pecuniam alienam esse et stat per te quo minus eam consumas quia tunc quantum ad me pro consumpta debet haberi...Consumptio autem pecuniae intelligenda est fieri hoc ipso quod immiscetur cum alia nec ab alia discerni potest vel separari, non exigo quod desierit esse, ut ff. de solu. l. si aliam³³.

Il mutuo può costituirsi a posteriori rispetto alla tradizione della somma ove questa venga consumata o usucapita, o nell'ipotesi in cui l'acquirente ne stipuli il pagamento. La differenza tra la dottrina di Azone su questo punto e quelle dei giuristi precedenti è nel fatto che questi atti di

³³ AZONE, *op. cit.*, nn. 9 e 10 col. 279.

ventano parte del contratto solo ove vengano compiuti *ex causa mutui*. Solo questa finalità specifica, che deve essere comune alle parti, porta degli accadimenti in sé equivoci ad assurgere al rango di atti negoziali.

Su questo principio Azone analizza le diverse ipotesi di *reconciliatio mutui*, facendo di queste degli strumenti per l'individuazione degli elementi sostanziali del contratto, nessuno dei quali può mai avere rilevanza per la sua pura oggettività, se a questa non si accompagna la *causa mutui*³⁴.

La consumazione della cosa ricevuta può costituire *ex post facto* un mutuo solo se fatta nella consapevolezza che la valuta sia di proprietà di chi l'ha trasferita: ove questa consapevolezza venga meno, verrebbe meno anche il mutuo, e colui il quale ha ricevuto la cosa altrui sarebbe obbligato a restituirla su una base giuridica diversa, cui corrisponderà un'azione diversa dalla *certi condictio*. È quanto Azone afferma con l'esempio della consumazione parziale: chi ha iniziato a consumare della valuta contrattuale, arrestandosi una volta acquisita la consapevolezza che questa non è di proprietà del mutuante, è tenuto verso il vero proprietario a titolo di mutuo solo nei limiti della somma consumata, non per il mero fatto della sua distruzione, ma perché ove consumasse una volta appreso che la valuta è di altri, sarebbe tenuto verso questi dalla più generale azione di rivendicazione, mentre sarebbe tenuto alla restituzione dalla *condictio certi* solo nei limiti di quanto fatto finché è durata la sua buona fede.

Una regola temperata dal fatto che la consumazione rilevante per il mutuo può essere anche solo virtuale, come nel caso in cui la valuta mutuata si confonda con altra di proprietà del mutuatario; su questa considerazione può anche sostenersi, secondo Azone, che ove il ricevente non abbia consumato la valuta per propria scelta prima di conoscerne la vera provenienza, ciò lo costituisca comunque debitore a titolo di mutuo verso il proprietario.

Sullo stesso principio la *stipulatio* costituisce il mutuo *ex post facto* ove chi ha ricevuto denaro *a non domino* si costituisce debitore verso il numerante:

Stipulatione autem reconciliatur mutuuum si tibi pecuniam alienam ex causa mutui numeravi et eandem mihi reddi stipulatus sum, ut infra eodem

³⁴ L'ipotesi dell'usucapione è residuale nella pratica e non viene tributata di particolare attenzione da parte di AZONE: «Usucapione autem reconciliatur si is cui credidi pecuniam alienam pro suo possidendo usucapiat ipsam antequam consumat. Sic nam videtur reconciliari dos si libera mulier dedit pecuniam alienam in dotem et ea est usucapta a marito constante matrimonio...Idem quod et in donatione causa mortis...».

I. *quamvis. Quid si dominus vendicet eam antequam sit consumpta ab eo cui numerata est, puta quod doli habeas exceptionem contra me quia amisisti pecuniam propter quam mihi tenebaris in genere, nec tibi potest imputari dolus vel culpa*³⁵.

Nel caso in cui il vero proprietario voglia rivendicare la somma presso il ricevente che ancora non l'ha consumata, la tutela di quest'ultimo verso il numerante è affidata all'*exceptio doli*, con cui il mutuuario può paralizzare la *certi conductio* del mutuante, la quale, per nascere da un contratto formale e astratto, non può cessare in virtù del difetto causale del negozio di cui assume a oggetto una sola parte. Anche nel caso della stipulazione la *causa mutui* è elemento essenziale, e il suo difetto deve trovare una qualche tutela in giudizio: Azone la recupera anche qui sul terreno dell'*exceptio doli*, rimedio generalissimo e quindi applicabile anche a chi ha stipulato la restituzione di una somma data a mutuo ben sapendo che questa avrebbe potuto essere in qualsiasi momento sottratta alla disponibilità del mutuuario.

L'elemento della *causa mutui* finisce per alterare pertanto la nettezza del contrasto fra il mutuo che si conclude nella materialità della distruzione della cosa prestata e quello che al contrario si conclude con la solennità formale della *stipulatio*. Questo aspetto ben giustifica della ripartizione che Azone fa delle possibili fattispecie di mutuo, anch'essa una dottrina che, insieme a quella sulla natura della cosa mutuata, condizionerà tutto il corso del diritto comune classico.

Azone sostituisce infatti alla semplice distinzione tra mutuo *civile* e *naturale* una tipologia basata su tre ipotesi:

Dividitur autem mutuum quod aliud est naturale tantum. Aliud civile natura sibi cooperante aliud civile tantum in quo nihil cooperatur natura. Naturale tantum est ut cum tibi numero pecuniam ut tantundem mihi tenearis reddere usi et re id est numeratione dicitur obligatio contrahi et nascitur conductio ex ea³⁶.

Il mutuo può essere così *naturale* perché si basa sulla numerazione della valuta fatta materialmente al mutuuario, fatto da cui nasce direttamente l'obbligazione a restituire il *tantundem*. Può essere poi *civile*, ma secondo due specie diverse, a seconda che la natura cooperi o meno alla costruzione degli effetti giuridici.

Nel primo caso, l'elemento tutto civile della *stipulatio* convive con quello tutto naturale della dazione effettiva della cosa mutuata:

³⁵ AZONE, *op. cit.*, n. 11 col. 279.

³⁶ AZONE, *op. cit.*, nn. 19 e 20 col. 280.

Civile autem est in quo operatur natura ut cum tibi mutuo sed eandem pecuniam paululum ante numeratione vel postea paululum hic est incontinenti stipulor mihi reddi nec non nascitur actio ex numeratione et ex stipulatione ut tollatur vel novetur eam quae nascitur ex numeratione per eam quae nascitur ex stipulatione quod id agitur tacite ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia est numeratio intelligenda fieri quod ut agatur ex ea³⁷.

In questa prima ipotesi di mutuo *civile*, la *stipulatio* interviene tra colui che dà e colui che riceve la valuta contrattuale, il cui trasferimento materiale avviene in modo pressoché contemporaneo. La conseguenza è nel considerare la *numeratio* come fase esecutiva di quanto stabilito nella *stipulatio*. La contemporaneità tra le due fasi esclude che si possa parlare di un'azione derivante dal trasferimento della valuta che concorre o innova quella successiva derivante dalla *stipulatio*, o viceversa.

Un risultato cui Azzone arriva in parte dall'interpretazione di altri passi del *Corpus Iuris*, soprattutto in tema di dote, in parte da una lettura sistematica di varie ipotesi tratteggiate dal testo romano in cui grazie alla stipulazione possono ricondursi al vero proprietario della valuta gli effetti del trasferimento che di questa viene fatto da un terzo. Il principio che guida questa interpretazione è il seguente: se in talune ipotesi descritte dal *Corpus Iuris* la tradizione materiale della cosa non produce effetti per la parte che l'ha operata, a fronte di una contemporanea stipulazione fatta per produrre i medesimi effetti a favore del terzo proprietario, lo stesso deve valere allorché colui che trasferisce la valuta ne sia il vero titolare e ricorra alla stipulazione per meglio garantirsi.

Questo il percorso argomentativo di Azzone:

Agitur ergo tantum ex stipulatione quae de iure civili, ut ff. de nova. l. si ita fuero § ul. et l. cum enim et Inst. de act. § de pecunia et ff. e. l. ii § ul. et l. certi § quoniam. ibi sive coniunctae duae tantum in eo videbatur actiones nasci una ex numeratione alia ex stipulatione sed ubi stipulatio utilis sequitur incontinenti numeratione fingatur nec fuisse nata ex numeratione actio quod ex eo patet quod ubi actum incontinenti postea stipulor inutiliter agitur ex numeratione ut ff. e. l. certi § quoniam patet ergo fuisse actum ut agatur ex ea alioquin non ageretur ut ff. e. l. non omnis. Idemque etiam si pro extranea muliere dotem numeravi. Nam ex ipsa l. quaeritur actio. Sed si incontinenti stipulor eam mihi reddi fingitur illi nec nata ut § de rei ux. ac. § accedit numerare autem tibi videor pecuniam sive eam numero ex causa mutui sive alius me et ignorante tibi numeret pecuniam suam nomine meo tamquam meam. Hac scilicet mente, ut ego eam videar

³⁷ AZZONE, *op. cit.*, n. 21 col. 280.

numerare. Nam ego ratum habendo numerationem tamquam pecuniae meae factam videor numerasse. Secus si non tamquam meam pecunia sit numerata et pactus vel stipulatus sit eam mihi reddi quod tunc non quaeretur mihi actio ut supra dixi. Sed si pecuniam meam numeres me ignorante nomine meo indistincte quaeri videtur mihi³⁸.

In una serie definita di ipotesi il testo romano ammette che ove si trovino congiunte due azioni aventi il medesimo oggetto, ma provenienti da titolo diverso, si dia per nata esclusivamente quella *de iure civili*, e si finga non sia mai sorta quella proveniente dall'altro titolo, nel caso del mutuo dal fatto materiale della *numeratio*. Lo stesso accade, per espressa previsione del testo, quando un soggetto presti una dote per una donna a lui estranea: chi la riceve sarà tenuto a restituirla sul titolo dato dalla *numeratio* della somma, a meno che la restituzione non sia l'oggetto di un'apposita *stipulatio*; in questo caso gli effetti di quest'ultimo negozio si sovrappongono al primo titolo, e prendono il posto degli effetti derivanti da questo.

L'apparentamento tra l'ipotesi in materia di dote e quella in materia di mutuo è poi autorizzato dal fatto che la medesima vicenda si replica quando qualcuno trasferisce *ex causa mutui* una valuta non di sua proprietà e colui il quale la riceve ne stipuli con il vero proprietario la restituzione. Anche in questo caso, la restituzione sarà chiesta in giudizio con l'azione derivante dalla stipulazione, non con quella risultante dalla numerazione, la quale vedrebbe nel prestatore materiale l'unico legittimato.

La seconda ipotesi di mutuo *civile* è invece quella in cui non figura alcun apporto di elementi naturali:

Civile autem mutuum est quod per chirographum contrahitur sub spe futurae numerationis scripsi me accepisse. et tunc infra biennium non est efficax quia si agat creditor repellitur exceptione si non probet se numerasse pecuniam post biennium vero efficax factum est ut et naturale mutuum dici possit. Nam et quidam dicunt biennium numerat, vel ut nostri doctores dixerunt civile quidem remanet sed efficaciam habet naturalis nisi infra biennium pretium sit iuri in testando id est in testificando exceptionem non numerate pecuniae³⁹.

In questo caso, la *causa mutui* è realizzata attraverso una semplice promessa fatta mediante un contratto formale, a seguito del quale non vi è alcuna tradizione immediata della valuta contrattuale, la quale resta l'oggetto di una prestazione presupposta dalla stipulazione o dal chirografo,

³⁸ AZONE, *op. cit.*, nn. 21-22 col. 281.

³⁹ AZONE, *op. cit.*, n. 31 col. 282.

cui lo stipulante è tenuto, ma non obbligato. Ove agisca contro il promittente prima di aver effettivamente prestato la valuta, questi potrà respingere la sua azione con l'*exceptio non numerate pecuniae*; ove sia trascorso il biennio di prescrizione di questa eccezione, allora e solo allora il mutuo civile potrà dirsi avere anche un elemento naturale, poiché per via di interpretazione potrà dirsi trasferita quella valuta che non si è chiesta prima.

La differenza fra le due ipotesi di mutuo *civile* riposa dunque sulla compresenza o meno della tradizione materiale della valuta: nel primo caso la stipulazione, pure intervenuta successivamente, replicherà il contenuto normativo dell'altro atto negoziale, la *numeratio*; nel secondo, la stipulazione è condizionata nei suoi effetti dal trasferimento della valuta prima del decorso del termine di due anni, e ne costruisce gli effetti trascorso detto termine.

La nuova tipologia azoniana supera così la netta distinzione tra mutuo *naturale* e *civile* propria a vario titolo degli apparati precedenti, per costruire un nuovo modello di valore finanziario. La concezione che di questo avevano i giuristi precedenti era necessariamente duale: a un valore finanziario che si realizzava *vere* nelle ipotesi in cui si verificava un apprezzabile arricchimento del mutuatario si affiancava quello che si realizzava solo *ficte* nelle ipotesi in cui alla costituzione di debito fatta dal mutuatario non corrispondeva un effettivo trasferimento di valuta. In questo carattere si rappresentava tutta la realtà del mutuo *civile*, che se riceveva definitività degli effetti dall'inutile decorso del termine valido per l'*exceptio non numeratae pecuniae*, non era, proprio per questo, provvisto di fondamento equitativo sostanziale. Mutuo *civile* e mutuo *naturale* restavano così due ipotesi inconciliabili e incommunicabili, totalmente alternative: ove si potesse comunque individuare una *traditio* nella fattispecie concreta, lo schema ricostruttivo sarebbe stato quello del mutuo *naturale*; il mutuo *civile* restava una categoria residuale, in cui collocare quanto non si riusciva a riportare nel primo.

La distinzione tra mutuo *civile* e mutuo *civile natura cooperante* opera in modo radicalmente diverso, portando il primo ad essere solo uno fra i possibili esiti del mancato adempimento del secondo. Il mutuo *civile natura cooperante* può sussistere in due fattispecie diverse: nella prima il momento formale della *stipulatio* o del chirografo interviene prima del momento fattuale della *numeratio*, nella seconda la relazione è invertita e la *numeratio* precede il contratto verbale o il contratto letterale. Consideriamo l'ipotesi in cui la successione di questi atti negoziali si interrompa: la seconda fattispecie non offre alcuna difficoltà ricostruttiva, poiché la *numeratio* della valuta è sufficiente a produrre un mutuo *naturale*. Ove si versi nella prima fattispecie, la *stipulatio* con cui una

parte si è costituita in debito *ex causa mutui* verso l'altra è un negozio claudicante, esposto alle eccezioni del debitore e che attende di essere perfezionato della tradizione materiale della cosa. Se questa si realizzerà, il mutuo che verrà a costituirsi avrà comunque un valore finanziario reale, mentre ne avrà uno solo virtuale nel caso in cui il costituito debitore non esperisca in tempo utile le tutele che gli spettano.

Il mutuo *civile* è dunque ora in una relazione di condizionalità rispetto al mutuo *civile natura cooperante*, costruito su una diversa concezione giuridica del valore finanziario: la *stipulatio* con cui due parti intendono realizzare fra loro un negozio di finanziamento realizzerà il primo tipo di mutuo, costruito solo su un valore finanziario virtuale, nel caso in cui la materiale tradizione della valuta contrattuale non porterà alla realizzazione del secondo, che malgrado il nome partecipa dello stesso modello reale di valore finanziario proprio del mutuo naturale.

La struttura di quest'ultimo, del resto, si distingue da quella del mutuo *civile natura cooperante* solo sull'informalità del consenso che deve esistere tra le parti e accompagnare comunque la materiale tradizione della *res mutui*: entrambe le fattispecie hanno nel consenso un fattore logicamente individuabile e autonomo rispetto alla *datio rei*, ma solo in un esso viene riversato in un contratto formale, il quale produce un'autonoma tutela.

Lungi dall'individuare tipi contrattuali inconciliabili, la dottrina di Azzone riporta quindi ad unità le diverse fattispecie scontando l'irriducibilità tra due strutture giuridiche diverse di valore finanziario, ma rendendo l'una conseguenza dell'altra: il valore finanziario *virtuale* dell'anticipazione fondata solo sulla formalità della *stipulatio* consegue all'inadempimento di un onere, quello della materiale trasmissione della valuta, che è parte indefettibile di qualsiasi accordo provvisto di una *causa mutui*.

7. Per un confronto tra due modelli di valore finanziario: le *singularitates mutui* in Piacentino e in Azzone

L'estrema distanza che separa la concezione azoniana del mutuo da quella degli apparati precedenti si può verificare sull'individuazione delle *singularitates mutui*, le particolarità di cui il contratto di mutuo si presenta irto allo sguardo dell'interprete medievale⁴⁰. Piacentino le individuava in questo elenco:

⁴⁰ Seguendo in questo il testo romano, e precisamente quello della l. *singularia*, ff. *si certum petatur*, che costituirà sempre un terreno prediletto per l'analisi dei glossatori e, più in generale, per i giuristi del diritto comune classico.

In summa quoque illud notandum est, quod sunt quattuor singularia in pecunia credita. Ecce enim ex alterius pacto alteri quaeritur directa conditio, ut C. per quas personas nobis obligatur l. ii. Item Ulpianus tribus in casibus interpretatur pecuniam fuisse meam, et a me numeratam, et ideo directam conditionem mihi competere, licet de vero nec pecunia fuerit mea, nec a me numerata. Ecce enim si debitorem meum iussero tibi pecuniam numerare, indirecte obligaberis mihi, quia nummi mei fuisse intelliguntur, licet tamen numquam fuerint. Idem forte erit si non debitorem iussero numerare. Idem quoque fiet, si cum ex causa alia mihi pecuniam deberes, convenerit mihi tecum, ut ex pecunia mihi praesens et oblata apud te remaneat in causam crediti, ut ff. eod. l. singularia...⁴¹.

La prima particolarità del mutuo rispetto a qualsiasi contratto è per Piacentino di fare eccezione al principio di relatività degli effetti contrattuali, atteso che è possibile che l'azione derivante dal mutuo si acquisisca in forma diretta ad un terzo estraneo all'accordo da cui deriva. La stessa conseguenza si verifica nel caso della delegazione fatta da un creditore al proprio debitore di utilizzare la valuta da questi dovuta in pagamento per trasferirla in mutuo a un terzo: in questo caso malgrado non si possa dire che la valuta sia passata in proprietà del creditore mutuante, non essendogli mai stata materialmente trasferita, tuttavia l'azione derivante dal mutuo si accresce a lui. Altro caso è quello del semplice mandato dato a un soggetto non debitore del mandante di numerare a un terzo. Terza e ultima ipotesi è quella del creditore che lascia la somma dovuta presso il debitore, il quale la terrà a titolo di mutuo e la restituirà al termine convenuto. Anche in queste due ultime ipotesi un'azione diretta si acquista al mutuante fuori dai principi.

Tutte queste ipotesi conseguono in Piacentino a fattispecie di *traditio per interpretationem*: è la trasmissione della proprietà al mutuatario che costituisce per questi l'obbligo di restituire il *tantundem* al vero proprietario, ed è ancora la *traditio ficta* di chi lascia nella disponibilità del debitore l'ammontare di un proprio credito precedente perché costui lo trattenga a titolo di mutuo, e così via.

L'individuazione delle *singularitates* nell'opera di Azzone risponde a una logica diversa:

Si autem me mandante alius suam pecuniam numeret meo nomine indubitanter quaeritur mihi actio quotidie nam si credituri sumus alicui pecuniam ab alio petimus ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori ut ff. e.l. certi § si nummos. Item quotidie mando debitori meo ut tibi nomine meo numeret pecuniam obligaris nam mihi quamvis vere non acce-

⁴¹ PIACENTINO, *op. cit.*, p. 137.

peris nummos meos sed interpretatione iuris videtur accepisse ut ff. e.l. singularia brevi scilicet manu ...vel per procuratorem⁴².

Azone considera innanzitutto la fattispecie del mutuo concluso in nome e per conto di un soggetto da un mandatario con valuta di proprietà di quest'ultimo. In questo caso è indubbio che la prestazione materiale della *res mutui* fatta in nome e per conto del mandante costituisca l'accipiente nell'obbligo di restituire il *tantundem* al vero titolare. La fattispecie non rappresenta alcuna *singularitas*: si tratta qui di un mutuo *naturale*, il quale si costituisce con l'interposizione di un soggetto che, agendo per conto di un altro, conferisce valuta in nome di questi, restando indifferente all'esempio il titolo per cui il mandatario fornisce provvista al mutuante.

Nella stessa ipotesi Azone comprende anche il caso della delegazione: allo schema del mandato è indifferente che il mandatario conferisca valuta propria che gli verrà poi restituita dal mutuante o che dia per valuta quanto da lui dovuto al mutuante stesso per una precedente obbligazione. In entrambe le ipotesi la valuta viene ricondotta alla titolarità del mandante *per interpretationem iuris*.

Per come è evidente, quella *fictio* che gli apparati precedenti – soprattutto, ma non esclusivamente, quello di Piacentino – riferivano al momento della *traditio*, viene riferita in Azone alla titolarità della somma mutuata. La centralità della *causa mutui* nella ricostruzione del contratto rende inutile completare di finzioni e presunzioni il trasferimento della valuta al mutuatario: poiché il nucleo della fattispecie è nell'anticipazione di valuta, e questa può realizzarsi tanto con la sua tradizione materiale che con la costituzione su di essa di un diritto di disposizione, il punto veramente importante è poter attribuire sempre la proprietà della valuta al mutuante.

Ove la *causa mutui* è evidente tra le parti dell'accordo, qualsiasi altro elemento della fattispecie può essere supplito *per interpretationem*. Per questo, la conversione di un debito precedente in *causa mutui* costituisce sempre e comunque il contratto, senza necessità della tradizione materiale della cosa:

Quod ergo in duabus personis recipitur et in eadem persona recipiendum est. Ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti id est mutui nomine eam retineas videtur mihi data pecunia et ad me ad te profecta, ut ff. e.l. singularia. Potest tamen differentia notari inter hunc casum et superiorem quia ibi intervenit procurator per quem solet ac-

⁴² AZONE, *in tit. si certum petatur cit.* n. 22 col. 281.

quiri dominium quod hic non est, ut ff. e.l. mandati. Idemque § si quis nec nam contrarium est quod dicitur ff. mandati l. qui negocia quia quod dixi intelligendum est in debitore qui paratam et destinam pecuniam solutioni habebat, ut ait Hir. Unde convertitur in causam mutui etiam si praesens vel in conspectu non sit pecunia, ut ff. e.l. certi § ult. si nam exigeretur praesentia vel conspectus pecuniae non esset in pecunia speciale vel singulare, ut ff. de solu. l. si pecuniam sed in pecunia speciale dicitur esse, ut in praedicta l. singularia si ergo non esset pecunia parata et destinata solutioni non convertitur in causam mutui ut in praedicta l. qui negocia⁴³.

In tutti i casi in cui una somma di denaro di proprietà di un soggetto sia detenuta da un altro per una data causa, il mutuo si conclude se questa viene mutata sulla volontà delle parti *in causa mutui*.

Azone respinge sotto questo profilo i dubbi che egli stesso riferisce ai giuristi precedenti, tra cui lo stesso Irnerio. Si potrebbe difatti sostenere che quanto ammesso nello schema del mandato non sia configurabile in uno schema con solo due soggetti, stante che l'assenza della figura del procuratore non consentirebbe di veder realizzato, sia pure per via di una *fictio*, il passaggio della valuta nella proprietà del mutuante. La soluzione di Irnerio sarebbe stata quella di distinguere tra l'ipotesi in cui il debitore avesse avuto o meno pronto il denaro per il pagamento del primo debito; solo a questa condizione si sarebbe potuta intendere realizzata la *traditio* della valuta dal creditore originario, poi mutuante, al debitore divenuto mutuatario. Azone respinge la soluzione, affermando che essa escluderebbe la *singularitas* del mutuo, stabilita direttamente dal testo romano.

Per Azone quello che conta è solo la *causa mutui*, per come si verifica nel caso del denaro che, prima depositato, venga successivamente concesso in mutuo grazie al permesso fatto al depositario di usarne:

Item et numerare tibi videor pecuniam si apud te deposueram pecuniam et postea tibi permissi ea uti statim nam cepit esse mutua et antequam moveatur etiam si non erat in conspectu pecunia tamen parata erat et destinata solutioni animo nam cepisti eam possidere unde transit ad te periculum qui mutuuum rogasti. Si vero ab initio cum deponerem permisero tibi uti si voles id est si voluntarie fueris usus mutua non erit antequam mota sit.⁴⁴

Il consenso tra le parti del deposito modifica il titolo della detenzione in *causa mutui*; il trasferimento materiale della valuta è fittiziamente presupposto. Ove invece fosse fin dall'inizio parte dell'accordo di depo-

⁴³ AZONE, *op. cit.*, n. 22.

⁴⁴ AZONE *op. cit.*, n. 23 col. 281.

sito il permesso del depositario di usarne a proprio piacimento, restituendo al depositante il *tantundem*, il mutuo si realizzerebbe con l'inizio della consumazione. Entrambi i casi possono essere così riguardati come mutuo *civile natura cooperante*, seguendo le categorie azoniane, poiché la tradizione della valuta appare un momento puramente esecutivo della nuova manifestazione di volontà tra le parti. Il mutamento della *causa mutui* identifica il momento del trasferimento della valuta, atteso che con esso passa il pericolo della perdita del bene mutuato.

Sulle stesse categorie si può inquadrare il caso del mandatario a vendere autorizzato dal mandante a trattenere a titolo di mutuo il prezzo della vendita:

Item numerare tibi videor si lancem vel massam auri dedi ut eam venderes et mutuuum uteris. Nam si vendideris et nummos acceperis teneberis actione praescriptis verbis ut prestes dolum et culpam in eo quod pecuniam non exegisti vel ut cedas mihi actiones ut ff. de pr. verb. l. rogasti si autem lanx sine culpa tua perierit antequam venderes si quidem eam habui venalem mihi perit, alioquin tibi...et ita videtur speciale quod casus fortuitus ad te pertineat propterea quia tui utilitate rem accepisti⁴⁵.

Anche qui, l'elemento che consente di dare per effettuata la tradizione della valuta ottenuta in prezzo della vendita è il passaggio del rischio per la sua perdita. Nel mandato a vendere ordinario, il mandatario sarebbe tenuto con un'azione *per verba praescripta* nei confronti del mandante a esigere il pagamento del prezzo da parte del terzo acquirente: di conseguenza, nel mandato a vendere con annesso un mutuo per il mandatario, questi è tenuto verso il mandante *ex causa mutui*, e quindi con la *certi conductio*, sia che il terzo versi il prezzo, sia che non lo faccia. La *causa mutui* ha portato il rischio per il mancato pagamento del prezzo della vendita direttamente al mandatario, che ha accettato di trattenere a titolo di mutuo la somma realizzata; questa diventa pertanto un credito per il mandante, e sta al mandatario procurarsi la valuta per estinguerlo.

Nella visione di Azone, il dato materiale della *numeratio* assume significato e conseguenze giuridiche esclusivamente sulla base di quanto deciso dalle parti. A differenza che negli apparati precedenti, la consumazione della cosa prestata non è in grado di concludere sempre e comunque il mutuo *ex post facto*:

In numeratione autem omni necessarium est id agi consensu utriusque partis ut contrahatur mutuuum alioquin non nascitur obligatio mutui. Unde et si furiosus numeraverit pecuniam quasi mutuam non contrahitur mu-

⁴⁵ AZONE *op. cit.*, n. 24 col. 281.

tuum sed agitur conditione sine causa contra eum in cuius rem pecunia est versa... Ideoque et si tibi pecuniam numero quasi donaturus et tu quasi mutuum accipias. Nam et hic deficit mutuum non tamen agitur conditione sine causa quia secundum voluntate dantis consumpti sunt nummi, sed si quasi deponens tibi dedero tu quasi mutuum accipias, vel quasi mutuum dedi et tu accepis quasi commodatam deficit mutuum et locus est condicio sine causa... Ideoque si me et Titium rogasti dare mutuum pecuniam et ego tibi delegavi debitorem meum cum putares eum Titii debitorem esse⁴⁶.

Nel caso in cui le parti non abbiano dato lo stesso significato alla prestazione della valuta il mutuo non può concludersi, poiché il fatto materiale della tradizione della moneta non realizza per entrambi una *causa mutui*. La consumazione della valuta può costituire a posteriori un mutuo solo se la *causa mutui* era presupposta da colui che l'ha prestata, altrimenti, ove essa era presupposta da colui il quale l'ha ricevuta, costui è esposto alla restituzione sulla base della *condictio sine causa*, e non potrà conseguentemente dirsi concluso alcun mutuo.

Lo stesso nel caso dell'incapace, che non conclude un mutuo con la *numeratio* della somma, la quale può essere chiesta perché *sine causa* a colui il quale l'ha ricevuta, o nel caso in cui un soggetto riceva una somma da un soggetto che crede solo erroneamente di essere debitore di chi si prospetta come mutuante⁴⁷.

Nasce così il catalogo azoniano delle *singularitates mutui*:

Et ex praedictis patet quattuor esse specialia in mutuo. Unum est ut quis facilius consequatur dominium et si res non sit in conspectu. Secundum ut discretius vel petat vel retineat partem suam non autem in singulis communibus nummis petet dimidiam, sed petet dimidiam quantum ad numerum... Tertium ut facilius dicantur consumi. Quartum ut difficiliter petatur usura, quia necessaria est stipulatio, licet alias pactum incontinenti appositum perimat actionem vel in sorte vel in usura⁴⁸.

Non è più questione di relatività degli effetti del contratto e di acquisto dell'azione diretta al terzo estraneo: per Azzone tutto ciò è pienamente consentaneo al mutuo in quanto contratto finalizzato all'anticipazione di valuta. Altri sono i momenti di specialità del mutuo nei confronti di qualsiasi altro contratto possibile: soprattutto la maggiore facilità con cui esso fa acquistare il *dominium*, visto che esso può trasferirsi al mutuatario anche senza la materiale presenza della cosa, o la maggiore fa-

⁴⁶ AZONE, *op. cit.*, n. 28 col. 282.

⁴⁷ «Item de stricto iure vel subtilitate iuris contrahitur mutuum si ego numero sponte. Nam si pecuniam mihi donares ut eandem tibi crederem non est mutuum secundum ius strictum secus autem de aequitate, ut ff. e.l. si tibi pecuniam». AZONE, *op. cit.*, n. 29 col. 282.

⁴⁸ AZONE, *op. cit.*, n. 31 col. 282.

cilità con cui si può dare per consumata la cosa stessa, visto che questo concetto si estende anche all'ipotesi di un suo trasferimento a terzi.

Tutti aspetti funzionali al diverso concetto di valore finanziario da cui parte Azone: non più la differenza di valore tra la quantità di cosa fungibile data al momento della costituzione del contratto e quella destinata ad essere restituita al termine, ma il valore che si crea con l'anticipazione, in forma reale come virtuale, di un bene giuridico particolare: la valuta. Quel valore che i giuristi sino a Piacentino hanno visto proprio del contratto, Azone vede ora nella *res mutui*, la cosa che può essere scambiata in equivalente in virtù di una specifica norma di circolazione, creata dalla consuetudine.

8. *Il ruolo della numeratio e del consenso nella fattispecie contrattuale del mutuo. La Glossa Magna*

Le dottrine della Glossa magna si distaccano per più aspetti dall'interpretazione azoniana. L'apparato al titolo *si certum petatur* del Digesto, da cui Azone aveva tratto tutti gli strumenti per la sua definizione di *res mutui*, è tutto svolto nella Glossa magna sulla alternativa tra i concetti di *species* e *genus* come oggetto della prestazione contrattuale, e quindi come termine di distinzione tra diversi tipi contrattuali comprendenti comunque la trasmissione della proprietà.

Così la glossa «*in creditum*», il cui sviluppo va analizzato partitamente:

In creditum. Id est mutuuum, quasi dicat contrahere possumus mutuuum, ut de nostro suum fiat, sic accipitur infra ad Macedonianum l. quia, quod ideo autem in supradictis fit mutuuum, et non in aliis rebus, quia facultas datur debitori, ut consumat, cum sit suum factum, et quia potest liberari per solutionem alterius rei, in eodem genere tantum, ut si in numero datum fuerit, ad numerum reddatur, si in pondere, ad pondus, si in mensura, ad mensuram, et hoc est quod hic subiicit, quia in genere suo recipit functionem per solutionem, id est ut aliud omnino sua vice fungatur si fuerit solutum, magis quam per speciem, scilicet eandem, nam debet hic esse dictio magis, vel subaudiri, et elective ponitur quasi dicat non per eandem speciem debet fieri solutio quo intelligo quo ad propositum, ut in principio huius l. dixi, at in aliis rebus non potest aliud solui, quia quod daretur, ergo non est ibi mutuuum, ut subiicit, et est ratio quare aliud reddi non posset, quia non invenitur res per omnia similis, sed in supradictis tanta est similitudo, ut non aliud, sed idem redditum videatur⁴⁹.

⁴⁹ Glossa «*in creditum*» (g), in *l. Mutuum damus ff. de rebus creditis et si certum petatur*, ed. Venetiis 1581, pag. 821.

Solo nel mutuo il debitore ha la possibilità di liberarsi scegliendo autonomamente l'oggetto della prestazione, cosa che è possibile quando la prestazione stessa è determinata esclusivamente nel genere. Il principio generale del divieto di *solvere aliud pro alio* si fonda sull'impossibilità di trovare un oggetto che possa essere eguale in tutto e per tutto a quello pattuito; la possibilità di una sostituzione di una prestazione ad un'altra si fonda pertanto sul consenso esplicito di chi deve riceverla. Quando la prestazione è determinata nel genere, il debitore ha invece diritto unilaterale e potestativo di prestare una cosa diversa, appunto perché perfettamente eguale per definizione a quella pattuita, senza necessità che il creditore debba esprimersi sul punto: questo è l'argomento interpretativo fondamentale della Glossa, recuperato dalla lezione azoniana, ma portato oltre i limiti in cui Azone stesso lo aveva posto.

Rispetto a questo possono essere definite tutte le residue caratteristiche della *res mutui*, prima fra tutte quella di trovare la determinazione del proprio valore nell'espressione di una quantità⁵⁰. Gli elementi della definizione sono gli stessi di Azone:

Nam in mutuo quattuor considerantur, quorum si quid desuerit, non erit mutuuum. Natura, ut ad hoc sit inventa, sicut pecunia ad numerandum...Item consuetudo. Item aptitudo, quod datio talis ad numerum, vel ad pondus aptetur suae naturae. Item actus, scilicet ut detur secundum suam naturam, nam si dederò pecuniam in sacculo non numeratam, ut tantundem reddas, non erit mutuuum, sed innominatus contractus⁵¹.

Gli esiti sono però diversi. Mentre in Azone è la consuetudine a tracciare la legge di circolazione del bene giuridico, e quindi ad individuare in un bene piuttosto che in un altro una valuta, una cosa che per definizione si trasferisce nel puro genere, nella Glossa magna il *prius* della definizione deve essere dato al consenso contrattuale. Basti considerare al proposito come la Glossa consideri la questione tradizionale della non consumazione della somma mutuata e della sua restituzione tal quale ricevuta:

id est rem sive corpus, nam in speciebus non consistit mutuuum, ut infra § proximo. Sed quid si nummos mutuem tibi, cum postea non indigeas, eosdem reddis, nonne erit mutuuum? Quidam ut Azo quod non, ut hic, et infra proxi. In fine ibi, sed idem genus, et c. Sed dic contra, quia propositum

⁵⁰ «Et nota quod genus dicitur, quod predicatur de pluribus differentibus specie. Species autem est, quae predicatur de pluribus differentibus numero, secundum Porphyrium. Sed hic genus dicitur unum eorum, quae consistunt in pondere, aliud eorum quae in numero, aliud eorum, quae in mensura, in quibus tantum mutuuum consistit, species vero dicitur ali-quod corpus, ut Stichus». Glossa «*in creditum*» (g), loc. cit.

⁵¹ Glossa «*in creditum*» (g), loc. cit.

inspicitur ex quo fuit translatum dominium, ut Inst., quibus modis re contrahitur obligatio in principio ex eo, quod dicit multiplicando et quandoque, etc. et argumenta C. de rescindenda venditione l. pretii causa, nec obstat quod hic dicit, recepturi non eandem, nam dic quo ad propositum utriusque, quia hoc participium recepturi non respicit id quod sperat semper, hic et infra eod. l. si pecuniam⁵².

La soluzione della Glossa magna è diversa tanto da quella data da Azone, tanto da quella precedente di Piacentino. Quest'ultimo sosteneva che la mancata consumazione della somma da parte del mutuuario non appartenesse alla *natura mutui*; Azone riteneva che la restituzione delle stesse monete ricevute andasse contro la legge di circolazione della moneta come genere. La tesi della Glossa si centra invece sul dato della volontà comune dei contraenti: ove al momento della conclusione del contratto il proposito comune alle parti fosse stato quello di trasmettere dall'una all'altra la proprietà della cosa fungibile, il fatto che questa venga restituita al termine nella sua individualità, per non essere stata effettivamente consumata, non può mutare nulla della struttura del contratto.

Diverso è il caso in cui le parti abbiano voluto fin dall'inizio che il ricevente restituisse la cosa *ut specie*, indipendentemente dalla sua natura materiale, pur avendone ottenuto con il contratto la proprietà; in questo caso dovrà parlarsi di un contratto innominato, laddove sarebbe stato un semplice deposito ove la proprietà del bene non fosse stata trasferita, e questo fosse rimasto presso il ricevente in semplice detenzione⁵³.

Nella visione presente nella Glossa l'attitudine della cosa ad essere prestata secondo il genere è un elemento che deve temperarsi con quanto risulta dalla comune volontà delle parti, nella quale può riconoscersi un mutuo o un contratto innominato *do ut des* a seconda di quanto venga pattuito in concreto. Mentre in Azone la natura della cosa funge da limite alla volontà dei contraenti, nella Glossa questa riprende il suo ruolo di momento qualificante del contratto di mutuo. Tutti gli esempi fatti da Azone vengono così riproposti e risolti sulla base di questo principio: ove la volontà delle parti conduca al trasferimento di un *genus pro genere* si avrà un mutuo, in tutti gli altri casi un contratto innominato.

Ogni questione circa la qualità dell'adempimento in funzione della qualità della cosa prestata deve essere pertanto risolta sulla base della ricostruzione della volontà originaria delle parti:

⁵² Glossa «*speciem*» (a), in *l. mutuum damus*, cit., p. 820-821.

⁵³ Glossa *depositum* (b): «Vel alius contractus, pro ut voluerunt contrahentes, ut si transluli in te dominium, ut post tempus idem mihi faceres, qui est innominatus contractus do ut des, unde de praescr. verbis actio nascatur...». Dello stesso tenore la glossa *non erit mutuum* (e).

Quid si pro novo velis reddere vetus? Respondit Io. non liberatur, quia non videtur aeque bonum reddere [...] Sed hic cum est eiusdem qualitatis, ut utrumque novum vel vetus, ut infra de solutionibus l. Paulus respondit, secus si datum est vetus, et reddatur novum, vel econtra, et potest hic sumi argumentum...⁵⁴.

La restituzione di un *novum genus pro vetere* non rappresenta un inadempimento sempre e comunque secondo la Glossa, che contrasta in ciò un'opinione riferita a Giovanni Bassiano; dell'equivalenza tra i due generi occorre valutare caso per caso, e quindi tenendo innanzitutto conto della comune volontà dei contraenti. Il problema vero resta quindi quello di ricostruire questa volontà:

Scilicet expressim, imo contra deberes dicere, ut quicquid non est expressum, pro omisso debeat haberi, ut infra de verborum obligationibus l. quicquid, quae est contra. Solui. Si agitur inter utrumque, tacitum pro expresso habetur, ut si ab uno tantum, secus. Vel verius ibi in obligatione verborum, hic quando re contrahitur, ut Inst. quibus modis re contrahitur obligatio in principio. Item et quandoque non habetur pro expresso, C. de novatio. l. fi et infra de regulis iuris l. expressa, quae sunt argumenta contraria. Sed quid si cui dixero in vulgari, tolle pecuniam istam, numquid est mutuum vel donum? Videtur mutuum, ut C. de do. l. nec ignorans. Item videtur quod sit donum, quia non fuit dictum, ut esset mutuum. Sed dic, refert que verba praecesserint vel fuerint secuta... Sed quid si non appareat? Dic si magna est quantitas, non videtur donum, sed depositum vel mutuum, cum non videatur iactare pecuniam... alias donum praesumo, cum in transferendo dominio consentire videantur...⁵⁵.

L'apparente semplicità del mutuo come contratto unilaterale si perde definitivamente nell'ottica della Glossa magna. La materialità della *numeratio* non può più essere il fattore centrale della fattispecie, come era indiscutibile negli apparati precedenti ad Azzone: il giudizio sull'esistenza o meno del contratto deve essere condotto, anche nel mutuo, sul consenso intervenuto tra le parti.

Non è una petizione di principio a difesa del consenso, quanto la consapevolezza che la *numeratio* è in sè un fatto sprovvisto di un univoco significato in diritto, e che solo l'accordo tra le parti può stabilire la natura dell'adempimento cui il debitore è tenuto. La Glossa inaugura per questo una questione che troverà favore presso gli apparati successivi: determinare quale contratto abbia inteso concludere colui il quale abbia detto ad altri di prendere una determinata somma di danaro, senza spe-

⁵⁴ Glossa «novum» (n), in l. Cum quid ff. de rebus creditis si certum petatur p. 822.

⁵⁵ Glossa «pro cauto» (p), in l. Cum quid, cit., p. 822-823.

cificare se intende darla a titolo di mutuo, di donazione o altro ancora. La risposta della Glossa procede variamente dalla necessità di analizzare quanto intervenuto prima o dopo tra le parti e, ove questa analisi si rivelasse infruttuosa, dalle presunzioni legate all'importo della somma trasferita che, se notevole, deve far propendere per un mutuo piuttosto che per una donazione.

Una nuova centralità del consenso che consegue alla concezione funzionale del mutuo data da Azone e che la Glossa sostanzialmente accoglie: ricostruito il valore finanziario sulle specificità della *res mutui*, il contratto di mutuo si descrive esclusivamente sulla finalità di anticipazione della valuta, che può essere indifferentemente fondata sul suo trasferimento materiale come sull'impegno di una parte verso l'altra a trasferirla.

9. (Segue) *La tipologia delle fattispecie genetiche di mutuo*

Questa impostazione conduce a modificare sensibilmente la tipologia delle forme genetiche di mutuo rispetto alla dottrina di Azone. La figura centrale della sua partizione, il mutuo *civile natura cooperante* veniva costruito da Azone per giustificare come da una fattispecie complessa, fatta di una *numeratio* e di una contemporanea *stipulatio*, potesse conseguire una sola azione e non due, potenzialmente fra loro confliggenti. Una tale esigenza viene meno, una volta che si afferma che in qualsiasi caso di mutuo si debba indagare la concreta volontà delle parti che, sola, può dar conto delle modalità dell'adempimento cui è esposta la sola parte obbligata.

È per questo che la Glossa magna riporta la tripartizione azoniana senza aggiungervi particolari argomentazioni:

Credimus. Id est alienam fidem sequimur, ut ita de credito non de mutuo loquatur iste §. Vel dic quod loquitur de mutuo civili misto, ut statim dices. Quare distingue mutuuum aliud naturale, aliud civile, cui civili natura cooperatur, aliud civile tantum. Naturale, ut quando res mea ad te pervenit, in qua potest mutuuum consistere, et de hoc dicitur supra eod. l. mutuuum. Civile cui natura favet, ut si post factum vel etiam ante incontinenti stipulor reddi, quo casu stipulatio est utilis, et ex ea agitur, et non ex numeratione, ut infra de nova. l. si fuero stipulatus § fi. Et leges sequentes et hoc casu loquitur hic § si autem utilis, ex numeratione agitur, ut infra eodem l. certi conductio § quoniam. Civile tantum, ut in chirographo ex quo obligatur quis post biennium, ut C. de non num. pec. l. in contractibus in princ.⁵⁶

⁵⁶ Glossa «credimus» (k), in *l. mutuuum damus § creditum, ff. de rebus creditis*, cit., p. 822.

Un riconoscimento puramente formale, cui non segue l'adesione vera ai principi teorici sottesi. Azone individuava la categoria del mutuo *civile natura cooperante* nella compresenza necessaria della dazione della cosa alla stipulazione che ne replicava gli effetti fra le stesse parti; la specialità della categoria – in realtà la sua stessa ragion d'essere – era nel fatto che, intervenuta la *stipulatio*, la *numeratio* della somma figurava necessariamente come momento esecutivo del negozio formale, indipendentemente dal fatto di precederlo o seguirlo temporalmente.

Tutto ciò, giova ricordarlo, come dato oggettivo: la scelta delle parti contraenti si esauriva in questo modello nell'individuazione del percorso negoziale, ma una volta intrapresa la via del contratto formale per realizzare la *causa mutui* gli effetti di quello non erano derogabili dalle parti. La Glossa magna riporta un'opinione opposta:

Et puto posse. Scilicet condicere ex prima obligatione, sed videtur prima obligatio per sequentem stipulationem novata, ut infra de nov. l. si ita fuero § fi. et l. sequenti, quae sunt contra. Sed distingue, an egerint inter se contrahentes, et tunc nulla nascitur...aut est in dubio, et tunc si stipulatio sequens valet, nascitur ex numeratione actio, sed fingitur non nata...si vero non valet, remanet actio prima, ut hic⁵⁷.

La materiale *numeratio* della somma produce sempre un'obbligazione, la quale è destinata ad essere oggetto di novazione ove in seguito venga contratta tra le stesse parti una *stipulatio*. Sta alle parti decidere attraverso il loro consenso che la numerazione non porti alcun effetto; se ciò non risulta e la stipulazione successiva è valida, solo per via di *fictio* si può intendere la *numeratio* come priva di effetti rispetto al contratto formale. Se la stipulazione dovesse essere dichiarata nulla per un qualsiasi motivo, allora la *numeratio* tornerà a esplicare i suoi effetti naturali. Lungi dall'essere intesa come pura attività esecutiva della stipulazione, e quindi parte di un'unica fattispecie, la *numeratio* è un atto giuridico i cui effetti possono soltanto essere derogati dalle parti, che scelgono di essere legate fra loro dalla *stipulatio*, ma ciò può avvenire solo mediante un esplicito consenso.

Il tutto consegue allo schema unitario di valore finanziario che, inaugurato da Azone, trova nella Glossa magna la sua massima espressione. Se il valore finanziario che si realizza nel mutuo *naturale* è lo stesso di quello che si realizza nel mutuo *civile*, ciò comporta di necessità che ciascuno dei corrispondenti fatti genetici possa costituire di per sé un mutuo, esplicando autonomamente i propri effetti.

⁵⁷ Glossa «et puto posse» (c), in *l. certi conductio § quoniam igitur, ff. de rebus creditis*, cit., p. 827.

Ciò che distingue l'impianto di Azone da quello della Glossa è nel ruolo da assegnare al consenso: presupposto necessario del contratto in Azone, ove non è configurabile alle parti uno spazio per modulare in autonomia gli effetti; elemento costitutivo nella Glossa accursiana, ove il consenso provvede di significato i suoi altri elementi strutturali.

Una differenza radicale di impostazione che permea di sé la lettura di tutti gli aspetti fondamentali della dottrina del mutuo, in particolare quella delle ipotesi che si costituiscono a posteriori per effetto della consumazione della valuta, pur prestata a seguito di una fattispecie irregolare. Il diritto del *Corpus iuris* contiene una vasta serie di casi in cui il mutuo, pur difettando di un carattere essenziale, produce l'obbligo alla restituzione del *tantundem* in virtù del passaggio in proprietà della cosa al mutuatario, tipicamente attraverso la consumazione che questi ne fa. Da questi casi i giuristi medievali traggono sia la loro dottrina sugli elementi essenziali del mutuo, sia le loro tesi sulla *reconciliatio*, come abbiamo visto.

Fra le ipotesi rilevanti, quella dell'incapace che presta a un mutuatario di buona fede, perché ignorante della sua infermità: un passo del Digesto assicura anche in questo caso la *condictio* al mutuante, in eccezione rispetto ai principi. Azone riteneva che questa fosse la *condictio sine causa*, poiché appartiene all'ipotesi che il soggetto prestatore della valuta e il ricevente di questa non partecipassero dell'identica *causa mutui*, rendendo così inconcepibile il prodursi di una *condictio certi*.

La Glossa magna fonisce una soluzione in linea con la sua impostazione del contratto di mutuo:

Conditionem. Quaeritur, an condictio ex consumptione nascatur, an ex numeratione? Videtur quod ex numeratione, ut infra de fideiussione l. si quis pro eo § si nummos, ubi dicitur in omnem enim causam acceptus videtur quae ex numeratione nasci potest. Contra videtur, quod non ex numeratione, quia numeratione pecuniae non praecessit consensus, furiosus enim erat. Si ergo non daretur ex contractu, multo minus ex quasi contractu, vel maleficio, vel quasi, ergo nullo modo datur. Item ex consumptione non datur, quia non est modus connumeratus in iure ut quis obligetur, nisi praecedat consensus. Item nec potest dici furiosum videri consentire, quia ad suum commodum spectat, quia agitur quia hic expressus, seu verus, id est non tacitus consensus est necessarius... Responde dari utilem, scilicet speciale ex mutuo, scilicet furioso, cui praedictis rationibus consentire non valeo, dicam ergo conditionem sine causa vel certi generalem dari ut infra eo l. si et me secundum Azo⁵⁸.

⁵⁸ Glossa «*conditionem*» (g), in l. si furioso ff. de rebus creditis, cit., p. 829.

Per la Glossa la *condictio* non può nascere dal semplice fatto materiale della prestazione della valuta, poiché questa non può precedere per definizione il consenso tra le parti, né essere più importante di questo nella funzionalità della fattispecie complessiva. Nel caso del mutuo fatto dall'incapace, poiché deve essere escluso per definizione il consenso, la semplice *numeratio* della valuta non può quindi fondare alcuna azione in giudizio. Concordemente all'insegnamento di Azone, e anzi riportandone implicitamente la dottrina, la Glossa esclude che si possa arrivare al risultato di conferire all'incapace l'azione tipicamente risultante dal mutuo considerando la prestazione della valuta come un quasi contratto, sul facile argomento per cui ciò che non può essere conseguito con un contratto, *a fortiori* non può esserlo con un quasi contratto.

La Glossa si distanzia invece notevolmente dal pensiero di Azone allorché esclude che la *condictio* possa accrescersi all'incapace attraverso il solo fatto giuridico della consumazione della valuta da lui prestata. L'argomento adoperato trascende il caso specifico per dettare una regola valida per qualsiasi ipotesi di mutuo: non può esistere un'obbligazione che nasca prescindendo dal consenso; poiché quello dell'incapace non può essere presunto, ne deriva che l'unica *condictio* possibile per l'incapace sia quella *sine causa* o una *condictio utilis* speciale per il mutuo. Se all'atto pratico la soluzione è la stessa che in Azone, la differenza nell'argomentazione è notevole: questi escludeva una validità alla *consumptio* solo nel caso specifico del *furiosus* perché non si sarebbe potuta ravvisare tra le parti un'identica *causa mutui*, ma la conservava negli altri casi di mutuo irregolare, ove tale identità esisteva per definizione.

Questi casi sono invece ora riportati dalla Glossa su una base giuridica diversa. In essi la consumazione della valuta porta alla nascita della *condictio certi*, quindi dell'azione tipicamente derivante dal mutuo, tutte le volte in cui essa consegue a un consenso tra le parti che, seppur viziato, è materialmente esistente. Nel caso in cui il mutuante presti una somma di proprietà di un terzo, il consenso tra mutuante e mutuatario esiste, e solo si deve discutere – questione assai dibattuta tra i glossatori, come abbiamo visto – in che casi quest'ultimo debba restituire al mutuante e in quali debba invece corrispondere al vero proprietario il *tantumdem* per la valuta da lui consumata.

La Glossa magna pone qui un'ipotesi particolare, che riguarda ancora una volta la struttura generale del contratto di mutuo e non un'eccezione ai principi che lo regolano:

Item quid si dedi pecuniam alienam, neque vult eam consumere, qualiter a me convenietur? Videtur quod non certi conditione ex mutuo, argumenta infra eod. le. non omnis § et cum pecunia. Item condictio sine

causa non datur, quia ex causa est apud eum, quae non est finita, nec datur respectu possessio, quia ad certae pecuniae possessionem non est adstrictus, magis videtur verum, ut teneatur quasi consumpta pecunia, quia per eum fit ne consumat, ut infra de cond. et demonstr. l. iure civili. Si vero bona fide hoc faciat, ut quia est ei denunciatum a domino ne consumat, secus est, ut hic subiicit⁵⁹.

Nel caso in cui un soggetto prenda a mutuo da un altro una somma di danaro di proprietà di un terzo e la voglia conservare presso di sé senza consumarla, quale azione è a disposizione del mutuante per avere la restituzione della valuta, posto che il proprietario effettivo ha sempre a disposizione l'azione di rivendica? Questo il quesito da cui parte la Glossa, cui logicamente se ne connettono altri, implicitamente presupposti, uno fra tutti se il mutuante abbia il diritto a ricevere la somma di danaro non consumata o il *tantundem*.

Secondo i principi, la tutela a disposizione del mutuante non può essere la *condictio certi ex mutuo* poiché, non consumata la somma, un mutuo non può dirsi effettivamente costituito a posteriori⁶⁰. Non può essere data neanche la *condictio sine causa*, poiché la permanenza della somma di danaro presso il mutuatario fa sì che una causa esista: questi ha ricevuto una valuta concordemente alla volontà di chi gliel'ha prestata, e se questi si rivela non esserne stato proprietario, il fatto di essere esposto all'azione di rivendica da parte del vero titolare non toglie che, nei rapporti con il mutuante, la dazione della valuta stessa debba essere considerata priva di titolo.

Per lo stesso motivo non si può ipotizzare che il mutuante possa chiedere al mutuatario la restituzione della somma data e non consumata attraverso una tutela di tipo possessorio, poiché – punto importante in questa argomentazione – non si può parlare del possesso di una valuta, atteso che in questo caso oggetto del possesso è il valore espresso dalla cosa identificata solo nel genere, non una cosa in sé che, per definizione, può essere sostituita con un'altra di eguale valore e qualità. L'unica possibilità residua è quella di vedere obbligato il mutuatario verso il mutuante per una quasi consumazione della valuta, sulla base del fatto che questi, trasferendo la materialità della somma, ha fatto tutto ciò che era

⁵⁹ Glossa «*consumpseris*» (r), in *l. nam et si fur ff. de rebus creditis*, cit., p. 829-830.

⁶⁰ Lo sarebbe stato, secondo quanto abbiamo visto prima, ove la somma di danaro fosse stata effettivamente di proprietà del mutuante: in quel caso l'accordo fra le parti avrebbe perfettamente qualificato la tradizione della proprietà della somma di danaro, la quale si sarebbe costituita con la dazione materiale da parte del titolare effettivo. Nel caso in cui la somma è di proprietà di un terzo, l'accordo tra mutuante e mutuatario non trova realizzazione nella *numeratio*, poiché questa non può trasferire una proprietà che non è nel patrimonio del primo.

in suo potere affinché l'altro la consumasse, e non può quindi tornargli in danno che questi non l'abbia fatto.

Ne deriva pertanto una concezione completamente diversa della *consumptio* come momento costitutivo del mutuo: non un fatto materiale il cui significato viene dato da un'oggettiva *causa mutui*, di cui stabilire caso per caso la presenza o meno nel contratto intervenuto tra le parti, ma un elemento normativo della fattispecie, che si può riconoscere o meno nella dinamica complessiva del negozio a seconda del comportamento che le parti hanno avuto in sede di costituzione e esecuzione del contratto. Nel caso individuato dalla glossa «*consumpseris*», la *consumptio* esiste poiché il mutuante della somma di proprietà di un terzo non ha fatto nulla di diverso da quanto avrebbe dovuto fare se la somma fosse stata di sua proprietà. Individuare un regime diverso degli effetti comporterebbe il risultato totalmente iniquo di privarlo di tutela rispetto a un soggetto che comunque ha accettato a titolo di mutuo una somma e che non può esimersi dal restituire, una volta scoperto che il mutuante non ne era proprietario.

Intesa come elemento normativo, la *consumptio* si identifica pertanto con il trasferimento della proprietà della cosa, con quel momento cioè da cui il mutuante non può più modificare il proprio apporto nel contratto:

Quoniam toties. Scilicet, demum, et quod dicit conditio datur scilicet ex consumptione pecuniae. Et nota hic quattuor proportionalia, et prima duo sunt paria, ut quoties ex ea causa numerati sunt ex qua dominio translato statim nascitur actio, ut crediti id est mutui, et soluti indebiti et locati quando ex locatione dominium transit, ut infra locati l. in nave. Item ex eadem causa facta solutione id est numeratione, dominio statim non translato, reconciliatur obligatio ex consumptione, nam tantum facit consumptio quantum dominii translatio, ut hic et supra eodem l. nam et si fur, secundo responso⁶¹.

L'argomentazione dalla Glossa magna è rigorosa: il trasferimento della proprietà di una cosa produce sempre un'azione a favore di chi lo attua ove non esista un titolo che lo renda altrimenti definitivo all'acquirente, come accade nel caso del mutuo (ove produce un credito a favore del trasferente) o della prestazione dell'indebito. Ove il trasferimento della proprietà non consegua al trasferimento della cosa, come nel caso in cui la *numeratio* non produce la *translatio dominii*, l'obbligazione alla restituzione si forma egualmente per via di *consumptio*, la quale produce gli stessi effetti.

Una soluzione costruita ancora una volta sulla centralità del consenso nel mutuo: la *numeratio* e la *consumptio* costituiscono un trasferi-

⁶¹ Glossa «*quoniam toties*» (p), in l. *si filiusfamilias ff. de rebus creditis*, cit., p. 830.

mento di valore se e solo se sono riconducibili alla fattispecie del mutuo in virtù di quanto può dirsi essere la volontà delle parti, manifestata al momento della conclusione dell'accordo come evidente dagli atti successivi.

10. Conclusioni

Con la Glossa magna si chiude una prima età della storia dimenticata del mutuo e del valore finanziario. Iniziata dalle difficoltà dei primi glossatori nel rappresentare l'irriducibile differenza tra un prestito che si realizza con la tradizione della materialità del bene da quello che si verifica solo con la firma su di un documento, si conclude nel dibattito di questioni assai diverse, come il ruolo da dare al consenso nella fattispecie complessiva. Il contrasto tra queste fasi non potrebbe essere più netto, e si può cogliere su più aspetti.

Il primo: gli apparati più risalenti vedono con generale sfavore l'idea che un rapporto giuridico unilaterale si concluda esclusivamente attraverso la prestazione del consenso, o addirittura attraverso una dichiarazione del solo debitore, come nel chirografo; al termine di un percorso nient'affatto lineare, la Glossa magna costruisce la parte più originale delle dottrine che trasmetterà al successivo corso del diritto comune sull'idea opposta. La Glossa magna valorizza il consenso come momento di costituzione della *causa mutui*, non solo facendone un elemento di pari importanza all'interno della fattispecie complessiva, ma attribuendo a questo, come abbiamo visto da ultimo, quell'effetto di traslazione della proprietà sulla cosa mutuata che costituisce il nucleo funzionale intorno al quale tutta la fattispecie viene ricostruita, e che fonda l'obbligo alla restituzione del *tantundem*.

Da qui una seconda fondamentale differenza tra i primi apparati e le opere più mature dell'età della glossa, su cui giova soffermarsi: in quelli il consenso e la tradizione materiale della cosa portano a due distinte e irriducibili figure contrattuali, due mondi incomunicabili, nessuno dei quali può trasformarsi nell'altro; in questi il mutuo come contratto è uno ed uno solo, tutto definito sotto il profilo funzionale dall'anticipazione della valuta, effetto che può essere conseguito attraverso modalità diverse e interscambiabili.

Una terza differenza è data dalla definizione della *res mutui*: un dato non discutibile per i primi glossatori, che non degnano di alcuna attenzione interpretativa la definizione che viene consegnata loro dal testo romano; il fulcro definitorio dell'intera fattispecie per gli ultimi, il concetto in cui cercare una definizione oggettiva del valore finanziario come contenuto tipico e caratterizzante del mutuo.

CAPITOLO TERZO

VALORE FINANZIARIO, RES MUTUI E RILEVANZA DEL CONSENSO NELLE DOTTRINE DEI COMMENTATORI

SOMMARIO: 1. Definire il mutuo sulle caratteristiche della cosa mutuata. Odofredo. – 2. Le dottrine ultramontane. Jacques de Révigny. – 3. Contratto di mutuo e adempimento dell'obbligo di restituzione in Cino da Pistoia. – 4. Singularitates mutui e singularitates pecuniae nella dottrina di Cino da Pistoia. – 5. Il rifiuto delle plures species mutui. – 6. Bartolo da Sassoferrato. Le caratteristiche della res mutui. – 7. Res mutui e esatto adempimento. – 8. Le tipologie di mutuo in Bartolo da Sassoferrato. – 9. Le specialità del mutuo. – 10. La definizione di mutuo in Baldo degli Ubaldi. – 11. Le species mutui. – 12. La genericità della numeratio come momento costitutivo del mutuo. – 13. L'onere del tardo Commento: conservare al mutuo la natura di contratto.

1. *Definire il mutuo sulle caratteristiche della cosa mutuata. Odofredo*

La concezione del valore finanziario che si ritrova nella Glossa magna e soprattutto dopo i termini della sua ricostruzione giuridica nella fattispecie del mutuo non verranno utilizzati dagli apparati successivi come un dato di partenza per portare il tema a nuovi esiti; sarà piuttosto la critica serrata che questi giuristi vi profonderanno a far emergere quei nuovi nuclei problematici intorno a cui organizzare dottrine più mature. Tali nuclei sono essenzialmente tre, ed hanno occupato in modo diverso l'attenzione dei singoli interpreti: la definizione delle caratteristiche della *res mutui*, l'individuazione delle fattispecie genetiche del contratto, la determinazione delle particolarità che possono riconnettersi al contratto come tale, tenute distinte ora dalle pari particolarità che si riportano invece alle caratteristiche della cosa assunta come valuta.

Il giurista che più di altri analizza criticamente il primo di questi tre aspetti, la definizione della *res mutui*, è Odofredo. Nella sua visione, le particolarità che valgono a distinguere la *res mutui* da qualsiasi altro bene giuridico costituiscono il momento principale di qualsiasi definizione sul contratto:

Secundo dicit in quibus rebus consistat mutuum et consistit in his rebus quae consistunt pondere, numero et mensura. Tertio assignat rationem cur in istis tantum consistit mutuum, quia iste sole sunt res quae possunt mutuari. Quarto assignat rationem rationis quare iste res tantum possunt mutuari: quia harum enim rerum est talis natura, ut una fungatur vice alterius quod sit solutione eiusdem generis, non alterius speciei. Sed in aliis non consistit mutuum: quia eadem res redduntur et non est mutuum, sed alius contractus aut aliae redduntur quod non potest esse, quia in aliis contractibus aliud pro alio invito creditore solui non potest, praeterquam in mutuo, hoc dicit principium huius legis usque ad § appellata¹.

Gli argomenti principali sono eguali a quelli variamente usati dai glossatori: nessuno può adempiere alla propria obbligazione prestando un oggetto diverso da quello inizialmente concordato senza raggiungere un nuovo accordo col proprio creditore, tranne che nel mutuo, una specialità giustificata dal fatto che le cose che ne costituiscono oggetto sono tali da poter vicendevolmente fungere da mezzo di pagamento. *L'idem genus* distingue così il mutuo dai contratti in cui si deve restituire la medesima specie ricevuta, come il comodato o il deposito, la locazione o il *precario habere*². Lo stesso elemento tiene ovviamente distinto il mutuo dai contratti in cui si deve dare un altro *genus* o una specie diversa da quella ricevuta; si parlerà in questi casi di contratto innominato *do ut des*, seguendo l'insegnamento di Giovanni Bassiano e di Azone³.

Il vero problema per il giurista è tracciare la *ratio* dell'esclusività del mutuo alle cose fungibili. Un argomento tutt'altro che ovvio:

Incipit quartum dictum, in quo redditur ratio rationi et iste versiculum legitur tribus modis. Uno modo secundum antiquos et tunc magis in litera positum vel subaudiri ponitur comparative, secundo modo legitur se-

¹ ODOFREDO, *Lectura super Digesto veteri*, r.a. Bologna, Forni 1967, ad l. *mutuum damus* n. 1, fol. 3 v. col. 1.

² «Videatis expositionem literae. [mutuum damus] subaudi tunc demum; cum damus recepturi [in eandem speciem] id est non idem corpus, nam in speciebus non consistit mutuum, ut infra proximo §. [alioquin] id est diceremus mutuum, cum daremus recepturi idem corpus. [aut depositum] subaudi aut locatum aut pignori datum: aut doti datum: aut precarium. Nam sicut in commodato et deposito idem corpus est reddendum, quia rei commodatæ possessionem et dominium retinemus...ita et in locato, nam locatio non transfert dominium...». ODOFREDO, *op. cit.*, n. 1 col. 2.

³ «Or sequitur [sed id est genus] repetatis damus recepturi [veluti] ponit exemplum [non erit mutuum] quia ad hoc ut sit mutuum debet reddi aliud quod sit eiusdem bonitatis et qualitatis. Sed quid erit glossavit hic Io. et Az. quod erit contractus innominatus do ut des et dixerunt quod nascetur praescriptis verbis actio...Sed si vobis placet dicatis ut dicere conveni: aut convenit pro dando certam rem pro certa, ut certum frumentum pro certo frumento, et tunc dico quod erit permutatio...aut convenit de dando certo frumento pro incerto, et tunc dico quod erit contractus innominatus do ut des ...». ODOFREDO, *op. ult. cit.*

cundum Io. et Azo et tunc ponitur elective magis. Tertio modo legitur secundum dominum meum et planius. Et tunc ponitur elective et secundum antiquos legitur ita, quia sub res consistentes in pondere, numero, vel mensura, functionem id est liberationem recipiunt per solutionem potius id est magis in genere suo, id est rei eiusdem generis, magis quam per speciem, id est per solutionem eiusdem speciei, quod dicit si mutuo tibi rem consistentem in pondere numero vel mensura ut reddas in eodem genere et fuit mutuum reddendo liberaris. Sed haec expositio non est bona, quia obligatio et liberatio sunt contraria...⁴.

Una prima opinione, attribuita agli *antiqui*, intendeva per cose fungibili quelle che trovano la propria funzione nell'essere espresse secondo peso, quantità o misura. Per questa tesi la *res mutui* è identificata nella possibilità di costituire un adempimento attraverso la prestazione di uno stesso genere. Essa si basa su una comparazione tra valori («*ponitur comparative*»): quello dell'obbligazione che nasce col contratto di mutuo e quello che servirà poi per il suo adempimento. Il suo difetto, secondo Odofredo, è proprio qui, nel confondere il momento genetico del mutuo con l'adempimento della obbligazione risultante dal contratto.

La seconda opinione è quella riferita a Giovanni Bassiano e ad Azone:

et ideo dominus Io. et Azo legebant secundo modo istum versiculum et sic quod praedictae res potius recipiunt functionem per solutionem quam per speciem, quod si mutuo tibi rem consistentem in pondere ut reddatur res in pondere consistens in eodem genere est mutuum, sed si eadem res reddatur in specie non est mutuum, et sic potius sumitur elective⁵.

Qui la definizione si basa piuttosto su di un'*electio*, una scelta tra il considerare il valore espresso da una cosa nella sua generalità o nella sua specialità. Per questa tesi, ove una merce venga scambiata secondo il valore che essa ha in genere, può aversi un mutuo anche ove si convenga che, a fronte di una dazione di denaro, il ricevente restituisca un *tantundem* in altro genere, laddove per converso il mutuo è escluso ove la cosa fungibile per eccellenza – il denaro – venga data e restituita come specie.

Sta alle parti scegliere il tipo negoziale, e dare pertanto significato a un fatto, la tradizione della somma, che può averne in teoria di diversi; d'altra parte non ogni bene giuridico è suscettibile di una tale *electio*, ma solo quelli che possono in fatto esprimere un valore nel proprio genere.

⁴ ODOFREDO, *op. ult. cit.*

⁵ ODOFREDO, *op. ult. cit.*

⁶ ODOFREDO, *op. ult. cit.*

Odofredo preferisce una terza opinione, che riferisce al suo maestro Jacopo Baldovini:

Legitur et tertio modo secundum dominium meum Iac. Bal. et melius haec est ratio rationis quare in his rebus tantum consistit mutuum et non in aliis, quia res consistentes in pondere numero mensurave sunt eius naturae quod una fungitur vice alterius, et ideo si mutuo tibi rem consistentes in pondere numero et tu reddis rem eiusdem generis in pondere vel numero liberaris, nam tantum valet iste decem libris boni quantum et ille et sic de ceteris quae in pondere numero consistunt⁶.

La *res mutui* è solo quella che, espressa secondo il peso, il numero o la misura, è di tale natura da poter essere accettata in sostituzione di un'altra cosa espressa secondo medesima modalità poiché esprime un valore generalmente accettato per tale. Se la quantità di un bene vale dieci, ecco che la dazione di quella quantità può integrare un mutuo, ove ciò sia la volontà delle parti, perché il suo valore può essere integrato da un'altra *quantitas*, laddove le cose infungibili non sono passibili di tale sostituzione.

È un terzo modo di ricostruire il valore finanziario. Odofredo ricorre esattamente all'idea di comparazione per identificare il modello di valore proprio dei glossatori più risalenti, condizionato dalla cultura giuridica altomedievale nell'idea di uno scambio tra cose. A questa egli contrappone l'idea della sostituzione tra valori: quella del bene per come dato al momento del contratto e quello del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* restituito al termine del periodo contrattuale. Una concezione che potrebbe tuttavia estendere troppo i confini del mutuo, portando ad esempio a considerare come *res mutui* anche beni giuridici alieni per natura ad una valutazione secondo il genere⁷:

⁷ Questa concezione non si ritrova come tale nell'apparato della Glossa magna, e tuttavia emerge in alcune glosse in cui la fungibilità o meno della cosa viene messa in relazione con il pericolo relativo alla loro perdita e quindi con la possibilità per il debitore di eccepire o meno la perdita del bene a giustificazione del proprio inadempimento: «Factum. Ad evidenciam huius legis nota quod debitorum tria sunt genera, unum in quantitate, aliud in genere, ut homo, aliud in specie, primum semper est periculum debitoris... In secundo idem, quia genus perire non potest...» (glossa «*factum*» in *l. quod te mihi, ff. de rebus creditis si certum petatur*). Per questa glossa esistono beni che possono essere espressi secondo un genere non quantificabile, come nel caso degli uomini e degli animali. Anche in questo secondo caso, ove qualcuno promette di dare un tal bene, il pericolo per la sua perdita grava sul debitore, il che farebbe propendere per la configurabilità di un mutuo su simili oggetti. Odofredo evidenzia come il dato del *periculum* sia elemento caratterizzante del mutuo rispetto ad altri contratti: «Sed quae utilitas est, ut sciamus sit mutuum vel non. Responde duplex utilitas est si sciamus dicere quando sit mutuum vel non. Item ut sciamus utrum periculum rei spectet ad debitorem in mutuo vel ad creditorem, in mutuo enim est periculum debitoris». ODOFREDO, *op. cit.*, n. 2 fol. 4 r. col. 1.

...sed hoc est invenire vix in ceteris aliis rebus. Scilicet quod unus equus tantum valeat quantum et alius. Item quod ista capra tantum valeat quantum illa, et sic de ceteris, et ideo quia non sunt talis generis ut functionem recipiant in eis mutuuum consistere non potest⁸.

L'eguaglianza nel valore mercuriale fra due beni non equivale a dirli fungibili: solo l'eguaglianza fra i due generi, la loro idoneità ad essere uno *solutio* rispetto all'altro, può consentire al debitore *ex causa mutui* di liberarsi senza ottenere dal creditore il consenso ad una *datio in solutum*. Odofredo dedica ancora maggiore attenzione rispetto ai giuristi precedenti nel definire le caratteristiche normative che una cosa deve possedere per poter essere *res mutui*. Una definizione – è questo il presupposto della sua interpretazione – che non può essere tratta soltanto dall'esegesi del testo romano, ove lo stesso termine apparentemente specifico di *pecunia* è inteso nei modi più diversi⁹ e ove si fa ricorso a locuzioni che non riescono esaurienti¹⁰.

Odofredo riprende pertanto la costruzione azoniana, per compilarla di un ulteriore elemento:

...ad quod vos dicetis quod in mutuo quattuor considerantur, scilicet natura, aptitudo et consuetudo. Et causa inventionis. Est enim natura pecuniae ut pecunia detur ad numerum, et ad hoc est apta et consueta et adinventata ut detur ad numerum, ut infra de contr. empt. et vend. l. prima unde numero in pecunia consistit mutuuum. Item natura est auri vel argenti ut ponderetur, et sic datur et ad hoc est adinventum in massa ut ponderetur, quia aptum consuetum est et inventum ut aurum et argentum detur ad pondus. Item in vino et oleo natura est: ut detur ad mensuram et sunt apta consueta et adinventata ad haec et idem est in similibus. Non est tamen haec natura equorum ut dentur ad pondus et magnum mirum faceret qualis si videret aliquem facere ponderare equum. Item non est natura librorum ut dentur ad pondus. Item non est natura vestium ut dentur ad numerum nec ad hoc apte vel adinvente sunt vestes et idem est in consimilibus. Item non est natura prediorum ut dentur ad pondus vel ut dentur ad mensuras vasorum, licet dentur ad aliam mensuram quam loquatur hic, nec ad hoc sunt apta vel adinventata praedia unde in his non consistit mutuuum sed locatio et conductio vel emptio vel precarium. Sed consistit mutuuum in his

⁸ ODOFREDO, *op. ult. cit.*

⁹ «Aliquando nomen pecuniae sumitur large, ut appellatione pecuniae contineatur omnis res quae consistit pondere numero mensurave...aliquando nomen pecuniae sumitur largissime, ut appellatione pecuniae contineatur nedum nummi immo omnes res, quia omnes res in pecunia converti possunt». ODOFREDO, *op. cit.*, n. 3 fol. 4 r. col. 2.

¹⁰ «...videtur quod consistat mutuuum in omnibus rebus quaecumque sint in orbe, nam omnes res de mundo possunt ponderari, aut numerari, aut mensurari...». ODOFREDO, *op. ult. cit.*

rebus quae consistunt pondere numero mensurave inspecta natura aptitudine et consuetudine et causa inventionis¹².

Per Odofredo non è sufficiente la semplice consuetudine per stabilire la norma di circolazione della cosa e fare di questa una *res mutui*. Occorre anche un altro elemento: la *causa inventionis*. Questo si riduce alla finalità per cui un determinato bene ha valore e sulla scorta della quale tale valore viene misurato: i libri non si scambiano a peso non perché ciò non appartenga alla loro natura fisica, ma perché non corrisponde alla finalità che essi servono e per la quale sono stati inventati. Lo stesso per i terreni, i quali se pure si misurano e vengono scambiati per un valore che viene determinato in funzione di quella misura, non servono una finalità tale da poterli rendere oggetto di mutuo¹².

Al fondo vi è la ricerca di una nozione unitaria di valore finanziario:

Secundo notatur differentia inter creditum et mutuuum. Creditum est etiam cum damus eandem rem recepturi sive consistat in pondere numero vel mensura, sive sit in pecunia sive non. Creditum est etiam si non proficiscatur pecunia mutuuum non est nisi proficiscatur pecunia: imo interdum est creditum, et si nihil proficiscatur velut post nuptias contractas secundum antiquos vel dissolutas secundum Io et Az. Dos promittatur, et sic nihil soluit vel praestatur¹³.

Il parallelismo tra credito e mutuo, inconcepibile per il giurista romano, è presente nella Glossa¹⁴ e viene utilizzato da Odofredo per riportare ad unità due ipotesi estremamente diverse di valore finanziario: quella che si crea nella corresponsione materiale di valuta nel mutuo e quella che si genera dalla dilazione di un pagamento precedentemente dovuto e materialmente consumato. Pur provvisto di strumenti migliori rispetto ai primi *doctores*, Odofredo non è ancora in grado di comprendere

¹¹ ODOFREDO, *op. ult. cit.*, n. 3.

¹² La differenza fra la concezione di Azone e quella di Odofredo è nella rilevanza dell'elemento fattuale nella costruzione della norma di circolazione. Per Azone la norma di circolazione è una consuetudine, pertanto riceve le proprie particolarità strutturali anche dalle qualità intrinseche del bene cui si riferisce; essa è, per adoperare una terminologia propria del diritto comune, un'«*altera natura*» della cosa. In altri termini, un bene che per propria natura non possa essere scambiato altro che nella sua individualità, come il fondo agricolo, non può recepire su di sé una norma consuetudinaria che vada contro la sua natura più profonda, la quale funge quindi da limite al sorgere di questa. Odofredo non ritiene questo un limite sufficiente al sorgere di consuetudini contrarie alla natura propria della cosa, e fa di questa un elemento autonomamente apprezzabile: la *causa inventionis*, appunto.

¹³ ODOFREDO, *op. cit.*, in *l. mutuuum damus § appellata est autem* n. 1.

¹⁴ Glossa «*genus*», in *l. mutuuum damus § creditum, ff. de rebus creditis si certum petatur*.

il *creditum* senza il *mutuum*: tutte le volte in cui vi è appropriazione di un valore che dovrà essere restituito, lì per il giurista vi è appropriazione di valuta, trasferimento cioè di una sostanza materiale nella quale quel valore si rende concreto. Fuori da questo schema, il finanziamento, come meccanismo giuridico prima che come dato sociale, è inconcepibile.

2. *Le dottrine ultramontane. Jacques de Révigny*

L'incapacità di distinguere tra credito e mutuo, quindi tra effetto del finanziamento e contratto che ha come oggetto tipico la restituzione del *tantundem*, caratterizza anche l'*interpretatio* degli Ultramontani, ma porta qui, come premesso, a una dottrina maggiormente centrata sull'analisi delle fattispecie genetiche del mutuo.

Tutto il percorso argomentativo di Jacques de Révigny va in questa direzione:

Per legem istam videtur fundata opinio domini mei: dicebat quod quis agit ex mutuo debet probare se dominum pecuniae quam mutuavit, alias succumberet. Diceret aliquis cum hoc sit impossibile probare dominium pecuniae mutuatae nullus posset consequi pecuniam mutuatam per actionem ex mutuo dicit ipse consulit lex ista et videtur quod pro alio non sit facta. Si aliquis pecuniam mutuat quae sua non est, sed aliena et nomine suo non potest agere certi conditione ex mutuo: ex quo non est pecunia sua, unde nullam habet actionem¹⁵.

Una ricostruzione che va seguita con attenzione. Secondo il giurista francese, l'esperimento dell'azione derivante dal mutuo, la *certi condictio*, richiede che l'attore, il quale si assume per questo mutuante della somma di cui richiede la restituzione, abbia previamente assolto l'onere della prova circa la sua proprietà della valuta, pena la soccombenza. Conseguendo da ciò che colui il quale conceda in mutuo una somma di denaro appartenente a un terzo non possiede come rimedio la *condictio certi* verso il mutuatario, e rimane quindi privo di tutela. È per questo che lo stesso testo romano consiglia per questa ipotesi che il mutuante della valuta altrui ne stipuli formalmente con il mutuatario la restituzione a sé, perché la stessa non gli sarebbe altrimenti dovuta.

L'unico elemento che potrebbe accrescere al mutuante un'azione per la restituzione del *tantundem* è la consumazione della valuta, ma è

¹⁵ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem*, r.a. Bologna, Forni, 1967 in *l. quamvis C. si certum petatur*, fol. 119 v. col. 1. Nella versione a stampa la *Lectura* fu, come è noto, attribuita a Pierre de Belleperche.

dubbio che questa possa costituire il contratto a posteriori. Come puro fatto materiale, la *consumptio* legittima nel mutuante – proprio perché non proprietario – una tutela diversa da quella risultante dal mutuo, la *condictio indebiti*, che spetta non solo al vero proprietario della somma, ma anche a chi ne è possessore a qualsiasi titolo¹⁶.

La *condictio indebiti* produce gli stessi effetti della *condictio certi*, tutela che presuppone la conclusione del mutuo: il mutuo e l'indebitum – titoli diversi, per non dire opposti – camminano quindi di conserva, e una volta che si possa riconoscere al mutuante una tutela che procede dal possesso è perfettamente inutile ricostruire artificialmente la fattispecie ipotizzando una conclusione a posteriori del mutuo. Un'opinione cui osta, per come soggiunge lo stesso Révigny, la considerazione per cui solo dando per concluso il mutuo con la consumazione della valuta il mutuante non deve essere costretto a provare, come condizione di procedibilità dell'azione, di essere stato il proprietario della valuta o di averne comunque avuto il possesso¹⁷.

Partendo da questo risultato interpretativo, il Révigny destituisce di fondamento la possibilità che il mutuo si concluda esclusivamente con la materialità della consumazione:

Si extat habetur pro consumpta, ex quo stat per eum quominus consumatur ...et sic agitur actione ex mutuo: approbo sententiam suam pro parte: mutuo tibi pecuniam alienam, nihil consequor eo quia dico quod non habeo actionem aliquam nisi stipuler eam non consumptam, unde si agerem ex mutuo non essem periurius quia non est mutuum, ex quo de meo tuum non fit, et inde dicitur mutuum ex quo de meo tuum non sit, ut ff. si certum petatur l. ii § appellata, unde consentio quod ex quo est pecunia aliena, nec est consumpta, non habet actionem si non stipuletur ergo non poterit agere. Dico quod imo de facto aget¹⁸.

La tesi della Glossa magna – per cui si dà per consumata la valuta che, consegnata da chi non ne era proprietario, rimanga intonsa presso il

¹⁶ «Item opponatur ei. Ita est in debito soluto ex pecunia aliena si est consumpta habeo conditionem indebiti ad possessionem...et indebitum et mutuum paribus passibus ambulat [...] quaeritur si mutuavi pecuniam alienam si est consumpta reconciliatum est mutuum per consumptionem et si agam ex mutuo si extat competit actio ex mutuo ad possessionem dummodo habeam possessionem non curabo de alio». JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

¹⁷ «Item opponitur ei, et ostendo quod competat ei actio ex mutuo dato, quod mutuata sit pecunia aliena nec oportebit probare agentem fuisse dominum pecuniae, quia aut est pecunia consumpta et tunc reconciliatum est mutuum consumptione...». JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

¹⁸ JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

mutuatario, e ciò per tutelare le ragioni del terzo mutuante – viene respinta sul presupposto che, senza la consumazione, la valuta non può dirsi effettivamente passata in proprietà del mutuatario. Fuori del caso di una stipulazione, che valga a costituire il mutuatario debitore di chi, non essendo proprietario della valuta, non può esserne mutuante, questi non può avere azione alcuna.

La consumazione della valuta è dunque un fatto equivoco, che come tale non può fondare in autonomia l'obbligo alla restituzione del *tantundem*. Rivolgersi al negozio formale della *stipulatio* non assicura però esiti migliori:

...quandoque opponi: ista stipulatio non valet sine causa...ideo non est causa alia nisi causa mutui, ergo non valebit nisi probetur mutuum, et sic necesse habebat probare se dominum ut prius, quia mutuo de meo tuum. Dico quod falsum est quod non sit alia causa quam mutui imo est alia, scilicet numeratio et reputat lex ista numerationem esse sufficientem causa stipulationis. Oppositum domini mei videtur destrui per l. infra eodem l. non unde. Sed ibi videbimus de hoc. Sed quaeritur habeo pecuniam alienam numero tibi. Nec stipulatus sum et sic non habeo actionem ante consumptionem dico consume ut sic reconcilietur mutuum non vis consumere numquid es obligatus ac si esset consumpta. Credo quod non. Glossa tamen dicit: aut bona fide defert consumptionem quia dominus pecuniae dicit quod pecunia sua vel vult ire ad nundinas, nec habetur pro consumpta, aut mala fide differt consumptionem habetur pro consumpta in sui preiudicium, et reconciliatur mutuum¹⁹.

La *stipulatio* che assicura una finalità di finanziamento necessita di una *causa mutui* riconoscibile, restando altrimenti priva di causa. L'esistenza della *causa mutui* presuppone però di nuovo che lo stipulante dimostri in giudizio di essere proprietario della somma mutuata, privando così lo schema di qualsiasi utilità pratica. La tesi del Révigny si basa quindi sull'imprescindibilità di entrambi i momenti per la realizzazione della fattispecie: ove lo stipulante dia o abbia dato materialmente la somma di denaro di cui gli è stata promessa la restituzione, la *stipulatio* è provvista di una causa se la valuta contrattuale non possa più essere restituita nella sua individualità, perché consumata dal mutuatario. Nel caso in cui questi rifiutasse di consumarla, e tuttavia non la restituisse, la *consumptio* dovrebbe essere data per fatta, e il mutuo pertanto dirsi nato a posteriori, solo ove si dimostrasse la mala fede del possessore; se in buona fede, il suo dovere giuridico è quello di non consumare una valuta altrui, ma di restituirla al proprietario, con ciò liberando anche il mu-

¹⁹JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. quamvis*, cit., fol. 169 v. col. 2.

tuante materiale da una responsabilità nei confronti di questi. Fuori dalla mala fede del mutuatario – è questa la *ratio* della tesi del Révigny – non vi è alcun motivo per ipotizzare una *reconciliatio mutui* che produca la *condictio certi*, nè v'è bisogno di andare in cerca di un'improbabile *actio de facto*²⁰.

L'argomentazione del Révigny è pertanto lontanissima da quella dei glossatori: questi riferivano costantemente ad ogni singola fattispecie genetica un effetto proprio e particolare, con la difficoltà – superata da Azone con la categoria del mutuo *civile natura cooperante* – data dalla compresenza di due azioni uguali aventi il medesimo oggetto e le medesime parti, nel caso in cui alla *numeratio* si sovrapponesse anche la formalità della *stipulatio*. Il giurista ultramontano intende la realtà del mutuo nella sua prospezione funzionale, e lo dice esistente una volta realizzato l'equilibrio tra le diverse posizioni soggettive delle parti. Come nell'esempio appena visto, una *consumptio ficta* non è ravvisabile in tutti i casi in cui il mutuatario non voglia appropriarsi della valuta prestatagli da chi non ne era proprietario, ma solo nell'ipotesi specifica in cui questo difetto di consumazione serva in realtà al mutuatario per frodare tanto il mutuante, quanto l'effettivo titolare della somma prestata.

Su questa stessa logica, il Révigny esclude – pur senza nominarla espressamente – la stessa categoria azoniana del mutuo *civile natura cooperante*. Il presupposto è lo stesso: la compresenza tra una *numeratio* e una *stipulatio* può in fatto avvenire allorché le parti di questi negozi siano diverse; in caso contrario il mutuante *ex numeratione* non ha alcun bisogno di reiterare il titolo della stessa obbligazione con lo stesso mutuatario attraverso un negozio formale. Se così è, la duplicazione del negozio di mutuo presuppone invariabilmente un'alterità tra fattispecie genetica del contratto e imputazione dei suoi effetti:

Dicunt alii nihil acquiritur ei cuius nomine numeratum est, quia quando stipulatio sequetur numerationem agitur ex stipulatione... Respondebitur ad contrarium. Unde ita distinguetis: aut numero nomine meo et stipulor mihi, aut numero nomine alterius et stipulor nomine alieno, aut numero nomine meo et stipulor alii, aut numero nomine alterius et stipulor mihi. Si numero nomine meo tibi decem et sipulor illa decem reddi mihi, agam tantum ex stipulatu et non ex numeratione...²¹.

Le ipotesi possibili sono quattro: le due in cui tanto la *numeratio* che la *stipulatio* intendono accrescere un'azione alla stessa parte, e le due in cui la *numeratio* è fatta a nome di un soggetto e con la *stipulatio* si pat-

²⁰ Il passo è quello sopra riportato sub nota 12.

²¹ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem*, cit., in *l. si absentis*, fol. 170 r. col. 1.

tuisce che il *tantundem* verrà restituito all'altro. Nel primo caso, in cui il mutuante numera la valuta contrattuale a proprio nome e contestualmente stipula che il *tantundem* gli venga direttamente restituito, l'azione risultante sarà quella derivante dalla stipulazione, che avrà novato l'azione originariamente derivante dalla *numeratio*, in piena aderenza ai principi generali.

Nel caso in cui il mutuante dia la valuta contrattuale a nome del vero proprietario e stipuli contestualmente che il *tantundem* sia restituito a questi, la stipulazione sarà inutile ove lo stipulante non fosse con il terzo proprietario della valuta in una relazione tale da poterlo impegnare con il proprio contratto. In questo caso l'azione per questi deriverà dalla *numeratio*:

Si vero alieno nomine numero et stipulor nomine alieno. Verbi gratia. Dico istam pecuniam esse Titii et numero tibi eam nomine eius, et promittis eam sibi reddi. Hic distingo. Aut stipulor alteri aut mihi nomine alterius, ubi stipulor alii, aut ille alius est talis cui ego possum acquirere stipulando, quia sive tutor sive stipulor pupillo, vel prelatus et stipulor ecclesiae vel domino et reddere singula singulis, hoc casu agetur ex stipulatione tantum...si ille cui stipulor sit talis persona cui non possum stipulari, in isto casu inutilis est stipulatio, quia nemo alteri potest stipulari...²².

Nel caso in cui il mutuante trasferisca la somma in nome del vero proprietario, ma contemporaneamente stipuli che la restituzione del *tantundem* venga fatta direttamente a lui per conto del titolare della valuta, l'unico ad avere azione in forza di questa stipulazione è il mutuante, che sarà tuttavia legittimato a esperirla solo ove abbia un proprio interesse, altrimenti l'obbligo alla restituzione del *tantundem* è destinato a non avere tutela in giudizio. Al mutuante potrebbe essere riconosciuto un tale interesse ove ad esempio sia mandatario del titolare della somma, e debba agire per sottrarsi alla responsabilità che gli deriva da questo diverso titolo, mentre non potrebbe esperire l'azione derivante dalla *stipulatio* ove abbia gestito gli affari altrui fuori da un espresso incarico:

aut stipulor mihi nomine alieno sic: mutuo tibi pecuniam Titii promittis tu reddere eam mihi nomine Titii isto casu agam ex ea stipulatione si mea interest. Forte Titius dederat mihi mandatum de mutuando pecuniam suam nunc ipse aget ex numeratione...si vero inutilis est stipulatio quia mea non interest, tunc ipse aget ex numeratione non ego ex stipulatione...cum si numero nomine meo et stipulor alii, aut stipulatio est utilis aut inutilis. Si inutilis agam ex numeratione, si utilis aget alius ex stipulatione...²³.

²² JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

²³ JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

Il quarto e ultimo caso è quello in cui il mutuante conferisce una valuta altrui a nome del vero proprietario, ma stipula che questa venga restituita a lui stesso in conto proprio e non del proprietario:

Aut in quarto casu numero nomine alieno tuo et stipulor mihi: si vero in nundinis numero forte pecuniam tuam nomine tuo et stipulor eam mihi reddi, numquid agam ex stipulatione? Dixerunt quidam quod sic quia ubi procedit numeratio et sequitur stipulatio et est utilis agetur ex stipulatione unde actio non videtur quesita ei cuius nomine fit stipulatio²⁴

L'opinione di molti glossatori vedeva possibile tale schema, e attribuiva al solo stipulante l'azione derivante dal contratto così formato, poiché il contratto formale, anche in questo caso, avrebbe prodotto la novazione dell'obbligazione nata dalla *numeratio* in favore del vero titolare della somma prestata. Révigny contrasta tale opinione, perché porterebbe il proprietario della somma ad essere espropriato del suo credito attraverso un atto che interverrebbe tra terzi estranei; la *stipulatio* intervenuta tra il mutuante e il mutuatario è dunque inutile, in questo caso²⁵.

La concezione del contratto di mutuo in Révigny è sempre una concezione unitaria, in cui la rappresentazione giuridica è funzione dell'equilibrio economico sostanziale che le parti hanno inteso produrre nel contratto. Il tutto si riscontra perfettamente nella dottrina che il giurista ultramontano matura con riferimento a un altro problema esegetico rilevante, quello del mandato a vendere cui si ricollega il mutuo del prezzo ottenuto al mandatario. La questione viene analizzata da Révigny in due momenti. Il primo è quello relativo al momento in cui si verifica l'alienazione della valuta al mutuatario:

...peti a me decem ex mutuo, do tibi rem mutuam estimatam ex causa mutui: mutuuum est. hoc dicit lex ista. In l. ista rogasti agebatur de re vendenda: hic non: sed venderet si vellet ille cui datur, et si non, non. Item estimatio facit venditionem ff. de iure dotium l. plerumque § penult. Dico

²⁴ JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

²⁵ «Aut in quarto casu numero nomine alieno tuo et stipulor mihi, si vero in nundinis numero forte pecuniam tuam nomine tuo et stipulor eam mihi reddi, numquid agam ex stipulatione? Dixerunt quidam quod sic quia ubi procedit numeratio et sequitur stipulatio et est utilis agetur ex stipulatione unde actio non videtur quaesita ei cuius nomine sit stipulatio...Econtra videtur obligatio mihi quaesita non potest a me recedere sine facto meo...ergo actio mihi quaesita ex mutuo ex numeratione, quia alius numerando pecuniam meam vel suam nomine meo acquirit mihi obligationem et est speciale in mutuo...ergo licet stipulatio sequitur non admittam eam, dico quod non habeo actionem ex stipulatione cum effectu, quia ex quo est quaesita mihi est actio senilis ex ipsa numeratione etiam incontinenti licet stipuletur causa sibi reddi incontinenti: non potest tamen actio mihi quaesita ex numeratione a me recedere, unde non aget ipse ex stipulatione cum effectu...». JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

pari passu ambulant in hac parte dos et mutuuum: maritus recepit rem estimatam in dotem; obligatio contrahitur de estimatione. Sic hic in dote quis recipit rem estimatam in dotem videtur rem emere: sic in mutuo cum datur res estimata et cum hic fingantur duo fingitur emere omne illud cui datur et pecuniam soluisse venditori et venditor mutuasse. Sic in dote fingitur maritus emisse pecuniam soluisse mulieri: et mulier ei dedisse in dotem pecuniam. Impossibile est aliter dicere²⁶.

Il Révigny è chiarissimo nel dire che con la stima della cosa da vendere fatta fra mandante e mandatario si verifica l'alienazione a quest'ultimo della valuta mutuata. Il mutuo non si realizza pertanto nel momento in cui il mandatario riuscirà effettivamente a vendere la cosa, ma nel momento in cui essa viene effettivamente stimata nel suo valore tra le due parti. Lo schema è, a giudizio del Révigny, lo stesso di quello che si verifica nel caso della dote: il testo romano afferma che quando il marito accetta una cosa da vendere per trattenere il prezzo a titolo di dote, questa si intende realizzata nel momento in cui il bene viene stimato, non nel momento in cui viene effettivamente venduto. Il tutto viene riassunto nell'icastica espressione *aestimatio facit venditionem*: ove il mandatario spunterà in concreto un prezzo minore rispetto a quello di stima, ciò gli riuscirà di danno, poiché dovrà comunque restituire quest'ultimo²⁷. La fattispecie complessiva si compone infatti di due contratti diversi: il contratto di vendita interviene infatti fra il mandatario e il terzo acquirente, il mutuo tra mandante e mandatario²⁸. Per il principio di relatività dei contratti il mandatario, ricevuto il prezzo, dovrebbe trasferirlo al mandante perché questi glielo dia in mutuo. Come abbiamo visto, taluni giuristi precedenti al Révigny ritenevano che il mandatario potesse effettivamente trattenere la valuta a titolo di mutuo solo nel caso in cui, avendola pronta, si potesse ricostruire a posteriori una *traditio brevi manu*.

Non è un cavillo: accettando che il mandatario possa avere in mutuo una somma ancora da realizzare, una valuta futura, si dovrebbe anche accettare che il mutuo sia parte accessoria di una vendita realizzata però fra

²⁶ JACQUES DE RÉVIGNY, *op. cit.*, in *l. si pro mutua pecunia C. si certum petatur*, fol. 170 v. col. 1.

²⁷ Il Révigny non descrive le conseguenze del caso in cui il mandatario spunti un prezzo maggiore della stima.

²⁸ «Unde cum do tibi rem estimatam ex causa mutui duo sunt contractus. Estimatio facit venditionem: illa venditio redit ad mutuuum: unde venditio facta ex causa mutui: et quamquam glossa distingat alibi pecuniam extet vel non, hic non distingo. Recipit a me rem estimatam ubi in ipsa venditione agitur de contrahenda obligatione mutui. Non distingo sit extans pecunia vel non, sed post contractam obligationem ex vendito: nec actum fuit quod esset mutuuum: distingueretur aut esset pecunia extans posset per pactum converti in obligationem mutui prima venditio...» JACQUES DE RÉVIGNY, *op. ult. cit.*

parti diverse. Per il giurista francese, non vi è invece alcun particolare problema a collegare i due contratti, pur se intervengono tra parti parzialmente diverse: ad effettuare il collegamento è il concetto di *causa mutui*, intesa adesso come finalità specifica del negozio di mandato a vendere. La vendita al terzo viene infatti commissionata dal mandante al solo scopo di prestare la valuta risultante al mandatario: una finalizzazione che consente di vedere il mandatario già obbligato nel momento in cui accetta il mandato alla condizione di prendere a mutuo non il prezzo di vendita per come si realizzerà in concreto, ma il valore del bene per come stimato tra le parti²⁹.

È ancora la concezione del valore finanziario come sostituzione tra valute a dominare la ricostruzione del mutuo. Come in Odofredo, pur attraverso un lessico più complesso, il contratto con causa di finanziamento si caratterizza in Révigny per essere lo scambio tra un valore attuale, quello della valuta data in mutuo, e un valore futuro, quello della valuta di pagamento del debito risultante.

3. *Contratto di mutuo e adempimento dell'obbligo di restituzione in Cino da Pistoia*

Cino da Pistoia centra invece il suo apparato sull'analisi dei momenti di specialità del mutuo rispetto agli altri contratti, complicando la prospezione tradizionale del tema di una nuova questione: le *singularitates pecuniae*. Tutta l'interpretazione di Cino ha come oggetto principale non la *res mutui* in generale, ma la moneta in particolare.

Analizzarla significa dotarsi di strumenti migliori per la risoluzione di questioni tradizionali. Un primo esempio: il problema relativo alla restituzione nella propria specie della somma di danaro ricevuta dal mutuuario³⁰. La Glossa vedeva in questa questione quasi un limite di resi-

²⁹ La realizzazione concreta del prezzo non ha, sotto questo profilo, alcuna importanza: «Sed ubi pecunia non esset extans non nisi per stipulationem facta esset narratio: quia tunc stipulatio faceret quod esset mutuum et si nulla pecunia esset in mundo licet mutuum exigat numerationem: de hoc habuisti supra eodem ex precio: et sic intelligo iura de dote infra de iure dotium l. prima et l. quoties et l. cum dotem». Ciò che veramente rileva è l'assunzione da parte del mandatario dell'obbligazione del venditore in nome e per conto del mandante: allora e solo allora la condizione implicita e presupposta al contratto di mutuo si realizza. JACQUES DE RÉVIGNY, *ult. loc. cit.*

³⁰ «Veniamus ad quaestiones. Primo quaero circa primum dictum huius legis pone secundum glossa quod tu mutuasti mihi pecuniam, deinde antequam consummare, venit nuncius meus, qui apportavit mihi pecuniam, et tunc venio ad te et dico, accipe pecuniam quam tu mutuasti mihi: dices tu, nolo accipere illam, sed da mihi aliam, nunquid cogeris accipere? Ista quaestio habet magnum effectum, et videtur quod non quia mutuum damus non recep-

stenza della forma contrattuale del mutuo. In questo, essa procedeva comunque dalla visione di un contratto in sé concluso con la tradizione della cosa, il quale si sarebbe quasi risolto a posteriori con la restituzione della stessa moneta mutuata, sul presupposto che il mutuante non potesse rifiutare al mutuatario di corrisponderla. Il mutuatario si obbliga a restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*: non può quindi rifiutarsi di ricevere la somma pattuita, ma allorché questa è restituita tale e quale ricevuta il contratto si assume essersi risolto, piuttosto che adempiuto, con tutte le conseguenze in tema di prestazione degli interessi. Cino, al contrario, si chiede se il mutuante sia o meno obbligato ad accettare la restituzione della somma mutuata per come data, o se sia piuttosto suo diritto pretendere una diversa quantità di moneta, se pure nello stesso importo.

La risposta a questo quesito è negativa: il mutuo si contrae tipicamente con l'intenzione di ricevere una data quantità dello stesso genere, diversa da quella effettivamente trasferita. Appartiene cioè alla struttura del contratto la permutazione tra due valori rappresentati nello stesso genere; la conseguenza è che quando la moneta viene restituita nella sua propria specie, il mutuante può rifiutarsi di accettare questo pagamento, nel quale si sostanzierebbe la radicale novazione del contratto, condotto – per come direbbe il giurista odierno – ad una causa diversa da quella del patto originario. La definizione della moneta è poi la chiave per la soluzione di un'altra questione consueta agli apparati precedenti: perché il mutuo debba avere necessariamente ad oggetto cose fungibili³¹. La soluzione passa attraverso la tutela della *certi condictio*: questa non può ricorrere altro che quando oggetto della pretesa in giudizio dell'attore sia un valore determinato o determinabile su base oggettiva. Ciò esclude che

turi, et cetera argumento huius legis et hoc dixit Azo. G. dicit contra, et bene, quod probatur sic: quia mutuum damus non recepturi, et c. Solve: sed et idem genus, quod in genere suo functionem recipit. Sed illud idem recipit functionem, multo magis ergo, etc. [...] Non obstat l. ista, in eo quod dicit, mutuum damus, non recepturi, ergo et c. Hoc est, non intentione illa, ut eandem speciem praecise recipiamus, sed aliam: quia ista in suo genere recipiunt functionem...» CINO DA PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomis, id est, Digesti veteris doctissima Commentaria*, r.a. Torino, Bottega d'Erasmus 1964, vol 2., ad l. *mutuum damus ff. de rebus creditis si certum petatur* n. 7, fol. 49 v.

³¹ «Tertio quaeritur, quia mutuum contrahitur ad tantundem in eodem genere, nunquid ad certum numerum contrahitur obligatio? Videtur quod sic, quia certi condictio datur pro mutuo, ut infra eodem l. certi condictio et certi condictio non datur nisi ad certum, ut ibi, ergo et c. Dicendum est contra infra quod ante solutionem non contrahitur obligatio ad certos numeros. Sed certificatur per solutionem, qui sint illi: sicut ubi contrahitur obligatio hominis in genere...quomodo ergo tunc competit certi condictio? Dic ...sunt in obligationem sive isto, sive illo, non est vis, quia functionem recipiunt in suo genere, ergo et cetera...». CINO DA PISTOIA, *loc. cit.*, n. 9, fol. 49 v. col. 2.

questa tutela possa essere esperita tutte le volte in cui il debitore possa legittimamente liberarsi prestando uno di due oggetti a sua scelta. La moneta, ancora una volta, costituisce invece l'unico esempio di bene permutabile con qualsiasi altro. Le sue particolarità strutturali consentono di tracciare una nuova definizione di *res mutui*:

Quarto quaeritur, quare est quod mutuum consistit in iis tribus, quae pondere, numero, vel mensura consistunt, et non in aliis? Et potest ibi reddi aliud pro alio in eodem genere? Responde per rationem texti quia praedicta tria functionem recipiunt per solutionem, et fingitur illud tantundem, quod soluitur vitae alterius, quod mutuatum fuit et in affectione, et utilitate. In affectione, quia tantum affectamus unum turonum, sicut alium, et unum florenum sicut alium: tantumque affectamus decem solidos Bononienses sicut alios eiusdem monetae, quia tantum valet unum florenus sicut alius, et unus Bononinus quam alius. Praterea nisi mutuum datum posset consumi, esset inutile, et sic consumitur res mutuata, et soluitur alia in eodem genere, secus in aliis. Si tibi Stichum commodavi, non posses soluere aliquid aliud, quia est diversitas penes affectiones et utilitatem...³².

Il mutuo consiste necessariamente in cose espresse secondo il peso, il numero o la misura essenzialmente perché solo queste ricevono la propria funzione nell'adempimento, e possono essere reputate eguali al bene dato in mutuo. La ragione di tale eguaglianza è il vero portato innovativo della riflessione di Cino da Pistoia: fuori da qualsiasi riferimento alla consuetudine come fattore determinante dell'attitudine di una cosa ad essere prezzo di un'altra, fulcro dell'analisi dei glossatori dopo Azzone, Cino propone un modello formulato su due elementi, l'*affectio* e l'*utilitas*. Entrambi misurati dal punto di vista dei contraenti e quindi del mutuante, come l'unico che dovrà ricevere una prestazione dal contratto, essi indicano la perfetta fungibilità della *res mutui*. Un oggetto può essere tale, proprio perché manifesta rispetto al mutuante lo stesso interesse soggettivo e la stessa utilità oggettiva realizzabili attraverso un altro oggetto del medesimo genere. Gli esempi sono ovvi: il denaro, da qualsiasi città venga coniato, rappresenta per il mutuante una medesima *affectio* e una medesima *utilitas*, e pertanto è una cosa fungibile per definizione.

La maggiore tensione interpretativa di Cino da Pistoia è dedicata proprio a cogliere la dimensione giuridica del valore finanziario comparando la moneta con altre valute possibili:

Sexto pone quod mutuo tibi decem modios vini: nunquid est mutuum? Videtur quod non, quia oportet quod in eodem genere mutuum so-

³² CINO DA PISTOIA, *op. cit.*, n. 9, fol. 49 v. col. 2.

luatur, ut hac lege sed erit alius innominatus contractus...Septimo quaerit iuxta hoc, mutuo tibi decem modios frumenti, et hoc pretio, ut mihi reddas decem libras. Nunquid est mutuum? Videtur quod sic, quia res et aestimatio sunt idem: ergo, et cetera...Falsum est, quia aliud est merces, aliud est precium...³³.

Non è possibile considerare il vino come valuta, ad esempio, perché non se ne potrebbe mai restituire altrettanto dello stesso genere e qualità, stante l'intrinseca differenza fra vini prodotti in tempi diversi. È possibile invece restituire al posto del *genus* prestato una somma di danaro corrispondente a una stima del suo valore fatta concordemente fra le parti, a condizione di non considerare questa come un prezzo, altrimenti il tipo contrattuale muterebbe irrimediabilmente nel segno della compravendita, se l'ammontare della stima venisse dato in denaro, o nel segno di un contratto innominato *do ut des* ove fosse corrisposto attraverso un altro *genus*³⁴. La moneta è il *genus* per eccellenza, l'unico oggetto capace di valutarne altri, l'unica valuta che esprime un valore finanziario anche non consumata.

Cino dà una soluzione assai diversa al caso della moneta data non come *genus*, ma come cosa specifica:

Unde dicit glossa quod si dedero pecuniam in sacculo, non erit mutuum, sed contractus innominatus, licet pecunia sit apposta ad numerandum, ex quo non intervenit actus, ut infra depositi l. Lucius. Advertatis, quia hoc ultimum non concedit Petrus ut scilicet requiratur actus, sed aptitudo sufficit. Unde si ego habeo decem libras in sacco, tu petis a me libram mutuo, dico ego, in isto sacco sunt decem librae, accipe. Certe in isto

³³ CINO DA PISTOIA, *op. cit.*, n. 11, fol. 49 v. col. 2.

³⁴ Cino sperimenta eguali difficoltà nel tracciare una soluzione univoca anche per un'altra questione dibattuta fra i glossatori, se il pane possa essere *res mutui*: «Octavo; nunquid posset consistere mutuum in pane? Tota die unus vicinus ab alio sic accipit panem, donec suus fuerit decoctus, nunquid erit mutuum? Videtur quod sic: quia potest mutuari unus panis, vel duo, et cetera. Glossa determinat contra». Molti giuristi di scuola bolognese escludevano che il pane potesse essere oggetto di mutuo, sullo stesso argomento dell'impossibilità di fornire in pagamento una medesima qualità di quello ricevuto, nè questa possibilità poteva essere agevolmente recuperata sulla *consuetudo mutuandi*. CINO DA PISTOIA ammette invece una tale possibilità, su un'argomentazione fortemente reminiscente di quella da lui adottata sulla natura della *pecunia*: «Non est ergo mutuum in pane, ut dicit glossa licet panis numeretur. Nam dicebat, quod pecunia tantum comprehenditur in numero...Vidi tamen quaedam scripta Martini de Fano, in quibus continebatur, quod si panis erat certi ponderis, sicut sunt panes, qui fiunt ad vendendum, tunc posset in pane mutuum consistere». In altri termini, ove si veda nel pane un prodotto normalmente eguale a sé stesso (anche perché frutto di una data consuetudine che ne fa, ancora oggi, il segnale distintivo di una tradizione) se ne può ammettere il mutuo. CINO DA PISTOIA, *ad l. mutuum damus*, *op. cit.*, n. 11, fol. 50 r. col. 1.

casu contrahitur mutuuum, quia pecunia est apta ad numerandum, et ego mutuo verbo. Verumtamen, si darem saccum, ut dares mihi alium saccum, tunc crederem etiam quod non esset mutuuum, sed contractus innominatus...³⁵.

Ricorrendo anche all'opinione di Pierre de Belleperche, il caso della moneta data *in sacco* non viene restituito nei termini della dazione di una somma non esattamente numerata, ma nei termini estremamente diversi dell'attitudine della somma ad essere quantificata secondo il numero³⁶. Per i glossatori, dare un sacchetto di monete non costituiva di per sé un mutuo, poiché qui il denaro veniva dato come *species*, non come *genus*; per Cino da Pistoia, invece, colui il quale accetta un sacchetto di monete sulla dichiarazione del mutuante di contenere una data somma sta accettando un *genus* passibile di numerazione, e starà a lui a questo punto contarla effettivamente o darla per contata sulla dichiarazione del mutuante. La moneta trasferisce valore finanziario non solo allorché la si *numera* al mutuuario, ma anche quando la si dà perché questi la *numeri* a sé: un'assoluta eccezione, che si basa sul fatto che solo la moneta ha un valore comune e condiviso.

Sullo stesso argomento Cino da Pistoia risolve una questione di grande rilevanza pratica, mai posta dai glossatori nei loro apparati, se il mutuante sia tenuto ad accettare moneta di valuta e conio diverso da quella prestata:

Nono quaeritur, pone quod mutuavi tibi decem libras Turonenses tu vis mihi reddere aliam monetam eiusdem ponderis, an cogar accipere? ...In hac quaestione variaverunt patres nostri, fuerunt enim quidam, qui sic distinguebant: aut tu vis mihi reddere pecuniam in materia eadem, non tamen in forma, ut quia mutuavi tibi massam argenti, tu vis mihi reddere pecuniam argenteam, ut Bononinos grossos, bene potes...aut vis mihi reddere in alia forma, et alia materia, et non potes: quia debet esse eiusdem bonitatis, qualitatis³⁷.

La risposta di Cino da Pistoia è totalmente costruita sul suo concetto di *affectio*. Egli respinge tanto la lettura della Glossa quanto quella

³⁵ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

³⁶ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 42 r. col. 1: «In sacco sunt decem librae. Dico cave. Nunquid est mutuuum. Glossa dicit quod non. Sed dico aut trado tanquam corpus et ago ut alium saccum des tunc est contractus innominatus do ut des...si dico sic. Tu petis quod mutuuum tibi x libras habeo in sacco decem libras tibi mutuo et in uno verbo hic est mutuuum, tunc istud est dubium. mutuuum ergo est de meo tuum ergo et cetera et contrahitur quia re contrahitur...».

³⁷ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

di Pierre de Belleperche³⁸. La prima, come abbiamo visto, affermava in aderenza al testo romano che solo la moneta d'argento puro avrebbe potuto essere mutuata a fronte della restituzione di una massa eguale di argento non coniato, poiché solo in quel caso può esservi una piena fungibilità tra i due oggetti, potendosi l'uno trasformare nell'altro. La lettura del Bellapertica ammetteva quelle ipotesi in cui al mutuante poteva essere riconosciuto un interesse a ricevere come *tantundem* una cifra in moneta di qualità diversa ma di valore eguale all'argento ricevuto³⁹. Per Cino il criterio dirimente è dato dall'oggettività dell'*affectio*, ossia dall'interesse astrattamente riconoscibile in chiunque ad accettare per *tantundem* una quantità di metallo prezioso dello stesso valore di quella ricevuta, indipendentemente dal suo tenore di purezza:

Dices tu modo, quod hoc est contra l. istam. Respondeo, quod non debeamus insistere verbis, sed eorum significationibus: et debemus videre, utrum diversitas in forma inducat diversitatem in bonitate, vel affectione, vel non, ut ubi non inducit, non impediatur obligatio mutui, et debiti solutio⁴⁰.

Ove la diversità nella forma che il valore assume al momento del pagamento importi anche una differenza significativa nella qualità dell'oggetto assunto come *tantundem*, allora e solo allora il mutuo potrà dirsi non essere nato. La concezione di Cino da Pistoia è però ben lungi dal concentrarsi esclusivamente sulla prospettiva del mutuante e del suo singolare interesse a ricevere una moneta al posto di un'altra, o una materia al posto di un'altra.

I *doctores moderni* individuano due nozioni diverse per identificare la corrispondenza tra quanto dato in mutuo e quanto ricevuto in pagamento dello stesso:

Nam secundum eos quaedam sunt res, quarum extrinseca consistunt ex parte materiae, ut in degustatione, sicut est vinum et bladum, et his similia, et in istis rebus sufficit, si in eodem genere et bonitate intrinseca sol-

³⁸ Ms. Vaticano Borghese 277, fol. 24 r. col. 2: «Dico indistincte aut interest quod de eadem materia solvatur enim sunt turonenses et blesenses. Si blesenses sis sic unde tamen valet quantum turonensem et ideo non teneor recipere...».

³⁹ «Advertatis hic, quia ista est quaestio quotidiana, ubi vis reddere pro massa argenti, pecuniam non aere contaminatam, audieris. Quae est ratio? Quia pecunia argentea cito ad massam potest reduci, sed pecunia aere contaminata non. Sed certe ita est in pecunia aere contaminata. Nam ipsa reducitur ad massam, ergo et cetera. Quid dicemus? Breviter Petrus indistincte dicit: aut interest mea, quod id quod recipere debeo, de eadem materia solvatur, aut non, ubi interest, non cogetur...et istud credo». CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

⁴⁰ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

vatur...quaedam sunt res, quarum bonitas non consistit penes materiam, sed penes usu in arte et forma, ut est moneta, quae consistit in approbatione Principis, et istae res habent bonitatem intrinsecam ex parte usus: quia ita habes pro currenti moneta decem florenorum, sicut habebas pro pecunia quam mutuasti ergo et cet. Probatio, quia res, hic rerum aestimatio debet considerari, in quibusdam pene materiam, et in quibusdam penes usum, ad quem destinatae sunt...⁴¹.

La soluzione dei moderni si presenta, per come restituita da Cino da Pistoia, come una riedizione della *consuetudo mutuandi* di Azzone e della Glossa magna; per essa esistono cose la cui utilità si esprime nella propria natura intrinseca, e cose la cui utilità si esprime in modo estrinseco a partire dall'uso che normativamente se ne può fare, per come nel caso della moneta, la quale può essere scambiata solo *auctoritate et approbatione principis*⁴². Sulla distinzione tra *bonitas intrinseca et extrinseca* i non meglio precisati *moderni* davano conto del fatto che la svalutazione monetaria dovesse gravare sul mutuante, atteso che il mutuatario si sarebbe potuto liberare pagando la cifra ricevuta nella moneta ricevuta, anche se questa fosse diminuita di valore reale. A cambiare, nel caso della moneta, è un valore individuato *per aestimationem* in virtù del suo uso: fattori che non modificano ovviamente il *genus* della moneta, solo aspetto su cui si misura la regolarità dell'adempimento.

Cino riporta l'opinione di Pierre de Belleperche sul punto, maggiormente articolata:

Petrus non approbat istam opinio, imo distinguit: aut moneta mutata est aut reprobata est post moram debitoris, et tunc sub maiori aestimatione debet soluere, ut infra eod. l. vinum, aut est reprobata vel mutata ante moram, et tunc restituendo monetam, quam accepit, liberatur, per hanc legem. Praeterea eadem est ratio hic, quae in obligatione speciei, qua perempta vel diminuta sine culpa, debitor liberatur. Cum ergo modo diminuta sit bonitas, quantum ad usum sine culpa mea, in totum liberatus sum, ut infra de verborum obligationibus l. si ex legati causa⁴³.

Per il giurista ultramontano il discrimine è la *mora debendi*: se il debitore paga a scadenza, egli si libera prestando la quantità nominale di moneta, se paga dopo la mora dovrà pagare invece il valore sostanziale del debito, ma solo se questo sia maggiore rispetto a quello nominale. La *ratio* è difatti nella distribuzione del *periculum* per il deperimento della cosa, che segue secondo i principi generali la *culpa* dell'inadempimento.

⁴¹ CINO DA PISTOIA, *op. cit.*, ad l. cum quid ff. si cert. pet., n. 9 fol. 50 v.

⁴² GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 71.

⁴³ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

Cino non approva questa tesi nella sua generalità, poiché si basa su principi i quali, se possono valere ove oggetto dell'obbligazione sia una *species*, non altrettanto valgono ove sia un *genus*, come nel caso del mutuo:

Dices tu modo, hoc est verum in obligatione speciei, sed hoc est in obligatione generis: ergo, et cetera...Responde. sicut in arbore Porphyrii est genus generalissimum, et genus subalternum, sic in iure nostro, et genus subalternum perire potest...Item adhuc instatur, quod huic sententiae repugnat aequitas, sed dicendum, quod non repugnat: nam interitus rei debita debet ad periculum proditionis pertinere, sicut videamus in re empta, quae perit soluto precio ante traditionem, ubi periculum pertinet ad emptorem, si ante mora contingit casus, et nihilominus remanet precium apud venditorem, ut dicta lege si ex legati causa, cum si. multo ergo magis idem creditorem pecuniae, favore liberationis, et quia consueverunt esse odiosi creditores...⁴⁴.

La stessa può tuttavia essere approvata su un argomento che abbiamo già rilevato nella Glossa Magna: la differenza tra il *genus generalissimum* e il *genus subalternum*. Il primo, nel caso della *res mutui*, si identifica con il puro valore che la cosa esprime al momento del contratto. Questo non può perire, per definizione, e pertanto anche l'inadempimento colpevole non espone il debitore all'obbligo di risarcire il creditore della perdita di valore che esso riceve. Solo il *genus subalternum* può perire, e porre quindi un problema circa il minor valore al tempo dell'adempimento.

Problemi nuovi, cui il giurista deve dare risposte nuove.

4. *Singularitates mutui e singularitates pecuniae nella dottrina di Cino da Pistoia*

Le nuove risposte vengono ricercate da Cino da Pistoia nella distinzione tra i momenti di specialità che afferiscono al contratto di mutuo in quanto tale e quelli che derivano a questo dalle particolarità della moneta.

Un approccio originale, con cui Cino può sottoporre il testo romano ad una lettura critica inconcepibile presso i giuristi precedenti:

Modo pro declarando intellectum huius legis oppone ad utrumque exemplum. Primo oppone sic ad primum exemplum. Dicitur hic, quod speciale est in mutuo, ut si mando debitori meo, quod tibi solvat nummos suos mihi debitos: quod videatur pecunia soluta, et de me ad te profecta. Sed contra, quod non sit speciale: quia idem in aliis rebus, ut infra de don.

⁴⁴ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*, fol. 50 v.-51 r.

inter vir et uxor l.3 Sult. cum si. Secundo opponere ad secundum exemplum, quod non sit speciale in mutuo: nam pone quod Titius debet mihi equum, mando ei ut tibi tradat. Lex dicit, perinde est, ac si tradidisset mihi, et ego tibi, ut infra de acquir. re. do. l. qua actione § interdum et inst. de. re. di. § interdum. Ergo in utroque exemplo male loquitur lex ista⁴⁵.

Il testo della l. *singularia mutui* pone per il mutuo due eccezioni fondamentali rispetto al diritto comune dei contratti. La prima è quella per cui il pagamento di un debito fatto ad un terzo in nome e per conto del creditore comporta all'un tempo la soluzione del debito e la costituzione del mutuo. Cino da Pistoia nega che questo aspetto rappresenti un momento di specialità del mutuo, poiché lo stesso schema si realizza in altri testi del *Corpus Iuris*, evidenziando di conseguenza come, più che di eccezioni, si debba parlare di un principio generale in virtù del quale l'ordinamento dà per accaduti avvenimenti prodromici a quello che la volontà delle parti intende conseguire⁴⁶.

Su questo principio vengono rilette tutte le opinioni dei giuristi precedenti. Quella più risalente, innanzitutto, attribuita ai primi glossatori, per cui esisterebbe un duplice momento di specialità nel contratto di mutuo, atteso che la sua disciplina contrasta fortemente con il principio per cui la proprietà sulle cose può acquistarsi solo attraverso la materiale tradizione di esse da parte di chi ne è proprietario⁴⁷. Quella di giuristi più provveduti come Azzone, i quali ritenevano, come abbiamo visto, che la necessità di configurare una *fictio* vi fosse solo nel caso in cui il debitore non avesse la somma pronta per la soluzione del proprio debito, ma assumesse nei confronti del proprio creditore solo l'impegno a pagare la valuta del debito al terzo a titolo di costituzione del mutuo⁴⁸. Al vaglio

⁴⁵ CINO DA PISTOIA, *op. cit.*, in l. *singularia*, n. 1, fol. 53 r.

⁴⁶ «Nota ex lege ista, quod propter celeritatem actuum unus actus occultatur, et ad hoc solet allegari ista lex et infra de donationibus inter virum et uxorem l. 3 § fi. Et infra de condictione indebiti l. dominus et ibi nota». CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

⁴⁷ «Qualiter ergo intelligitur haec lex? Dicunt ipsi, debet intelligi, quod ponantur quaedam specialia contra regulam communem: qua cavetur, quod traditionibus rerum dominia acquiruntur, ut C. de pactis l. traditionibus, sumendo nomen pecuniae hic largissime, pro omnibus rebus, ut C. de constituta pecunia l. 2. Regula ergo communis est, quod sine traditione dominia non acquiruntur. Contra illam ponitur hic duo specialia. Iste intellectus non est bonus, quia sermones exaudiendi sunt iuxta materiam... Sed ita intelligendo legem istam, non facit ad materiam huius tituli...». CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*, fol. 53 v. col. 1.

⁴⁸ «Secundo respondent alii, ut Ia. et Azo primo ad primam oppositionem quod lex contraria loquitur, ubi nulla est fictio, quia res erat praesens, sed si fuisset absens, non acquirerentur. Tamen speciale est in mutuo, ut licet pecunia non sit praesens, fingitur pecunia mihi data, et de me ad te profecta, et sic respondent ad primum casum. Ad secundum respondent, quod similiter loquitur, ubi corpus rei erat praesens tempore conventionis. Si non esset praesens, non intelligeretur translatum dominium, et sic intelligitur praeallega. § interdum, arg.

critico di Cino da Pistoia non sfugge neanche la tesi di chi legge la *lex* in questione come testo che importa un'eccezione alla struttura stessa del contratto di mutuo, e non un momento di specialità fra questo e gli altri contratti⁴⁹.

A mutare rispetto agli apparati precedenti è la stessa individuazione dei momenti di specialità del mutuo:

Nam differentia est in duobus casibus, qui in hac lege ponuntur. Primus casus est, si mando debitori meo, ut pecuniam mihi debitam numeret Titio, sive pecunia sit praesens sive non, dominium eius fingitur in me translatum procedere in Titium. Secus est in alio contractu, ubi non quaeritur dominium, nisi res sit praesens, ut dicatur esse acquisitum per nos ipsos: verumtamen, potest acquiri tanquam per procuratorem, ut C. per quas personas nob. quae. l. prima. Sed ubi mando, ut pecuniam mihi debitam numeres Titio, tunc licet non sit praesens, acquiritur mihi non tanquam per procuratorem, sed tanquam per meipsum⁵⁰.

Il primo momento di specialità si scorge nell'ipotesi del mandato fatto al proprio debitore a trasferire ad altri a titolo di mutuo la valuta che egli dovrebbe dare in pagamento del proprio debito. Per questo caso Cino da Pistoia afferma che la valuta viene trasmessa non a mezzo di un procuratore, ma procede direttamente dal proprietario, quasi che il debitore che la presta materialmente sia un semplice nunzio. Lo stesso accade dall'altro lato della fattispecie contrattuale: l'obbligazione a restituire il *tantundem* si acquisisce al proprietario della valuta mutuata non perché *dominus* rispetto al proprio debitore considerato come procuratore, ma come se egli stesso l'avesse effettivamente numerata. È qui la *ratio specialitatis* del mutuo: a differenza di qualsiasi altro contratto, esso si crea, pur attraverso l'ufficio di un'altra persona, in tutto come se fosse stato posto in essere dal titolare della valuta, cui gli effetti contrattuali si ac-

supra de rei vindicatione l. is cui. Sed in mutuo est speciale, ut licet pecunia non sit praesens, fingatur a me profecta et tibi tradita. Et sic lex ista secundum istum intellectum facit ad titulum, et denotat specialitatem in mutuo ad alios contractus». CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

⁴⁹ «Istum intellectum Glossae et Azonis reprehendunt Iacobus Balduinus et Odofredus sequendo eum. Nam dicunt, quod etiam in quantitibus non transfertur, nisi res sit in conspectu...ergo non est speciale in mutuo, nec est differentia, quo ad casus, de quibus agitur in contractu mutui et alios contractus. Sed in omnibus refert, an res sit in praesentia, et tunc acquiritur dominium, an sit abens, et tunc nequaquam. Aliter ergo intelligitur lex ista. Dicunt ipsi, nos intelligimus eam tertio modo, ecce dictum est l. 2 § appellata, quod mutuum est, ubi de nostro tuum fit. l. ista exceptit duos casus, in quibus, licet mutuatus non sit dominus rei mutuatae, tamen quaeratur obligatio. Iste intellectus a quibusdam Modernis, ut Ia. et suis sequacibus, videtur planus et expeditus. Glossa tangit eum in fine, tamen Pet. non descendit ab intellectu Io. et Azo, immo sequitur ipsum, qui immerito reprehenditur». CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

⁵⁰ CINO DA PISTOIA, *op. loc. cit.*, fol. 53 v. col. 1.

quisiscono direttamente, senza bisogno di una loro trasmissione, vera o fittizia che sia, dal patrimonio di chi ha agito materialmente, che mai assume per questo il ruolo di procuratore.

Uno schema che si individua per Cino in tutti i casi considerati dal *Corpus iuris* e puntualmente analizzati dai glossatori⁵¹, e che è in grado di replicarsi fedelmente anche nel caso in cui il creditore consenta al debitore di trattenerne presso di sé la somma dovutagli al nuovo titolo di mutuo, visto che comunque la proprietà della somma può essere rivendicata dal titolare presso il debitore che la deteneva, e pertanto il permesso di trattenerla al titolo diverso integra tuttavia una *traditio*. La specialità del contratto di mutuo è in questo caso il fatto che la *traditio* si dia per effettuata tanto nel caso in cui il debitore abbia la somma preparata per l'adempimento dell'obbligazione che il creditore decide poi di rinnovare a titolo diverso, tanto che non l'abbia, ed il negozio consista dunque nella dilazione del termine per adempiere. Il primo di questi due casi non rappresenta un momento di specialità del contratto di mutuo, poiché lo stesso si verifica anche nei contratti cui oggetto non è un *genus*, ma una cosa specifica. In questo caso, ove la cosa esista presso il debitore, e il creditore ne stipuli la restituzione ad un termine diverso, si può dare per effettuata attraverso una *fictio* la tradizione della stessa, atteso che essa può essere realizzata materialmente. Non così nel caso in cui la cosa non esista presso il debitore: non essendo una prestazione che può essere effettuata *in rerum natura*, essa non può essere oggetto di finzione. Qui è la specialità del mutuo: ammettere per effettuata attraverso lo schema della *fictio* la prestazione di una cosa che non esiste in quel momento nel patrimonio di chi dovrebbe renderla.

Un elemento che deriva non dalla struttura del contratto, ma dalla specialità della cosa che ne costituisce l'unico oggetto possibile. Resta solo da stabilire se queste caratteristiche debbano riconoscersi solo nella moneta o possano esserlo in qualsiasi altra cosa fungibile, militando i possibili argomenti per entrambe le tesi:

Utrum nomen pecuniae accipiatur hic solum pro nummis datis mutuo, an pro quolibet mutuabili? Videtur primo, quod sic accipiatur pecu-

⁵¹ «Iste est primus casus huius ad secundum, ubi quantitatem mihi debes, et convenio, ut apud te remaneat, sive praesens sit, sive non, fingitur dominium mihi quaesitum, et a me tibi tradidisse. Secus est in alia re mihi debita, ubi non fingitur traditio, nisi res sit praesens. Ratio quare non fingitur, est, quia iura finguntur super eo, quod est possibile secundum naturam fieri... Modo ita est, quod ubi res est absens, possibile est secundum naturam, quod res fuisset mihi tradita, et tibi retradita. Sed in quantitate est speciale, ut fingatur, et isto modo defenditur intellectus Io. et Azo, et ideo in merito imponitur ei error, ut dicit Pe.». CINO DA PISTOIA, *op. cit.*, nn. 1 e 2 fol. 53 v. col. 1 e 2.

nia pro nummis tantum...et est ratio, quia mutuuum nummorum frequentius sit, et ideo propter frequentiam aliud speciale...Illud quod a iure communi specialiter abstrahitur, non debet egredi terminos suos, propter productionem ad consequentiam... Item, in dubio standum est significationi verborum, ut infra... E contra videtur, quod accipi debeat pro quolibet mutuabili, id est, pro qualibet re, quae consistit pondere, numero vel mensura...Item quia in similibus idem est iudicium...et etiam ibi est eadem ratio, quod singulariter est constitutum, trahitur ad consequentiam...⁵².

Il problema esegetico posto dalla *l. singularia*, che si riferisce espressamente al termine *pecunia*, non costituisce un vero impegno per il giurista, che ne trae argomento per costruire un minimo sistema di *distinctiones*. Esistono così per Cino, che si riporta in questo a Iacopo d'Arena, delle specialità proprie del mutuo in generale e altrettante particolarità per il mutuo pecuniario.

Alla prima specie appartengono le eccezioni che il mutuo importa ai principi generali in tema di regime di produzione e imputazione degli atti:

Primo consistunt in his duobus, quae per hanc legem ponit, quorum primum est domini fictio, ut vidistis supra, circa hunc intellectum huius legis. Secundum est alterius contractus in hunc facilis transfusio, interveniente pecunia, vel alia re mutuabili in rerum natura existente, ut hic, quod est speciale contra regulam C. de iure dotium l. avia. Tertium speciale est, per liberam personam obligationis acquisitio, ut supra eod. l. certi conditio § si nummos C. per quas personas nobis acquiratur l. 2 contra regulam alteri per alterum...⁵³.

La prima specialità segnalata da Cino è in realtà funzione delle altre due. Per queste, ove il mutuo abbia ad oggetto una somma di denaro, può portare più facilmente che in altre ipotesi ad acquistare un diritto ad un soggetto rimasto estraneo alla genesi del contratto e, d'altra parte, il mutuo è l'unico contratto in cui un'obbligazione pecuniaria sorta per qualsiasi titolo può essere convertita. Queste derivano dalla natura stessa del denaro come bene giuridico; il principio di sintesi che anima l'ordinamento comporta in tutti i casi in cui la somma non venga effettivamente numerata dal proprietario che il trasferimento della proprietà venga replicato per *fictionem*.

Ciò che è vero per chi figurerà creditore in base al mutuo è vero anche per chi rivestirà il ruolo del debitore, in modo perfettamente specu-

⁵² CINO DA PISTOIA, *op. cit.*, n. 3, fol. 53 v. col. 2.

⁵³ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

lare⁵⁴. La possibilità di convertire l'obbligazione precedente in un mutuo da parte del creditore si traduce come novazione ove osservata dall'angolo visuale dell'altra parte contraente, rispetto alla quale si apprezza anche la maggiore facilità che nel mutuo si ha di acquisire la proprietà *a non domino* rispetto ad altre situazioni⁵⁵.

Le particolarità della seconda specie concernono solo il mutuo pecuniario:

Expediti sumus de primo, veniamus ad secundum. Dico quod quaedam sunt specialia in mutuo, ratione ipsius corporis mutuati, ut in mutuo nummorum tantum. Primum est, quod contrahatur cuiuslibet speciei aestimatae datione, ut C. eod. L. si pro mutua. Quid hoc est iuris? Quia omnis res per pecuniam aestimatur...Ego non credo, quod ibi sit speciale: quia idem in aliis contractibus...Secundum est, ut domini pecunia in materia redacta, contrahatur mutuum statim, etiam me ignorante, ut supra eodem l. in principio, nec hoc credo, quod sit speciale⁵⁶.

La prima particolarità della moneta è quella di potersi sostituire a qualsiasi *species* attraverso l'*aestimatio* del suo valore; la seconda è quella per cui il proprietario della moneta diventa mutuante anche senza una sua volontà in proposito. Nessuno di questi aspetti è reputato da Cino da Pistoia una particolarità del mutuo: entrambi si possono ritrovare *in aliis contractibus*, poiché essi derivano in realtà dalle particolarità della *pecunia* come elemento in cui si sostanzia il valore finanziario. Questo resta definibile come sostituzione tra valute, permuta di un valore futuro con il valore presente della *res* trasferita dal mutuante al mutuatario: ciò che distingue l'impostazione di Cino da Pistoia è nel ricondurre tale sostituzione non alla volontà delle parti, ma alla stessa dinamica di produzione e circolazione della moneta.

5. *Il rifiuto delle plures species mutui*

Spunti complementari caratterizzano l'apparato di giuristi come Jacopo Butrighario. Uno sopra tutti: la determinazione del momento di conclusione del contratto di mutuo nel passaggio della *res mutui* in proprietà del mutuatario.

⁵⁴ «Quintum est, huiusmodi contractus facilis novatio...Sextum est, facilis acquisitio domini et possessionis, ut supra eodem l. certi condictio § fi. Secundum quosdam. Alii dicunt, idem esse alibi, quod ibi dicitur, propter praecedentem apprehensionem, ut ibi nota». CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*, fol. 54 r. col. 1.

⁵⁵ La quarta particolarità del mutuo segnalata da Cino è la possibilità per l'incapace di costituire un'obbligazione.

⁵⁶ CINO DA PISTOIA, *op. ult. cit.*

Per Butrigario è questo il momento distintivo del mutuo rispetto agli altri contratti:

Item oppone primo, et sumendo quattuor casus sic, quia aut debet idem reddi, quod concessum est, nec est translatum dominium, et tunc non est mutuum, sed commodatum, aut depositum, ut hic, aut fuit translatum dominium, et est alius contractus innominatus, aut debet restitui mutuum aliud non in genere, sed in specie, et non est mutuum, sed contractus innominatus, aut debet reddi aliud in specie, idem tamen in genere, et est mutuum, ut hic⁵⁷.

Se con il contratto ci si obbliga a restituire la stessa cosa ricevuta e la proprietà di questa non passa al ricevente, si ha un contratto di comodato, fattispecie tipica puntualmente descritta dal *Corpus iuris*, mentre si versa nei termini del contratto innominato allorché si debba restituire esattamente la stessa cosa ricevuta, ma questa sia nel frattempo passata in proprietà. Il mutuo, secondo Butrigario, si instaura allorché si debba restituire la stessa cosa ricevuta secondo l'identità di genere ma una diversità necessaria di specie. Mentre nel caso del comodato, e negli altri affini, l'identità tra quanto ricevuto e quanto si dovrà restituire insiste tanto alla dimensione del genere, quanto in quella della specie, nel mutuo esiste necessariamente solo sul primo profilo⁵⁸.

Solo la consumazione della cosa, in senso fisico o puramente giuridico, porta alla sua restituzione secondo l'*idem genus*, e può quindi dare per avvenuto il precedente trasferimento della sua proprietà. Seguendo Jacopo d'Arena, il Butrigario si serve di questo principio per dare soluzione a una delle questioni che più affollavano gli apparati dei glossatori, quella della restituzione immediata della valuta presa a mutuo:

Item oppone quod si trado dominium rei, ut statim recipiam, non videtur translatum dominium...Solve dicit glossa alibi, quod transit de aequitate dominium, de rigore legis non. Iacobus de Arena dicit aliter et sic, aut datur dominium aliquid cum aliquo medio tempore utendum, et tunc bene transfertur dominium...si autem do sine aliqua parte temporis, quia

⁵⁷ JACOPO BUTRIGARIO, *In primam et secundam veteris Digesti partem*, r.a. Bologna, Forni, 1978, ad l. *mutuum damus ff. de rebus crediti si certum petatur* n. 1 pag. 6 col. 2.

⁵⁸ «Oppone ad primum membrum, quod etiam si non fuit dominium translatum, et debet idem reddi, quod non sit commodatum, vel depositum, imo innominatus contractus, et detur actio praescriptis verbis...aliae leges videntur dicere, quod sit precarium, ut infra de precario per totum. Quid ergo. Solve eo casu, quod dominium non transfertur, et eadem res debet reddi, aut res fuit concessa ad certum usum, et determinatum, et tunc est commodatum...si autem conceditur ad usum indeterminatum est precarium... si autem conceditur sine aliqua potestate utendi, est depositum, si autem dubitatur est contractus innominatus, et producit actionem praescriptis verbis...». JACOPO BUTRIGARIO, *op. ult. cit.*

volo statim mihi reddi, et tunc aut non sum obligatus ei, qui debet mihi reddere, et tunc dominium non transfertur... si autem sum obligatus ei, qui debet mihi reddere tunc bene transfero dominium, ut in eodem versiculo [nam si] posses tamen in hoc ultimo membro ponere solutionem glosae, scilicet ut de rigore non transferat, de aequitate sic⁵⁹.

La risposta dei glossatori, fin dai primi apparati, era nel senso di escludere la conclusione del mutuo non sul punto del trasferimento o meno della proprietà della cosa, un dato che alle loro dottrine risultava ininfluenza, ma sul punto dell'oggetto dell'obbligazione risultante: il debitore si sarebbe dovuto liberare restituendo l'*idem species*, non l'*idem genus*. La soluzione che Butrigario riferisce a Jacopo d'Arena si poggia su una base diversa: il dominio si trasferisce quando è convenuto che il bene mutuato venga comunque usato materialmente da colui che lo riceve, oppure quando venga per così dire usato giuridicamente, perché il mutuatario è in realtà un creditore del mutuante⁶⁰. Seguendo il titolo dell'obbligazione precedente, la cosa passa in proprietà del soggetto perché creditore, e diventa poi a sua volta oggetto di un credito del mutuante poiché il ricevente, promettendo di restituirla, assume liberamente la veste del mutuatario. In questo secondo caso, non è necessario che si abbia la consumazione materiale della *res mutui*, poiché appunto si è già avuta una sorta di consumazione giuridica, visto che la cosa oggetto del mutuo è entrata nella disponibilità di un soggetto che avrebbe avuto titolo a trattenerla in base alla precedente obbligazione, e questi si è obbligato a restituirla liberamente, non perché necessitato dalla stessa *datio*. Siamo di fronte a due ipotesi radicalmente diverse: quella in cui la *numeratio* porta al trasferimento della proprietà della cosa in capo al mutuatario, poiché la acquisti e sia nella sua libertà, sia pure per un tempo minimo, di usare del bene e quindi di mutarne la sostanza fisica; quella in cui la redazione della cosa fungibile è in realtà adempimento di un precedente debito, il quale costituisce il fondamento del successivo contratto di mutuo.

⁵⁹ JACOPO BUTRIGARIO, *op. cit.*, ad l. *mutuum damus* n. 3 pag. 6 col. 2.

⁶⁰ Di seguito una arte del vasto catalogo di ipotesi con cui il mutuo può costituirsi a posteriori nell'opinione di Jacopo d'Arena: «in hoc oportet dominium esse dantem et dominium in accipientem transire, ut hic, et infra eo. § mutui. Sed reconciliatur quasi creditor dominium transtulerit qui non transtulerat, scilicet usucapione [...] ubi sic reconciliatur indebitum quod mutuo assimilatur [...] item consumptione [...] Item amissione cum hic conflationi similis videatur [...] Item mutuatione [...] Conditionis eventu [...] Subsecuti numeranti ex causa praeterita acquisitione [...] Item ratihabitione ut si meam pecuniam meo nomine numerasti me absente non transferes dominium, argumenta infra eo. l. eius sed si ratum habeam transtulisse videris, et sic agam quasi rector in me dominio translato, ut et in debito dicitur». Jacopo d'Arena, *Commentari in universum ius civile*, Bologna, Forini, 1971 ad l. *mutuum damus* § *appellata* n. 2 fol. 74 r. col. 2.

Seguendo quello stesso principio di economicità nella ricostruzione della fattispecie complessiva che già animava Cino da Pistoia, Butrigario fa propria l'opinione della Glossa che distingue tra un trasferimento *de rigore* della proprietà, che caratterizza la prima ipotesi, ed un trasferimento *de aequitate*, ricostruibile cioè a posteriori nella sintesi di una fattispecie che può tranquillamente prescindere dalla sua riconoscibilità in concreto.

Al fondo è una concezione per cui le caratteristiche proprie della *res mutui* si riconoscono a partire dal concreto atteggiarsi della loro consumazione nella vicenda contrattuale, piuttosto che essere queste a essere determinate dalla natura del bene. Ne fa fede la dottrina del Butrigario su un'altra *vexata quaestio* dei glossatori:

In glossa quae incipit in creditum versiculus aere contaminatam in forma quantum valeat in materia, et non plus, quia forma debet esse super imposita tantum, ut cognoscatur cuius ponderis, et valoris sit, non ut plus valeat, et debet esse apposita expensis publicis. Praeterea cum pecunia possit redigi, usque ad materiam primam, scilicet ad massam, semper continetur sub prima materia, ut l. quaesitum ...et ideo videtur in eodem genere solui, quod secus in iis, quae non possunt redigi ad primam materiam, ut est farina, quae non potest redigi ad frumentum et ideo sub eius appellatione non continetur...⁶¹.

È possibile adempiere ad un contratto di mutuo corrispondendo una quantità di argento pari al valore delle monete ricevute, ferma restando sempre l'identità di qualità, per come richiesto dal testo romano prima che dai glossatori, poiché la forma della moneta non deve ridursi ad altro che a un modo per predeterminare il peso della materia nobile con cui essa è coniatata, e non può imporre a quella un valore maggiore in virtù del sigillo pubblico di cui essa è dotata. Ne consegue come principio che si può adempiere all'obbligazione derivante da un contratto di mutuo solo prestando una cosa che possa essere riportata alla natura di quella ricevuta: se si può quindi estinguere un mutuo pagando monete di conio diverso, purché esse, restituite alla loro materia originale, rivelino il medesimo valore, non si può corrispondere al mutuante pane al posto della farina prestata, poiché ovviamente l'oggetto della prestazione non può essere riportato alla natura della materia data in mutuo⁶².

⁶¹ JACOPO BUTRIGARIO, *op. cit.*, ad l. *mutuum damus* § *mutui* n. 1 pag. 7 col. 1.

⁶² «...unde si statutum dicit, quod frumentum exportari non possit, poterit exportari farina, cum frumenti appellatione non contineatur; illud tamen est verum, quod ubi mutata est forma, licet in melius, tamen non potest solui creditoribus invito...» JACOPO BUTRIGARIO, ad l. *mutuum damus* § *mutui* n. 3 pag. 7 col. 2.

Nella visione del Butrigario, l'unico dato qualificante il contratto di mutuo è la consumazione della cosa prestata, o quanto meno la possibilità di consumarla. Fuori da questo schema non vi è mutuo, ma un qualsiasi altro contratto che può generare un'obbligazione di tipo latamente pecuniario. Partendo da questo principio, la critica alle tre tipologie di mutuo del modello azoniano fatto proprio dalla Glossa magna non può essere più radicale:

Oppone de l. in contractibus C. de non numeratae pecuniae. Solve dicit glossa, quod hic loquitur in mutuo naturali, in quo debet fieri de meo tuum, ibi in civili, in quo secus; ideo ergo distinguit, et facit triplex mutuum, et male, nam illud quod appellatur mutuum civile tantum, non est mutuum; imo obligatio litterarum differt specie a mutuo, nisi dicas, quod glossa voluit imponere hoc nomen scilicet mutuum civile obligationi litterarum, ut sic habeat duo nomina, hic esset aliud dicere: et tunc non esset mutuum de quo hic quaeritur; vel potes etiam dicere quod aut confiteor me recepisse aliquid pretextu numerationis de futuro, et tunc post lapsum biennii est obligatio litterarum, et numquam est mutuum ut d.l. in contractibus, aut de praetextu praeterito, et tunc sit mutuum civile, ubi lex fingit numerationem intercessisse contra quem venire non possum, ut l. generaliter C. de non numerata pecunia, et ita potest sustineri glossa, quae tamen communiter reprobatur⁶³.

Butrigario esclude la natura di mutuo a quello che la Glossa chiama *civile tantum*: l'obbligazione letterale è di una specie diversa da quella del mutuo, e sarebbe un voler imporre un nome alle cose definire il mutuo che si costituisce fuori dalla materiale tradizione della cosa in questo modo. La conseguenza sarebbe quella di avere un oggetto giuridico definito simultaneamente con due nomi. L'unico modo per poter salvare l'opinione della Glossa è di limitare l'ipotesi del mutuo *civile* a quelle fattispecie in cui il contratto si forma su una somma di denaro già detenuta dal mutuatario ad altro titolo. In questo caso si può configurare un mutuo nel contratto, verbale o letterale, con cui colui che è mutuatario dal punto di vista sostanziale si obbliga nei confronti del mutuante ad un titolo diverso, appunto dato dal contratto formale, mentre resta impossibile parlare di mutuo *civile* allorché non sia ravvisabile alcuna *numeratio*, che anzi si presuppone debba avvenire in futuro, e l'obbligo alla restituzione del *tantundem* si fonda esclusivamente sull'impossibilità da parte del presunto mutuatario di far valere in giudizio l'*exceptio non numeratae pecuniae*, trascorso il termine di decadenza. Nel primo caso il contratto si fonda comunque sulla trasmissione, sia pure presunta, della proprietà

⁶³ JACOPO BUTRIGARIO, *ad l. mutuum damus § creditum* n. 2 pag. 8 col. 2.

della *res mutui*, nel secondo se ne prescinde totalmente per stessa ipotesi: lecito quindi parlare di obbligazione letterale, ma non di mutuo, poiché quella è nata da una fattispecie cui è completamente estraneo lo schema per cui *ex meo tuum fit*⁶⁴.

6. Bartolo da Sassoferrato. Le caratteristiche della *res mutui*

Il problema di definire il mutuo si complica quindi di un nuovo approccio complessivo, più che di nuove questioni con cui analizzare il contratto. Assumere che la moneta sia diversa rispetto alle altre cose fungibili comporta il necessario abbandono di una concezione unitaria di valore finanziario che fino ad ora era stata accuratamente perseguita e strenuamente difesa. In essa i giuristi precedenti vedevano la chiave per mantenere l'unità del tipo contrattuale, corollario imprescindibile alla loro concezione del contratto, che procede sempre dal dato della tutela per arrivare a quello della struttura. Il testo romano definisce il mutuo nei termini dell'unica tutela apprestata dalla *certi condictio*: la conseguenza necessaria deve essere l'unicità del mutuo come struttura genetica di questa tutela.

Ricostruire tale unitarietà dinanzi alla specialità della moneta e della concezione di valore finanziario che ad essa è riferito è l'obiettivo di fondo dei maestri riconosciuti del Commento, le cui dottrine vanno analizzate partitamente.

Il primo tema che occupa la riflessione di Bartolo da Sassoferrato è quello della *res mutui* e delle sue caratteristiche. Bartolo lo affronta partendo da un'avvertenza principale, già cara all'apparato di Cino da Pistoia: l'autonomia nella lingua giuridica delle nozioni di *genus* e *species* rispetto ai significati propri del linguaggio filosofico. Ciò che costituisce *species* presso i *logici* non automaticamente assume lo stesso significato presso i giuristi, argomento che sarà lungamente ripreso negli apparati dei giuristi successivi. Il concetto giuridico di *genus* deve essere necessariamente definito sui due principi fondamentali che, direttamente o indirettamente, governano la materia del mutuo: la caratteristica della *res*

⁶⁴ «Oppone quod debeat dici verum mutuum, et non fictum, nam postquam pecunia erat destinata solutioni certum est, quod creditor potest acquiri vere possessio, et dominium per secundum debitorem, cui numeratur, et ex voluntate creditoris, secundus debitor potest incipere animo possidere, et per consequens a creditore dominium accipere, et erit verum mutuum... Solve. fateor oppositionem, si hoc ageretur inter eos, ut primo creditor prius quaeretur possessio, et dominium decadet debitori, secundo quia tunc bene posset fieri, cum pecunia sit solutioni parata, quod esset mutuum, verum si hoc volebat creditor...» JACOPO BUTRIGARIO, *op. cit.*, ad l. *singularia ff. de rebus creditis si certum petatur*, n. 2 pag. 27 col. 1.

mutui di recepire nel *genus* la propria funzione, e l'impossibilità per il debitore di liberarsi della propria obbligazione corrispondendo un *aliud pro alio*.

Aspetti che Bartolo partecipa sin dall'inizio del suo apparato:

Casum in terminis ponit glossa magna in principio, et imo adverte. Nota quod ea, quae consistunt in numero, pondere, vel mensura recipiunt functionem in genere suo. Secundo nota quod aliud pro alio invito creditore solui non potest. Venio ad glossa quae in principio sui ponit casum, et illum expedivi legendo literam. Nota Iurisconsultus accipit hic in genere quando dentur aliqua quantitas, puta vini, frumenti, vel olei, et similia. Speciem vero accipit, quando debetur aliqua species, et una certa res. Contra genus est quod praedicatur de pluribus differentibus speciebus, et species est quod predicatur de pluribus differentibus numero, sed prout accipitur hic species, non predicatur de pluribus differentibus numero, sed accipitur pro quoddam individuo. Unde videtur obstare infra eodem § creditum infra de legatis primo l. legato generaliter, et quod ibi nota. Solve fateor, quod secundum Logicos accipit genus, et species, prout modo dixi, et etiam Iuristae in aliquibus materiis sic accipiunt, ut in legibus supra allegatae. Responde tamen nos accipimus speciem pro quoddam individuo, ita loquitur hic, et in pluribus locis in corpore iuris...⁶⁵.

Dati questi principi, non costituisce un problema il fatto che la nozione di specie presso i giuristi comprenda in realtà anche delle entità individuali, il che ovviamente ripugnerebbe al filosofo. Lungi dall'essere una disputa puramente astratta, la questione serve a Bartolo per risolvere due dei fondamentali problemi forniti dal testo romano ai glossatori: la possibilità di restituire un altro *genus* al posto di quello ricevuto e la pari possibilità di restituire argento computato a peso al posto d'argento coniato in monete.

Circa il primo problema, la soluzione di Bartolo si centra sulla *mora debendi* e ci restituisce in questo modo un prodromo della sua concezione giuridica del valore:

Quaero circa istam partem de pluribus quaestionibus, pone quod accepi pecuniam ad numerum, numquid potero reddere frumentum ad mensuram? Glossa dicit quod non, ut in textu dum dicit in genere suo. Nam hic solueretur in genere alio scilicet frumentum pro pecunia quod fieri non debet...Hoc intellige verum nisi ex causam necessitatis quando debitor pecuniam soluere non posset, ut dicam infra. Quaero quod e contra si recepi frumentum mutuo, an possim reddere pecuniam. Ia. de Are. videtur dicere

⁶⁵ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria t. II in secundam Digesti veteris partem*, ed. Venetiis 1590 ad l. *mutuum damus* § *mutui datio*, nn. 1 e 2, fol. 4 r. col. 1.

quod sic [...] Sed certe illae leges loquuntur, quando debitor fuit in mora, et tunc non reperit frumentum, vel vinum eius bonitatis, cui debet reddi ad aestimationem, sed si nulla mora praecesserit, non crederem pecuniam posse solui per regulam hic positam, quia aliud pro alio et cet., quia debet solui in eodem genere, non in alio⁶⁶.

Bartolo esclude così che colui che abbia ricevuto il mutuo in danaro possa liberarsi pagando con del grano calcolato a peso, salvo in caso di necessità. Su questa stessa base ammette invece più largamente, seguendo una dottrina riferita a Iacopo D'Arena, il caso contrario in cui il mutuatario di una quantità di grano può liberarsi corrispondendo il *tantundem* in danaro. Per seguire questa possibilità, Bartolo rilegge i testi romani che vi si opponevano, secondo i giuristi precedenti, appunto sul discrimine dato dalla mora del debitore.

Quando il debitore non è stato ancora costituito in mora, non può liberarsi prestando un altro *genus* al posto di quello ricevuto in mutuo, mentre può liberarsi dopo la mora prestando il valore in danaro della merce ricevuta in un'evidente applicazione della regola del *periculum*, per cui, trasferito il rischio di perdita dell'oggetto della prestazione al debitore costituito in mora, questi può liberarsi pagando al creditore la stima della prestazione lasciata inadempita.

Circa il secondo punto problematico, la posizione di Bartolo è ormai nel senso di ammettere generalmente la sostituzione tra due forme del medesimo genere, anche in difetto del presupposto dell'identità tra il genere ricevuto e quello restituito:

Quaero quid si accipi argentum mutuo ad pondus numquid potero reddere pecuniam? Glossa ponit opinio ut in ea habes, nec determinat. Ad solutionem huius quaestionis debes scire quod de iure communi pecunia debet fieri sic, ut tantam utilitatem afferat in forma, quantam in materia, et tantam in materia quantam in forma, ut infra de contrahenda emptione l. prima cum glossa prima versiculo debet. Et sic expensae quae fiunt in cudendo, debent fieri de publico, sed hodie de consuetudine servatur, quod minus est in forma, quanta sit in materia, propter expensas quae fiunt in cudendo. Hoc praemisso, venio ad solutionem quaestionis, et dico: si debeo tibi massam argenti, soluere possum argentum in forma et aere non contaminatum, sed eiusdem ligae. Item dico hoc verum, quando argentum tantam utilitatem affert in forma quantam in materia. Pro hoc l. prima in vers. Si ea pecunia infra de au. et arg. leg. Sed si propter commistionem alterius aeris, vel propter formam sibi datam, minus utilitatis afferret in forma, quam in materia, tunc non posset solui. Et ita dicunt ad concor-

⁶⁶ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. 4 e 5. fol. 4 r. col. 1.

diam reduci istae duae opiniones. Fallit si consuetudo civitatis aliter se haberet, ut nota in l. si quis argentum Codex de do. all. in gl.⁶⁷.

La moneta ha difatti nella sua forma generalmente un valore maggiore di quanto espresso nella sua materia. Il differenziale tra questi due valori viene ricondotto da Bartolo alle spese che devono essere affrontate *de publico* per la coniazione della moneta. La soluzione del quesito deve pertanto tenere conto di questa realtà: mentre *de iure communi* il mutuario di una somma di denaro potrà liberarsi pagando il *tantundem* espresso in una massa d'argento, ove questo sia proprio della stessa qualità di quello ricevuto nel conio della moneta, lo *ius proprium* della consuetudine di ciascuna singola città potrà accettare una regola diversa, che prevarrà *ratione specialitatis* sulla prima e condurrà quindi alla liceità del pagamento in valuta monetaria, anche e soprattutto ove diversa dal valore sostanziale della moneta.

È la base per una serrata critica delle dottrine della Glossa Magna sui requisiti strutturali della cosa fungibile. Fino a Bartolo, nessuno aveva posto in dubbio la teoria azoniana della *res mutui*, centrata sull'idea di una norma consuetudinaria che fa di un bene misurabile in natura secondo opzioni quantitative un possibile oggetto del contratto. Quella teoria viene ora, se non superata, quantomeno notevolmente riconsiderata in tutti i suoi quattro elementi.

Il primo è quello dell'*inventio*:

Quaerit glossa, quid si dederò tibi librum ad pondus, ut librum tanti ponderis reddas. Vel quid si oves ad numerum dederò, ut oves tanti numeri reddas, an erit mutuum? Et videtur quod sic, quia consistit in pondere, numero, vel mensura. Glossa determinatur contrarium et dicit consideranda esse quattuor in mutuo, quae examinemus per ordinem. Primo debemus considerare quod res, quae data est ad numerum, ad hoc sit inventa, ut numeretur sicut pecunia, ut l. prima infra de contrahenda emptione. Certe istud non est de necessitate. Nam pecunia fuit inventa principaliter propter aliud, quam quia numeretur l. prima infra de contr. empt. Praeterea ponamus aliquas res quae naturaliter producantur et sint uniformes qualitate et bonitate. Exemplum in pipere, nam omnia eius grana sunt quodammodo uniformis qualitatis et bonitatis. Nonne poterit mutuari pipere ad numerum? Certe sic, quia in genere suo recipit functionem, nec possumus tamen dicere quod ad hoc sit inventum, ut numeretur, quia non fuit inventum facto hominis, sed naturaliter⁶⁸.

Secondo la dottrina azoniana, per essere *res mutui* una cosa deve essere stata inventata dall'uomo al fine di essere corrisposta secondo la

⁶⁷ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. 6 e 7. fol. 4 r. col. 2.

⁶⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. da 9 a 12 fol. 4 r. col. 1.

propria quantità. Bartolo relativizza l'importanza di questo aspetto, con ciò evidenziando una nuova consapevolezza circa il fenomeno della moneta. Allorché parlava di *inventio*, Azone aveva in mente appunto la comune moneta dotata di valore intrinseco, e la distingueva per questo tratto dalla semplice quantità di metallo prezioso prestata secondo il suo peso. Bartolo individua invece come moneta tutto ciò che può consistere in una serie infinita di oggetti tutti uguali a se stessi, i quali vengano scambiati per un loro valore medio uniforme.

È il caso del pepe, moneta comune nel basso medioevo, di cui il giurista evidenzia la qualità di moneta nel suo consistere in grani di dimensione e bontà uniformi: questi potevano in effetti essere prestati tanto a numero quanto a peso, senza che da ciò potesse derivare un'apprezzabile differenza quanto all'utilità che quel genere può esprimere, e senza soprattutto che tale differenza consegua ad un fatto umano. La qualità del pepe che lo porta ad essere *res mutui* deriva infatti dall'utilizzo che l'uomo fa di una particolarità che appartiene alla natura di una determinata merce, rendendola modalità di scambio di valore. È una diversa concezione della moneta, che si centra non tanto sull'elemento della fede pubblica intrinseca nel procedimento di coniazione, quanto sull'elemento della comune accettazione in pagamento fatto da una determinata comunità. Su questo aspetto, Bartolo rilegge anche il secondo elemento della definizione azoniana, la *consuetudo*:

Secundo requiritur, quod sit consuetudo, ut in glossa et in hoc quod dicit glossa de consuetudine...et potest hoc intelligi duobus modis. Uno modo, quod sit consuetudo, quia ista res in suo genere recipiat functionem, ut vinum, frumentum, et oleum et similia quae ponuntur Institutiones quibus modis re contr. obl. in princ. Sed si consuetudo non esset, licet reperiantur aliquae res eiusdem generis, et bonitatis, non consisteret in hiis mutuum. Exemplum, pone quod reperiantur plures codices scripti manu eiusdem scriptoris, et in ea charta, et in ea forma per omnia, licet inter eos sit omnimoda similitudo, tamen quia consuetudo non est, ut in genere suo recipiant functionem invicem, in istis non consisteret mutuum. Et si hoc modo glossa intelligeretur, verum diceret. Alio modo potest intelligi, quod sit consuetudo, hoc est, quod consueverit mutuari, aliter non consistit mutuum, et hoc videtur probari ut infra de pr. verb. l. naturalis § at cum do, ubi non consistit locatio, nisi in his, quae consueverunt locari, scilicet habentibus similitudinem cum eis. In his vero quae dissimilia sunt, locatio non consistit, ut ibi patet. Et imo puto quod si sint aliquae res, quae mutuari non consueverunt, nec sunt in communi usu mutuandi, si tamen in genere suo recipiunt functionem, in eis consistat mutuum, ut infra dicam⁶⁹.

⁶⁹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. da 12 a 14 fol. 4 r. col. 2.

Bartolo premette che il termine *consuetudo*, applicato alla definizione della *res mutui* per come fa la Glossa, riprendendo in ciò pienamente la lezione azoniana, può in realtà avere due significati diversi: quello di norma che qualifica un determinato oggetto come cosa fungibile, e quindi capace di mutuo, oppure quello di norma che limita a talune cose fungibili la possibilità di essere *res mutui*.

Nel primo caso, la consuetudine opera come momento di qualificazione, nel secondo come vincolo. L'esempio della prima accezione è dato significativamente da una serie di libri che, perfettamente uguali per derivare dalla stessa mano, non possono in sé e per sé essere considerati fungibili, se non si è nel frattempo instaurata una consuetudine che qualifichi gli stessi come *res mutui*. In assenza di questa norma, il prestito di un libro fatto con l'impegno di restituire non lo stesso libro, ma un altro perfettamente eguale, non costituirà un mutuo, ma a seconda dei punti prospettici da cui si osserva la fattispecie esso integrerà un comodato o un contratto innominato. Nel secondo caso, la consuetudine limita a talune cose fungibili il ruolo di *res mutui*, per cui una cosa che per propria natura potrebbe essere considerata fungibile al pari del grano o della moneta, tuttavia non è *res mutui* perché non vi è l'uso di farne l'oggetto di questo contratto.

Bartolo, sia pure non esplicitamente, accoglie il primo significato e respinge il secondo. In piena consequenzialità a quanto espresso sul punto dell'*inventio*, la *consuetudo mutuandi* può essere solo norma di qualificazione, indicare cioè in una determinata cosa la sua possibilità di essere prestata secondo il numero, il peso, o la misura. Come nell'esempio da lui prima usato, è la consuetudine a stabilire che il pepe possa essere prestato anche secondo il numero dei grani, e trasformarsi quindi in una valuta assimilabile alla moneta, e non solo secondo il peso. La *consuetudo mutuandi* non può operare invece in senso contrario, ed escludere, come nella seconda possibile accezione del significato, la qualità di *res mutui* in una cosa fungibile per sua natura.

Il terzo elemento è l'*aptitudo*:

Tertio dicit glossa est attendenda aptitudo scilicet quod res ad pondus, vel ad numerum, vel mensuram suae naturae adaptetur. Adverte glossa dicit verum et ut intelligas, quaero quare non aptetur pondus ad librum, oves ad numerum, sicut granum ad mensuram, oleum, et vinum et similia? Responde Iurisconsultus et dicit quod mutuum consistit in hiis quae numero, pondere, vel mensura consistunt, non autem in his quae ponderari, vel mensurari, consistunt, non dicit in his quae ponderari, vel mensurari, numerarive possunt, sed in his quae consistunt quod dicit in his quae suum esse habent, et suam essentiam, et utilitate retinent in pondere, numero, vel mensura, licet individuum ipsum mutetur, sed in libro, ovibus

et similibus non consistit subiecta eius bonitatis, et utilitatis in pondere, numero, vel mensura, licet ponderari, numerari et mensurari possint, et imo eius naturae perdeatur non adaptatur, quia sua essentia et utilitas in his non servatur. Advertendum tamen est, qua quaedam res sunt, quae habent aptitudinem ad omnia tria, ut pecunia potest alicui mutuari ad numerum, ad pondus, vel ad mensuram. Et quaedam sunt res quae habent aptitudinem ad duo istorum solum, ut oleum et similia scilicet ad mensuram, et ad pondus. Ad numerum autem istae sunt materiae liquidae non sunt aptae, ut patet ad sensum, et licet in mutuando quandoque adiiciatur numerum, non adiicitur numerus illius materiae, sed numerus ponderis, vel mensurae, ut decem cados olei, vel 50 librae olei, et similia. Quaedam sunt apta ad numerum tantum, quaedam ad pondus tantum, quaedam ad mensuram tantum, ut infra dicam⁷⁰.

Questo viene definito da Bartolo di stretta conseguenza all'opinione da lui formulata sui precedenti profili della definizione e quindi non distaccandosi da quanto detto dalla Glossa magna: perché possa essere *res mutui* un dato oggetto non deve solo poter essere corrisposto secondo il proprio peso, o la propria misura («*non dicit in his quae ponderari, vel mensurari, numerarive possunt*») ma deve trovare in questa commisurazione l'espressione dell'utilità del proprio genere («*sed in his quae consistunt quod dicit in his quae suum esse habent, et suam essentiam*»). In altri termini, deve corrispondere alla sua stessa essenza il fatto che l'utilità che esso può esprimere sia legata alla possibilità di corrisponderlo secondo il *genus*. Il quarto elemento richiesto dalla Glossa magna è la corrispondenza fra quanto voluto e attuato fra le parti e l'attitudine della cosa ad essere *res mutui*:

Quarto requiritur dicit glossa ut aptetur actus contrahentium ad aptitudinem rei, licet nam pecunia possit numerari, vel ponderari et cetera, tamen si daretur ut ea pecunia vel species reddatur non esset mutuum, quia actus non adaptatur ad aptitudinem ... Quaerit glossa utrum in pane consistat mutuum? Glossa dicit quod non, ed erit contractus innominatus. Tu vero dicas, quando in civitate limitatus est panis, quia debet esse tot unciam, et tunc mutuum potest consistere in pane ad numerum, quia propter omnimodam similitudinem recipit functionem inter se, in genere suo, sicut pecunia. Quandoque panis non est limitatus in civitate, et tunc non consistit mutuum ad numerum, quia suum esse et sua utilitas non retinetur numero, sed consisteretur mutuum in pondere, quia in genere suo recipit functionem tantam nam utilitatem afferunt decem librae unius panis, quantam alterius, posito quod sint eiusdem bonitatis, licet diversus sit numerus, et imo in eo puto consistere mutuum et hoc admittit consuetudo⁷¹.

⁷⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 14 fol. 4 r. col. 2.

⁷¹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. da 14 a 16 fol. 4 v. col. 1.

Su questo aspetto della dottrina azoniana Bartolo costruisce il lato forse più innovativo del suo pensiero in argomento, proprio partendo dall'esempio che più di tutti era servito ai glossatori per costruirlo, quello della possibilità o meno del pane di essere oggetto di mutuo. Azone, come abbiamo visto, escludeva su questa base il pane dalle *res mutui*, poiché pur essendo un oggetto consumabile per definizione, non può dirsi uniforme nella qualità, per cui non si potrebbe restituire una quantità di pane eguale nella qualità a quella ricevuta in prestito. La Glossa magna restituiva questa dottrina nei termini della incompatibilità tra il mutuo in ipotesi voluto da chi riceve un pane in prestito col proposito di restituirne altrettanta quantità il giorno dopo e l'*aptitudo* della cosa ad essere oggetto di mutuo: pur consumabile, il pane non è fungibile per i motivi appena detti, e quindi un tale contratto sarà un contratto innominato, non un mutuo in senso proprio, con tutte le conseguenze del caso.

Bartolo va oltre questa dottrina, riportandosi sempre alla sua implicita teoria della valuta: ove la consuetudine di quella determinata città detti delle norme stringenti circa la produzione del pane, stabilendo i tipi che possono essere prodotti e le loro pezzature, allora anche il pane diventa, come il pepe dell'esempio che abbiamo sopra visto, un bene che può scambiarsi *ad numerum* e quindi una valuta in senso tecnico, ossia un bene che può essere stimato secondo un valore costante e uniforme. La risposta non è diversa tuttavia nel caso in cui la produzione del pane non sia regolamentata: in questo caso il pane non potrà essere scambiato *ad numerum*, ma ciò non toglie che possa esprimere la stessa utilità una volta dato a peso. Non vi è quindi una ragione sufficiente per tracciare un discrimine fra le due ipotesi: su tutto regna ancora la consuetudine, che in modo diverso da luogo a luogo può ammettere il pane ad essere *res mutui*.

Il cambio di prospettiva è evidente: mentre nei glossatori, e in genere nei giuristi precedenti a Bartolo, la *res mutui* si identifica nel suo potere essere prestata *ad numerum, pondus, vel mensura*, poiché solo in questo carattere si realizza la possibilità che questi oggetti esprimano la propria utilità solo nel proprio *genus*, in Bartolo la quantificazione secondo questi valori costituisce solo un indizio, quasi un modo di estrinsecazione delle caratteristiche di una natura che la *res mutui* conquista altrove, precisamente nell'uso che una data comunità fa di una data merce come valuta.

È questa consuetudine che fa sì che una cosa possa essere prestata *ad numerum vel pondus*, non la caratteristica fisica del bene, a determinare la sua possibilità di essere oggetto del contratto di mutuo:

Quaero utrum in aliis rebus qui non numerantur ...constat mutuum. Ia. de Are. dicit quod sic, et credo dicat verum, ut puta si ad pondus dicit mutuare stannum vel plumbum vel aliud aes, et ut videtis, istae res, quae consistunt in materia, non sunt aptae nisi ad pondus, et eodem modo dici possunt quaedam res, quae non sunt aptae nisi ad numerum. Exemplum, facta est lex vel statutum, quod tegulae quibus domus tegitur, vel lapides cocti, vel lateres quibus domus construitur fiant ad certam mensuram. Certe arbitror, quod in his consisteret mutuum ad numerum, quia in genere suo recipit functionem, non tamen sunt apta ponderari, vel mensurari. In aliquibus etiam partibus vidi quod ligna comburendi caua parata venduntur ad pondus, et mutantur, et in his putarem consistere mutuum: quia in genere suo recipiunt functionem. Idem puto in plateis, et similis. Solum nam hoc considero quod in genere suo functionem recipiant, et quod actus contrahentium adaptentur aptitudini rei, ut supra dixi⁷².

L'*aptitudo* della cosa e la corrispondenza fra questa e l'*actus* dei contraenti si riduce in Bartolo solo a questo: che la cosa possa esprimere la propria funzione solo considerata nel suo genere dato, questo, che consegue non alla sua struttura fisica, ma alla qualificazione giuridica che l'ordinamento astrattamente considerato dà ad essa.

Nella concezione di Bartolo ogni cosa è astrattamente capace di creare valore finanziario – può quindi essere *valuta* nel senso tecnico – in funzione della qualificazione datale dall'ordinamento, attraverso norme diverse e concordanti, come la consuetudine di chi ne fa oggetto di prestito da un lato, e la norma che regola la produzione del bene dall'altro.

7. *Res mutui e esatto adempimento*

Bartolo ridefinisce secondo le stesse categorie l'altro termine del problema per come individuato dai glossatori: la necessità che la *res mutui* sia espressa in un *genus* per non contrastare con il principio per cui non si può sostituire l'oggetto dell'adempimento senza il consenso del creditore. Una cosa è infungibile per i glossatori e quindi oggetto di mutuo, allorché possa dirsi che la sua prestazione da parte del mutuatario liberi unilateralmente questo dall'obbligazione derivante da contratto, senza bisogno di un'ulteriore negoziazione con il creditore, la quale sarebbe intrinsecamente una novazione. Su questo punto, come abbiamo visto, si è esercitato il vaglio critico dei primi commentatori; Bartolo arriva qui a una soluzione originale, costruita in stretta aderenza al suo modello sistematico sull'*id quod interest*:

⁷² BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. da 16 a 19.

Veniamus ad aliam glossa. Dicitur hic quod aliud pro alio invito creditore solui non potest. Contra de l. si domus § qui confitetur de legatis primo. Dicit glossa speciale ibi ratione sanguinis, sic etiam assignat multas alias specialitates. Io. vero soluit uno verbo, scilicet aut debetur quantitas, aut species, vide glossa. Pro declaranda hac glossa et ista materia, utrum aliud pro alio invito creditore solui possit debes scire. Quandoque debetur factum et tunc succedit obligatio ad interesse, et tunc soluendo interesse an reus liberetur dic ut lex prima C. de sent. quae pro eo quod interest proferuntur. Dixi plene in l. stipulationes non dividuntur in 8. quaestione. Quandoque est in obligatione rem tradi et tunc etiam de hoc sunt opiniones in lege prima de ac. emp. Et hoc etiam dixi plene in dicta lege stipulationes non dividuntur in 8. q. Quandoque est in obligationem rem dari, et tunc est nostra materia⁷³.

La Glossa «*non potest*» alla l. *mutuum damus* riporta alla fine l'opinione di Giovanni Bassiano, secondo cui ove nel contratto sia dovuta una *quantitas* sarebbe possibile la soluzione di un *aliud pro alio*, altrimenti illecita ove l'oggetto dell'obbligazione sia una *species*. La tesi si ricollega sistematicamente all'opinione, riportata anch'essa dalla Glossa, per cui il concetto di *species* comprende non solo l'oggetto individuale e quindi infungibile, ma anche l'oggetto determinato solo nel genere. In questo secondo caso un mutuo è configurabile, come quando si presti un animale per averne un altro della stessa specie e qualità.

Bartolo rilegge in modo assai diverso la distinzione tra *species* e *quantitas*, affermando che essa non rileva in assoluto, ma all'interno delle specificità dei singoli tipi di obbligazione, determinati in funzione dell'*id quod interest*. L'obbligazione risultante dal mutuo è tipicamente in *dare*, atteso che la proprietà del bene passa dal mutuante al mutuatario e questi adempie trasferendo al primo la proprietà del *tantundem*. Tre sono quindi i casi possibili nel mutuo, a seconda che il suo oggetto sia un *genus*, una *species* nel senso sopra detto o una *quantitas*:

Quandoque est in obligatione rem dari, et tunc est nostra materia. In qua dic. Aut debetur genus, aut species, aut quantitas. Si genus, hoc potest esse tripliciter, vel quod debetur genus, hoc est una species de genere, ut homo, vel equus, vel quod debetur certum pondus, vel certa mensura illius generis, ut frumenti, vini, vel olei, et similia. Et in istis duobus casibus aut quis vult solvere genus pro alio genere, et non potest invito creditore. Aut vult solvere speciem pro genere, et idem quod non potest solvere, ut hic. Aut vult solvere quantitatem pro genere, ut puta pecuniam et secundum Iac. de Are. potest, ut supra dixi. Tu dic, aut illud genus potest repe-

⁷³ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 20.

riri eiusdem bonitatis, cuius detur, et non potest solui quantitas pro genere, quia aliud pro alio et cetera ut hic. Si vero non potest reperiri, et tunc potest solui quantitas pro genere, l. vinum infra eodem cum si. Tertio modo potest accipi genus pro quota, ut si ego tibi debeo tertiam, vel quartam artem bonorum, vel alicuius rei, et in his potest solui aestimatio quoque pro illo genere debito⁷⁴.

Il primo caso, quello in cui ad essere dato a mutuo è un *genus*, dà luogo a tre ipotesi distinte. Nella prima il mutuatario si obbliga a corrispondere o una specie individuata nel solo genere, come nel caso di chi riceve in prestito un cavallo impegnandosi a restituirne un altro di eguale qualità; nella seconda ipotesi il mutuatario riceve una data misura o quantità di un dato genere e deve restituirne altrettanta. In questi casi il debitore non può, senza il consenso del creditore e quindi senza la novazione del contratto, prestare un *aliud pro alio*, salvo che nel caso in cui voglia liberarsi pagando con una *quantitas* la prestazione di un *genus* divenuto difficile o impossibile da trovare, secondo una tesi che viene da Iacopo d'Arena e che abbiamo già esaminato in Bartolo. Nella terza ipotesi il *genus* è determinato in una quota, e si può in taluni casi prestare al suo posto un'*aestimatio* in denaro, anche se il *genus* in questione non sia di difficile reperibilità.

Diverso il caso in cui oggetto del mutuo è una *species*:

Secundo casu, quando debetur species, tunc aut illa species debita non potest reperiri, et potest solui per ea aestimatione, non alia species, vel genus, l. non dubium § fi de leg. sic debet intelligi l. si servuum § fi. de verb. ob. et lex si ex legati causa, eo. tit. Si vero illa species potest reperiri, et debitor potest eam solvere, tunc de necessitate cogitur eam solvere, nec admittitur ad solvendum aliud, ut hic⁷⁵.

Se la specie può essere reperita dal debitore, allora questi è obbligato a corrisponderla, altrimenti può liberarsi, *invito creditore*, pagandone il valore in un altro *genus*, come il denaro.

Nel terzo caso, ove il debitore debba restituire una *quantitas* ricevuta dal mutuante non può liberarsi altro che in questo modo, nel caso in cui la *quantitas* sia dovuta *ex causa mutui*:

Tertio casu, quando debetur quantitas, tunc aut debitor non potest solvere quantitatem, cogitur creditor accipere rem...Aut debitor potest solvere pecuniam et tunc aut tenetur ad illam quantitatem respectu certe speciei, et liberatur solvendo speciem illam ... Si vero tenetur ad quantita-

⁷⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. 20 e 21.

⁷⁵ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 21.

tem simpliciter, tunc non potest solvere speciem pro quantitate, creditore invito⁷⁶.

Solo se dovuta a seguito della ricezione di una specie determinata la *quantitas* può essere sostituita ove non sia in concreto reperibile, ma non è ovviamente questo il caso del mutuo, in cui a fronte della dazione di una quantità il debitore può liberarsi solo prestandone una eguale. È questa, ancora una volta, la radice del pensiero bartoliano: solo l'ordinamento può individuare il *genus*, stabilire che un bene possa a differenza di altri esser considerato *valuta*, e quindi attribuirgli un regime speciale, poter essere dato in pagamento in eccezione rispetto al divieto di pagare un *aliud pro alio*.

8. *Le tipologie di mutuo in Bartolo da Sassoferrato*

Lo stesso difficile equilibrio tra rispetto del testo romano, ossequio alle dottrine dei giuristi precedenti e esigenze delle nuove metodologie interpretative si può ravvisare nell'apparato di Bartolo allorché tratta della nozione di mutuo e delle sue diverse modalità di conclusione. Bartolo è fortemente critico verso quella definizione del contratto in base all'etimologia che aveva caratterizzato fortemente le dottrine dei glossatori e da cui anche i giuristi Ultramontani e i successivi di area italiana non erano mai riusciti a fare astrazione:

Secundo nota quod si non transfertur in accipientem dominium, non est mutuum. Oppone quod ista argumentatio non sit bona. Nam secundum hoc omnis alienatio erit mutuum, quia fit de meo tuum, quod est falsum, ut supra dixi in principio huius legis. Solve argumentum ab etymologia vocabuli seu allusione concludit, nisi ei repugnet diffinitio, vel autoritas. Nam tutor dicitur a tuendo, et tamen non omnis, qui tuetur est tutor, nisi in eum cadat diffinitio lex prima infra de tut. Et eodem modo testamentum est testatio mentis, et tamen omnis testatio mentis non est testamentum, nisi in ea cadat diffinitio, quae est in lege prima infra de test. Et idem in possessione lex prima in principio infra de acquirenda possessione. Ita hic licet allusio vocabuli conveniat omni alienationi, tamen non erit mutuum, nisi concurrant alia, quae requiruntur in mutuo, ex quibus poterit colligi diffinitio mutui ut statim dicam⁷⁷.

Nella tradizione interpretativa del diritto comune sul mutuo, l'etimologia del termine fondava l'ineluttabilità del trasferimento della proprietà della cosa dal mutuante al mutuatario come momento di conclu-

⁷⁶ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*

⁷⁷ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. cit.*, ad l. *mutuum damus* § *appellata*, n. 2 e 3.

sione del contratto, e apriva conseguentemente la riflessione su quelle ipotesi in cui la proprietà non poteva dirsi passata, e tuttavia il mutuo instaurato. Bartolo rileva come il fatto che un bene diventi *ex meo tuum* sia una caratteristica propria di quasi tutti i contratti, e pertanto non riesca a essere elemento distintivo del mutuo. L'etimologia del termine può essere, rispondendo in questo modello generale che Bartolo afferma, un criterio di interpretazione solo se esso non contrasta con la definizione del contratto che si può dare su dati tecnici, come in base all'autorità del testo. Al momento qualificante dell'alienazione, in quanto tale comune a molti altri contratti, devono aggiungersene altri perché quel contratto possa dirsi un mutuo.

È un rilevante mutamento di prospettiva: in quest'opinione il trasferimento di proprietà della *res mutui* è un elemento non necessario, e anzi del tutto eventuale per la costituzione del mutuo; d'altra parte allorché esso si verifichi effettivamente, non è sufficiente da solo a dire realizzata la fattispecie del mutuo, atteso che per questo il trasferimento alla proprietà deve avvenire per effetto di una causa determinata. Questa può essere tuttavia sottesa anche a negozi diversi, e a diversi tipi contrattuali, i quali rilevano a questo punto null'altro che come momenti di attuazione del mutuo. Questo è il risultato della rilettura che Bartolo fa della tripartizione di marca azoniana e ripresa pienamente dalla Glossa magna tra mutuo *naturale*, *civile*, e *civile natura cooperante*. Dal punto di vista funzionale queste tre diverse ipotesi rilevano come ipotesi di *reconciliatio mutui*, casi in cui, come abbiamo visto già negli apparati precedenti, si riporta allo schema del mutuo una fattispecie che in sé e per sé prescinde totalmente dalla dazione della cosa.

La differenza fondamentale tra l'opinione di Bartolo e quelle dei giuristi precedenti è di non considerare queste come delle eccezioni rispetto allo schema fondamentale di mutuo:

Oppone quod potest esse mutuuum, licet non fiat de meo tuum, ut si non fiat numeratio post biennium, ut in lege in contractibus C. de non num. pec. Solve dicit glossa ibi loquitur in mutuo civili, hic in mutuo naturali. Secundo oppone de lege quamvis C. eodem. Dicit glossa ibi mutuuum reconciliatur stipulatione. Videte, ibi non loquitur in mutuo pure naturali, sed in civili, cui cooperatur natura, ut nota infra eadem lege in fi. In quo mutuo sive precedat stipulatio, sive sequatur, non requirit translatio domini dicta lege quamvis. Tertio oppone infra eodem lege nam et si fur et de fideiu. Lex si quis pro eo § si nummos. Solve dicit glossa ibi quod mutuuum reconciliatur consumptione. Ponitur etiam alios modos reconciliandi mutuuum. Tu vero dic latius secundum Ia. de Are.⁷⁸

⁷⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, nn. 3 e 4.

Qualsiasi ipotesi di *reconciliatio mutui* si riconduce ad una delle tre ipotesi di conclusione individuate dalla glossa; queste non sono quindi altro che fattispecie genetiche rispondenti alla medesima causa, quella del mutuo intesa non come trasferimento di proprietà che impone e giustifica la restituzione del *tantundem*, ma come contratto che si realizza nel trasferimento di valuta, ossia di una merce stimabile in un valore medio uniforme che, una volta dato, deve essere restituito.

Nell'opinione di Bartolo il profilo funzionale della fattispecie mutuo è sempre ben distinguibile dal profilo genetico:

Quoddam est mutuuum mere civile et istud reconciliatur cursu biennii lex in contractibus C. de non num. pec. Et intelligas reconciliatur, non quia ex ipso mutuo nascatur obligatio, sed ut ex contractu literarum propter illud civile mutuuum obligatio nascatur, ut Inst. de lite. obl. § primo. Quoddam est mutuuum civile, non mere, sed cui natura cooperatur, et illud reconciliatur stipulatione, sive praecedat, sive sequatur C. eadem l. quamvis. Et intelligo quod reconciliatur non ut ex ipso mutuo nascatur obligatio, sed ut nascatur ex stipulatione, propter illud presumpum mutuuum⁷⁹.

Il mutuo civile è quello che si realizza allorché, decorso il termine prescrizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, si verifica dal punto di vista del presunto mutuuario un effetto assimilabile a quello del materiale trasferimento della *res mutui*, stabilito attraverso il contratto formale e in ipotesi mai verificatosi. Seguendo il pensiero di Jacopo d'Arena, ma perfezionandolo ed estremizzandolo, Bartolo sostiene che in questo caso l'obbligazione nasca dal contratto formale, a causa del negozio di mutuo sottostante e presupposto dal primo. Lo stesso nel caso del mutuo civile cui cooperi la natura: anche in questo caso l'obbligazione nasce con la *stipulatio*, avendo il mutuo come presupposto.

L'ipotesi del mutuo *naturale* non viene quindi presentata come fattispecie normale di mutuo, ma riportata a questo stesso schema:

Quoddam est mutuuum mere naturale, et in isto requiritur quod transferatur dominium in accipientem, ut hic, alias non est mutuuum statim, sed ex post facto poterit reconciliari multis modis quorum quosdam ponit glossa alii ponuntur per Doctores. Primo reconciliatur consumptione, ut glossa dicit, ut infra eo l. nam et si fur et lex si quis pro eo § si nummos, infra de fideius. Hoc quod dicit de consumptione, potest intelligi tribus modis. Uno modo consumptione facta in utilitatem accipientis, ut quia minutatim expendit pecuniam quam recipit, et hoc modo loquuntur iura all. per glossam. Secundo modo potest intelligi consumptione, hoc est perditione, ut nota in lege indebiti § sed et si nummi infra de cond. ind. Tertio

⁷⁹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 5.

modo potest intelligi consumptione, hoc est, commistione, ut l. si alieni infra de so. Hoc tamen quod de commistione dico non habet locum, nisi in pecunia, secus in aliis generibus ut l. idem Pomponius scribit, si frumentum, supra de rei vend⁸⁰.

La differenza fra il mutuo *naturale* e le altre due ipotesi è per Bartolo quella di non concludersi nel momento in cui le parti scambiano il loro consenso, con la redazione del documento o con la prestazione dell'impegno verbale, nel momento in cui viene materialmente data la *res mutui*. Le ipotesi di *reconciliatio* tradizionali agli apparati precedenti e ancora una volta intese in quelli come eccezioni rispetto al modello tipico generale vengono riportate da Bartolo a questo schema, ed intese adesso come modalità di conclusione dello stesso tipo contrattuale.

Questo può dunque realizzarsi con la dazione della cosa, come con la sua consumazione ratificata a posteriori dal proprietario del bene. Nell'ipotesi della consumazione è a questo punto agevole ricomprendere, in una relazione da *genus a species*, gli altri casi sparsamente trattati dei glossatori, da quello della perdita del bene ricevuto a quello della sua commistione con eguali cose del mutuatario⁸¹. Lo stesso vale per altre ipotesi⁸².

Il tutto conduce ad una nuova definizione di mutuo:

Ultimo ex praedictis posset tibi liquere, quod est mutuum. Nam mutuum est contractus celebratus datione vera, vel ficta rei consistentis in pondere, numero, vel mensura, cum spe recipiendi tantundem in genere suo, ut ex praedictis patet⁸³.

Per essa, il mutuo non viene più distinto dalla tradizione in proprietà della cosa, ma solo dalla dazione che può essere vera quanto finta di una cosa determinata nel peso, nel numero, o nella misura con l'aspettativa di riceverne il *tantundem*. Mentre i giuristi precedenti facevano delle ipotesi in cui non poteva scorgersi nella tradizione materiale della cosa un'eccezione da ricondurre all'unica fattispecie possibile attraverso

⁸⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 6.

⁸¹ BARTOLO ritiene questa ipotesi esclusiva del denaro. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 6.

⁸² «Secundo modo reconciliatur usucapione, ut in glossa probatur et in l. indebiti § sed et si nummi infra de cond. ind. Tertio modo reconciliatur consitionis eventum, ut infra eodem l. proinde. Sunt etiam alii duo casus extra glossa scilicet propter supervenientiam domini in mutuante ex causa de preterito, ut d.l. proinde. Item reconciliatur ratihabitione secuta ut l. si procurator, infra de cond. ind.». BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 7.

⁸³ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. cit.*, ad l. *mutuum damus* § *in mutui autem datione*, n. 8.

l'argomento della *traditio ficta*, Bartolo porta questo elemento tra i momenti costitutivi della definizione, con ciò in realtà escludendo da questa l'elemento stesso della dazione della *res mutui* in proprietà del ricevente.

Il mutuo è ora totalmente definito nella trasmissione della valuta, cioè di quella cosa che, ricevendo utilità nel suo proprio genere, è l'unica idonea a far circolare un valore astratto e generale, eguale in sé e per sé per qualsiasi sostanza individuale in cui possa rappresentarsi. La valuta può essere così data materialmente, o solo promessa, perché ciò produca l'effetto dell'obbligo di restituire il *tantundem* da parte del ricevente.

Questa definizione, che Bartolo pone significativamente alla fine del proprio percorso interpretativo rappresenta un radicale cambio di prospettiva.

Se non è più la *numeratio* il cardine su cui costruire la fattispecie, costringendo pertanto l'interprete a doverla fingere in quelle ipotesi che, pur tutelate dell'azione tipicamente risultante dal mutuo dal *Corpus iuris*, non la prevedevano nella sua materialità, ma la trasmissione di valuta, in qualsiasi forma essa si manifesti, allora mutano radicalmente di significato una serie di problemi fra i più consueti alle dottrine dei glossatori.

Ciò è vero innanzitutto per il mutuo *civile natura cooperante*. In Azone, e da qui nella Glossa magna, questa categoria di mutuo è quella che si realizza, come abbiamo visto, nel momento in cui la *numeratio* della valuta interviene poco prima o poco dopo un negozio formale di stipulazione con cui il mutuatario promette al mutuante la restituzione del *tantundem*. La rigida applicazione dei principi vorrebbe a questo punto che si producano due obbligazioni diverse a restituire la medesima cifra, una derivante dalla *numeratio*, l'altra derivante dalla *stipulatio*. Per evitare tutto questo, e le ovvie conseguenze inique per il mutuatario, viene individuata la categoria del mutuo *civile natura cooperante*, come forma giuridica in cui la *numeratio*, anche ove preceda la *stipulatio*, possa essere vista come momento esecutivo di questa, e quindi non produrre autonomamente un'obbligazione alla restituzione del *tantundem*.

Il problema vero è determinare perché ciò accada, e soprattutto se questo sia o meno un effetto particolare del mutuo, eccezionale rispetto ad altri contratti. Bartolo attribuisce quest'ultima opinione a Iacopo d'Arena, per criticarla radicalmente:

Ita dicit Ia. de Are. Et tene menti ista notabilia verba. Tenet ergo Ia. de Are. Quod licet stipulatio impediatur oriri actionem ex numeratione tamen stipulatio interposita super alio contractu, ut emptionis, et venditionis, societatis, et similibus non impedit oriri actionem ex contractu, et sic hodie cum in quolibet contractu emptionis et venditionis subdatur stipulatio: habemus duas actiones, unam ex contractu aliam ex stipulatione, quod

est multum utile, quam una est bonafidei, alia stricti iuris. Est ne hoc verum? Glossa in l. petens in principio gl. C. de pactis videtur velle quod non, quia si praecedat pactum, et sequat stipulatio de eo., non orit actio ex pacto, quantumcumque vestiatur. Item contra Iac. videtur casus legum, dicentium quod quando quis dat dotem pro muliere et stipulatur eam sibi reddi, vel paciscitur, si enim extraneus impeditur oriri actio ex numeratione, quam quaeritur mulieri...Ergo videtur idem in aliis contractibus quam in mutuo⁸⁴.

La *stipulatio* ha in genere un effetto impeditivo sull'azione eventualmente risultante dalla *numeratio*, anche se il negozio sotteso non sia un mutuo ma, ad esempio, una donazione o una compravendita. Ciò comporta per l'interprete l'onere di trovare anche un modello che possa salvaguardare la specialità di questo schema una volta applicato al mutuo.

La lettura di Bartolo su questo aspetto è un momento di alta speculazione giuridica. Egli individua tre ipotesi diverse da una realtà che i giuristi precedenti riguardavano come unitaria, perché comunque tutta giustificata dall'argomento della *singularitas mutui*, il coacervo di eccezioni che l'apparentemente semplice contratto di finanziamento produceva nel tessuto dell'ordinamento comune civilistico, cui dovevano altrimenti soggiacere le altre fattispecie contrattuali.

La prima ipotesi è quella in cui la *stipulatio* venga fatta tra le medesime parti successivamente ad un mutuo già esistente:

Quandoque praecedit aliquid quod potest esse contractus per se, et potest non esse contractus, secundum intentionem agentis, ut numeratio, vel alterius rei traditio: tunc si statim sequitur stipulatio, praesumitur numeratio, vel traditio facta causa implendae stipulationis, non causa celebrandi alium contractum, l. si ita stipulatus § Chrysogonus et dicta lex cum n. de nova et supra eodem lege certi conditio § quoniam, nec est speciale in mutuo, ut dicebat Iac. de Are. Quia idem in dote ut vidistis, et idem puto in omnibus contractibus quibus re contrahuntur. Si nam deponerem apud te rem, vel eam tibi commodarem, et statim per stipulationem promitteres eam reddere ex causa depositi, vel commodati, tunc oriretur actio ex stipulatione, et praecedens traditio videretur facta causa implendae stipulationis, eadem ratione qua supra dixi. In aliis contractibus quandoque praecedit stipulatio et sequitur pactum, seu contractus de eo et tunc adverte, quandoque stipulatio praecedens continet obligationem de contrahendo, quandoque ipsum contractum. Primo casu contractus sequens iure cuiusdam solutionis, tollit contractum praecedentem, seu obligationem⁸⁵.

⁸⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. cit.*, ad l. *singularia* n. 9.

⁸⁵ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 11.

Si aprono due casi, nessuno dei quali può concernere direttamente la vicenda del mutuo: quello in cui la *stipulatio* succeda al contratto *ex intervallo*, in cui tradizionalmente si vede una novazione e quello in cui la *stipulatio* venga posta in essere *incontinenti* rispetto al contratto. In questa seconda ipotesi, una novazione non può mai presumersi e deve essere esplicitamente stipulata tra le parti perché possa essere l'effetto derivante dalla *stipulatio* che aderisce a un contratto precedente. Di norma, quindi, la *stipulatio* successiva produce un'obbligazione il cui contenuto deriva dal contratto precedente, non esplicando nei confronti di questo alcuna efficacia novatoria.

Solo la seconda ipotesi prende effettivamente in considerazione la fattispecie del mutuo: in questa, a precedere la *stipulatio* non è un contratto, ma un atto che a seconda dei casi può essere e può non essere considerato tale, come appunto la *numeratio*, o la tradizione di cosa altrui. È propriamente questo il caso del *mutuum civile cui natura cooperatur*: il fatto della *numeratio* potrebbe costituire in sé e per sé un mutuo, che resta tuttavia un contratto diverso e autonomo. Nel caso in cui la *stipulatio* intervenga subito dopo tra le stesse parti, l'obbligazione si repunterà essere nata da questa, e la *numeratio* si riterrà momento di adempimento di una delle obbligazioni risultante dal contratto verbale, quella del mutuante di trasferire la valuta, non momento genetico dell'obbligazione del mutuatario. Il fulcro di tutta la costruzione è nell'ambiguità strutturale della *numeratio*, che esprime effetti conseguenti ove si analizzi la seconda relazione possibile con la *stipulatio*:

Secundo casu, si quidem contractus, quod postea sequitur, vel actum omnino, et certitudinarie est contractus, numquam per illum tollitur praecedens stipulatio, nisi hoc expresse agatur, ut infra de const. pec. l. item illa, in fine et infra mandati l. si mandato meo § fi. Et ibi est tex. magis expressus. Si vero illud, quod postea sequitur potest se habere ad contractum, vel non contractum, ut numeratio et traditio, ut supra dixi, tunc videtur fieri causa implendae stipulationis praeambule in quolibet contractu, ut dicta lege si stipulatus § primo et lex cum n. de nova. et infra soluto matrimonio lex quoties cum si. Et istis casibus in quibus dixi non tolli contractum, poterit agi ex qua causa volet, et ex utraque causa dicetur rem habere, ut in l. si quis ante infra de acquirenda possessione, quod est multum notabile, ut quando quis habet duo instrumenta facta diversis temporibus de eo quod ex utroque dicatur rem possidere, ut dicta lex si quis ante⁸⁶.

Ove sia il contratto formale a precedere un atto tra le stesse parti che ne riprenda a titolo diverso il contenuto, la *stipulatio* sarà posta nel

⁸⁶ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*

nulla se l'atto successivo assurga alla dignità di contratto, nel caso contrario questo sarà momento di adempimento delle prescrizioni del contratto verbale anteriore nel tempo.

Il terzo caso è quello in cui la *stipulatio* e il contratto successivo siano contemporanei:

Tertio accedit quod quandoque contractus et stipulatio sit simul, et semel: nec alter praecedit alterum, ut si dico Titius dedit, et vendidit mihi praesenti et stipulanti, et cetera. Tunc puto idem quod supra dixi, quando stipulatio incontinenti praecedit, vel sequitur, ut actio ex contractu non tollatur ex stipulatione. Idem nam est fieri statim ante, vel statim post, vel in ipso contractu, ut infra eodem l. lecta et istae sunt stipulationes conventionales, de quibus in lege quinta § conventionales de ver. obl. Praedicta aequaliter tanguntur per glossam l. si quis cum aliter, de ver. ob.⁸⁷.

Un'ipotesi che non presenta per Bartolo alcuna particolarità rispetto a quelle precedenti. Il discrimine è dato dal fatto che la *stipulatio* preceda o segua *incontinenti* l'altro atto normativo dell'operazione economica tra le stesse parti e non *ex intervallo*.

Lontano dalle dottrine precedenti, il mutuo si lascia definire per Bartolo esclusivamente sotto il profilo funzionale: tutto descritto nello scambio di valuta, il mutuo si realizzerà una volta riconoscibile questo effetto, a prescindere dalla fattispecie con cui le parti avranno voluto conseguirlo in concreto.

9. *Le specialità del mutuo*

La definizione bartoliana porta a scorgere solo due – notevolissime – *singularitates* nel mutuo: la possibilità per il mutuo, anche nella sua forma *naturale*, di concludersi senza un vero trasferimento di valuta; la possibilità per una qualsiasi obbligazione di essere convertita in *causa mutui*. Essi esistono anche negli apparati precedenti, come abbiamo visto ad esempio in Cino da Pistoia, ma Bartolo li riporta entrambi ad una superiore unità: così come nel secondo caso si parla di trasformazione del titolo di un'obbligazione, nel primo caso si parla in realtà della particolarità del mutuo di poter convertire l'obbligazione tra due soggetti in un'altra obbligazione tra due soggetti parzialmente diversi.

In questo senso:

...non ergo videtur dicendum, quod in mutuo sit speciale. Huius ergo gratia est videndum, quando debitum mihi ab uno, potest converti in aliud

⁸⁷ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 12.

debitum, debendum mihi ab alio. Et hic est advertendum aut illud debitum de novo contrahendum, praeter contrahentium voluntate contrahitur: tunc si requirit contrectationem de necessitate, requiritur quod res sit in praesentia, ut l. falsus § sed et si is infra de fur. Si vero contrahitur secundum contrahentium voluntate, tunc per viam delegationis, et stipulatio non est dubium quod potest fieri, ut in toto titulo de nova. Si vero per alium contractum fiat tunc si quidem post iussum factum debitori meo quod solvat, secuta est solutio, etiam ex intervallo, tunc vigore ipsius solutionis novus contractus est celebratus, et nova obligatio. Hoc probatur infra de usuris l. si stipulatus in principio et de verb. ob. l. Iulianus § primo nec requiritur quod tempore facti iussum res sit in praesentia, ut dictae leges. Idem etiam esset in mutuo, ut hic⁸⁸.

Un'ipotesi che può concretizzarsi in una serie assai diversa di fattispecie. Il criterio distintivo fondamentale è quello della volontà fra le parti del rapporto obbligatorio originale. Nel caso in cui il creditore e il debitore siano entrambi d'accordo a che il debitore versi a un terzo quanto da lui dovuto perché questo terzo diventi mutuuario del creditore originario, lo schema è quello della delegazione, e non vi è ovviamente dubbio che questa possa realizzarsi attraverso una stipulazione tra il primo debitore e il terzo. Il caso opposto implica che la valuta che il debitore dovrebbe pagare al creditore sia materialmente esistente, tanto che il secondo possa semplicemente versarla al terzo su ordine del creditore. Nel primo caso, pertanto, il mutuo tra il creditore originario e il terzo nuovo mutuuario può instaurarsi perché il debitore originario promette di versare entro un certo termine al terzo la somma da lui dovuta al proprio creditore; nel secondo caso, al contrario, il debitore non essendo parte dell'accordo complessivo sta semplicemente adempiendo alla propria obbligazione seguendo le istruzioni del creditore.

Il pagamento della valuta che un soggetto fa su ordine del proprio creditore porta alla costituzione di un nuovo contratto, e ciò in qualsiasi tipo negoziale, mutuo compreso.

In questo secondo caso si sperimenta la peculiarità del mutuo sugli altri contratti:

Et sic etiam intelligitur lex tertia § fi. infra de donationibus inter vir et uxorem. Idem etiam esset in mutuo, ut hic. Nam ex hoc quod debitor meus tibi nomine meo numeravit, quaeritur mihi actio. l. certi conditio § si nummos supra eodem. Licet non praecessisset iussum, multo magis si praecessisset, ut videtis. In hoc tamen est speciale in mutuo, quod illa solutione facta, quaeritur domino directa tamquam per ipsum directo nume-

⁸⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 18.

ratum esset, ut hic. In aliis vero contractibus non sic, sed tamquam factum esset per procuratorem suum. Si vero quaeris antequam sit solutio secuta, si quidem praecessit solus iussus de solvendo, ille tamen cui debetur fieri solutio nullam de hoc promissionem recepit, tunc ille nullo modo obligatur, quia hoc est mandatum simplex, quod potest per mandantem revocari quandocumque⁸⁹.

In un qualsiasi contratto diverso dal mutuo, colui che su ordine del proprio creditore paga al terzo riveste la qualifica di mandatario del creditore, con la conseguenza di diventare lui creditore nei confronti del terzo, pur con l'obbligo da contratto di trasferire questo credito al suo mandante. La particolarità del mutuo è invece quella per cui il pagamento del debito al terzo fa sorgere un contratto, il mutuo appunto, che eccezionalmente fa acquistare immediatamente il credito e la relativa azione al primo creditore, che non è a questo punto mandante, ma contraente in proprio. Perché questo schema si realizzi, tuttavia, occorre che il terzo riceva dal debitore interposto direttamente la somma di danaro o l'impegno giuridicamente rilevante e azionabile in giudizio a corrispondergliela a titolo di *numeratio*. Fuori da questo caso, il contratto di mutuo non si conclude, il debitore non è liberato nei confronti del suo creditore originario, il terzo non può dirsi mutuatario nei confronti di quest'ultimo: il debitore non avrebbe quindi altro che un *mandatum simplex*, il quale può essere revocato in qualsiasi momento dal creditore mandante.

A questa differenza deve aggiungersi quella basata sulla qualità della cosa prestata al terzo in inadempimento della prima obbligazione e su ordine del creditore:

Si vero ille cui debet fieri solutio de hoc promissione habuit, tunc si quidem causa quare illi debet solui, est talis, quam potest impleri in qualibet re, exemplum in dote: dos nam potest constitui in pecunia, in rebus mobilibus, immobilibus et in iuribus, tunc statim perfectus est contractus, quia illa obligatio, quam illi quaesita est ex promissione cedit in causam dotis, ut infra ... Idem in aliis contractibus ea ratione. Quidam sunt contractus, qui non possunt contrahi, nisi in certis rebus ut mutuum, quia requirit res, quae consistunt in pondere, numero, et mensura, tunc quia illa obligatio, quae est illi quaesita, non consistit in pondere, numero, vel mensura, non potest dici mutuum esse contractum argumenta l. qui negotia infra mandati nisi pecunia esset solutioni parata⁹⁰.

Occorre distinguere tra le diverse cause che possono essere sottese alla dazione al terzo dell'adempimento dovuto ad altri. Se questa può es-

⁸⁹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*

⁹⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*

sere assolta con un bene qualsiasi, fungibile o infungibile, in essa può trasferirsi una qualsiasi obbligazione precedentemente esistente tra il mandante e il mandatario. L'esempio migliore è nella costituzione di dote, che può essere disposta da un soggetto attraverso l'ordine fatto ad un suo debitore di trasferire al percettore della dote la prestazione dovutagli nella sua individualità, atteso che la dote può costituirsi tanto in cose fungibili, come il denaro, quanto in cose infungibili, come un bene immobile. Ove invece il creditore e il terzo vogliono costituire fra loro un contratto di mutuo, occorre che il debitore mandatario presti al terzo una somma di denaro, un'altra quantità di cose fungibili. Ne deriva che, ove l'oggetto dell'obbligazione che lo lega al creditore mandante non abbia ad oggetto cose simili, parte integrante del suo mandato sia quella di trasformare il valore della prestazione da lui originariamente dovuta in una valuta tale da essere possibile oggetto di mutuo⁹¹.

Allorché si passa dall'astrazione delle formule alla concretezza degli esempi la realtà di cui Bartolo sta parlando risulta evidentissima:

Modo habes intellectum huius passus. Ex hoc apparet intellectus eorum, qui tota die fiunt. Ego dico campori, vel mercatori, quod solvat tibi illud quod debeo tibi pro pretio pannorum, vel pretio libri, sum ego a te liberatus? Responde siquidem ille campor promisit tibi, ista promissio quam habes, cedit loco solutionis pecuniae, et ego sum liberatus l. si pupilli § primo infra de sol. Facit infra mandati l. inter § abesse. Mutuum tamen non contraheretur, nisi pecunia esset solutioni parata, ut supra dixi. Si vero mercator non promisit tibi aliquid, sed solum dixit tibi quod solueret, non sum liberatus, ut patet ex supradictis, ideo si mercator cederet foro, quod in Tuscia appellatur fallire, posses iterum remittere, contra me primum debitorem⁹².

Il mercante, incaricato da un soggetto di pagare un debito di questi ad un terzo libera validamente il suo mandante da questa obbligazione solo se la sua promessa al terzo possa dirsi fatta loco *solutionis pecuniae*, poiché obbliga validamente il mercante verso il terzo creditore. Non così, ovviamente, allorché il mercante si impegni solo genericamente verso il terzo a pagargli il debito che con lui ha il proprio mandante: in questo caso la sua promessa non essendo obbligatoria per lui non libera il mandante. L'inadempimento del mercante, o il suo fallimento, portano così il creditore a poter pretendere dal debitore originario il pagamento del debito.

⁹¹ Abbia cioè la *pecunia parata solutioni*, nel linguaggio degli apparati precedenti di cui BARTOLO si serve in questa sede.

⁹² BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 19.

Sulla base di questi stessi principi, così isolati, si costruisce il secondo momento di specialità del mutuo nei confronti degli altri contratti:

Veniamus ad tertium passum. Dicitur hic, quod debitum ex una causa potest converti in debitum ex alia, sola conventionem. Contra infra mandati l. quae negotia. Vera solutio est, quod ibi pecunia non erat parata solutioni, hic sic. Ratio est, quia ad hoc, ut sit mutuuum, requiritur quod sit res, quam consistat in pondere, numero, vel mensura, ut l. secunda supra eodem. Item scitis quod legis fictio se non porrigit ad impossibile, ut l. quo ad certum in fine infra locati et lex ...nec fingit super re, qua non est, ut l. quoties infra de nova. et l. eum qui ita § fi de verb. obl. Si igitur pecunia non extaret, non posset fingi pecuniam mihi datam et a me ad te profectam, quod requirit haec lex. Contra hoc oppone quod etiam si pecunia non esset solutioni parata contrahitur mutuuum, ut lex si ex pretio, C. eodem. Solve. Haec est veritas, quod in mutuo naturali procedit quod dixi supra mutuuum vero civile contrahitur per stipulationem, nec requirit rem, merito ibi mutuuum per stipulationem contrahitur, licet res non sit solutioni parata. Et idem in dote. Licet nam res non sit solutioni parata, tamen contrahitur dos, et obligatio dotis, quia liberatio, quam tibi obvenit ex causa praeambula, est sufficiens ad constituendam dotem, ut infra de iure dotium l. si sponsalibus § primo. Sed quando res esset solutioni parata fingeretur data in dotem. Quando vero res non est solutioni parata, tunc liberatio cedit in dotem. Ista autem liberatio non cedit in causam mutui, quia requiritur res consistens in pondere, numero, vel mensura, imo requiritur quod res sit solutioni parata. Et idem in aliis contractibus scilicet qui res perficiuntur, et in quibus non possunt cadere nomina debitorum, sed corpora. Oppone et videtur quod requiratur praesentia rei, ut l. si pecuniam infra de sol. Solve verum est quo ad hoc, ut dicatur facta vera traditio: sed ad fictam solutionem, vel traditionem sufficit rem paratam solutioni, licet non sit praesens, et ex hoc videtur hic fecte acquisitum dominium⁹³.

Il mutuo può costituirsi senza la presenza di una somma di denaro pronta per l'adempimento dell'obbligazione che in esso si vorrebbe convertire solo se prende la consistenza del mutuo *civile*, quindi fatto attraverso una stipulazione con cui il debitore si riconosce tale verso il suo creditore non più sulla base del titolo costitutivo del vincolo originario, ma *ex causa mutui*.

Nella fattispecie *naturale* il mutuo presuppone, secondo molti autori, che possa darsi per attuata la *numeratio*, il che a sua volta presuppone la pratica possibilità del debitore di adempiere alla prima obbligazione e di trattenere quindi questa valuta a titolo di mutuo. La soluzione di Bartolo è in piena conseguenza a quanto da lui individuato sul punto

⁹³ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. ult. cit.*, n. 20.

precedente: perché si abbia una vera *traditio* non è necessario che si abbia anche una vera *solutio* della prima obbligazione perché questa possa convertirsi in un'altra, fatta *ex causa mutui*. La *pecunia solutioni parata* può servire come elemento per dare per acquisita una *ficta solutio* della prima obbligazione ma, una volta che ciò avvenga, costituisce in sé e per sé una vera *traditio* costitutiva del mutuo.

Bartolo destruttura pertanto tutti i principi su cui si fondava la ricostruzione del mutuo nelle dottrine precedenti: ogni cosa può essere data in mutuo, purché l'ordinamento la intenda come valuta; ogni contratto può costituire il mutuo, purché sia ravvisabile una tale finalità comune alle parti; ogni debito può essere trasfuso in un mutuo, a prescindere dalla sua natura.

10. *La definizione di mutuo in Baldo degli Ubaldi*

In modo perfettamente speculare a quello del suo maestro Bartolo da Sassoferrato, Baldo premette allo svolgimento della sua analisi una propria definizione del mutuo, assai semplice:

Ex his collige diffinitionem mutui: nam mutuuum est contractus, qui re contrahitur, ex quo nascitur obligatio ad tantundem in eodem genere et concord. infra eo l. cum quid et diversum in specie⁹⁴.

Per essa il mutuo è quel contratto che, a differenza di altri, è caratterizzato dal sorgere di un'obbligazione a corrispondere un oggetto che sia identico nel genere a quello ricevuto, ma diverso nella specie. Una definizione che non è immediatamente esaustiva del concetto di mutuo, e attende di essere integrata dall'ulteriore definizione del concetto di *species*:

Oppone hic dicitur quod mutuuum consistat in specie. Contra infra § prox. Solve. Species dicitur dupliciter, uno modo res, sive corpus in genere suo functionem recipiens et tunc cadit mutuuum in tali specie, quia actus corporalis traditionis habet super aliquo corpore cadere, ita loquitur hic. Secundo modo dicitur species corpus, quod in genere suo non recipit functionem, ut saccus, et in tali specie non consistit mutuuum, ut ibi. Habita est solutio glosse aliquid aliter declarata, et designata, et suppleta⁹⁵.

Conclusioni, queste, non dissimili sotto un certo profilo da quelle della Glossa, e tuttavia espresse in un linguaggio che non è solo più prov-

⁹⁴ BALDO DEGLI UBALDI *in secundam veteris partem*, ed. Venetiis 1577 *ad l. mutuuum ff. de rebus creditis si certum petatur* n. 2.

⁹⁵ BALDO DEGLI UBALDI, *op. cit.*, n. 4.

veduto giuridicamente, ma rivela in sé e per sé il diverso atteggiamento interpretativo del giurista, che non può più accontentarsi dello strumento di una più o meno fedele esegesi del testo romano per edificare la propria costruzione, ma deve necessariamente sperimentarne la solidità sul piano della congruità logica. Un aspetto perfettamente visibile nella definizione baldesca di *genus* e *species*: è espressa nel genere, e quindi può essere oggetto di mutuo quella cosa in cui l'atto materiale della tradizione può avere indifferentemente ad oggetto un qualsiasi *corpus*, ossia un qualsiasi oggetto individuale esistente all'interno del *genus*; è espressa nella *species*, e non può essere conseguentemente oggetto di mutuo, quella cosa in cui l'atto materiale della tradizione non può esplicarsi alternativamente o indifferentemente su qualsiasi unità specifica.

Una concezione totalmente normativa dei concetti di *genus* e *species*, isolati a prescindere da qualsiasi particolarità fisica del bene e definiti integralmente dalla prospettiva dell'*actus traditionis*, quindi dell'atto che materialmente serve a costituire il contratto di mutuo. Il tutto nel superamento di una logica di tipo puramente nominalistico che, dispiegatasi dai glossatori in poi, vedeva nel *genus* quanto composto dall'unione di più *species* e nella *species* quanto composto dall'unione di più numeri, e così via.

L'analisi circa le qualità che un oggetto deve avere per poter essere preso a mutuo è il primo interesse definitorio di Baldo degli Ubaldi, che vi profonde un apparato tecnicamente dettagliato e provveduto dei suoi tradizionali strumenti filosofici. Sono proprio questi a segnare la differenza dal punto di vista dell'interpretazione giuridica tra questo giurista e i precedenti, per modo che conclusioni che a prima vista non sembrano diverse da quelle delle dottrine anteriori, si rivelano foriere di sviluppi prima insospettabili, proprio grazie all'uso di strumenti logici tanto più raffinati.

Ne è esempio il percorso interpretativo che Baldo persegue a proposito della nozione di cose fungibili:

Mutuuum consistit in rebus consistentibus pondere, numero, et mensura, quia in aliis non cadit mutuuum, et est ratio, quia in dictis rebus cadit functio, id est similitudo naturalis debita, et omnimoda ex natura sui generis, ut ex solutione eiusdem speciei, non sic in aliis rebus, si enim in aliis rebus caderet diversum, et esset contra rationem, quia aliud et ita aliud, quod non est idem fungi non posset pro alio invito creditore, soluit diversum, sed idem, quia quid est omnino simile idem esse videtur iuris interpretationem, non eiusdem speciei solutione, hoc dicit⁹⁶.

⁹⁶ BALDO DEGLI UBALDI, *ad l. mutuuum § mutui datio ff. de rebus creditis si certum petatur*, n. 1.

La caratteristica propria di questo genere di beni, di consistere cioè in cose che si scambiano secondo il peso, il numero o la misura viene resa da Baldo in termini sensibilmente diversi rispetto alla tradizione. È conforme a questa il pensiero per cui solo questo genere di cose possa essere valutato secondo la funzione generica cui esse possono servire, rappresenta invece un carattere ulteriore stabilire che questa funzione debba essere in ogni caso consimile alla natura del *genus* cui la *res mutui* appartiene in concreto. Solo a questa condizione si può creare nel contratto l'obbligo di restituire un *idem genus*, e non una stessa *species*, il che sarebbe contro la natura del mutuo ed esporrebbe il debitore a dover ricercare il consenso del creditore per una *datio in solutum*.

Per Baldo la fungibilità di una cosa non può essere mai semplicemente un dato normativo, ma deve trovare necessariamente una base nella natura:

Nota quod una res fungitur loco alterius rei eiusdem generis in rebus constitutis in pondere numero vel mensura, non in aliis, quia in istis non est differentia in effectu, adeo natura adinvicem assimilatur, ut nec subtili artificio possit differentia assignari, sed in aliis non est sic, quia una non fingitur loco et vice alterius, quia non habent tantam similitudinem adinvicem, nec symbolum, nec aequipollentiam⁹⁷.

La natura della *res mutui* è tale per cui il bene dato possa effettivamente sostituirsi nella sua utilità con il bene che il creditore è destinato a ricevere: un carattere che per Baldo degli Ubaldi rileva come limite alla volontà privata, la quale non può segnare artificialmente una differenza tra cose che la natura ha voluto eguali nella funzione. All'atto pratico, ciò implica la possibilità per il debitore di liberarsi sempre prestando il *tantumdem* naturale di quanto ricevuto, anche laddove abbia in ipotesi pattuito in favore del creditore di liberarsi solo attraverso una specie particolare del *genus* ricevuto. La similitudine naturale tra i due oggetti esclude qualsiasi ipotesi diversa⁹⁸.

La conseguenza cui si può facilmente arrivare è questa:

Secundo nota quod debitor in genere potest solvere diversum in specie, sed debitor in specie potest solvere diversum in genere. Item nec debi-

⁹⁷ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 2.

⁹⁸ «Oppone quod genus alter sumatur, ut in arbore Porphirii. Solve: concedo quod aliter loquuntur Legistae de genere et de specie, et aliter Artistae apud eos genus habet sub se species, de quibus praedicatur species individua. Individuum vero dicitur quod non habet aliud sub se et non habet aliam praedicationem nisi sui ipsius. Sed Legistae vocant speciem corpus demonstratum genus vero, quod sine demonstratione alicuius corporis profertur individuum, cuius pars non est, vel cuius pars solui non potest». BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*

tor in qualitate posset solvere diversum in qualitate, ut infra eo. l. cum quid de diverso in quantitate, dic ut infra eo.⁹⁹.

Un soggetto che sia obbligato a corrispondere un dato *genus* può liberarsi pagando una *species* appartenente a quel medesimo *genus*, come appunto nel caso del mutuo, ma non può sostituire unilateralmente un *genus* ad un altro. Lo stesso deve essere detto per chi si obbliga a una data *qualitas*, e non può conseguentemente sostituire questa ad un'altra di propria volontà.

Per la *species* il discorso è parzialmente diverso:

Tertio nota quod in speciebus non consistit omnimoda similitudo, nisi quando continetur sub aliquo trium generum, rerum scilicet aut eorum quae consistunt in pondere, aut eorum quae consistunt in numero, aut eorum quae consistunt in mensura, quia in his genus reputatur uniformiter in qualibet sua specie: secus in aliis, in quibus caderet affectio. Hac etiam ratione dicimus, quod cum compensatio sit quaedam solutio, non cadit inter diversa genere, vel affectione, ut nota infra soluto matrimonio l. divortio § ob donationes, ubi est glossa multum notabile¹⁰⁰.

Due *species* sono tra loro per principio infungibili, a meno che non siano esprimibili secondo uno dei tre generi dati dal peso, dal numero o dalla misura, poiché in essi si presuppone che le stesse caratteristiche si ripropongano in qualsiasi specie loro appartenente. Assolta questa condizione, due *species* hanno fra sé una totale similitudine, il che legittima il debitore a corrispondere l'una al posto dell'altra in modo del tutto unilaterale, per come accade nella compensazione, la quale richiede ovviamente l'omogeneità tra le diverse poste di credito e di debito.

Su questa regola si può dare soluzione a tutti i casi puntualmente descritti dalle dottrine precedenti:

Quaerit glossa de quinque quaestionibus. Prima est, utrum mensura possit reddi pro numero et dic quod non: quia numerus et mensura habent se ut differentia genere. nam alterum genus est eorum, quae numero, alterum eorum, quae mensura, sed diversum genus non potest solvi...Praeterea lex est expressa infra de fideiussionibus l. si fideiussorem accepero. Quid econtra, an numerus possit reddi pro mensura, id est pecunia pro frumento? Et videtur quod sic per eandem lege in fine et per l. vinum [...] Secundo quaerit glossa nunquid numerus possit reddi pro pondere id est pecunia pro massa? Et videtur quod sic, per lege prima de au. et arg. leg. et C. de don. l. si quis argentum in principio. Econtra, quod non, propter

⁹⁹ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 2 ex *lectura antiqua*.

¹⁰⁰ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 3.

diversitatem generis. Item per l. Paulus, infra de solutionibus. Primum tenet glossa dummodo solvatur in eadem materia urum argentum pro argento, purum pro puro: ita quod sit ibi aestimatio aeris, quae facit ipsum impurum. Secunda hic, et respondeo ad legem primam aliter, quod ibi speciale est in ultima voluntate, quae ratio facit ad oppositum, quia in ultima voluntate magis est praecisa obligatio...et ideo opinio glossae est vera si non interest creditoris, arg. in dicta lege Paulus. Item quia nummi possunt in massam reduci...nec obstat, quod videatur diversum genus, quia imo in eadem materia: quia materia et materiatum non differunt genere, nisi esset facta digressio in materiatum, unde pro frumento non posset solui farina¹⁰¹.

Non si può così adempiere all'obbligo di restituire un bene ricevuto secondo il numero corrispondendo un bene che può essere dato solo secondo la misura lineare, poiché la differenza fra queste due cose è una differenza di genere, e non si può unilateralmente sostituire il genere della prestazione dovuta. È possibile però il caso contrario, in cui un bene che per natura sua si dà a numero, come il denaro, possa essere unilateralmente prestato in sostituzione di un bene da corrispondersi in misura lineare, poiché mentre il denaro può convertire il valore dell'altro bene, la cosa non è reciproca. La possibilità per il debitore di corrispondere denaro al posto di un bene dato a peso, come nel caso di scuola della somma di monete d'argento date come *tantundem* di una massa argentea viene anch'esso ammesso da Baldo degli Ubaldi su questa stessa regola e, ancora una volta, all'interno di un lessico estremamente diverso (la differenza tra *materia* e *materiatum*) che consente di risolvere con semplicità il caso opposto della reciproca mutuabilità tra farina e pane, altro caso caro alla Glossa magna.

La concezione di Baldo circa i rapporti tra *genus* e *species* consente soprattutto di dare soluzione al caso della restituzione di una valuta diversa da quella mutuata:

...non obstat, quod sit diversum genus materiae, quia respondeo quod interpretatur esse idem, quia omnis quantitas est sub genere eorum, quae in numero consistunt. Unde numerus et genus complectitur quantitatem cuiuslibet materiae, et formae, et sufficit sola convenientia in genere; nec in summis consideratur qualitas intrinseca, sed valor. Secus in aliis rebus, ut infra eodem l. cum quid. Illa enim rubrica respicit non solum naturam obligationis, sed beneficium solutionis, et per consequens licet intrinseca bonitas argenti sit prima sub bonitatem aeris, tamen in quantitate est speciale, ut non consideretur ista bonitas, sed sola aequivalentia. Sed glossa

¹⁰¹ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, nn. da 4 a 6.

sentit contrarium infra eodem l. cum quid in prima glossa parva, quia ista rubrica habet locum etiam in numero, et in quantitatibus, quia illa lex indistincte loquitur, et quia diversitas in materia videtur esse diversitas in substantia, ut infra de contrahenda emptione l. in venditionibus, et facit in ratione sui¹⁰².

Il numero e la *quantitas* costituiscono eguali momenti di determinazione del *genus*, per cui attraverso di essi si può descrivere concretamente qualsiasi oggetto che deve essere dato secondo il proprio genere. È dunque sufficiente che tra le due prestazioni esista un'eguaglianza nel genere per rendere indifferente la determinazione secondo quantità dell'una rispetto alla determinazione secondo il numero dell'altra. A ciò si deve aggiungere la particolarità del denaro rispetto a qualsiasi altro bene fungibile, per cui la moneta si scambia esclusivamente in funzione del proprio valore, cosa che può portare addirittura a pagare in moneta di bronzo un debito contratto in moneta d'argento, purché l'equivalenza tra i due valori sia rispettata. Soccorre questa soluzione il favore dell'ordinamento al *beneficium solutionis*, che porta la moneta ad essere scambiata prescindendo da ogni considerazione sulla propria *qualitas* intrinseca.

Si può qui sottolineare un ulteriore esempio di come il lessico tecnicamente più raffinato e filosoficamente provveduto di Baldo degli Ubaldi influisca sul sostanziale progresso di una questione che, a primo sguardo, rischierebbe di essere intesa come una pura ripetizione di una dottrina oramai consolidata:

Ad hoc ergo, ut dicatur res consistere in numero, et eadem doctrina sit de pondere et mensura, quattuor requiruntur. Primo natura id est ordinatio primae institutionis, quia res sit ad hoc ordinata, seu nata: ut pecunia ad mutuandum, quia non habetur utilitas ex ea, nisi per numerationem, vel per novationem, ut infra de contrahenda empt. lex prima. Secundo requiritur atitudo, nam si homines numerentur, vel ponderentur, ineptum est, sed si pecunia numeretur, aptissima res est, quia ad hoc est apta nata¹⁰³.

La tradizionale dottrina azoniana viene riproposta da Baldo degli Ubaldi senza delle sostanziali modifiche perché esse è riferita, nel suo apparato, a momenti di qualificazione del *genus*. Una cosa può essere data secondo quantità, e così essere espressione di un *genus*, allorché quattro norme fondamentali lo stabiliscano. La prima è data dall'*ordinatio*, ossia dal fine per cui un oggetto è stato costruito dall'uomo o si ritrova in na-

¹⁰² BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 7.

¹⁰³ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 9.

tura, e la modalità attraverso cui un oggetto esprime necessariamente la propria utilità, come nel caso del denaro, che non può esprimere alcuna utilità fuori dalla *numeratio*. La seconda è data dall'*aptitudo*, la norma che stabilisce che la prestazione di un bene secondo quantità può realizzare la sua utilità specifica. Gli uomini possono essere ovviamente numerati, o pesati nella loro natura fisica, ma non possono esprimere la propria utilità specifica attraverso questo tipo di quantificazione. La terza norma è la *consuetudo mutuandi*, la quarta è la congruenza tra il contratto e l'*aptitudo* della cosa:

Tertio requiritur consuetudo: quia consuetudo debet attendi...unde propter consuetudinem eadem re quis utitur diversimode, quandoque in forma numeri, ut nummos ponderando: sed si non esset consuetudo mutuare nummos ad pondus non posset mutuari ad pondus. Quarto, quod actus mutuantis conformet se aptitudini. Nam si do nummos, ut speciem in sacco non est mutuuum intelligas, quia saccus impediatur mutuuum, sed quia non sit connumeratio numeri...et ita dicit glossa¹⁰⁴.

La prima norma è riconoscibile solo quando la natura della cosa autorizzi modi diversi per un suo utilizzo. Allora e solo allora è riconoscibile una consuetudine che imponga e consenta alla cosa di essere trasferita secondo quantità. La *consuetudo* è una norma eventuale e integrativa rispetto all'*ordinatio* e all'*aptitudo*: soccorre ancora una volta l'esempio della moneta, la quale è ordinata ad essere trasferita secondo il numero, e può essere trasferita secondo il suo peso solo laddove esista una *consuetudo* in tal senso. Ove una cosa non sia stata ordinata a essere trasferita secondo quantità, e non abbia conseguentemente alcuna attitudine a ciò, l'insorgere di una consuetudine può far sì che lo sia, restando inteso che al pari di qualsiasi altra consuetudine, anche questa non potrebbe costruirsi in modo totalmente avulso dalla realtà, e rendere di congruenza fungibile un bene la cui natura sia totalmente estranea ad una tale caratteristica. La quarta norma è quella che chiude il sistema, consentendo di affermare che il contratto riguardi in concreto la cosa fungibile in questa sua propria natura, cosa che è esclusa ad esempio nel caso in cui venga trasferito un sacchetto di monete e il ricevente lo accetti così com'è, senza aprirlo o poterlo aprire. Ciò equivale a corrispondere il denaro fuori dalla possibilità della sua *numeratio*, e quindi contro la sua struttura propria.

Su di un piano diverso Baldo degli Ubaldi colloca però la questione circa l'eguale qualità tra la cosa mutuata e quella che deve essere restituita in pagamento:

¹⁰⁴ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*

Solve dicit glossa notabiliter...bonitas, seu qualitas intrinseca, ut sapor, quaedam extrinseca, ut valor. Simile nota C. de iure do. l. si inter. Quo ad intrinsecam bonitatem inspicitur tempus contractus, ut hic: quo ad extrinsecam, tempus morae, ut in dicta lex contraria. Et est duplex ratio differentiae. Prima quia intrinseca bonitas est pars rei, ad quam contrahitur obligatio, alias sequeretur, quod omne mutuum in mundo consisteret in pecunia numerata, si aestimatio deberetur a principio, et adde quod nota infra eodem l. lecta circa prin. Secunda ratio est, quia actio ista est in certa quantitate, et qualitate: ergo non debet variari, ut infra eodem l. si quis certum et argumenta infra de verb. ob. l. si quis insulam alias l. insulam intra biennium, in ratione sui. Nam illud quod essentialiter pendet de futuro, dicitur incertum, ut ff. de verb. ob. l. ubi autem non apparet...sed aestimatio venit officio Iudicis, ut nota in contrario, quod officium Iudicis potest variari, sed non actio¹⁰⁵.

Per Baldo la distinzione tra una *bonitas intrinseca* e una *bonitas extrinseca* si poggia su due motivi, entrambi palesi solo alla sua terminologia scientificamente raffinata, che ci riporta il senso del problema, poiché ricollega immediatamente la questione alle dottrine coeve circa il *dominium*. La *bonitas intrinseca* è difatti *pars rei*, qualità intrinsecamente legata all'ontologia della cosa e da questa inseparabile; essa riflette le particolarità del bene scelto come *res mutui*, e dà ragione del fatto che il debito contratto *ex causa mutui* non possa essere pagato altro che corrispondendo una cosa eguale in sostanza e in utilità, altrimenti ogni mutuo sarebbe in realtà un mutuo pecuniario. Questo il primo motivo, il secondo si svolge di conseguenza: non ricorrendo al concetto di *bonitas intrinseca*, si corre il rischio di determinare la prestazione del *tantundem* secondo una valutazione incerta, dipendente da elementi futuri e ignoti al momento della conclusione del mutuo.

Ancora una volta, la questione non è puramente nominalistica, ma serve a risolvere un problema pratico, già segnalato degli apparati dei giuristi precedenti, ma mai risolto con eguale esattezza di metodi:

Extra quaeritur, quid de moneta mutuata, an solvetur nova pro veteri, et in qua bonitate intrinseca, vel extrinseca? Dicunt quidam, quod ex quo moneta antiqua est mutata, seu sublata penitus quasi interitu, debitor sit liberatus, ut infra eo. l. quod te. Sed hic non est verum, quia nova loco veteris est subrogata, unde non videtur ex toto periisse...Alii dicunt, quod reddetur tantundem in bonitate, sed extrinseca non venit nisi a tempore morae, ut infra eo.l. vinum. Tertii dicunt, quod in moneta tam intrinseca bonitas, quam valor monetae inspicitur tempore contractus, ut extra de censi. c. olim. Et ideo videmus quotidie dotes antiquas restitui cum melio-

¹⁰⁵ BALDO DEGLI UBALDI, *op. cit.*, ad l. cum quid ff. de rebus creditis si certum petatur n. 3.

ramento antiquae monetae: si autem antiqua moneta sit adhuc in usu, licet superveniat novuum; nec ut hic ponderabitur aestimatio, nisi ex die morae. Differentia est ergo, utrum antiqua moneta in totum desierit extare et non sit in rerum natura, et tunc solvatur in nova ad eundem valorem, nam et hic si non inveniretur vinum vetus, oporteret solui in novo¹⁰⁶.

Le soluzioni possibili per il caso in cui il mutuo sia stato contratto in una determinata moneta che nel frattempo abbia cessato di esistere sono diverse¹⁰⁷. La prima, e sicuramente la più radicale, riporta implicitamente ogni discorso circa il valore della moneta al ruolo dell'ufficialità del conio, e ne deriva l'immediata liberazione del debitore *ex causa mutui* per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. In una tale ottica, anche se il debitore trovasse per avventura esemplari della valuta non più esistente, questa non avrebbe per definizione valore e non potrebbe essere conseguentemente utilizzata per il pagamento. Va da sé che un tale atteggiamento interpretativo osta fundamentalmente contro la realtà della moneta provvista di valore intrinseco, e Baldo non ha nessuna difficoltà nel respingerlo, sull'argomento per cui la nuova moneta, nel momento in cui toglie dalla circolazione quella precedente, se ne surroga nel valore e deve per definizione rappresentare l'intero capitale circolante integrato dalla prima valuta.

La seconda tesi è quella propria della Glossa, per cui la moneta deve essere restituita secondo la propria *bonitas intrinseca*, e quindi semplicemente nell'identità di numero e peso rispetto a quella ricevuta, allorché l'adempimento è tempestivo; occorrerà invece restituire il debito secondo il valore rappresentato nella nuova moneta, sul presupposto che questo sia maggiore rispetto all'antica, nel momento in cui il debitore sia stato costituito in mora¹⁰⁸.

La terza opinione astrattamente sostenibile è quella per cui il debito deve essere pagato in valore, non in valuta, e pertanto la somma di danaro ricevuta in mutuo dovrà essere ragguagliata al valore della nuova moneta, ove la precedente non possa più servire da mezzo di pagamento.

¹⁰⁶ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 7.

¹⁰⁷ Non possiamo parlare di moneta fuori corso, poiché tutti gli esempi si riferiscono ovviamente ad una moneta di valore intrinseco. Allo stesso tempo, tutta la questione si comprende sul dissidio tra due possibili valori, quello dato dall'ufficialità del conio, e quello dato dal valore intrinseco del metallo di cui la moneta è formata. Non è possibile qui ripercorrere dettagliatamente il problema dal punto di vista della storia e della teoria economica, basti ricordare però come già i glossatori e in genere i giuristi precedenti a Baldo si siano spesso interrogati, come abbiamo visto, sul profilo del conio come garanzia dell'omogeneità della qualità intrinseca della moneta di metallo prezioso.

¹⁰⁸ Sull'uso della *distinctio* tra *bonitas intrinseca* e *extrinseca* in Baldo cfr. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 396.

Ove la valuta originaria sia ancora disponibile, si potrà pagare con quella la somma ricevuta a mutuo, ma anche qui ragguagliando il valore della prestazione a quello che quella data somma di moneta aveva al tempo del contratto. Nel caso in cui la valuta originaria non sia più disponibile, si dovrà pagare con quella nuova, ma a questo punto il valore dovrà essere determinato in concreto attraverso la comparazione tra le due valute:

Sed certe de valore non videtur verum, quia non est in obligatione, sed venit ab extra solummodo propter moram. Si vero adhuc extat antiqua, soluetur talis, qualis est: nam circa eandem monetam quotidie contingit variatio aestimationis, et tamen non curatur mutatio aestimationis, an possit praestari in aestimatione emergenti, nisi ex die morae¹⁰⁹.

Baldo esclude radicalmente che il debito *ex causa mutui* sia un debito di valore, poiché non è questo l'oggetto su cui si forma il consenso delle parti nel mutuo, ma può rilevare solo a causa della mora nell'adempimento dell'obbligazione da questo risultante. Se quindi la moneta in cui fu stipulato il mutuo è ancora disponibile, questa servirà al pagamento nel valore che avrà al tempo dell'adempimento, non al tempo della conclusione del contratto. Ancora una volta, gli esempi con cui Baldo introduce e spiega la questione ci restituiscono l'importanza del problema:

...ut si mutuavi tibi centum florenos, et tunc apud campsores florenus valebat tria, nunc valet duo: certe in hoc non est vis, cum tu florenos habuisti a me, florenos reddendo liberaris¹¹⁰.

Il cambio della valuta espone la stessa, pur dotata di valore intrinseco, a infinite variazioni di valore nel passaggio da una piazza commerciale all'altra: trasferire il rischio dell'apprezzamento della valuta sul mutuatario sarebbe iniquo in sé, e esporrebbe facilmente questi al rischio di subire una frode.

La ricostruzione del valore finanziario non può dunque procedere secondo Baldo degli Ubaldi esclusivamente sul punto della individuazione delle caratteristiche che un bene deve avere per essere assunto come valuta. Alla concezione di Bartolo, tutta versata sul dato della qualificazione operata dall'ordinamento, Baldo degli Ubaldi contrappone una nozione che si riporta comunque al valore oggettivo del bene assunto come valuta. Il tutto per servire uno scopo preciso: considerare la svalutazione importata dal cambio della moneta. Il concetto di *bonitas*

¹⁰⁹ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*

¹¹⁰ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*

serve a Baldo per tenere distinti due ipotesi di valore finanziario ormai irriducibili ad un unico modello: quello del prestito in denaro, in cui la sostanza della cosa mutuata rimane eguale, essendo la moneta di conio ufficiale identica a sè stessa per definizione, ma è soggetta a mutamenti di valore in funzione del suo mercato di cambio; quello del prestito in derate, in cui il valore muta anche in funzione della differente sostanza che la cosa restituita ha in confronto di quella mutuata.

11. *Le species mutui*

Le stesse considerazioni si possono fare circa la dottrina di Baldo sull'altra grande questione che concerne la materia del mutuo: la fattispecie relativa alla sua conclusione. Ancora una volta, Baldo non si allontana dalla dottrina del *triplex mutuum* di Azone, fatta propria dalla Glossa magna, ma attraverso l'uso di categorie più raffinate ne modifica sensibilmente il significato:

...nam ut dicit glossa triplex est mutuum: naturale, quod re contrahitur, civile, cui natura cooperatur, quando numerationi adiicitur stipulatio, ut infra eodem l. certi conditio § quoniam et civile tantum, ut in chirographo. Odof. dicit, quod unum tantum est mutuum, scilicet naturale, nam si stipulatio est contractus per se, similiter obligatio literarum et unus contractus est alterius speciei ab altero...Ego dico quod nomen mutui potest sumi dupliciter: uno modo ex numeratione vera vel ficta, et tunc non est nisi duplex, scilicet verum et fictum. Secundo modo pro nomine contractus, et tunc non est nisi unicum, scilicet quando re contrahitur¹¹¹.

Alla critica di Odofredo, per cui può esistere solo un tipo di mutuo, quello naturale, Baldo oppone una lettura che parte dalla polisemia della stessa nozione. Per mutuo si possono così astrattamente intendere due cose: l'effetto della *numeratio*, vera o ficta che sia, oppure un *nomen contractus*, una fattispecie contrattuale specifica. Nel primo caso il mutuo è duplice, atteso che ve ne può essere uno che consegue all'effettivo trasferimento della proprietà della cosa e un altro che deriva da una *fictio*; nel secondo caso, il mutuo è uno e uno solo, il contratto che si conclude *re*.

Lungi dall'ipotesi di perseguire improbabili mediazioni tra dottrine antitetiche, Baldo degli Ubaldi sta ancora una volta creando una propria partizione fatta per superare le tesi dei giuristi precedenti, senza però negare quelle esigenze sistematiche che avevano portato questi alle proprie

¹¹¹ BALDO DEGLI UBALDI, *op. cit.*, ad l. *mutuum* § *verbis ff. de rebus creditis si certum petatur*, n. 1.

elaborazioni. Nel caso specifico, la tesi portata avanti da Baldo dà ragione a Odofredo nel momento in cui evidenzia l'estrema distanza causale che intercorre tra il mutuo naturale e le altre ipotesi della tripartizione azoniana, ma considera la bontà delle ragioni sottese a quest'ultima, visto che è un dato di fatto che non tutte le ipotesi di mutuo previste dal *Corpus iuris* si basano sulla materiale tradizione della *res*.

La distinzione tra *numeratio vera vel ficta* può risolvere così la medesima esigenza di tenere all'interno dello stesso sistema ipotesi di mutuo così diverse, senza per questo moltiplicare le fattispecie contrattuali, ma solo diversificando le modalità di realizzazione di una stessa, unica, fattispecie. Anche se Baldo non esplicita questo risultato, è del tutto evidente che le tre forme di mutuo immaginate da Azzone possono essere riportate nella più semplice partizione di Baldo come epifenomeni dello stesso contratto. Fuori da ogni astrattezza, peraltro ben autorizzata dall'atteggiamento interpretativo complessivo di Baldo, il giurista spiega la sua dottrina attraverso un esempio pratico, tutto calato nei valori della civiltà giuridica medioevale:

Et faciunt ista ad quaestionem. Abbas impetravit a domino Papae quod posset acquirere mutuo mille et propterea obligare monasterium suum et Papa hoc concessit. Modo iste Abbas fuit confessus se habuisse a Titio mille, quae sibi promisit per stulationem et obligavit monasterium: mortuo Abbate novus Abbas dicit promissionem non valere, quia non apparet de vera numeratione, pro eo facit, quia mutuum naturale tantum est verum mutuum, sed per confessionem non probatur mutuum naturale, nec civile cui natura cooperatur, sed civile merum abstractum ab omni naturalitate, ergo et cetera. Praedicta vero obligatio valuit quo ad praedictum personale illius Abbatis, non quo ad praedictum reale ipsius monasterii¹¹².

L'abate non può contrarre un mutuo e obbligare così il monastero se non con l'autorizzazione del Papa. Concessa questa, l'abate si fa debitore di un terzo *ex causa mutui* attraverso una *stipulatio*. Morto l'abate, il suo successore va contro la *stipulatio*, affermandola illecita perché non coperta dall'autorizzazione del Papa, che si riferiva al solo mutuo naturale. Attraverso la *stipulatio*, il primo abate aveva invece posto in essere un mutuo meramente civile, *abstractu ab omni naturalitate*, secondo l'icastica formula di Baldo, i cui effetti giuridici non possono per questo riverberarsi sul monastero, la comunità di cui l'Abate era rappresentante, ma restare confinati alla sua figura. Nella misuratissima terminologia di Baldo, gli effetti sono personali a chi ha posto in essere contratto, non

¹¹² BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 2.

possono, senza o fuori dell'autorizzazione papale, costituire un *praeiudicium reale* per il monastero, l'universalità dei monaci.

L'esempio ci mostra il senso profondo di quelli che, altrimenti, parrebbero solo esercizi di logica nominale: sottesa alla tripartizione del contratto di mutuo è il disvalore profondo della cultura medievale per ipotesi tutte formali di assunzione di obblighi patrimoniali, che si prestano al rischio di fomentare iniquità. Il mutuo *civile tantum* non è una possibilità in più di traffico giuridico, per l'interprete del medioevo, ma una forma pericolosa di mutuo che, trovando causa in una *confessio* e non nella materiale *datio* della cifra mutuata può in fatto costituire debitore chi non l'ha mai ricevuta o potuta utilizzare. Baldo è chiarissimo nell'escludere da questo giudizio di disvalore il *mutuum civile natura cooperante*: quando all'assunzione formale dell'obbligo alla restituzione si accompagna l'effettiva *numeratio*, la fattispecie è immune da qualsiasi sospetto di iniquità. Il discrimine tra ipotesi lecite e ipotesi potenzialmente illecite passa appunto dalla *traditio, vera* nel mutuo naturale e *ficta* in quell'ipotesi di mutuo *civile natura cooperante* in cui la *stipulatio* precede la *numeratio* e costituisce così un obbligo per il debitore in realtà non ancora mutuatario.

Al fondo resta l'idea del mutuo come contratto che importa il trasferimento reciproco tra mutuante e mutuatario di due utilità; la pericolosità del mutuo puramente *civile* risiede nel fatto che esso può condurre all'alienazione di una parte del patrimonio del monastero, esposto alla responsabilità di quanto compiuto dall'abate, senza che ciò trovi corrispettivo nel trasferimento della *res mutui*¹¹³.

Per Baldo degli Ubaldi qualsiasi *fictio* che possa intervenire sul terreno del mutuo non può sostituire il dato materiale del trasferimento della proprietà o della consumazione della cosa, nei casi in cui i due aspetti non coincidano, per essere ad esempio la cosa stata trasferita da chi non era proprietario:

Quaero, quae proportio est ista, seu quae comparatio inter dominium translatum et consumptionem secutam? Respondeo, sicut se habet dominii translatio ad confirmandum contractum, sic dominio non translato se ad illud habet consumptio. Item sicut se habet dominii translatio ad confirmandum distractum, sic ad idem se habet consumptio, et succedit loco dominii, et imo idem quod veritas operatur, et ad alium effectum, quia ad id

¹¹³ «In contrarium facit: nam confessio inferta stipulationi non est species contractus, quia iste non est contractus literarum sed verborum, ergo est species probationis...Praeterea si confiteretur Abbas toto capitulo, per confessioni esset standum, ut in auth. hoc ius porrectum. Sed si hoc factum esset spe futurae numerationis, poterit Abbas hoc dicere, nec currit in hoc ecclesiae biennio, ut nota Hostiensis...» BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 2.

adaptanda est fictio, et tendit ad illum finem, ad quem adaptatur veritas, ut hic patet, secundum Iacobus Butrigarius¹¹⁴.

Il trasferimento della proprietà serve a confermare il contratto di mutuo, non solo a realizzarlo, ma a renderlo lecito; se non vi è trasferimento della proprietà, la liceità dell'effetto restitutorio si fonda sulla consumazione della cosa. Lo stesso si osserva considerando la realtà del contratto dal punto di vista il suo adempimento, quindi del suo scioglimento (*distractus*): non è sufficiente la volontà delle parti a revocare un mutuo, ma occorre ancora una volta o il trasferimento della proprietà, questa volta dal mutuatario al mutuante, o ancora una nuova consumazione della cosa, quella appunto restituita.

Una *fictio* deve adattarsi a questa realtà di principio, e tendere conseguentemente – evidenza Baldo – a riprodurre o la realtà del trasferimento del *dominium* o quella della consumazione della cosa.

Sulla base di questa consapevolezza Baldo legge la realtà di quelle ipotesi di mutuo che si concludono fuori dal materiale trasferimento della cosa mutuata da parte del proprietario:

Nota duos casus, ubi contrahitur mutuuum sine translatione dominii a mutuante in accipiente. Primus casus est, quando debitor mutuatur mandato creditoris, ubi concurrunt duplex fictio: una inter debitorem et creditorem, quia videtur debitum numerasse creditori, unde ab eo liberatur ipso iure. Alia inter mutuantem et accipientem, quia fingitur numerasse eo, quod fecit per alium numerari, et sunt istae fictiones relativae, quia una refertur ad aliam. Secundus casus est, ubi re vera non intervenit aliqua translatio dominii, sed retentio dominii, ut cum diversa causa convertitur in causam mutui, ubi similiter sunt duae fictiones, prima, quia fingitur solutum creditori ex causa veteri, secunda, quia illud videtur mutuatum debitori, et una istarum fictionum est accessoria et consecutiva alterius, et imo concurrunt: sed duae fictiones pariter principales in eodem actu non concurrunt¹¹⁵.

I casi in cui si può contrarre un mutuo senza trasferimento della proprietà sono essenzialmente due, quello del debitore che dà in mutuo su mandato del creditore quanto gli sarebbe altrimenti dovuto e quella in cui il trasferimento della proprietà viene in realtà sostituito da una *retentio dominii*, per essere la *res mutui* già in proprietà del mutuatario. Nel primo caso la fattispecie presenta due *fictiones*: con la prima si finge il pagamento del primo debito al creditore, e si produce così l'effetto libe-

¹¹⁴ BALDO DEGLI UBALDI, *ad l. cum quid*, cit., n. 6.

¹¹⁵ BALDO DEGLI UBALDI, *op. cit. ad l. singularia ff. de rebus creditis si certum petatur*, n. 2.

ratorio verso il debitore, con la seconda si finge che la *numeratio* sia avvenuta da parte del proprietario della valuta, non da parte del terzo suo mandatario. Nel secondo caso operano sempre due *fictiones*: una prima, con la quale si finge che il creditore sia stato pagato sulla base del titolo per il quale il debitore deteneva originariamente la somma, una seconda, con la quale si finge la *numeratio* da parte del creditore, ora mutuante, al debitore originario, ora mutuatario.

Queste *fictiones* sono necessarie anche nel caso del mutuo pecuniario, che trae dalla particolarità della moneta possibilità insospettite agli altri tipi di mutuo:

Sed quare fingitur traditio et retraditio? Respondeo quia possessor non posset sibi mutare causam dominii: nam titulus superveniens a non domino, non causat domino titulum, nec affert dominium novum, nisi fingatur ab illo recedere et de novo supervenire... In omnibus ergo, quod dominii translationem desideratur, istae fictiones necessariae sunt¹¹⁶.

Quello che il possessore non può fare autonomamente è modificare la causa del *dominium*: da qui la necessità di una *fictio* che possa, simulando una *traditio* e una *retraditio*, ricostruire diversamente dalla realtà effettuale il titolo della nuova proprietà che deve accentrarsi in capo al mutuatario. Il trasferimento del *dominium* è l'unico vero oggetto che necessita quindi di una *fictio*:

Oppone tertio, sine ulla possessione civili, vel naturali transit brevi manu dominium, sed traditio fingitur circa dominium, et possessionem. Istud nam videtur verum, quia in acquirenda vel retinenda possessione ex se ipsa lex non fingit... Responde fictum dominium est iuris et de iure: et imo non desiderat opere facti et traditionis verae, nec adminiculum possessionis¹¹⁷.

Il *dominium* può anche essere trasferito *brevi manu*, ma non può esistere un dominio fittizio; può esistere solo un dominio presupposto, ma in quel caso siamo di fronte a una presunzione *iuris et de iure*, quindi una disposizione della norma superiore, che non ha bisogno di alcuna parziale azione umana da completare attraverso la *fictio*.

Il mutuo è innanzitutto *alienatio* per Baldo: una concezione che riporta al centro della ricostruzione del valore finanziario il dato del trasferimento di proprietà e non il più lato concetto di sostituzione tra valori. Al fondo è la presa di consapevolezza dei limiti di una visione che porti il mutuo fuori dalla materialità della *datio*, il pericolo insito in ogni

¹¹⁶ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*, n. 5.

¹¹⁷ BALDO DEGLI UBALDI, *op. ult. cit.*

mutuo che prescindendo dalla sua ineliminabile *natura*: l'anticipazione effettiva di valuta.

12. *La genericità della numeratio come momento costitutivo del mutuo*

Il pericolo di un mutuo che costituisce obblighi astratti e debiti privi di causa materiale caratterizzerà gli apparati successivi. Per questi la definizione delle caratteristiche della *res mutui* non sarà più un tema rilevante: i giuristi quattro-cinquecenteschi non seguiranno le questioni sull'*aptitudo* e sulla *bonitas* della cosa sollevate da Bartolo e Baldo, le quali sembrano semplicemente ignorate nei loro pur ampi apparati, che riportano per il resto in modo più che dettagliato tutte le questioni tradizionali alle dottrine precedenti¹¹⁸. Il tema su cui si concentra l'attenzione di questi giuristi è solo la struttura del contratto di mutuo, analizzata su due momenti fondamentali: la rilevanza giuridica della *numeratio* e il ruolo che il consenso deve avere nella fattispecie.

La *numeratio* non fu mai definita nella sua struttura dai glossatori e solo sporadicamente considerata dai commentatori precedenti. Paolo di Castro inizia il suo apparato proprio da questa questione:

Nota secundum Doctores quod eadem numeratio, vel actus non potest parere diversas species contractuum. Nam si adsunt illa quae requiruntur ad mutuum, et non alius contractus, si aliquid, dicitur alius contractus, et non mutuum. Eadem tamen solutio bene potest apparere distractum, et contractum simul, et semel in l. numerationibus in fine infra de solu. et infra de act. emp. si haeres in prima char. Haeres enim condemnatus vendere, vendendo liberatur ab actione ex testamento et ille est distractus, et obligatur ex vendito, et iste est contractus¹¹⁹.

In quanto atto materiale, la *numeratio* può essere tanto il momento genetico di un contratto, quanto il suo momento risolutivo. La tradizione di una somma di danaro può essere tanto la dazione in mutuo, quanto il pagamento di un debito precedente; talune fattispecie già descritte dal *Corpus iuris* vedono in un'unica *numeratio* il fattore estintivo di un'obbligazione e contemporaneamente il momento costitutivo di un nuovo con-

¹¹⁸ Si può citare ad esempio Raffaele Fulgosio, *In primam pandectarum partem commentaria*, Lugduni 1554, ad l. *mutui datio*, fol. 4 r., che si richiama esplicitamente all'*opinio Glossae* semplicemente ignorando sul punto le tesi di BARTOLO. Francesco Mantica, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, ed. 1723 lib. VIII, tit. 3 n. 26 pone tra i requisiti sostanziali del mutuo il fatto che la cosa possa essere espressa *in pondere, numero, vel mensura*, ma senza segnalare alcuna delle opinioni precedenti sul punto.

¹¹⁹ PAOLO DI CASTRO, *in secundam veteris partem*, ed. Venetiis 1582, ad l. *mutuum damus ff. de rebus creditis si certum petatur*, nn. 2 e 3.

tratto. La scelta di un simile argomento come strumento interpretativo del mutuo è ben lungi dal rispondere ad una pura curiosità intellettuale: essa consegue alla maggiore complessità della vita economica del periodo. La polisemia funzionale della *numeratio* viene evidenziata per mostrare come la presenza di tutti gli elementi strutturali descritti puntualmente dal testo antico e autorevole – la dazione della cosa, il suo trasferimento in proprietà del mutuatario, ad esempio – non implica necessariamente che il contratto che ne derivi debba essere descritto come mutuo:

Item nota duo quae requiruntur ad substantiam mutui. Est et tertium infra proximi. § item quartum in § appellata. Et advertendum, quod licet aliquo istorum deficiente non dicatur mutuuum, non tamen sequitur, quod omnibus concurrentibus semper sit mutuuum, immo potest esse etiam tunc alius contractus, si hoc agatur...potest esse depositum, si hoc agatur, licet egrediatur terminos depositi, qui sunt, ut non transferatur dominium, et quod restituatur idem corpus, et quod depositarius non utatur, sed custodiat, et tamen si depono penes te centum numerata, eo ipso transfertur dominium, quia datur pecunia tamquam pecunia, non tamquam species in sacculo, et per hoc datur licentia utendi ea, et contrahitur obligatio ad aliud corpus in eodem tamen genere, quae omnia sunt de natura mutui, et tamen non est mutuuum, sed depositum, e postquam sic fuit actum expresse, alias esset mutuuum, postquam omnia conveniunt eius naturae¹²⁰.

La *numeratio* può costruire valore finanziario anche fuori dallo schema del mutuo, come nel caso – ormai comunissimo all'epoca – in cui essa serve a depositare una valuta presso un terzo, con la possibilità per questi di usarne e di ricollocarne nel deposito la medesima quantità¹²¹. L'argomento che Paolo di Castro adopera per riportare il momento di affinità tra mutuo e deposito irregolare è quanto mai consueto alle dottrine precedenti, come abbiamo visto: se la valuta venisse data come oggetto individuale, sacchetto di monete non contate né verificate da chi le accetta, allora il deposito non sarebbe in nulla dissimile da quello di qualsiasi altro oggetto, che dovrebbe essere restituito nella sua infungibile individualità; ove però la moneta viene data come *genus*, come pura somma portante su di sé un valore uniforme e uniformemente accettato, allora la sua *numeratio* è in realtà il momento genetico di un rapporto destinato a creare valore finanziario¹²².

¹²⁰ PAOLO DI CASTRO, *op. cit.*, n. 4.

¹²¹ U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit.

¹²² PAOLO DI CASTRO non si nasconde le conseguenze di questo suo dire, e anzi evidenzia come qualificare come deposito il contratto di finanziamento renda più facile onerarne di interessi i quali, in un contratto di buona fede come il deposito, possono essere richiesti con la mora, mentre in un contratto di stretto diritto come il mutuo dovrebbero essere in linea di principio oggetto di un formale accordo accessorio.

Ludovico Pontani declina la soluzione su una chiave diversa, ma per tendere ad un obbiettivo non dissimile:

Tertio nota in verbo alioquin quod ex eodem facto non possunt resultare diversae species contractus, et istud est intelligendum secundum Rayn. Quando istae diversae species essent natura repugnantes adinvicem, ut hic, et probatur ex generalitate l. si ancillam infra pro suo. Secundo probatur in l. si quis ante § Pomponius, infra de acquiren. possess. Secus si essent duo contractus non natura adinvicem repugnantes, et moderni allegant Doc. in l. in bonae fidei C. de pac. ubi ex eodem facto possunt oriri duo contractus, secundo allegant, quod nota Cynus in l. hac consultissima C. de testamen. Sed de hoc est tex. in l. Aristo in princip. infra de dona. ubi est partim contractus nominatus et partim contractus innominatus. Secundo allego tex. in d.l. si quis ante § idem Pomponius. Tertio allego tex. in l. non solum § fi. infra de usur.¹²³.

Ricollegandosi alla *communis opinio* in tema di contratto, Pontano affronta il problema evidenziando come dalla *numeratio* come fatto possano nascere in ipotesi contratti tra loro compatibili come incompatibili. Nel primo caso da uno stesso fatto può sorgere quindi una fattispecie complessa, fatta dell'unione tra più contratti, nominati come innominati. Ne consegue la possibilità di tracciare un'intera tipologia di ipotesi che procedono dalla *numeratio* come fatto costitutivo, ma che si differenziano tra di loro per l'intervento di altri fattori:

Quid sit contractus precarius? Et dic quod quandoque quis concedit rem alicui ad usum utendum ad tempus terminatum. Item quando unus confitetur se precario possidere, ut infra de precario, per totum. Contractus locationis est, quando intervenit merces. Nota differentiam inter commodatum, et mutuum, quia commodatum est, quando oritur actio ad repetendum id, quod est datum in specie. Ex mutuo autem oritur actio ad idem in genere. Et sciendum quod interdum ponitur commodatum pro mutuo, ut l. secunda cum glossa C. de his quae ex pub. ratio. li. x. et ibi Bar. In glossa prima ibi, quidam ut Azo. Pro opi. Azonis potest induci tex Insti. quib. mod. re contrahitur obliga. in § primo. Ergo si non alie. Sed ille idem non est mutuum, sed Accursius tenet contrarium in eadem glo. ibi l. precii causa. Ista lex multum facit ad hoc¹²⁴.

Il contratto che si qualifica esclusivamente nella *numeratio* non è il mutuo, ma il precario, in cui il destinatario del prestito della cosa non ha alcun beneficio del termine per la sua restituzione. Rispetto a questo ter-

¹²³ LUDOVICO PONTANO, *in secundam veteris partem*, ed. Venetiis 1580 ad l. *Mutuum damus ff. de rebus creditis si certum petatur* n. 2.

¹²⁴ LUDOVICO PONTANO, *op. ult. cit.*

mine minimo, qualsiasi altro contratto ha qualcosa di più: il canone nella locazione, il termine nel contratto di mutuo, e così via.

Il Tartagni si spingerà ancora oltre, affermando la possibilità per uno stesso fatto di produrre anche contratti incompatibili, al solo requisito di intervenire tra persone diverse:

Secundo nota, quod ex uno et eodem facto non resultant diversae species contractus... et probatur hoc in ver. alioquin aut commodatum aut depositum, quod tamen intellige verum quando illae diversae species, essent diversae et contrariae, ut hic et iud. L. qui hominem, cum superius allegatis, sed si essent compassibiles bene potest resultare ut est casus multum notabile in l. in numerationibus infra de sol. ubi si taxatus per testatorem locare liberor ex testamento, et obligo mihi conductorem ex contractu et sic ibi est casus quod ex eodem facto resultat contractus et distractus, quod est notandum. Item est etiam ibi casus, quod ex eodem facto resultant diversae species contractus etiam repugnantes, quando non consistunt in eadem persona sed inter diversas. Item adverte, in quantum glossa prima in ver. specie dicit et si redditur eadem res quae mutuata sunt, quod nihilominus mutuum per tex. instit. Quibus modis re contrahitur obligatio in prima...et er tex. in l. qui pecuniam et ita maxime ratione quia attenditur propositum contrahentium, quod ab initio fuit, scilicet ut res mutuata consumatur per mutuatarium...¹²⁵.

La differenza che Ludovico Pontani vuole recuperare su base oggettiva può essere costruita invece secondo Giason del Maino solo analizzando l'effettiva volontà intervenuta sul punto tra i contraenti, il significato che essi hanno voluto dare alla *numeratio*:

...et nisi ista quattuor concurrant, non potest esse mutuum. Non tamen intelligas, quod ubi ista concurrunt, quod semper sit mutuum: quia arte possunt agere, quod sit depositum, et non mutuum, ut multoties fit...Et si dicatur, cuius utilitatis est, quod sit depositum et non mutuum? Responde, magna. Primo, quia instrumentum depositi habet executionem paratam, l. pen. et ibi Bar. C. depositi. In mutuo vero secus est, ut probatur in l. minor 25 annis, cui fideicommissum, in verbo, ad initium novae petitionis...ff. de min. Item contractus depositi est contractus bonae fidei § actionum. Insti. de act. et ideo veniunt fructus, et interesse a tempore morae. Sed mutuum est contractus stricti iuris: et ideo non veniunt fructus, nisi a tempore litis contestatae, et ista traduntur in l. mora in prin. et in l. videamus § primo ff. de usur. videbis in l. cum fundus in rin. Infra eodem. Item in contractibus stricti iuris non veniunt usurae, nisi promissae per stipulationem l. quamvis

¹²⁵ ALESSANDRO TARTAGNI, *Commentaria in secundam Digesti veteris partem*, ed. Venetiis 1586, ad l. *mutuum damus ff. de rebus creditis, si certum petatur* n. 2. Cfr. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete*, cit., p. 244.

C. de usur. quod in contractibus bonae fidei est secus. Item in mutuo habet locum exceptio non numeratae pecuniae, ut toto tit. Inst.¹²⁶.

L'argomento tecnico su cui si costruisce questa soluzione è lo stesso di quello adoperato ad altri fini da Paolo di Castro: la compresenza di tutti gli elementi materiali della fattispecie non può essere sufficiente a dare per costituito un mutuo, atteso che gli stessi sono quelli che si ritrovano nel deposito irregolare. Il discrimine tra le due fattispecie può quindi solo essere dato dall'intenzione comune dei contraenti.

13. *L'onere del tardo* *Commento: conservare al mutuo la natura di contratto*

Il mutuo per questi giuristi non può non essere un contratto: le riflessioni circa la *numeratio* indicano il rifiuto costante, vieppiù visibile nel tardo diritto comune, a considerare i tipici effetti del mutuo – quale l'obbligo a restituire il *tantundem* – come semplici e dirette conseguenze del dato materiale del trasferimento della valuta. Il lungo disquisire che si ritrova in questi apparati tra mutuo e deposito di somma di danaro, come tra mutuo e comodato, ha fondamento in questo costante dato interpretativo: ricercare il contratto di mutuo, la comune volontà delle parti a che una restituisca dopo un certo termine quanto ricevuto.

Da qui l'attenzione alle dottrine sulle modalità di conclusione del mutuo, che vengono spesso portate a esiti ulteriori rispetto agli apparati precedenti.

Paolo di Castro rifiuta così la tripartizione azoniana delle *species mutui*, in favore di un modello quadripartito:

In glossa nn. dic melius et plenius quod duo sunt genera mutui, scilicet naturale et civile et quodlibet eorum subdistinguitur in duo et sic sunt quattuor. Nam naturale dicitur, quando actio nascitur ex numeratione, sive ex stipulatione, vel ex literis, quae numeratio est actus naturalis, hoc nam potest contingere dupliciter. Nam interdum nascitur ex numeratione nulla interveniente fictione iuris civilis, ut si mutuo tibi pecuniam meam, quia fit de meo tuum, et tunc dicitur mere naturale. Iuris, dum oritur mediante fictione iuris civilis, et sine eius iuvamine non posset oriri, ut si mutuo pecuniam alienam, nam non fit de meo tuum, et sic non potest secundum naturam mutui, sed secuta consumptione pecuniae, vel usucapione, ius civile fingit mutuasse pecuniam meam, et mediante ista fictione, oritur mihi actio ex ista numeratione, non autem ex consumptione, ut nota infra eodem l. si furioso, et dicitur illud mutuum reconciliari¹²⁷.

¹²⁶ GIASON DEL MAINO, *in secundam veteris partem*, ed. Venetiis 1590, *ad l. mutuum ff. de rebus creditis si certum petatur* n. 5.

¹²⁷ PAOLO DI CASTRO, *op. cit.*, *in l. mutuum § verbis ff. de rebus creditis si certum petatur*, n. 7.

Le specie di mutuo sono due, *naturale* e *civile*, e ciascuna si divide a sua volta in due sottospecie. Il mutuo naturale può difatti sostanziarsi in due fattispecie radicalmente diverse, a seconda che intervenga o meno una *fictio*. Il primo caso è ovviamente quello in cui la valuta venga materialmente data da chi ne è proprietario. Il secondo quello in cui la valuta viene data da chi non ne è proprietario: il mutuo si conclude in questo caso soltanto con la consumazione della cosa o con la sua usucapione da parte del mutuatario. Questa fattispecie si può definire mutuo *naturale* cui coopera lo *ius civile*, intesa come momento di costruzione della *fictio*. A queste prime due specie di mutuo si aggiunge quella del mutuo *civile*:

Item dicitur mere civile, quia de numeratione non apparet, potest etiam contingere, quod de vera numeratione apparet, quia notarius attestatur quod in praesentia sui et testium fuit numerata, tamen actio ex numeratione non oritur, quia intervenit stipulatio, quo casu, si pecunia erat mutuantis, et stipulatio incontinenti, ante vel post intervenit, oritur actio ex stipulatione, non ex numeratione, quae censetur facta causa implendae stipulationis... Sed si stipulatio esset inutilis, bene oriretur ex numeratione, ut nota infra eodem l. si furioso, et dicitur illud mutuuum reconciliari. Item dicitur naturale, cui cooperatur ius civile, sed civile mutuuum dicitur, quando actio non oritur ex numeratione, sed ex stipulatione, vel literis. Et hoc potest contingere dupliciter, vel quando de vera numeratione non apparet, nisi per confessionem debitoris et per stipulationem non promittit reddere, vel chyrographum scripsit etiam sine promissione, tunc dicitur civile, quia oritur obligatio, et actio non ex numeratione vera, vel ficta, sed ex stipulatione, vel literis¹²⁸.

Anche qui vi è luogo a più ipotesi: il mutuo *civile* si realizza tanto quando la *numeratio* è fatta attraverso una confessione del debitore contenuta nella *stipulatio*, tanto quando si realizza effettivamente a seguito di questo contratto formale. In quel caso, risultato oramai acquisito alla dottrina del diritto comune, l'azione *ex mutuo* deriva in realtà dal contratto formale, e non dalla *numeratio*, la quale viene intesa come puro momento di attuazione dell'obbligazione contratta attraverso la *stipulatio*. Le diverse *species mutui* non sono diversi momenti genetici dello stesso contratto, ma contratti diversi e inconciliabili, una volta conclusi:

Ex praedictis apparet, quod cum sint diversa genera mutui, si quis in libello deduxit unum genus et probat de alio, succumbit. Unde si in libello dixi me tibi numerasse centum ex causa mutui, et petii te condemnari ad restitutionem, postea produco instrumentum in quo continetur confessio, et promissio per stipulationem, non autem de vera numeratione, vel etiam

¹²⁸ PAOLO DI CASTRO, *op. ult. cit.*, n. 8.

continentur de vera [non curo] debeo succumbere, quia in libello deduxi naturale mutuum vere, et actionem orientem probavi de civili mere, vel non mere, et de actione oriente ex stipulatione, quam non fuit in iudicio deducta, nec super ea fuit lis contestata, unde non potest sequi sententia, sed nova interpellatione opus est, ut l. non potest videri, de iud. debes ergo absolui ab actione intentata, nec illa potero amplius deducere, vel intentare amplius mutuum naturale, sed potero postea agere ex mutuo civili, et deducere actionem ex stipulatione oriente, et ita determinat Bartolus¹²⁹.

I fatti costitutivi di ciascuna fattispecie contrattuale sono fra loro diversi, per cui chi facesse valere in giudizio un diritto di credito fondato su un mutuo *naturale*, dovrebbe soccombere alla contestazione di controparte che, pur ammettendo il mutuo in quanto tale, ne dimostra l'origine *civile* attraverso una *stipulatio*. In questo caso, pur essendo sicuramente vera l'esistenza di un'obbligazione a titolo di mutuo, il creditore non dovrebbe essere ulteriormente ascoltato in giudizio, atteso che il mutamento del titolo dell'obbligazione a seguito della contestazione di controparte comporterebbe una illecita *mutatio libelli*.

Il mutuo tripartito viene nuovamente accettato da Bartolomeo Socini, sulle stesse basi di Paolo di Castro, ossia sulla radicale inconciliabilità fra le diverse ipotesi in cui esso può sostanzinarsi:

Super glossa in ver. tuum Bartolus haec dum glo. alleg. l. quamvis dicit esse mutuum hoc civile cui natura cooperatur, quia mutuum naturale distinguitur a civili, naturalis enim mutuatio est; quia sola actualis numeratio intervenit. Dic ergo quod si ego stipulor et postea do tibi pecuniam istud non potest esse naturale mutuum. Oritur enim hoc casu ex stipulatione numeratio vero facta videtur causa implendae stipulationis ex quibus verbis et stipulatio orta est et obligatio, et ideo numeratio quae est naturalis cooperatur stipulationi, et imo Bar. per concordia multorum iurium distinguit de mutuo...¹³⁰.

Il mutuo *naturale* si distingue così dal mutuo *civile* perché in esso è presente una *naturalis mutuatio*, ossia lo scambio in concreto di un valore presente per un valore futuro; nel caso in cui lo stesso effetto si contragga attraverso una *stipulatio*, l'eventuale successiva *numeratio* della valuta non può valere – anche qui *communis opinio* – a fondare un'obbligazione che nasce diversa, perché fondata sulla confessione di aver ricevuto la valuta contenuta nel contratto formale¹³¹.

¹²⁹ PAOLO DI CASTRO, *op. ult. cit.*, n. 9.

¹³⁰ BARTOLOMEO SOCINI, in *secundam veteris partem*, ed. Lugduni 1543, in l. *mutuum damus § appellata ff. de rebus creditis si cert. pet.*, n. 4.

¹³¹ «Potes ergo considerare quod triplex potest esse dubitatio. Prima confiteor me habuisse ex causam antecedentis mutui. Numquid hoc casu possit opponi quod pecunia non

La tripartizione delle *species mutui* può essere rifiutata a volte dai giuristi del quattro-cinquecento come argomento ricostruttivo di una tipologia del mutuo, ma sicuramente non si può escludere da parte loro la radicale differenza che esiste tra il mutuo che si costituisce con la dazione della cosa e quello che al contrario si realizza attraverso una confessione resa mediante un contratto formale. Si può anzi sostenere che l'accettazione o il rifiuto delle *species mutui* si fonda su una diversa lettura di un presupposto unanimemente condiviso la radicale differenza strutturale tra le ipotesi, il loro dare vita a modelli contrattuali intrinsecamente diversi e che non possono essere perciò trasformati l'uno nell'altro.

È questo il presupposto da cui parte anche Giason del Maino:

Tertio adverte, in quantum Doctores dicunt, quod quadruplex est mutuuum. Nam forsitan Doctores potuerant sic loqui gratia clarioris doctrinae, secundum Ful. Sed in veritate est inepta locutio, quia contractus mutui non est nisi unus, qui re celebretur. Quando vero intervenit stipulatio non est contractus mutui, sed verborum. Item ubi intervenit obligatio literarum, non dicitur mutuuum, sed contractus literarum: patet, quia ex istis contractibus diversae oriuntur actiones: nam ex mutuo oritur certi conditio specialis, ubi intervenit stipulatio, non oritur certi conditio specialis, sed generalis¹³².

L'opinione ormai prevalente presso la dottrina coeva, quella che vedeva quattro specie nel mutuo, viene implicitamente rifiutata da Giason del Maino sul fatto che l'azione derivante dal mutuo *naturale* e quella derivante dal mutuo *civile* sono intrinsecamente diverse, e pur partecipando di una radice comune possono condurre ad esiti diversi e individuano diversi oneri probatori da parte dell'attore. Un dato ovviamente noto a tutti gli apparati precedenti, glossatori compresi, e che se viene letto da questi come momento che autorizza l'individuazione di più specie nel mutuo, proprio perché lo stesso effetto giuridico dell'anticipazione di valuta si trova determinato da fattispecie diverse e inconciliabili,

fuit numerata timore confessionis ita dicit tex. in l. adversus, C. de non num. pec. Ratio quare confessor non dicit tunc pecuniam numeratam sed ex causa antecedentis temporis. Confessor enim dicit quod tunc non fuit numerata. Et si tu opponis ista oppositio nihil relevat. Secunda difficultas potest esse numquid ille qui confitetur ex antecedenti causa mutui et vult dicere pecuniam non fuisse numeratam et vult hoc probare est admittendus ad probationem ita dicit tex. in l. generaliter supra alleg. Tertia difficultas est quando confitetur ex antecedenti causa mutui et opponit exceptionem ante biennium numquid possit transferre onus probandi in adversarium: licet is habeat probare do. Alex. Dicit quod ille qui est creditor habet probare et quod habetur infra biennium ac si fuisset confessio non num. pec...». BAR-TOLOMEO SOCINI, *op. ult. cit.*

¹³² GIASON DEL MAINO, *ad l. creditum ff. de rebus creditis si certum petatur*, n. 16.

viene interpretato da Giason del Maino in direzione opposta: la diversità strutturale non può individuare un'identità funzionale, e quindi quel mutuo che altri ha visto instaurato attraverso una *stipulatio* o un contratto letterale deve essere più correttamente ricordato come obbligazione verbale o obbligazione letterale, ciascuna tutelabile con la sua propria specifica *actio*.

Una volta stabilito questo, i problemi presenti agli apparati precedenti sono ben lungi dall'essere risolti, solo devono essere riportati su un'ipotesi ricostruttiva diversa, che tuttavia lascia intatto lo spazio alle medesime soluzioni:

Quarto adverte, in quantum Bar. dicit, quod si aliquis confitetur se recepisse, quod non recepit, non animo futurae numerationis, sed animo donandi, quod statim contrahitur mutuum civile, et ita intelligit glossa. Adde, quod cum eo tenent Angelus, Paulus de Castro, Ludovicus et Alexander hic, et est bona gl. in l. in contractibus in principio in glossa prima C. de non num. pec. Sed Fulgosius dicit quod Bartolus inepte loquitur, dum dicit, quod tunc contrahitur mutuum civile, imo esset donatio propter mutuum, quia attendimus id, quod vere agitur, non quod simulate, toto tit. plus valere quod agitur. Nec de isto voluit loqui ista glossa, sed loquitur de mutuo civili, cui natura cooperatur¹³³.

La confessione fatta in un contratto formale di aver preso a mutuo una somma può essere fatta in funzione di una futura *numeratio* come no. In questo secondo caso, la mancanza di una causa materiale per l'obbligo di restituzione porta a dover presumere una donazione di valuta da chi si proclama debitore a causa di un mutuo mai realmente contratto nelle cose verso il preteso mutuante, che in realtà nulla ha dato ma che avrà il diritto pretendere la restituzione di una somma come se l'avesse trasferita. L'opinione comune sul punto è che si sia costituito un mutuo *civile*; non rappresenta una vera critica a questa tesi quella di chi vi ha visto una donazione fatta da attraverso lo strumento del mutuo.

Ciò che veramente rileva in questa sede è considerare come anche alla riflessione di chi, come Giason del Maino, esclude una pluralità di *species mutui*, sia tuttavia assolutamente necessario interrogarsi su quell'ipotesi in cui, pur senza la materiale *numeratio*, si crea un effetto sostanzialmente anticipatorio di valuta.

Nell'esempio proposto colui che vuole farsi debitore si costituisce come mutuatario di una somma, che confessa di aver ricevuto; l'opinione comune vuole che non sia applicabile l'*exceptio non numeratae pecuniae*:

¹³³ GIASON DEL MAINO, *op. cit.*, n. 17.

Quinto adverte, quia pro decisione Bartoli ut tunc non habeat locum exceptio non num. pec. Bene facit illud, quod vult glo. no. in l. prima C. de falsa causa adie. leg. ubi vult, quod si quis in ultimis constitutus confiteatur de numeratione, quod tunc non potest opponi exceptio non numeratae pecuniae contra illam confessionem, quia tunc testator non cogitavit de futura numeratione, sed de morte¹³⁴.

Ancora una volta, anche chi rifiuta formalmente l'argomento della pluralità di specie nel mutuo è costretto tuttavia ad estendere il novero delle ipotesi in cui l'*exceptio non numeratae pecuniae* non può trovare luogo, e di conseguenza l'obbligo assunto dal debitore non può essere escluso a posteriori assumendo l'inesistenza di un contenuto funzionale al negozio formale:

Sexto adverte, quia ultra praedicta sunt tres alii casus in quibus non habet locum dicta exceptio. Primus in campsoribus et mercatoribus glossa nota in § argentariorum in Auth. de fideiuss. per quam in specie ita dicit Baldus in l. si ultra C. de non. num. pec. licet Sal. ibi de hoc dubitaverit. Secundus in confessione geminata, glossa nota in dicta lege in contractibus in prin. in verbo opponi, per quam ita dicit Lud. Ro. in l. si vero § de viro ff. sol. mat. ...et posset confirmari per multa similia de virtute geminationis, quae non curo referre. Tertius casus est in ecclesia¹³⁵.

Giason del Maino segnala così altri tre casi, tutti ricostruiti per portare nel testo le vive emergenze nella prassi dell'epoca: cambiavalute e mercanti, i quali non possono opporsi reciprocamente l'*exceptio non numeratae pecuniae* a fronte dell'esibizione di quelle lettere con cui ormai da secoli sono usi portare avanti i loro commerci, che altro non sono che contratti letterali che recepiscono una costituzione unilaterale di debito attraverso un meccanismo confessorio; confessioni *geminatae*, rafforzate nella loro validità formale dalla reiterazione dell'atto o del documento; costituzioni di debito fatte in favore della Chiesa.

Dietro il dibattito sul ruolo del consenso, sulla possibilità o meno di ricostruirlo a posteriori rispetto alla materialità della *numeratio*, sulle diverse ipotesi di mutuo che possono individuarsi a seconda della sua rilevanza nella fattispecie, si scorge sempre la tensione verso una ricostruzione del valore finanziario che possa da un lato rappresentare la realtà, dall'altro evitare le conseguenze inique di un mutuo che si concluda senza la materiale dazione della cosa. Un obiettivo che il tardo Commento cerca di perseguire esaltando il ruolo del consenso nella fattispecie genetica del mutuo, aprendo però nuovi dubbi e profili di contraddizione.

¹³⁴ GIASON DEL MAINO, *op. cit.*, n. 18.

¹³⁵ GIASON DEL MAINO, *op. cit.*, n. 19.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Il valore finanziario del diritto comune. Causa mutui, valuta nominale e mutuo consensuale. – 2. Un nuovo ruolo per il consenso nel contratto di mutuo. – 3. L'esclusione del valore finanziario come fondamento dell'equità del mutuo nel modello di Domat e di Pothier.

1. *Il valore finanziario del diritto comune. Causa mutui, valuta nominale e mutuo consensuale*

Il percorso del diritto comune ci ha mostrato i caratteri di un'altra storia della rappresentazione del valore finanziario, che si crea in piena discontinuità con i principi del diritto romano, si sviluppa a partire dalla stessa concezione che ha animato le dinamiche del *common law* senza mai creare nulla di affine a questa esperienza così diversa, si evolve poi nella compresenza di due modelli che si riproporranno ciclicamente negli apparati, poiché nessuno riuscirà a affermarsi sull'altro.

Il primo modello è quello della permuta tra valori reali. Fortemente innervato nella cultura altomedievale, è la concezione che ha portato in quell'esperienza alla ricostruzione del mutuo come vendita reciproca e condizionata, si è trasmesso agli apparati dei primi glossatori nella distinzione tra mutuo *naturale* e mutuo *civile*, si è riproposto in Odofredo in antitesi alla lettura della Glossa Magna, è fatto proprio da Butrigario ed è ricomparso come un fiume carsico nel tardo Commento, sempre con finalità ed esiti diversi. Nei primi glossatori il materiale trasferimento di ricchezza dal mutuante al mutuatario è il momento genetico necessario e imprescindibile del contratto, che il negozio formale della *stipulatio* non può replicare perfettamente; da qui l'idea del mutuo *civile* come eccezione rispetto a quello *naturale*. In Odofredo e ancor più in Giason del Maino l'idea di una permuta tra valori reali è lo strumento per riportare a equità un sistema che correrebbe altrimenti il rischio di derivare verso l'eccessiva astrattezza ingenerata dal secondo modello di rappresentazione giuridica del valore finanziario.

Questo si fonda sull'idea di una sostituzione tra valori nominali: il valore della cosa data in mutuo non si ritrasferisce nella sua piena indivi-

dualità con la restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, ma in un valore astratto che è considerato eguale a quello del bene mutuato solo in virtù di una qualificazione operata dall'ordinamento. Il primo modello presuppone per definizione l'identità tra i valori che si scambiano nel mutuo, perché postula l'identità nel *genus* tra la cosa mutuata e quella restituita. Il secondo modello implica che tra le medesime cose vi sia solo compatibilità, e ammette quindi che l'identità nel *genus* possa produrre una differenza tra il valore dato e quello restituito, che può andare a seconda dei casi concreti a vantaggio del mutuante come del mutuatario.

Nella prima concezione la *res mutui* è appunto una *cosa*, individuata solo nel genere per essere trasferita, consumata e restituita nella stessa forma e quantità, poiché è identificata nello stesso valore reale. Solo nella seconda concezione la *res mutui* è una *valuta*, ossia un bene individuato nel suo valore nominale che capitalizza alle parti del contratto un diverso valore reale. È per questo che la definizione della *res mutui* è un problema solo negli apparati di chi segue la tesi della pluralità delle tipologie genetiche del mutuo: solo quando il mutuo è percepito non come un tipo contrattuale determinato, ma come una funzione che può essere conseguita attraverso contratti diversi, il problema della valuta si pone nella sua individualità.

Se il mutuo può costituirsi attraverso il consenso delle parti, rispetto al quale la prestazione materiale della cosa rappresenta solo un momento esecutivo, si pone conseguentemente il problema di stabilire con esattezza il *quid* che renderà obbligatorio il contratto secondo l'intendimento dei contraenti, sulla base del quale dovranno poi determinarsi i termini dell'esatto adempimento cui l'unico obbligato sarà tenuto. Fuori dalle ipotesi che *incipiunt a numeratione*, in cui cioè la dazione della cosa è contemporanea alla formazione del consenso, l'oggetto dell'accordo non può che essere isolato in un valore nominale, il quale si crea in vista di una futura individuazione materiale.

La storia dimenticata del mutuo fu dunque tutta definita tra la possibilità dell'obbligo alla restituzione di costituirsi solo con la formazione dell'accordo e una concezione del valore finanziario come sostituzione di valori nominali, operata a patire dall'individuazione delle caratteristiche della *res mutui*. Sarà la critica a questi aspetti a costruire quella visione alternativa nuovamente centrata sull'unilateralità propria del diritto romano che passerà poi nel *Code civil*, e da questa alle altre codificazioni otto-novecentesche, e che ha sino ad ora fornito la tranquillante illusione di un contratto privo di storia.

2. *Un nuovo ruolo per il consenso nel contratto di mutuo*

La critica alle dottrine del diritto comune, e la conseguente edificazione di un modello alternativo di mutuo, sarà condotta secondo due argomentazioni diverse, tanto sul ruolo da assegnare al consenso quanto sulla definizione della *res mutui*. Per esemplificare la prima possiamo rivolgerci all'opera di Doneau, che non profonde alcun impegno nel polemizzare, da bravo interprete del *mos gallicus*, con glossatori e commentatori. Il motivo è semplice: i giuristi del diritto comune non si sono allontanati dal testo romano nella ricostruzione del mutuo naturale, quanto nella costruzione delle altre possibili categorie, dal mutuo *civile* al *civile natura cooperante* che, queste sì, non avevano alcuna corrispondenza con quanto tramandato dal *Corpus iuris*. La restaurazione del puro diritto romano può quindi avvenire sul terreno del mutuo semplicemente disinteressandosi delle costruzioni originali del diritto comune, senza necessità di contrastarne la definizione del mutuo in sé: è sufficiente intendere come unico mutuo possibile l'ipotesi *naturale* dei glossatori.

Ciò si verifica innanzitutto sul ruolo del consenso:

Cur ergo dicitur mutuuum, et similes contractus re contrahi potius, quam consensu, cum pariter utroque constent, et re, et consensu? quia ex eo, quod proprium est cujusque generis, unicuique nomen est inditum, non ex eo, quod est omnium commune. Sine consensu non est mutuuum, uti nec stipulatio l. continuus § primo instr. de verborum oblig. sed consensus est mutuo cum aliis contractibus communis; ex eo, quod commune est, statuere aliquid, quod sit ejus proprium, non possumus. Illud mutui proprium, quod praeter conventionem rem in eo intervenire oportet, quae tradatur; hinc ergo re fieri dicitur. Idem accidit & in stipulatione; in qua cum praeter conventionem verba ad obligationem desiderentur, idcirco dicitur verbis contrahi obligatio in eo genere, non consensu¹.

Quell'equità che si vuole a tutti costi ricercare nel mutuo romano per farne l'esatta contrapposizione del mutuo del diritto comune, si centra sulla natura reale del contratto: se non si è ricevuto, non si può essere obbligati a restituire. Non si può però spingere questo argomento fino al punto da escludere al mutuo la qualifica di contratto, per come inevitabilmente accadrebbe se tutti gli effetti fossero ricondotti alla tradizione della cosa. Da qui la necessità che Doneau ha di conservare al dato del consenso una sua importanza. Quest'operazione viene affrontata su due piani diversi. Il primo è quello del sistema, cui si riferisce il passo appena

¹ H. DONELLI, *Opusculorum iuris civilis pars tertia*, ed. Napoli 1766, l. 2 tit. de rebus creditis, n. 3, p. 21.

riportato: il mutuo è un contratto reale perché la tradizione della cosa caratterizza il genere cui appartiene, esattamente come la formula verbale caratterizza la stipulatio; il consenso è però ovviamente presente nel mutuo come in qualsiasi altro contratto, dato fondamentale da cui non si può prescindere.

La dazione materiale della cosa non può sostituire il consenso come momento strutturale della fattispecie, ma è indispensabile a questa in virtù del profilo causale tipico del mutuo, del fine cui il consenso si indirizza in questo particolare contratto:

Sed conventio est hujus contractus propria, quae fine ab aliis negotiis distinguitur. Finis hic est, mutui; res quae usu consumuntur, hic utendae dantur gratis, ut reddantur sine dantis injuria, haec res facit, ut hic res, quae traduntur mutui causa, simul accipientis fieri oporteat, neque enim is jure suo eas consumeret, nisi prius essent; deinde et illud, ut reddantur non eadem, quae acceptae sunt: quoniam his consumptis non licet easdem reddere: sed ut reddantur saltem aliae; quod quia fine incommodo dantis fieri volumus, proinde hoc etiam agitur, ut aliae ejusdem generis reddantur, eademque bonitate, in summa tantumdem, non amplius, non sit mutuum gratuitum².

La finalità del contratto non è qui momento di libera autodeterminazione delle parti, ma carattere tipico della fattispecie: è la consumazione della cosa, su cui deve insistere il consenso tra le parti e che costituisce il ricevente nell'obbligo di restituire quel *tantumdem* attraverso cui ristorare perfettamente il mutuante della diminuzione patrimoniale cui questi è andato incontro al momento della conclusione del negozio.

La rilevanza del consenso viene quindi recuperata sul discrimine tra il mutuo e gli altri tipi contrattuali del diritto romano: ove le due parti siano d'accordo a che l'una trasferisca all'altra una data quantità di beni per consumarli, lì sarà il mutuo, altrimenti saremo di fronte a un contratto diverso. Nel caso in cui non si possa in concreto stabilire la finalità comune alle parti, l'ordinamento presume che la dazione della cosa corrisponda a una donazione:

Huic dationi secundo loco adiuncta esse debet conventio, ut res reddatur: alioqui re data donatio sit, non mutuum. Huc referri oportet, quod Julianus scribit in l. non omnis infra eod. non omnem numerationem obligationem parere, sed quoties id ipsum agitur, ut qui accipit, confestim obligetur. Inest vero in hac conventionem tertium, ut reddatur non eadem species, quae data est, sed alia, ut hic Paulus scribit; quod rebus mutui pro-

² H. DONELLI, *op. cit.*

priis, et sine mutui constitutio admitti necesse fuit, ut supra attigi. Nam si in mutuo res dantur utendae, quae usu consumuntur, ac consumptae reddi non possunt, necesse est his consumptis, aut nihil reddi, aut certe reddi alias; nihil reddi contra naturam mutui est; ita efficitur alias res reddi oportere³.

Doneau è molto attento nel sottolineare che l'azione non possa nascere integralmente a causa della *numeratio*, ma in sua occasione: il mutuo si realizza allorché con la dazione il ricevente si costituisce nell'obbligo della restituzione. Nel caso in cui quest'obbligo non esista, ciò può essere solo perché colui che ha dato la cosa non intenda ricevere il *tantundem*, così dando al negozio un fine diverso, quello della liberalità.

Qui è la radicale differenza rispetto alle dottrine tradizionali del diritto comune. Come abbiamo visto, in quell'esperienza la dazione della cosa deve essere interpretata, in mancanza di una concorde volontà delle parti o come deposito, anche irregolare, o come pagamento di un debito precedente. La donazione si presume solo quando la *stipulatio* recepisca non una promessa di restituire quanto si dichiara di aver ricevuto, ma solo quando si confessa di aver ricevuto una data quantità di cose fungibili, cioè al fine di sottrarre il negozio all'*exceptio non numeratae pecuniae*. Nel modello di Doneau, al contrario, la presunzione di liberalità serve a fondare l'intrinseca gratuità del mutuo, e quindi la sua naturale *ratio aequitatis*.

È così che Doneau restituisce quel modello lineare di mutuo con cui tutta la modernità del diritto ha dovuto fare i conti, apparentemente non mutando nulla della prospezione che il contratto aveva per i glossatori e i commentatori:

Sint igitur haec quinque in fine, et conventionem mutui: primum sic rem tradi debere, ut fiat accipientis; secundum id debere agi, ut res reddatur; tertium, ut reddatur alia, non eadem; quartum, ut sic reddatur alia, ut tamen reddatur idem genus; postremum, ut reddatur res non solum eiusdem generis, sed etiam eadem bonitate⁴.

I momenti in cui rappresentare la sostanza del mutuo non cambiano rispetto al diritto comune; ciò che cambia è la loro rilevanza all'interno della fattispecie. Essi infatti non sono più elementi strutturali del contratto, ma aspetti che devono parimenti e contemporaneamente caratterizzare il fine cui la convenzione tra le parti deve tendere. La differenza tra queste due situazioni non è puramente logica: considerati come mo-

³ H. DONELLI, *op. cit.*, n. 5.

⁴ H. DONELLI, *op. cit.*, n. 3.

menti costitutivi del mutuo, ciascuno di essi può aprirsi ad un'interpretazione che può portarli a comprendere realtà diverse; come momenti del fine che caratterizza il mutuo, essi sono sottratti a qualsiasi interpretazione estensiva.

Analoghe considerazioni valgono per la definizione della *res mutui*. Anche qui l'interpretazione di Doneau è nel senso di impedire ogni possibile estensione della nozione:

Consistere, vel, quod est rectius, constare numero, pondere, aut mensura res non dicitur, quae numerum, pondus, mensuram habet; alioquin dicendum sit in rebus omnibus mutuum contrahi posse: quia res omnes suum numerum habeant, suum pondus, suam dimensionem: sed hic constare, aestimari est, ut intelligatur mutuum consistere in iis rebus, quae numero, pondere mensura aestimantur. Numero constare, et aestimari eae dicuntur, quae illis rebus, quae cuiusque speciei proprie sunt, et ex quibus aestimatio rerum esse solet, id est, qualitate et bonitate speciei inter se non differunt aliae ab aliis; sed si quid distant, ita ut unae pluris, aliae minoris aestimentur, quam aliae; id accidit aut ex numero, quo aliae ab aliis vincantur, aut ex pondere, aut ex mensura, quae item in his minor, maiorve sit quam in aliis⁵.

Le cose passibili di essere oggetto di mutuo debbono *constare* del numero, del peso o della misura, non *consistere* in queste grandezze: ogni oggetto è naturalmente capace di essere espresso secondo una o più di queste categorie, ma le *res mutui* sono solo quelle che per propria natura possono essere quantificate solo ed esclusivamente attraverso queste. Il fulcro della definizione è nel rifiuto di ogni attività concreta di stima per determinare l'eguaglianza tra quanto dato e quanto ricevuto dal mutuante. È *res mutui* solo quel bene che, necessariamente determinato nel numero, peso o misura, possa essere restituito secondo la stessa grandezza con cui è stato dato, in modo che possa eguagliare questo non in valore, ma in natura.

Il fine che guida Doneau nella definizione è escludere al mutuo qualsiasi profitto in senso oggettivo, qualsiasi effetto di variazioni del tutto naturali del valore del bene mutuato che possono risolversi, in un senso o nell'altro, in uno squilibrio tra le posizioni delle parti. In questo modello l'espressione della cosa secondo il numero, il peso o la misura assolve al compito di rappresentare la ragione dell'identità tra due cose, non l'equivalenza tra due valori:

⁵ H. DONELLI, *op. cit.*, in *tit. de rebus creditis l. 2 § mutui datio*, n. 1.

Numero constat pecunia numerata: pondere aurum, argentum, aes, et cetera metalla infecta; mensura vinum, oleum, frumentum. Ceterae res non constant, aut aestimantur numero, pondere, mensura; quia earum unaquaeque species propria quadam naturae vi, et qualitate constat, qua differt ab aliis, qua eadem fiat, ut quamvis in pari numero, aut pondere, tamen aliae longe vincant alias, aut ipsae vincantur ab aliis, utputa, homines numero, aut pondere, mensurave non aestimantur, quia non discernuntur alii ab aliis vincitur; aestimantur singuli ex ingenio, doctrina, viribus, agilitate, compositione corporis, venustate, et aliis compluribus, quibus efficitur, ut unus homo non modo pluris sit, quam unus alius, sed etiam quam alii decem; eademque est ceterorum animalium, arborum, plantarum, aedium, agrorum, et earum specierum, quae arte constant, ratio praeter pecuniam numeratam. Iam cur in supra scriptis rebus mutuuum consistat, ratio a Paulo haec redditur, quia, inquit, earum datione possumus in creditum ire; quod valet, quia earum datione possumus mutuuum contrahere: quasi diceret, ideo mutuuum in his consistit, quia in his consistere potest, et contrahi, ut fert earum rerum conditio, et finis mutui; in ceteris non potest, repugnante videlicet mutui, et earum rerum natura⁶.

Il passo rende perfettamente il pensiero di Doneau, la sua cifra interpretativa del mutuo: sono *res mutui* solo le cose che dalla commisurazione secondo il peso, il numero o la misura traggono ogni possibile stima e possono di conseguenza essere restituite esattamente eguali a quelle ricevute. Ciò è ovviamente possibile con il denaro o le derrate, mentre è assurdo pensare che un uomo, pur potendo ovviamente essere misurato o pesato, possa vedere rappresentata in questo la totalità delle sue qualità, e in funzione di ciò essere confrontato o sostituito con un altro individuo, il quale potrà anche pesare nello stesso modo, ma non per questo esserne eguale nelle qualità. Il punto è questo: per Doneau l'obbligo nel mutuatario non è quello di restituire il *tantundem*, una cosa da sostituire a quella ricevuta in mutuo, ma di restituire proprio la stessa cosa ricevuta, il che, se ovviamente non può avvenire nella sua individualità, deve perciò stesso avvenire attraverso una cosa che sia perfettamente uguale. Ciò non è possibile, altro che in quelle cose che ricevono determinazione nel loro genere.

Nasce così la categoria delle cose fungibili nel senso moderno del termine:

Funcio hoc loco non solutionem, et praestationem rerum significat, sed satisfactionem et liberationem, quam adfert earum rerum praestatio, quod ex his orationibus intelligi potest. Dicimus enim fungi noxae datione...cum non intelligimus tantum rem noxae dedere; sed ita dedere, ut

⁶H. DONELLI, *op. cit.*, n. 2.

ea deditioe satisfaciamus, eoque modo liberemur. Dicimus item fungi litis aestimatione...ubi certum est non hoc dici tantum, litis aestimationem praestare nos; sed ita praestare, ut sit ea praestatio pro justa satisfactione, et liberatione. Etiam hic ipse locus satis arguit, functionem pro praestatione, et solutione rerum accipi non posse; alioquin quid ineptius, quam dicere, istas res recipere solutionem in suo genere per solutionem, et praestationem? Ergo ex illo verbi usu hic functio inde appellata satisfactionem, et liberationem significat; ut sit hic sensus, ideo in his rebus mutuum contrahi posse natura sua, quia hae res in genere suo per solutionem, id est, dum solvuntur, recipiunt functionem et satisfactionem; id est, his solvendis plane satisfit creditori, ut iniuriam sibi in eo fieri non possit⁷.

Anche in questo caso il passo è chiarissimo: la *res mutui* è solo quella la cui tradizione consente non semplicemente di dire pagato un debito, ma completamente soddisfatte le ragioni del creditore nel vedersi restituito l'esatto equivalente di quanto a suo tempo dato al debitore. La definizione di *res mutui* come quella che «*functionem recipit in genere suo*» era, come abbiamo visto più volte, particolarmente consentanea ai glossatori e ai commentatori; tale qualità era tuttavia determinata da fattori esterni alla natura della cosa, visto soprattutto che in quel modello la valuta veniva data e ricevuta in mutuo per la sua estimazione.

E solo ora che dal concetto di *functio* nasce una categoria di cose che *fungi possunt*, ossia che possono le une essere scambiate in luogo delle altre per la loro perfetta eguaglianza. Su tutto domina sempre l'esclusione totale e assoluta di qualsiasi valore finanziario: per come Doneau dice chiarissime lettere, la *satisfactio* differisce dalla semplice *solutio* perché non può mai arrecare una *iniuria* al creditore, mai portare nel suo patrimonio qualcosa di meno rispetto a quanto gli è effettivamente dovuto.

Da qui l'unico elemento di aperta polemica con glossatori e commentatori:

Erunt fortasse, qui etymologiam mutui hoc loco traditam, irridendam putabunt: nec omnino abs re, ut videtur. Nam si ex eo mutuum appellatum est, quod de meo tuum fiat, ut Paulus scribit, ubicumque de meo tuum fiet, recte dicetur mutuum; ut in quibus eadem ratio est nominis; idem nomen admittatur; neque enim incertum est, quaecumque certa aliqua de causa inducuntur, ea ubique locum habere...valetque id praecipue in nominibus: quae cum rebus consequentia esse debeant, ut bene monet Iustinianus ...et in quibus res eadem est, unde nomen dicitur, ea quoque eodem nomine appellentur. Ista ratione ergo permutatio, donatio, atque adeo

⁷ H. DONELLI, *op. cit.*, n. 4.

legatum dicetur mutuuum; quia in his omnibus de meo tuum fit; quae tamen mutuuum nec esse, nec dici constat, neque eorum modorum, aut contractuum quemquam, ex quibus rem meam in alium transferam praeter eum, quem nunc mutuuum appellamus⁸.

Non vi è bisogno di molte indagini per capire chi fosse a irridere l'etimologia del termine mutuo data dal testo romano: indipendentemente dai nomi o dalle epoche, per Doneau furono sempre coloro i quali non si resero mai prigionieri di una formula e per questo autorizzarono le più grandi iniquità, come appunto quella di immaginare un mutuo che si conclude senza la dazione della cosa.

13. *L'esclusione del valore finanziario come fondamento dell'equità del mutuo nel modello di Domat e di Pothier*

Doneau ricostruisce pertanto il mutuo come atto unilaterale, l'effetto conseguente alla dazione di una cosa fungibile. L'attenzione che egli riserva al consenso è più volta alla conservazione del principio che alla necessità di analizzare la fattispecie del mutuo. Diversa la concezione di Domat, che al contrario centrerà sul consenso tutta la costruzione del modello da opporre alla tradizione del diritto comune. La sua tesi è elementare: mentre il canone nella locazione è lecito perché rappresenta il prezzo per l'uso della cosa, lo stesso non potrebbe mai essere dell'interesse nel mutuo. Con il canone, il proprietario del bene si appropria di una parte della maggiore utilità prodotta dal conduttore attraverso l'uso della cosa locata, cosa che può essere lecita solo a talune condizioni⁹.

Queste condizioni non possono mai replicarsi nel mutuo, che è dunque sempre illecito nella sua ipotesi onerosa:

⁸ H. DONELLI, *op. cit.*, in *tit. de rebus creditis l. 2 § appellata*, n. 1.

⁹ «On voit dans tous ces commerces, que ce qui rend licite le profit, ou le revenu qu'on peut en tirer, est que celui qui loue à un autre ou son travail ou son industrie, ou un cheval, ou une maison, ou un autre fonds, ou quelqu'autre chose, stipule justement un prix pour le droit qu'il donne de jouir ou de ce que produit le travail, ou du service de ce cheval, ou de l'habitation de cette maison, ou du revenu de ce fonds, ou des autres usages qui pourront se tirer de ce qui est baillé à louage. Mais quoique cette convention paroisse un juste titre pour prendre un salaire, un loyer, ou autre revenu; elle ne suffiront pas pour rendre licite le profit du louage, si elle n'étoit accompagnée des autres caracteres essentiels à ce contrat, et qui sont tels que s'ils manquoient, la convention de profit y seroit injuste. De sorte que quand il seroit vrai qu'on pût faire une pareille stipulation de l'interêt de l'argent, ou des denrées, pour le profit qu'en pourra tirer celui qui emprunte, ce qui ne se peut, comme il sera prouvé dans la suite; le défaut de ces autres caracteres nécessaires pour rendre licite le profit du louage, rendroit illicite l'interêt du prêt». J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel, libro I titolo VI*, p. 71-72, ed. Paris 1745.

Et pour en juger, il n'y a qu'à considerer quels sont ces caracteres qui se rencontrerent dans le louage, et non dans le prêt, et sans lesquels le profit même du louage seroit illicite. Dans le louage, il faut que celui qui prend à ce titre, puisse user de la chose, ou en jouit selon la qualité de la convention, et s'il en étoit empêché par un cas fortuit, il seroit déchargé du prix du louage. Mais dans le prêt celui qui emprunte demeure obligé, soit qu'il use de la chose empruntée ou que quelque événement l'empêche d'en user. Dans le louage, le preneur n'est obligé de rendre que la même chose qu'il a louée, et si elle perit en ses mains par un cas fortuit, il n'en est pas tenu, et il ne doit rien rendre. Mais dans le prêt, celui qui emprunte est tenu de rendre la même somme, ou la même quantité qu'il a empruntée, quand il la perdrait en même tems par un cas fortuit. Dans le louage, la diminution sensible ou insensible, qui arrive à la chose louée par l'usage qu'en fait celui qui l'a prise, tombe sûr le maître qui l'avoit louée. Mais dans le prêt, celui qui a prêté ne souffre aucune diminution ni aucune perte¹⁰.

Ritorna qui l'argomento per cui nel mutuo il debitore è obbligato a restituire non un valore determinato nel concetto di *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, ma un bene *identico* a quello prestato, sul presupposto che solo talune cose, quelle fungibili, sono naturalmente capaci di conseguire questo risultato. Se così è, la differenza tra locazione e mutuo è semplicissima da tracciare, quanto al criterio dell'onerosità: la prima può essere onerosa, e anzi naturalmente lo è, poiché il proprietario che concede l'uso della cosa se ne vedrà restituire una di qualità inferiore, appunto perché l'impiego che altri ne ha fatto ha privato quel bene di una parte del suo valore originario; il secondo deve essere necessariamente gratuito, poiché per definizione il proprietario mutuante si vedrà restituire da parte del mutuatario una cosa perfettamente uguale nel valore a quella prestata. La stessa equità che richiede il canone nella locazione per non creare un ingiusto arricchimento del conduttore ai danni del locatore inibisce l'interesse nel mutuo, che si tradurrebbe in uno speculare arricchimento ingiusto del mutuante verso il mutuatario.

Data la stessa premessa, anche Domat deve ricostruire la fattispecie complessiva intorno ai due aspetti – la specificità della *res mutui*, la conclusione necessariamente reale del contratto – su cui il modello romano di mutuo si differenzia nettamente dal modello del diritto comune.

Domat ricostruisce il primo aspetto su di una lettura ideologica dei testi romani, portati ad esprimere una disciplina ancora più stringente di quella partecipata dalla loro lettera:

¹⁰J. DOMAT, *op. cit.*, p. 71.

On peut donner à titre de prêt, toutes les choses qui sont telles qu'on puisse se rendre de semblables, en même quantité, et de pareille qualité. Ainsi, outre l'argent monnoyé, le bled, le vin, et les autres grains, et liqueurs; on peut prêter de même de l'or, ou de l'argent en masse, du cuivre, du fer et autres métaux, des soyes, des laines, des cuirs, du sable, de la chaux, du plâtre, et toutes autres matieres dont on peut rendre autant, sans difference de quantité et de qualité; de sorte que ce qui est rendu, tienne entierement lieu de ce qui étoit prêté. Ainsi, au contraire on ne donne pas à titre de prêt, des animaux et autres choses, qui quoique de même espece, sont different en qualitez dans l'individu, et telles qu'on ne pourroit contre le gré du créancier rendre l'une our l'autre¹¹.

Il percorso argomentativo partecipato da questo passo è sommarmente indicativo di questo atteggiamento. All'inizio Domat definisce la *res mutui* in piena aderenza al testo romano: è quel bene di cui si può rendere il simile, nella stessa quantità e qualità comparabile a quanto ricevuto. Dopo una lunga esemplificazione, Domat ne estremizza il concetto, e parla questa volta di cose che possono essere restituite senza differenza di quantità e di qualità, cose la cui restituzione «*tiene interamente luogo di ciò che è stato prestato*». Da qui l'esclusione dell'animale dal concetto di *res mutui*, in cui veniva pacificamente compreso da glosatori e commentatori, stante che le particolarità individuali di ciascuno rendono il singolo capo non mutuabile, cioè non perfettamente sostituibile nell'interezza della sua funzionalità con l'oggetto dato in prestito.

Le conclusioni che Domat trae sul punto sono pertanto non meno distanti dalla lettera del testo di quanto non lo fossero quelle dei giuristi di diritto comune: il dato della perfetta identità tra quanto dato in mutuo e quanto il mutuatario si impegna a restituire è una costruzione per nulla autorizzata dal testo romano ed edificata da Domat più in conseguenza del suo modello generale che in funzione di una lettura esegetica del testo antico. Anche in Domat, come prima in Doneau, a sparire è il concetto di *tantundem*, quasi l'uso stesso della parola, il quale pare poco compatibile con il modello generale assunto, visto che è lì per suggerire l'idea di una sostituibilità in valore, e non in natura, tra i beni oggetto della *datio* e quelli oggetto della *restitutio*.

Il tutto è pienamente evidente allorché si consideri il pensiero di Domat sulla moneta come oggetto di mutuo:

Dans le prêt d'argent le débiteur n'est obligé qu'à rendre la même somme, et s'il arrive après le prêt une augmentation de la valeur des especes; il ne doit pas rendre la valeur presente des especes, qu'il avoit re-

¹¹J. DOMAT, *op. cit.*, n. IV, p. 75.

çûes, mais autant qu'elles valoient quand il emprunta. Et si au contraire la valeur des especes est diminuée, le débiteur ne laisse pas de devoir la somme empruntée¹².

Il principio romano per cui la cosa deve essere restituita nello stesso genere e qualità si trasforma in Domat nel principio per cui il mutuo in denaro è il mutuo ad una somma determinata non nel numero delle monete, ma nel valore che esse avevano al momento del prestito. Ogni aumento di questo valore non fa parte del debito del mutuatario, il quale dovrebbe corrispondere solo la somma effettivamente ricevuta, quindi il valore della moneta quale era al tempo della conclusione del contratto. Lo stesso vale per il caso di diminuzione del valore monetario: in questo caso è il debitore a dovere la somma originariamente ricevuta in prestito, non potendo capitalizzare a sé il guadagno derivante dalla svalutazione.

Una soluzione non pienamente giustificata né sul piano logico né sul piano tecnico giuridico ad un problema che Domat ha pienamente presente, e che per il resto non riesce a risolvere allorché la valuta oggetto del mutuo non è il denaro, ma derrate di comune commercio, pertanto aperte alla speculazione:

Dans le prêt du bled, du vin et des autres choses semblables, dont le prix augmente, ou diminue, le débiteur doit la même quantité qu'il a empruntée, et ni plus ni moins, soit que le prix en soit augmenté ou diminué. Si ce n'est que dans le cas de l'augmentation du prix, il parût par les circonstances que le créancier eût fait un prêt usuraire, comme sont, par exemple, ceux qui au temps de la moisson prêtent leur bled, qui est à vil prix; pour en avoir autant dans une autre saison où il sera plus cher¹³.

Quando il mutuo è in cosa di diretto consumo, può essere definito come usurario il comportamento di chi sfrutta gli andamenti ciclici del prezzo per prestarne allorché il prezzo è basso – come il grano al tempo della trebbiatura – al fine di averne altrettanto ad una scadenza che cade in una stagione in cui il prezzo è destinato a rialzarsi. In questo caso, tuttavia, il mutuante lucra un profitto non da un'accessoria convenzione di interessi, ma dal mutamento stesso del valore del bene mutuato. La qualificazione del patto come usurario è l'unico modo che Domat ha per guardarlo come illecito, ricostruendo un regime di eccezione alla regola normale su una finalità che, propria del mutuante, è riconoscibile da indizi oggettivi, espressa nel medesimo paragrafo, per cui il mutuatario si obbliga a restituire la stessa quantità di grano ricevuta, indipendente-

¹² J. DOMAT, *op. cit.*, § VIII.

¹³ J. DOMAT, *op. cit.*, § IX.

mente dalla fluttuazione del prezzo. Mentre quindi nel mutuo pecuniario il concetto di somma, intesa come valore rappresentato in una determinata cifra monetaria al momento della costituzione del contratto di mutuo, consente di costruire una tutela obiettiva per il mutuatario dinanzi alla variazione *in peius* del valore della moneta, nel mutuo in derrate lo stesso effetto deve essere recuperato su una base diversa, presumendo nel mutuante una sorta di dolo. Quel concetto di «cosa fungibile» che dovrebbe creare l'assoluta equità del mutuo e che dovrebbe pertanto caratterizzare tutte le *res mutui* già non basta più a se stesso: moneta e derrate non sono eguali, visto che non creano lo stesso regime degli effetti del contratto.

Anche Domat patisce del resto le stesse difficoltà di Doneau, insite nell'adozione del modello reale, di riportare tutti i tipici effetti del mutuo alla comune volontà delle parti piuttosto che al dato materiale della tradizione della cosa.

La sua soluzione è però diversa da quella tentata da Doneau, per taluni aspetti più lineare, per altri foriera di ulteriori complicazioni: costruire il mutuo come fattispecie reale, ma tendenzialmente bilaterale nel contenuto obbligatorio. Per far questo, Domat costruisce una serie di obblighi anche per il mutuante, certo inferiori in numero e importanza rispetto a quelli che gravano sul mutuatario, ma tuttavia sufficienti a rendere bilaterale la struttura del mutuo e consentire quindi la permanenza di questo negozio tra i contratti.

Gli obblighi del mutuante sono tre: avere la proprietà delle cose prestate¹⁴; rispondere per l'evizione che il mutuatario possa eventualmente subire dal terzo proprietario della cosa mutuata¹⁵; garantire al mutuatario che la cosa mutuata sia atta ad essere da lui consumata¹⁶.

Nel primo caso Domat trasforma in un obbligo ciò che era una pura precondizione non indispensabile del mutuo presso i giuristi del diritto comune, per i quali, come abbiamo visto, il mutuo può aversi anche ove

¹⁴ «Le premier engagement de celui qui prête, est qu'il soit le maître de la chose prêtée, pour donner le même droit à celui qui l'emprunte. Car on n'emprunte que pour user en maître de la chose, et avoir la liberté de la consumer». J. DOMAT, *op. cit.* section II, n. I.

¹⁵ «Si celui qui prête n'est pas le maître de la chose prêtée, il n'en transfère pas la propriété à celui qui l'emprunte. Et si celui qui en est le maître la trouvant en nature, la revendique et prouve son droit; celui qui avoit emprunté aura son recours et ses dommages et intérêts contre celui qui lui avoit prêté». J. DOMAT, *op. cit.*, n. II.

¹⁶ «Ce second engagement de celui qui prête est de donner la chose telle qu'elle soit propre à son usage. Car c'est pour cet usage qu'elle est empruntée. Ainsi, il doit donner de l'argent qui ne soit ni faux ni décrié, et des grains ou liqueurs qui ne soient pas altérées ou corrompues. Et il est garant de ces sortes de défauts, selon les règles expliquées dans la Sect. II du contrat de vente». J. DOMAT, *op. cit.*, n. II.

la tradizione della cosa venga effettuata da un non proprietario. Nel secondo caso Domat trasforma in un obbligo positivo una responsabilità che sorge solo eventualmente, ove il vero proprietario non voglia costituirsi come mutuante nei confronti del prenditore della valuta. Nel terzo caso Domat riscopre inconsapevolmente il vecchio arnese dei glossatori, l'*aptitudo* della cosa ad essere oggetto di mutuo, nell'ansia di individuare al mutuante quanti più obblighi possibile¹⁷.

L'approccio di Domat non verrà condiviso da Pothier, per il quale il mutuo è sempre e comunque una fattispecie reale e unilaterale, che non si ha motivo di ricostruire su un'artificiale bilateralità¹⁸. Qualsiasi obbligo possa venire al mutuante deriva dal più generale dovere di buona fede che deve essere mantenuta nel contratto di mutuo al pari di qualsiasi altro contratto: è da questa che nasce l'obbligo di non trasferire al mutuatario delle cose viziate, che non possano riuscirgli di alcuna utilità o, peggio, arrecare danno a cose di sua proprietà¹⁹. La differenza con il regime immaginato da Domat non versa solo sul profilo della ricostruzione della fattispecie, quanto su quello della determinazione della responsabilità del mutuante: mentre nel modello di Domat prestare a titolo di mutuo una cosa viziosa costituisce di per sé l'inadempimento di un obbligo, il quale attende di essere sanzionato, nel modello di Pothier ciò che rileva è solo il danno cagionato in concreto, il cui risarcimento andrà determinato caso per caso. Ancora seguendo la regola generale in tema di responsabilità, il mutuante risponderà del danno arrecato dalle cose che ha prestato solo nel caso si possa dimostrare la sua mala fede; se il vizio era a lui ignoto o non conoscibile, egli non risponderà di nulla²⁰.

¹⁷ Chiude la sequenza l'obbligo di non chiedere altro che la restituzione di ciò che si è prestato, rinunciando a ogni profitto, diretto o indiretto: «Le troisième engagement de celui qui prête, est de ne rien exiger, soit en valeur ou en quantité, au-delà de ce qu'il a prêtée». J. DOMAT, *op. cit.*, n. IV.

¹⁸ «Le contrat de prêt, *mutuum*, est de la classe des contrats réels, puisqu'il ne peut se former que par la tradition de la chose qui en fait l'objet, comme il résulte de ce que nous avons vu ci-dessus. Enfin le contrat de prêt, *mutuum*, est de la classe des contrats *unilatéraux*; car il ne produit d'obligation que d'un côté, envers l'emprunteur...». R.J. POTHIER, *Traité du prêt de consommation*, cap. I § 20, in *Oeuvres*, ed. Paris 1847, t. V, p. 49.

¹⁹ «Le contrat de prêt de consommation est, comme nous l'avons déjà dit supra, n° 20, un contrat unilatéral, qui ne produit d'obligation que d'un côté, savoir, du côté de l'emprunteur. Le prêteur, de son côté, ne contracte envers l'emprunteur aucune obligation qui naisse de la nature de ce contrat. Mais la bonne foi qui doit régner dans le contrat de prêt, de même que dans tous les autres, l'oblige à ne point tromper l'emprunteur, et à ne lui point cacher les vices de la chose prêtée qu'il connaît, et que l'emprunteur ne connaît pas». R.J. POTHIER, *op. cit.*

²⁰ «Suivant ces principes, si vous avez prêté une certaine quantité de mauvaise huile à quelq'un qui ne s'y connaissait pas, à la charge de vous en rendre autant, et que vous la lui

L'unico obbligo del mutuante è dunque quello di qualsiasi altra parte contrattuale: usare della buona fede. Se egli avrà apportato consapevolmente nel mutuo delle cose viziate, sarà esposto ad una sanzione endogena al contratto: dovrà ricevere cose eguali nel valore a quelle date effettivamente, e non a quelle che dovevano altrimenti intendersi oggetto del contratto stante la richiesta del mutuatario; questo suo credito andrà a compensarsi comunque col maggior credito del mutuatario per il danno emergente e il lucro cessante, ove effettivamente un danno si sarà provocato al suo patrimonio.

Fra i due modelli, Pothier sceglie dunque quello di Doneau: il mutuo è un contratto perché il consenso delle parti deve intervenire necessariamente su tutti i momenti sostanziali in cui esso si caratterizza, dalla tradizione in proprietà della cosa alla possibilità per il mutuatario di consumarla. È questo il ruolo del consenso: dare un significato a quell'elemento in sé amorfo che è la *traditio*, per cui ove le parti abbiano diversamente concordato sul ruolo di questa, il contratto più che nullo è inesistente.

Ove questa ipotesi si verifichi, la conseguenza è la permanenza del rischio per la perdita della cosa in capo al mutuante, che non si è mai spogliato della proprietà, atteso che questo effetto può conseguire semplicemente alla conclusione di un contratto che, in assenza di una volontà concorde, non può dirsi formato. Il proprietario della cosa può, a quel punto, rivendicarla presso colui che l'ha ricevuta con l'ordinaria azione di rivendica o, viceversa, sanare la situazione mantenendo la cosa presso di lui, quindi concludendo ora quel mutuo che non si era prima realizzato. Non vi è dunque luogo alle ricostruzioni proprie del diritto comune che vogliono che il mutuo si possa costituire anche a posteriori con la consumazione della cosa: finché non vi è un consenso, non passa la proprietà e quindi non può esservi un mutuo; solo, ove le parti si accordino per rinnovare il titolo, non vi è necessità che la cosa venga previamente restituita al mutuante²¹.

ayiez prêtée comme bonne, ou même que, sans assurer expressément qu'elle était bonne, vous lui en ayiez dissimulé le vice, non seulement l'emprunteur ne sera pas obligé de vous rendre de bonne huile, n'étant obligé de vous en rendre que de la même qualité que celle qu'il a reçue; mais si l'usage qu'il a fait de cette huile, dont vous lui avez dissimulé le vice, lui a causé quelque préjudice, vous devez être tenu de ses dommages et intérêts. Si vous lui avez prêté de bonne foi cette mauvaise huile que vous croyez bonne, il ne sera à la vérité obligé de vous en rendre que de la même qualité; mais vous ne serez tenu d'aucuns dommages et intérêts pour le préjudice que l'usage qu'il a fait de cette huile lui a causé; car vous n'êtes obligé à rien autre chose qu'à apporter la bonne foi au contrat». R.J. POTHIER, *op. cit.* § 52.

²¹ «Cette convention renferme une espèce de tradition feinte, que les interprètes appellent *traditio brevi manus*, par laquelle on suppose que vous m'avez rendu le sac de 1.000

Il Code seguirà largamente il modello di Domat. Il *prêt à consommation* resterà definito come contratto naturalmente gratuito, cui può eventualmente aderire una stipulazione di interessi²²; il carattere bilaterale del mutuo sarà conservato con la previsione, in un'intera sezione, delle «*obligations du prêteur*», conservate nonostante le critiche di chi avrebbe seguito la via di Pothier²³. La gratuità del mutuo sarà costruita su due articoli, il 1895 e il 1897, in cui si stabiliva che la restituzione del *tantundem* doveva avvenire senza alcuna rilevanza per le variazioni nel valore delle cose scambiate: le dottrine del diritto comune diverranno così storia dimenticata. La modernità dei Codici esigerà sempre l'esclusione del valore finanziario dalla struttura del mutuo, al fine di preservare ad esso un'idea di naturale equità che sembrava altrimenti dovergli essere negata.

Non ci riusciranno, come abbiamo visto all'inizio della nostra analisi, ma questa è un'altra storia.

liv. que vous avez à titre de dépôt, et que je vous l'ai remis pour que vous l'avez à titre de prêt: cette tradition feinte suffit pour la translation de propriété, et pour opérer par conséquent le prêt de la somme, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition réelle». POTHIER parla esplicitamente di una *traditio ficta* e della distinzione tra *consumption naturelle* e *consumption civile*, con ciò rifacendosi ad una terminologia dei glossatori.

²² La formulazione dell'art. 19 del progetto discusso il 7 Piovoso dell'anno XII stabiliva espressamente che il mutuo fosse una «*convention gratuite*», espressione che scompare nelle stesure successive. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Paris 1829, p. 427.

²³ P.A. FENET, *op. cit.*, p. 432.

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

1. FRIGNANI A., *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano* (1974), pp. XX-666.
2. COSTATO L., *I domini collettivi nel Medio Polesine* (1968), pp. IV-196.
3. LEGA C., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale* (1969), pp. IV-304.
4. ZAMORANI P., *Precam habere* (1969), pp. XII-320.
5. LEZIROLI G., *Enti canonici ed enti ecclesiastici* (1974), pp. IV-128.
6. LEGA G., *La organizzazione periferica degli enti di previdenza sociale* (1974), pp. VIII-173.
7. COLORNI V., *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno* (1976), pp. VIII-204.
8. FABRIS P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro* (1976), pp. VIII-240.
9. ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I (1977), pp. 274.
10. LEZIROLI G., *Aspetti della libertà religiosa* (1977), pp. 244.
11. MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, pp. IV-276.
12. MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana* (1979), pp. VIII-296.
13. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione* (1981), pp. IV-440.
14. COLORNI V., *Judaica minora* (1983), pp. XVI-830.
15. DE MAESTRI L., *Il processo delle misure di sicurezza* (1983), pp. IV-192.
16. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer* (1984), pp. IV-104.
17. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (1984), pp. XVI-228.
18. BIGNARDI A., *«Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali* (1984), pp. IV-220.
19. FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche* (1984), pp. VIII-332.
20. SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza* (1987), pp. IV-224.
21. ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto* (1987), pp. VI-402.
22. TOSCHI A., *Il segreto nell'istruzione penale* (1988), pp. IV-344.
23. COCOZZA F., *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo* (1988), pp. IV-240.
24. NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico* (1989), pp. VIII-584.
25. COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo* (1989), pp. IV-266.
26. DESANTI L., *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas* (1990), pp. VI-246.
27. LEZIROLI G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici* (1990), pp. IV-324.
28. COLORNI V., *Judaica minora. Nuove ricerche* (1991), pp. VI-114.
29. BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica* (1991), pp. VI-274.
30. LEGA C., *Diritto della bonifica* (1992), pp. XII-276.
31. BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (1992), pp. VIII-240.

32. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema* (1992), pp. XXII-190.
33. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti* (1993), pp. VI-156.
34. NAPPI P., *Tutela giurisdizionale e contratti agrari* (1994), pp. XVI-516.
35. PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni* (1994), pp. VI-702.
36. DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore* (1995), pp. VI-372.
37. PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (1996), pp. X-278.
38. FORMIGONI W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus* (1996), pp. VI-190.
39. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale* (1999), pp. XII-302.
40. AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro* (2001), pp. VIII-244.
41. DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza* (2001), pp. XIV-478.
42. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale* (2002), pp. XVI-412.
43. PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (2003), pp. XII-462.
44. DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato* (2003), pp. X-494.
45. GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano* (2003), pp. XII-434.
46. FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale* (2005), pp. X-202.
47. BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione* (2006), pp. VIII-180.
48. SCHIAVO S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere* (2007), pp. X-314.
49. MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale* (2007), pp. X-358.
50. NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro* (2007), pp. X-374.
51. MAZZO M., *La responsabilità del produttore agricolo* (2007), pp. VIII-264.
52. VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma* (2007), pp. X-358.
53. FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva* (2007), pp. X-330.
54. BERNARDI A. - BALDASSARE P. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (2008), pp. X-248.
55. DESANTI L. - FERRETTI P. - MANFREDINI A. D. (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (2009), pp. VIII-468.

I volumi sopra elencati dal n. 1 al n. 55 relativi alle «Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara» sono stati pubblicati dall'Editore Giuffrè - Milano.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

1. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, 2011.
2. S. BORELLI - M. MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)*, 2011.
3. L. COSTATO - P. BORGHI - L. RUSSO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*. Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011, 2011.
4. S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI - S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, 2012.
5. R. VOLANTE, *Il mutuo nel diritto comune. Il problema del valore finanziario dai Glossatori a Potbier*, 2012.

Finito di stampare
nell'ottobre 2012
Ink Print Service - Napoli