

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA

STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano 'De Armeniorum successione' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> I <i>senatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus'</i> nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Ivano Pontoriero

Università di Bologna

Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica

1. Pena convenzionale e interessi nella riflessione della giurisprudenza romana – 2. L'assoggettamento della pena convenzionale al rispetto dei limiti legali in materia di interessi nella tradizione romanistica – 3. L'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione: C. Cass., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 5379 – 4. Osservazioni conclusive.

1. In ideale dialogo con Ferdinando Zuccotti, al quale ero legato da sentimenti di sincera amicizia e di profondo affetto, desidero svolgere in questa sede qualche considerazione sul rapporto tra clausola penale e interessi in diritto romano e nella tradizione romanistica¹.

Le riflessioni che seguono sono state, in particolare, ispirate dalla lettura della recente ordinanza C. Cass., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 5379, che, discostandosi in modo a mio avviso assai rilevante dalla tradizione, argomenta nel senso dell'«inapplicabilità alla clausola penale della disciplina in tema di usurarietà dei tassi d'interesse»².

¹) L'onorato ha dedicato pregevoli ricerche alla nozione di frutto nel diritto romano, contribuendo a chiarire numerosi aspetti della riflessione giurisprudenziale ad essa relativa: F. ZUCCOTTI, *'Fruges fructusque' (studio esegetico su D. 50.16.77). Per una ricerca sulle origini della nozione di 'frutto'*, Padova, 2000 e ID., *'Partus ancillae in fructu non est', in 'Antecessori oblata'. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi)*, Padova, 2001, p. 185-326. Sono davvero molto grato a Ferdinando per avermi proposto di curare, insieme a lui, la ristampa, accompagnata da una mia *Introduzione*, della monografia del suo Maestro dedicata al ruolo svolto dalla *stipulatio poenae* nella tutela processuale del prestito marittimo: A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, ristampa emendata della seconda edizione a cura di I. PONTORIERO e F. ZUCCOTTI, Milano, 2019. Al tema della *pecunia traiecticia* è stato dedicato il corso monografico di Diritto romano tenuto da Ferdinando presso l'Università di Torino nell'A.A. 2018/2019, nell'ambito del quale sono stato invitato a svolgere alcune lezioni.

²) UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Rassegna mensile della giurisprudenza civile della Corte di cassazione. Provvedimenti pubblicati. Febbraio 2023*, Rassegna n. 2 del 01/06/2023, p. 99: «La clausola penale e la convenzione di interessi moratori hanno funzioni diverse, poiché, per il caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, la prima ha una finalità sanzionatoria e risarcitoria

L'elaborazione scientifica della giurisprudenza romana, invece, esclude recisamente la possibilità di stipulare una penale di importo eccedente l'ammontare del tasso legale di interesse sul capitale³. La regola è attestata in modo esplicito da un breve frammento escerpito dal decimo dei *Pandectarum libri* di Modestino e collocato dai commissari di Giustiniano all'interno del titolo D. 22.1 *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*⁴:

D. 22.1.44 (Mod. 10 pand.): Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.

Modestino afferma che nessuno possa farsi promettere attraverso stipulazione una penale eccedente la misura risultante dall'applicazione del tasso legale di interesse sul capitale⁵. La previsione di una penale in caso di inadempimento di

del danno, che viene predeterminato pattiziamente col limite della manifesta eccessività, mentre la seconda ha uno scopo di corrispettivo o retribuzione per il creditore, entro il limite inderogabile del cd. "tasso soglia" di cui alla l. n. 108 del 1996; ne consegue che anche i rimedi di tutela sono differenti, dato che alla clausola penale non si applica la disciplina in tema di usurarietà dei tassi di interesse, bensì la "reductio ad aequitatem" ex art. 1384 c.c., non predeterminata dalla legge, ma affidata all'apprezzamento del giudice secondo equità, la quale va fondata non già sulla valutazione della prestazione, bensì sulla considerazione dell'interesse all'adempimento della parte creditrice e sulle ripercussioni del ritardo o dell'inadempimento sull'effettivo equilibrio sinallagmatico del rapporto». Online: <https://www.portaledelmassimario.ipzs.it/frontoffice/studiPublicazioni.do> (consultato il 28/09/2023). La massima, con *Nota* redazionale sostanzialmente adesiva (sulla quale, cfr. *infra*, § 3, nt. 55), compare anche in *Massimario della responsabilità civile*, a cura di D. FEOLA, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2/2023, p. 605-607.

³ Cfr. in proposito C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in *SDSD*, 15, 1894, p. 7-8, A. BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden. Ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht*, Leipzig, 1911 (rist. Aalen, 1965), p. 122, K. VISKY, *Spuren der Wirtschaftskrise des III. Jahrhunderts in den römischen Rechtsquellen*, in *Acta antiqua Academiae scientiarum Hungaricae*, 16, 1968, p. 387-389, ID., *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in *Iura*, 19, 1968, p. 67-82, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 39 e nt. 32, M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata (dir. rom.)*, in *ED*, 32, Milano, 1982, p. 716, nt. 36, G. CERVENCA, s.v. *Usura (dir. rom.)*, in *ED*, 45, Milano, 1992, p. 1131, M. SCOGNAMIGLIO, *La clausola penale nell'esperienza giuridica romana*, in *La pena convenzionale nel diritto europeo*, a cura di S. CHERTI, Napoli, 2013, p. 16, EAD., *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino, 2018, p. 181-193.

⁴ La rubrica, semplicemente *De usuris* in C.I. 4.32, deriva dal titolo del *liber singularis de usuris* di Paolo (*Index Florentinus*, XXV.28: *de usuris*), del quale sopravvive un solo frammento in D. 22.1.17: cfr. in proposito le osservazioni di A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, p. 82 e p. 120. Sulla costruzione del titolo D. 22.1 da parte dei commissari di Giustiniano, cfr. inoltre R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, p. 372-377.

⁵ Secondo M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 190: «è presumibile che la perentorietà dell'asserzione di Modestino dipendesse dal fatto che con frequenza, attraverso la *stipulatio poenae*, si tentasse di aggirare i limiti legali imposti per le *usurae*». Cfr. anche A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, p. 133-134, nt. 74 e A. ARNESE, *Usura e*

un'obbligazione pecuniaria, infatti, svolge la stessa funzione della stipulazione di interessi: la *poena* è stabilita *pro usuris*⁶.

Paolo, nel terzo libro delle sue *Quaestiones*, riporta testualmente il contenuto di una *cautio stipulatoria*, oggetto di un giudizio svoltosi presso il tribunale del pretetto del pretorio Papiniano⁷. Lucio Tizio, che ha ricevuto un mutuo di quindicimila denari da Publio Mevio, si è impegnato con stipulazione alla restituzione della somma e, in caso di inadempimento, al pagamento *poenae nomine* di un denario ogni trenta giorni per ogni cento denari⁸. Viene, inoltre, pattuita la possibilità di

modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità, Bari, 2013, p. 73. Di segno conforme è la versione greca del testo contenuta in Bas. 23.3.44 (= H.J. Scheltema – N. van der Wal, A III, p. 1128): Ἀντὶ τόκων οὐκ ἔξεστι ποιῆν ἑπερωτῶν ὑπὲρ τὸν νόμιμον τόκον.

⁶) Una testimonianza di Pomponio conserva il ricordo della stipulazione di una *poena in singulos menses pro usuris legitimis*. Cfr. D. 45.1.90 (Pomp. 3 ex Plaut.): *Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse*. L'esercizio dell'azione per il pagamento del capitale da parte del creditore non impedisce il decorso della penale, perché il denaro non è stato ancora pagato. Sul testo, cfr. K. VISKY, *L'applicazione*, cit., p. 71. Non sembra, tuttavia, che la menzione degli interessi legittimi debba essere considerata come «superflua». Il riferimento alle *usurae legitimae*, in luogo di un'originaria menzione delle *usurae centesima*, potrebbe essere frutto di interpolazione, in seguito all'emanazione della costituzione contenuta in C.I. 4.32.26.2 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528): cfr. sul punto TH. MOMMSEN, *Iudicium legitimum*, in *ZSS*, 12, 1891, p. 270 (= *Gesammelte Schriften*, 3, Berlin, 1907 [rist. Berlin-Dublin-Zürich, 1965], p. 358-359). L'attributo *legitimus* è senz'altro espunto da J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, in *Mnemosyne*, 37, 1909, p. 307. Il riferimento alla *usurarum centesima* di Vat. Fr. 11 si trasforma nella menzione dell'*usura legitima* in D. 19.1.13.26 (Ulp. 32 ad ed.): cfr. *infra*, nel testo. Sulla questione, nel senso che l'impiego dell'espressione *usurae legitimae*, peraltro attestato da un papiro del 153 d.C. (*FIRA*, 3, n. 121), possa essere comunque ritenuto di matrice classica, cfr. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, p. 259, nt. 95, e, da ultimo, A. ARNESE, *Usura*, cit., p. 67-68. Sulla riforma contenuta in C.I. 4.32.26, si vedano G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura Giuridica e Diritto Vivente*, Special Issue, 2016, *L'economia delle passioni. Etica, diritto e mercato finanziario tra antico e moderno. Atti Convegno Urbino 13 giugno 2016*, a cura di M. FRUNZIO, p. 37-41 e F. MATTIOLI, *Giustiniano, gli argentarii e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, Bologna, 2019, p. 15-25.

⁷) Paolo divenne *adessor* di Papiniano quando quest'ultimo ricoprì la prefettura del pretorio, negli anni compresi tra il 205 e il 211: cfr. I. PONTORIERO, *Una biografia "enigmatica"*, in G. LUCHETTI et al., *Iulius Paulus. Ad edictum libri. I-III*, Roma, 2018, p. 5.

⁸) D. 12.1.40 (Paul. 3 quaest.): *Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: 'Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spondi ego Lucius Titius. si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spondi ego Lucius Titius. convenitque inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstros refundere debeam denarios treccenos ex omni summa ei heredive eius'. quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competeat, transierat. dicebam, quia pacta in conti-*

restituire il debito in rate di trecento denari al mese da pagare al creditore o al suo erede⁹. Il frammento, in realtà, non precisa se la somma di quindicimila sia stata erogata dal mutuante in sesterzi o in denari, ma i successivi riferimenti al denaro, nella previsione della penale e nel patto rendono a mio avviso più probabile che anche l'importo del capitale sia stato espresso in denari¹⁰.

La *quaestio* affrontata da Paolo, immediatamente dopo aver riportato il contenuto della *cautio stipulatoria*, verte sull'obbligazione di pagare gli interessi (*de obligatione usurarum*) gravante sul debitore, fornendo un'ulteriore prova dell'omogeneità (strutturale e funzionale) dell'obbligazione assunta *poenae nomine* e dell'*obligatio usurarum* nella riflessione scientifica della giurisprudenza romana¹¹.

nenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent pactumque id tantum ad exceptionem prodesse et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo competit usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur.

⁹) Il testo di D. 12.1.40 ha suscitato negli interpreti difficoltà tali da essere incluso nel catalogo delle *septem damnatae leges seu cruces iuriconsultorum*: cfr. C. VAN ECK, *Le sette leggi dannate delle Pandette. Ovvero, le croci dei giuristi. Presentazione, traduzione critica e testo* a cura di R. FERCIA, Pisa, 2020, p. 65-86 e p. 187-194. Per l'esegesi della testimonianza paolina, si vedano A. CHERCHI, *Ricerche*, cit., p. 40-64 e M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 182-187. Sui *mutua cum stipulatione*, cfr. il quadro d'insieme tracciato da A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, p. 107-134. I nomi delle parti sono stati trasformati da Paolo in nomi fittizi: si veda in proposito D. MANTOVANI, *Giuristi romani e storia dell'economia antica. Elementi per una dialettica, in Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, a cura di C. BUZZACCHI e I. FARGNOLI, Milano, 2021, p. 154 e nt. 36. Nella più recente letteratura, sul rapporto tra mutuo e *stipulatio* nella testimonianza di D. 12.1.40, cfr. A. CUSMÀ PICCIONE, *La congruens responsio nella stipulatio tardoclassica*, Napoli, 2023, p. 10-13.

¹⁰) Come in D. 45.1.126.2 (Paul. 3 quaest.), che, tuttavia, contiene un'indicazione espressa (*mutua denaria mille*). Sulla questione, cfr. A. CHERCHI, *Ricerche*, cit., p. 42, nt. 5 e p. 43, nt. 8.

¹¹) Cfr. M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata*, cit., p. 717, nt. 40, secondo cui si tratterebbe di: «una *stipulatio usurarum*, avvenuta *poenae nomine*». È, in particolare, oggetto di discussione se gli interessi avrebbero dovuto essere calcolati con riferimento all'intero capitale mutuato o alla rata mensile prevista dal patto. Paolo, contro altri giuristi non meglio identificati (*quidam dicebant*), sostiene la seconda soluzione. Il contenuto della stipulazione viene, dunque, integrato dal patto, secondo quanto illustrato in D. 2.14.4.3 (Paul. 3 ad ed.): cfr. I. PONTORIERO, *Commento*, in G. LUCHETTI *et al.*, *Iulius Paulus. Ad edictum libri. I-III*, cit., p. 169. Numerose altre testimonianze relative alla previsione di interessi moratori (*Strafzinsen*) attraverso l'impiego della penale sono elencate da R.

Pena convenzionale e interessi moratori sono presi in considerazione in un responso in materia di compravendita emanato dallo stesso Paolo:

D. 19.1.47 (Paul. 6 resp.): Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit: cum igitur testator in poenam commiserit neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit, praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? Paulus respondit ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse. in actione quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

Lucio Tizio riceve del denaro per la vendita di materiali da costruzione, impegnandosi a pagare una penale in caso di mancata consegna nel termine stabilito¹². Il venditore, dopo aver consegnato i materiali solo in parte, viene a mancare. Essendosi verificato l'inadempimento, la previsione della penale ha iniziato a dispiegare la sua efficacia. Neppure l'erede del venditore ha, nel frattempo, effettuato la consegna. Oggetto della *quaestio* sottoposta al giurista è se l'erede possa essere convenuto sia per la penale sia per gli interessi, dal momento che il compratore paga

KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 39, nt. 31.

¹²) I dubbi sulla genuinità della testimonianza a suo tempo avanzati da A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, 1, Palermo, 1921, p. 251-252, nt. 3 e ID., *Semel commissa poena non evanescit*, in *BIDR*, 32, 1922, p. 246-248, sono superati dall'esegesi proposta da R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 177-180. La penale è stata prevista attraverso un patto aggiunto al contratto di buona fede secondo P. VOCI, *Una «quaestio» di Papiniano in tema di «stipulatio poenae»*: *D. 45, 1, 115*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, 1, Milano, 1967, p. 871 e nt. 24 (= *Studi di diritto romano*, 1, Padova, 1985, p. 354-355 e nt. 24) e ID., *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 3, Milano, 1971, p. 319, nt. 2 (= *Studi*, 1, cit., p. 363 e nt. 2). K. VISKY, *L'applicazione*, cit., p. 73-75, dubita della genuinità del testo e ritiene che sia stata conclusa una *stipulatio poenae*, diversamente M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, in *ED*, 46, 1993, p. 433, nt. 1341, sottolinea come la previsione della pena convenzionale nella fattispecie potrebbe derivare anche da un *pactum adiectum* all'*emptio venditio* (come avviene, peraltro, in Vat. Fr. 11, testo sul quale mi soffermerò a breve). È orientato a pensare che la pena convenzionale sia stata prevista attraverso un semplice patto, peraltro nell'ambito di una più generale tendenza riscontrabile nella produzione di Paolo a «evidenziare le eccezioni alla 'regola' del ricorso alla *stipulatio*», V. GIUFFRÈ, «*Faenus*» e *intraprese commerciali*, in *SC*, 7, 1995, p. 143 (= *Studi sul debito*², Napoli, 1999, p. 109). Secondo R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 178 e nt. 29, le parti hanno, probabilmente, fatto ricorso ad una *stipulatio*. Ritengono che sia stata conclusa una *stipulatio poenae* e, conseguentemente, che il testo affronti il problema del concorso tra l'*actio ex stipulatu* e l'*actio empti*, F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco. Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, 2009, p. 290-291 e M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 124-126, 165 e 191-193. Il rapporto tra *actio empti* e *actio ex stipulatu* è preso in considerazione da D. 19.1.28 (Iulian. 3 ad Urs. Fer.). Su quest'ultimo testo, cfr. ora L. PARENTI, *Urseius Ferox. I. Materiali per una palingenesi*, Lecce, 2023, p. 181-188.

interessi molto elevati per il denaro preso in prestito¹³. Paolo risponde che anche in forza del contratto in relazione al quale ci si interroga l'erede possa essere convenuto per il pagamento della penale e che rientra nell'*officium iudicis* determinare la misura degli interessi moratori sul prezzo¹⁴. In assenza di più precise indicazioni, sarei propenso a ritenere che l'importo della penale potesse essere stato stabilito in misura più bassa rispetto a quella risultante dall'applicazione del tasso legale di interessi sul prezzo e che rientrasse nell'*officium iudicis* condannare l'erede convenuto, oltre che al pagamento della penale, per tale differenza¹⁵.

Il frammento di Modestino contenuto in D. 22.1.44 non indica quali siano le conseguenze della violazione del divieto di prevedere una penale di importo eccedente l'applicazione del tasso legale di interesse sul capitale, ma possiamo ricavare da altre testimonianze di età severiana come la giurisprudenza adottasse in proposito la soluzione dell'efficacia parziale del negozio illecito¹⁶:

¹³) Secondo M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 191: «Il quesito posto al giurista attiene alla possibilità di cumulare la richiesta della penale, tramite l'*actio ex stipulatu*, con la richiesta delle *usurae*, nell'*actio empti*». Dal momento che il testo non contiene riferimenti alla *promissio* della penale o all'*actio ex stipulatu*, ma solo alla conclusione dell'*emptio venditio* consensuale, sarei propenso a ritenere che entrambe le pretese del compratore venissero avanzate attraverso l'*actio empti*.

¹⁴) Condivido, dunque, la lettura offerta da A. CHERCHI, *Ricerche*, cit., p. 131, nt. 68: «Il giurista chiarisce che, dato che l'erede, in base al contratto, avrebbe risposto *in poenam*, in seguito all'esercizio dell'*actio ex empto*, il giudice avrebbe dovuto calcolare le *usurae* sul prezzo, in virtù del suo *officium*, anche se non era stata precedentemente conclusa una *stipulatio poenae*». Per M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 193, nt. 110: «qui non si tratta di *usurae poenae nomine* e la pena è stata stipulata senza prendere in alcun modo in considerazione il problema delle *usurae*». M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata*, cit., p. 717, nt. 38, osserva come il testo non dica nulla in ordine all'importo della pena. In caso di mora del compratore nel pagamento del prezzo, del resto, il venditore riceverà solo gli interessi moratori. Cfr. D. 18.6.20(19) (Hermog. 2 iur. epit.): *Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quarere potuit*.

¹⁵) Devono naturalmente essere rispettati i limiti legali previsti per la prestazione di *usurae*. Cfr. D. 22.1.1 pr. (Papin. 2 quaest.): *Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat*. Sul testo, si veda M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. GAROFALO, 4, Padova, 2003, p. 200 e U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München, 2011, p. 233 e nt. 1137. È interessante richiamare anche la testimonianza di D. 22.2.4.1 (Papin. 3 resp.), in cui, di fronte alla stipulazione di due diverse penali per un'unica operazione di finanziamento, si ammette che l'importo eccedente la *centesima* dedotto nell'una possa andare ad integrazione dell'altra che abbia eventualmente previsto un interesse inferiore al limite legale. Il capitale erogato dal finanziatore non può, comunque, produrre un rendimento superiore al dodici per cento annuo. Su D. 22.2.4.1, cfr. *infra*, nt. 18.

¹⁶) Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 61-63, H.H. SEILER, *Utile per inutile non vitatur. Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag* (hrsg. von

D. 22.1.9 (Papin. 11 resp.): Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit. 1. Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur. nec inutilis legitimae usurae stipulatio videtur sub ea condicione concepta 'si minores ad diem solutae non fuerint': non enim poena, sed faenus uberius iusta ratione sortis promittitur. si tamen post mortem creditoris nemo fuit cui pecunia solveretur, eius temporis inculpatam esse moram constitit: ideo si maiores usurae prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur.

Il responso di Papiniano prende in considerazione una *stipulatio poenae* del doppio della somma dovuta, nel caso in cui un debitore non adempia nel termine stabilito¹⁷. Il debitore non sarà tenuto soltanto per la parte eccedente l'applicazione del tasso legale della *centesima* sul capitale e la *stipulatio poenae* conserverà efficacia per la parte residua¹⁸.

Il riferimento contenuto nel *principium* del frammento ad una *stipulatio dupli* illecita, sottoposta a riduzione conservativa perché eccedente i limiti legali imposti in materia di *usurae*, permette di meglio comprendere il senso del primo paragrafo. Dopo aver ricordato che la *stipulatio usurarum* diventa efficace anche se il debitore non venga convenuto in giudizio, Papiniano osserva che è valida la stipulazione avente ad oggetto il pagamento di interessi legittimi nel caso in cui non siano stati pagati entro il termine stabilito i minori interessi convenuti dalle parti¹⁹. In

D. MEDICUS, H.H. SEILER), München, 1976, p. 127-147, L. SOLIDORO, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in *Labeo*, 28, 1982, p. 173-175, nonché EAD., *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index*, 25, 1997, p. 564-566.

¹⁷) K. VISKY, *L'applicazione*, cit., p. 72.

¹⁸) Lo stesso giurista, essendo stato concluso un prestito marittimo (D. 22.2.4.1 [Papin. 3 resp.]: *Pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur. in stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur*), applica la soluzione dell'efficacia parziale del negozio illecito alla *stipulatio pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti* eccedente i limiti legali imposti dall'ordinamento in materia di *usurae*: cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, p. 39-47, ID., *Periculum quod ex navigatione maris metui solet*, in *IP*, 3.1, 2018, p. 271-278 e ID., *Aspetti giuridici delle attività delle imprese di navigazione: il fenus nauticum*, in *Studi Urbinati*, 88, 2021, p. 186-189.

¹⁹) Cfr. A. BERGER, *Die Strafklauslen*, cit., p. 123 e nt. 1. Ritengo che l'impiego del verbo *convenire* abbia significato tecnico. Secondo M. KASER, 'Perpetuari obligationem', in *SDHI*, 46, 1980, p. 113, nt. 104: «*Statt interpellare steht für die Mahnung vereinzelt [...] convenire in Pap. D. 22, 1, 9, 1 [...]*». La *stipulatio usurarum* diventa efficace una volta decorso il termine stabilito per l'adempimento. La stipulazione di interessi superiori, nella misura lecita, nel caso in cui il debitore non abbia adempiuto nel termine convenzionalmente stabilito è presa in considerazione anche nel rescritto di Caracalla contenuto in C.I. 4.32.8 (Imp. Anton. A. Claudio Doryphoro, s.d.); cfr. A. WÄCKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht. Zweiter Teil*, in *ZSS*, 91, 1974, p. 268 e nt. 266.

questo caso, infatti non si promette, diversamente da quanto si verifica nella fattispecie presa in considerazione nel *principium*, una penale (illicita), ma solo un interesse più alto, comunque non superiore a quello risultante dall'applicazione del tasso legale della *centesima*, in giusta proporzione con il capitale²⁰.

L'esegesi del testo non permette dunque di individuare, diversamente da quanto è stato talora sostenuto, che sussista una: «differente funzione della pena e degli interessi, sottolineata proprio al fine di giustificare una particolare opzione sul piano giuridico»²¹. Il riferimento alla *poena* in contrapposizione al *foenus uberius* si comprende solo alla luce di quanto il giurista ha avuto modo di affermare nel *principium* con riferimento alla *stipulatio poenae* avente ad oggetto il pagamento del doppio della somma dovuta ed in questo senso è stato sempre inteso dagli interpreti²².

La chiusa del frammento prende in considerazione le conseguenze della mora del creditore. Se, dopo la morte di quest'ultimo, non vi fu nessuno cui pagare il denaro, la pretesa avente ad oggetto il pagamento dei maggiori interessi potrà essere respinta dal convenuto opponendo un'*exceptio doli*²³.

Un altro responso dello stesso Papiniano, pervenutoci attraverso i *Fragmenta Vaticana* e ricordato pure da Ulpiano nel suo commento all'editto del pretore, ribadisce la sottoposizione della penale al rispetto dei limiti previsti dall'ordinamento in materia di interessi²⁴:

²⁰) Cfr. Gl. acc. *Non enim ad h.l.: q.d. propter unam solutionis cessationem, et usuras deberi, et poenam exigi absurdum est. sed hic cessant minores, ex quo currunt maiores*. L'interpretazione del paragrafo qui proposta non muterebbe accogliendo la proposta di emendazione di *iusta ratione in tardatione* dubitativamente formulata da TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*: «uberius tardatione (ius male gem.)?». Della proposta mommseniana dà conto anche P. KRÜGER, *Editio minor, ad h.l.*

²¹) M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 187, nt. 103.

²²) *Corpus juris civilis Romani, in quo Institutiones, Digesta ad codicem Florentinum emendata, Codex item et Novellae [...] cum Notis integris* DIONYSII GOTHOFREDI, *quibus accesserunt FRANCISCI MODII et aliae aliorum jctorum celeberrimorum, quas inseruit editioni suae* SIMON VAN LEEUWEN [...] *Editio nova [...] Tomus secundus*, Neapoli, 1828, p. 252, nt. 23: *Usurarum legitimarum aliae majores, aliae minores. Qui minores initio stipulatus est, ac nisi eae intra diem solutae essent, maiores stipulatus est, non poenam in fraudem usurarum stipulatur, sed uberius tantum foenus, idque legitimum*. L'edizione curata da Simon van Leeuwen *cum notis Dionysii Gothofredi et aliorum* apparve ad Amsterdam nel 1663. Sul giurista olandese, cfr. S. SCOTT, *Our legal heritage. Simon van Leeuwen, in De Rebus Procuratoriis. Journal of the South African Attorneys' Profession*, 115, 1977, p. 401-403.

²³) Sull'impiego atecnico dell'avverbio *inutiliter*, in una ricostruzione diretta condivisibilmente a negare che il diritto romano abbia conosciuto la categoria processuale dell'*exceptio utilis*, v. F. BÉTANCOURT, *Sobre las «exceptiones» llamadas «utiles»*, in *AHDE*, 50, 1980, p. 718, nt. 54. L'autore osserva che quando il termine *exceptio* è accompagnato dall'aggettivo *utilis*: «éste no desempeña más función que la meramente predicativa de utilidad, conveniencia, eficacia procesal de dicho medio de defensa del demandado».

²⁴) Vat. Fr. 2-17 contengono frammenti del terzo libro dei responsi papiniani, collocati da Lenel sotto la rubrica *De emptionibus et venditionibus*: O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, 1, Lipsiae,

Vat. Fr. 11: *Convenit ad diem pretio non soluto venditori alterum tantum praestari. quod usurarum centesimam excedit, in fraudem iuris videtur additum. diversa causa est commissoriae legis, cum in ea specie non fenus illicitum exerceatur, sed lex contractui non improbabilis dicatur.*

Papiniano prende in considerazione il patto di pagare una penale del doppio, in caso di mancato pagamento del prezzo entro un certo termine²⁵. Il patto, nella misura in cui eccede le limitazioni in materia di *usurae*, è considerato concluso *in fraudem iuris*²⁶. Ha una funzione diversa e risulta, pertanto, pienamente ammesso, il patto di considerare la compravendita come non avvenuta, in caso di mancato pagamento del prezzo (*lex commissoria*)²⁷.

Altra testimonianza rilevante sul tema è costituita da un frammento escerpito dal quattordicesimo libro delle *Institutiones* di Marciano²⁸:

D. 22.1.29 (Marcian. 14 inst.): *Placuit, sive supra statutum modum quis usuras sti-*

1889, coll. 894-896. In Vat. Fr. 5 una mano diversa ripete l'inscriptio *Papinianus libro III responso- rum*. Sulle *inscriptiones* contenute nei *Fragmenta Vaticana*, cfr. M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari, 1998, p. 69-77.

²⁵) Il pagamento della penale è previsto questa volta attraverso un *pactum adiectum* ad una *emptio venditio*: cfr. sul punto M. TALAMANCA, s.v. *Pena*, cit., p. 716, nt. 36 e A. CHERCHI, *Ricerche*, cit., p. 129.

²⁶) Cfr. P. FREZZA, *La clausola penale*, in *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, 2, Padova, 1961, p. 291 (= *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 335 [= *Scritti*, 2, Romae, 2000, p. 335]): «la clausola penale, aggiunta alla compravendita in funzione di patto usurario, è invalida oltre la misura legale delle usure, ma, entro questa misura, è valida cumulativamente con le obbligazioni contrattuali del compratore». Può essere interessante osservare come la versione del responso papiniano tradita da Ulpiano e contenuta nel Digesto faccia, invece, riferimento ad un patto concluso *in fraudem constitutionum* e che in luogo dell'*usura centesima* si menzioni l'*usura legitima*. Cfr. D. 19.1.13.26 (Ulp. 32 ad ed.): *Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie, inquit, non faenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbabilis dicatur.*

²⁷) Si veda per tutti A. CHERCHI, *Ricerche*, cit., p. 129-130. Sulla *lex commissoria*, cfr. P. ZILIOFFO, *Vendita con lex commissoria o in diem addictio: la portata dell'espressione res inempta*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, 4, cit., p. 475-515 (= *SDHI*, 69, 2003, p. 335-363 [= *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011, p. 367-406]), E. NICOSIA, *In diem addictio e lex commissoria*, Catania, 2013, p. 157-225, E. MARELLI, *Appunti in tema di vendita con lex commissoria*, in *TSDP*, 10, 2017, p. 1-32, P. ZILIOFFO, *La 'res inempta': Nuove riflessioni sulle azioni restitutorie*, in *TSDP*, 12, 2019, p. 1-20, nonché EAD., *Le restituzioni conseguenti alla risoluzione della compravendita in diritto romano*, in *Studi sulle restituzioni*, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2021, p. 49-63.

²⁸) Sull'opera di Marciano, si veda L. DE GIOVANNI, *Per uno studio delle 'Institutiones' di Marciano*, in *SDHI*, 49, 1983, p. 91-143 (= *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, p. 13-76). Nella letteratura più recente, cfr. D. DURSI, *L'opera*, in *Id.*, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, p. 19-63.

pulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse.

Il giurista afferma che, nel caso sia stato stipulato il pagamento di *usurae* eccedenti il limite legale, o sia stato previsto il pagamento di interessi sugli interessi, quanto sia stato aggiunto in violazione dei divieti si considererà *pro non adiecto* e sarà possibile, quindi, pretendere solo il pagamento degli interessi nei limiti previsti dall'ordinamento²⁹.

Anche la legislazione imperiale segue l'orientamento in precedenza espresso dalla giurisprudenza:

C.I. 4.32.15 (Imp. Gord. A. Claudio Portorio, a. 242?): Cum adleges uxorem tuam ea condicione mille aureorum numero quantitatem sumpsisse, ut, si intra diem certum debito satis non fecisset, cum poena quadrupli redderet quod accepit, iuris forma non patitur legem contractus istius ultra poenam legitimarum usurarum posse procedere.

Il rescritto di Gordiano, indirizzato a Claudio Portorio, considera illecita, perché eccedente la misura degli interessi legali, la penale del quadruplo del capitale prevista in caso di inadempimento di un mutuo di mille aurei³⁰. Mi piace ricordare che, nel 2018, la stessa Corte di Cassazione ha richiamato il rescritto di Gordiano, nel contesto di un'ampia motivazione fondata sull'impiego del criterio dell'interpretazione storica, per sostenere, condivisibilmente, che gli interessi moratori, al pari di quelli corrispettivi, sono soggetti al rispetto delle previsioni contenute nella legislazione antiusura³¹.

²⁹) Sul testo, cfr. F. FASOLINO, *L'anatocismo nell'esperienza giuridica romana*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milano, 2005, p. 325-332 (= *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, p. 56-63). La palingenesi leneliana inserisce il frammento sotto una rubrica *Ad leges senatus consulta adversus feneratorum facta*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, col. 670. La medesima soluzione sembra essere prospettata da Paolo in D. 22.1.20 (Paul. 12 ad Sab.): *Usuras illicitas sortis mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitiari*. Per l'esegesi di quest'ultimo testo, cfr. A. CHERCHI, *Ricerche*, cit., p. 201-202.

³⁰) K. VISKY, *L'applicazione*, cit., p. 76. Per l'incertezza in ordine alla datazione del rescritto, cfr. P. KRÜGER, *Editio maior, ad b.l.* Sulle tendenze della cancelleria di Gordiano, che si muove lungo le direttrici tracciate dalla giurisprudenza, cfr. A. NICOLETTI, *Sulla politica legislativa di Gordiano III. Studi*, Napoli, 1981, p. 38. La storiografia più recente è orientata a fornire una risposta negativa all'interrogativo se lo stesso Modestino abbia fatto parte della cancelleria o del *consilium principis* di Gordiano: cfr. G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino, 2009, p. 181-205, nonché EAD., *La biografia*, in A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENGO, *Herennius Modestinus. Excusationum libri VI*, Roma-Bristol, 2021, p. 13.

³¹) C. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442: cfr. I. PONTORIERO, *Sull'impiego del criterio dell'interpretazione storica*, in *SDHI*, 84, 2018, p. 437-464. Le motivazioni impiegate nell'ordinanza sono state in parte trasfuse dallo stesso estensore in M. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pe-*

Appare, del resto, di immediata evidenza come risulti del tutto impossibile distinguere – per struttura e funzione e al di là della qualificazione, eventualmente di comodo, operata dalle stesse parti contraenti – tra quanto viene corrisposto dal debitore di un’obbligazione pecuniaria a titolo di interessi moratori convenzionali e quanto viene, invece, corrisposto a titolo di penale³².

cuniarie, Milano, 2021, p. 283-291 (Il Codice Civile. Commentario fondato e già diretto da P. SCHLESINGER continuato da F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, Art. 1224). Alcune aporie nel percorso argomentativo seguito dalla Corte sono state evidenziate da M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori tra omogeneità e disomogeneità ontologica e storica. La difficile convivenza con la normativa antiusura. Osservazioni a margine di Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442*, in *TSDP*, 12, 2019, p. 1-49. Più in generale, sull’uso del diritto romano da parte delle corti italiane, si veda il recente quadro d’insieme offerto da S. DI MARIA, *L’uso del diritto romano e della sua tradizione nella giurisprudenza italiana*, in *Lex generalis omnium. Un diritto del passato nel presente*, a cura di A. LEGNANI ANNICHINI e G. SANTUCCI, Modena, 2023, p. 167-178.

³²⁾ Cfr. B. GEISENBERGER, *Prêt d’argent, clause pénale et usure*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 19, 1966, p. 301, secondo cui: «la peine est une forme particulière de l’intérêt», e, dunque, «peu importe qu’elle soit exprimée au contrat sous une forme différente des intérêts conventionnels qui y apparaissent déjà: la peine n’est jamais qu’un intérêt capitalisé» (una posizione più articolata è espressa, con riferimento all’ordinamento francese, da D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, 1992, p. 374-376, il quale, pur sottolineando che la penale è destinata ad operare in caso di inadempimento dell’obbligazione di restituire il denaro da parte del mutuatario, ricorda come «le taux effectif global, dont la comparaison avec le taux de référence peut faire apparaître le délit d’usure, doit désormais être calculé, en tenant compte non seulement des intérêts strictu sensu mais aussi des frais, commissions ou rémunérations de toute nature», con la conseguenza che: «il était tentant de considérer que la clause pénale devait être prise en compte pour la détermination du taux effectif global en l’assimilant à la notion de rémunération»), nonché K. VISKY, *L’applicazione*, cit., p. 68, il quale, a sua volta, osserva: «[...] quanto allo scopo, la pena convenzionale, ch’è da pagarsi in caso di adempimento moroso, e l’interesse di mora hanno, sostanzialmente, il medesimo carattere». Si vedano al riguardo, senza alcuna pretesa di esaustività, anche R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Il foro italiano*, 69, 1944-46, IV, p. 44, secondo cui «la determinazione convenzionale degli interessi moratori non può essere configurata se non come una *clausola penale*, la quale ha appunto la funzione liquidativa e al tempo stesso limitativa del risarcimento (art. 1382) che è connessa a quella determinazione, secondo la esplicita, e in fondo non strettamente necessaria, disposizione dell’art. 1224 ult. parte», T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Artt. 1277-1284*, Bologna-Roma, 1959, p. 564, nt. 1 (Commentario del Codice civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), A. RAVAZZONI, s.v. *Mora del debitore*, in *NNDI*, 10, Torino, 1964 (rist. 1982), p. 909, M. LIBERTINI, s.v. *Interessi*, in *ED*, 22, Milano, 1972, p. 129 e nt. 153, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 247-249, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, p. 356-359, nonché, da ultima, M.G. BARATELLA, *Interessi convenzionali e operazioni bancarie: questioni civilistiche*, Milano, 2023, p. 7-11. Una posizione in parte diversa è espressa da V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 128-129, secondo cui, invece, la convenzione sugli interessi moratori: «non integra [...] necessariamente una clausola penale». L’autore argomenta osservando come la disciplina sugli interessi convenzionali moratori (art. 1224 c.c.) escluda recisamente «la risarcibilità del danno ulteriore, senza tener conto della misura convenzionale degli interessi moratori che potrebbe anche essere inferiore a quella degli interessi legali», mentre, d’altra parte «con l’obbligazione pecuniaria si concilia anche una penale non consistente nel

2. La *ratio* sottesa alla formulazione della regola icasticamente enunciata da D. 22.1.44 (Mod. 10 *panđ.*) è molto bene illustrata dalla gl. *Potest*, precisamente attribuibile ad Accursio³³:

Gl. acc. *Potest* ad D. 22.1.44: ut et supra e.l. pecuniae [D. 22.1.9] et l. placuit [D. 22.1.29] et C. e.l. cum allegas [C.I. 4.32.15]. fit enim hoc in fraudem usurarum: quod ex qualitate facti et personarum praesumitur, quia sit solitus foenerare sic t. de act. emp. l. Iulianus § ibidem [D. 19.1.13.26] vel ut ibi. Accur.

La condotta di chi si fa promettere una penale, il cui importo superi i limiti previsti in materia di *usurae*, è considerata posta in essere *in fraudem usurarum*³⁴.

È possibile ora richiamare un'altra testimonianza, già presa in considerazione da C. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442, n. 1.7.4, a sostegno della sottoposizione degli interessi moratori alla legislazione antiusura³⁵. Un'importante riflessione sulla funzione svolta dalla clausola penale e dagli interessi moratori si trova

pagamento degli interessi (moratori)». Secondo G. SMORTO, s.v. *Clausola penale*, in *DDP Sez. Civ. Aggiornamento*, VIII, diretto da R. SACCO, Torino, 2013, p. 146: «sebbene la penale abbia una funzione assimilabile a quella degli interessi moratori [...] essa ha però natura diversa rispetto agli interessi in genere, la cui caratteristica peculiare è il maturare con il passare del tempo, caratteristica che non si riscontra nella penale». Sulla funzione risarcitoria degli interessi moratori, in una prospettiva, tuttavia, critica rispetto all'impiego della distinzione tra interessi corrispettivi e interessi moratori, che apparirebbe sempre meno giustificata «dalla nuova realtà legislativa prodottasi con il codice del 1942», cfr. inoltre B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie. Artt. 1277-1284*, Bologna-Roma, 2011, p. 268-297 (*Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO).

³³) Il frammento di Modestino è introdotto nella *Magna Glossa* da un *casus*, volto a sottolineare che la *stipulatio poenae* vale solo a condizione che non venga superato il limite degli interessi legali: *Poenam] CASUS. Mutuo decem et stipulor duplam, vel aliquid nomine poenae. dicit quod ita demum valet stipulatio poenae, si legitimam usuram non excedit*. Nella prassi, la pena convenzionale viene spesso stabilita per aggirare il divieto di percepire *usurae*. Sulla costruzione giuridica, dovuta in particolare ad Azzone, che porta, sulla base di uno spunto offerto dall'opinione labeoniana riportata nel *principium* della *lex Socratica* (D. 17.2.60), a isolare la nozione di interesse (*interesse, id quod interest*) per permettere al mutuante di ottenere, senza infrangere il divieto, la riparazione del danno sofferto a causa della mancata restituzione del denaro, cfr. A. FLINIAUX, *L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. (Origine des art. 1152, 1226 et ss. du Code Civil français)*, in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, p. 233-247.

³⁴) Afferma espressamente che la regola della soggezione della penale al rispetto dei limiti legali in materia di *usurae* è volta a impedire condotte realizzate in frode alla legge (*περιγράψαι τήν διάταξιν*) anche sch. 1 ad Bas. 23.3.44 (= H.J. Scheltema – D. Holwerda, B IV, p. 1687): *Στεφάνου. Οὐδείς δύναται πρόστιμον ἐπερωτᾶν ὑπερβαῖνον τὸν λεγίτιμον τόκον, λέγω δὴ τήν ἡμικατοστήν. Τοῦτο δὲ νόησον, ὅταν βουλόμενος περιγράψαι τήν διάταξιν ἀντί τόκων πρόστιμον ἐπηρώτησεν*. Sullo scolio di Stefano, v. le esatte considerazioni di C. BERTOLINI, *Teoria*, cit., p. 8. La *διάταξις* richiamata da Stefano, che, abbassando i tassi legali d'interesse in precedenza praticati, introdusse in via generale il limite del sei per cento annuo (*ἡμικατοστή*) è C.I. 4.32.26.2 (Imp. lust. A. Menae pp., a. 528).

³⁵) Sul punto, rinvio a I. PONTORIERO, *Sull'impiego*, cit., p. 454-457. Cfr., inoltre, M. ROSETTI, *I danni*, cit., p. 289 e nt. 425.

anche nel commento di Jacques Cujas all'unica costituzione contenuta in C.I. 7.47 *De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur*.³⁶ La costituzione, emanata il 1° settembre del 531, rientra nel novero delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*.³⁷

Nel *principium* viene dichiarato l'obiettivo di superare alcune *dubitationes antiquae* in materia di determinazione dell'*id quod interest*.³⁸ Nel primo paragrafo, in relazione alle azioni che hanno ad oggetto una determinata quantità di beni fungibili o una cosa precisamente individuata (*qui certam habent quantitatem vel naturam*) si stabilisce che tale determinazione non possa superare la misura del *duplum* (*hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere*)³⁹.

³⁶ C.I. 7.47.1 (Imp. Iust. A. Iohanni pp., a. 531): *Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. 1. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. 2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio.*

³⁷ Vedi P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, 23, 1911, p. 281-289, il quale ipotizza che la costituzione sia stata occasionata dai lavori di spoglio sulla massa papiniana (sul punto, cfr. anche la nota successiva). Sul rapporto tra le *quinquaginta decisiones* e le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, v. per tutti G. LUCHETTI, *Dall'elaborazione casistica ai codici. L'esperienza giustiniana*, in *Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013)*, Roma, 2018, p. 350-361.

³⁸ La cancelleria giustiniana si riferisce, probabilmente, alle discussioni sulla misura del risarcimento conseguibile attraverso l'esercizio dell'*actio empti*, di cui è traccia nella catena di frammenti D. 19.1.43 (Paul. 5 quaest.), D. 19.1.44 (Afric. 8 quaest.), 19.1.45 (Paul. 5 quaest.). In quest'ultimo, Paolo accoglie l'opinione di Giuliano, tradita da Africano, secondo cui la responsabilità del venditore in caso di evizione dello schiavo oggetto di compravendita non avrebbe potuto superare la misura del *duplum*. Cfr. P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., p. 286-289, secondo cui i commissari giustiniani potrebbero essersi imbattuti nelle *dubitationes antiquae* proprio leggendo il quinto libro delle *Quaestiones* di Paolo, o, forse, il terzo dei *Responsa* di Papiniano, D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, 1962, p. 89-92 e p. 292, K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 259-265, nonché S. TAFARO, *Cl. 7. 47. 1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore*, in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su "L'usura ieri ed oggi". Foggia, 7-8 aprile 1995*, a cura di S. TAFARO, Bari, 1997, p. 219-221.

³⁹ Secondo P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., p. 288, la misura del *duplum* venne ispirata dalla regola secondo cui il compratore, anche quando non avesse concluso la *stipulatio duplae*: «poteva ottenere non semplicemente l'*id quod interest*, ma il doppio del prezzo». Osserva lo stesso

Quanto alle altre, aventi ad oggetto un *incertum* (*in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur*), saranno i giudici chiamati a decidere delle controversie a dover determinare la misura dell'*id quod interest*, attraverso il loro prudente apprezzamento (*per suam subtilitatem requirere*)⁴⁰. Nella determinazione di tale misura, i giudici dovranno, comunque, ispirarsi a moderazione. L'ultimo paragrafo precisa, ulteriormente, che le disposizioni contenute nella costituzione si applicano sia quando si discuta del danno emergente, sia quando la causa verta, piuttosto, sul lucro cessante, *quia et ex eo veteres quod interest statuerunt*⁴¹.

Osserva dunque Jacques Cujas, soffermandosi sulla nozione di interesse (*id quod interest*)⁴²:

Usura, quae propter moram infligitur, non est foenus, sed pro eo, quod interest, infligitur officio iudicis ex tempore morae, ut non male idem Theodorus in hac lege ita scribat, τὸ διαφέρων, ἢ τοι τοὺς τόκους, confundens cum usuris id quod interest, quia scilicet exiguntur vice ejus, quod interest. Sed proprie usura est accessio quantitatis: id quod interest, accessio rei, vel corporis, quod utrumque infligitur ex mora. Et modus, et finis idem est utriusque, nempe duplum. Et utrumque etiam poena dicitur recte: nam poena est quidquid ultra sortem, et rem principalem exigitur.

Cujas ricorda che gli interessi moratori hanno una funzione risarcitoria (*non est*

autore: «evidentemente la misura del doppio, contenuta nella costituzione giustiniana, anziché per analogia con le *usurae*, è stata richiamata da questi principii ed estesa a tutti i casi in cui si tratta di una *certa quantitas*». Opportunamente, S. TAFARO, *CI. 7. 47. 1*, cit., p. 221-228, pur ricordando «la rilevanza e l'influenza che possa aver avuto la *stipulatio duplae*», ricorda il limite all'esigibilità di *usurae ultra duplum o ultra sortis summam*. La vigenza di tale limite era stata ribadita da Giustiniano nel 529: C.I. 4.32.27.1 (Iust. A. Menae pp.).

⁴⁰) Cfr. A. DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil. (Histoire de l'interprétation de la l. un. C. J., 7, 47, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur)*, in *Études d'histoire juridique offertes à P.F. Girard [...] par ses élèves*, 2, Paris, 1913, p. 100 e F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, 1, Bari, 1983, p. 128, che fa riferimento ad una «*aestimatio temperata* con prudente arbitrio giudicante».

⁴¹) Il risarcimento del danno comprende il *damnum emergens* e il *lucrum cessans*: cfr. A. DUMAS, *Les origines*, cit., p. 98-99. Come ricorda P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., p. 281, la precisazione giustiniana: «è veramente inutile».

⁴²) Cfr. *Recitationes solemnes in librum II. ad IX. Codicis Justiniani* (opus posthumum), in IACOBI CUIACII [...] *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora et emendatiora. Pars posterior. Tomus nonus*, Mutinae, 1781, col. 1008. Lo stesso passaggio compare, con alcune minime varianti, nei *Paratitla in libros novem Codicis Justiniani repetitae praelectionis* (a. 1597), in IACOBI CUIACII [...] *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus secundus*, Venetiis, 1758, col. 434: «Usura, quae propter moram non est foenus, sed pro eo quod interest, infligitur, ut non male idem Theodorus, cujus in hanc legem interpretationem apponam, in extremo hujus synoptici ita scribat, τὸ διαφέρων, ἢ τοι τοὺς τόκους, confundens cum usuris id quod interest. Utrumque ex mora debentur, et modus atque finis idem est utriusque, et utrumque poena».

foenus, sed pro eo, quod interest, infligitur) e che Teodoro di Ermopoli, verosimilmente nel suo *Breviarium Codicis*, aveva correttamente (*non male*) ritenuto di richiamare, accanto all'*id quod interest* (τὸ διαφέρον), gli interessi (τοὺς τόκους), finendo per assimilare, in ragione dell'identità di funzione e di disciplina, i due concetti, attraverso l'impiego dell'avverbio ἤτοι⁴³. Teodoro giunge a questa assimilazione perché gli interessi moratori vengono pretesi in luogo del risarcimento (*confundens cum usuris id quod interest, quia scilicet exiguntur vice ejus, quod interest*). In ragione dell'assimilazione, per entrambi vale il limite del doppio previsto dalla legislazione giustiniana (*Et modus, et finis idem est utriusque, nempe duplum*) ed entrambi possono chiamarsi pena (*Et utrumque etiam poena dicitur recte: nam poena est quidquid ultra sortem, et rem principalem exigitur*)⁴⁴.

Da qui la conclusione che gli interessi, convenzionali o legali, non possono eccedere la quantità del doppio⁴⁵:

Porro usura, sive sit foenus, sive non sit, id est, quacunq̄ue ex causa infligitur, non potest excedere dupli quantitatē, l. si non sortem, §. sup. duplum, ff. de condit. indeb. [D. 12.6.26.1]. [...] Denique in casibus certis, eundem esse modum usurae, et ejus, quod interest. Idem etiam est modus poenae, quae pro usuris, vel eo, quod interest in stipulationem deducitur: nam et haec servare debet rationem dupli, l. Iulianus, §. ibidem Papinianus, ff. de act. emp. [D. 19.1.13.26] l. 15. sup. de usur. [C. 4.32.15]

⁴³) Che si tratti di un'interpretazione contenuta nel *Breviarium Codicis* si desume dalla stessa citazione del giurista culto (*idem Theodorus in hac lege ita scribat*). Sul *Breviarium Codicis*, cfr. K.E. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Prolegomena*, in *Ἀνέκδοτα*, 3, Lipsiae, 1843 [rist. Aalen, 1969], p. xxxi-xl e H.J. SCHELTEMA, *Fragmenta Breviarii codicis a Theodoro Hermopolitano confecti e Synopsi erotematica collecta*, in *Studia Byzantina et Neobellenica Neerlandica*, edited by W.F. BAKKER, A.F. VAN GEMERT, W.J. AERTS, Leiden, 1972, p. 9-15 (= *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, collegerunt N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, ROOS MEIJERING, Groningue, 2004, p. 371-374). Sulla personalità scientifica di Teodoro, cfr. F. SITZIA, *Il Syntagma Novellarum di Atanasio ed il Breviarium Novellarum di Teodoro*, in *Studi in onore di R. Martini*, 3, Milano, 2009, p. 593-607, ID., *Il Breviarium Novellarum di Teodoro di Ermopoli*, in *Subseciva Groningana*, 9, 2014, *Between Groningen and Palermo*, p. 187-241, ID., *Theodorus e l'insegnamento degli σχολαστικοί nella storia del diritto bizantino*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, Pavia, 2011, p. 189-237, nonché ID., *Teodoro di Ermopoli. Giurista di livello o autore di opere mediocri?*, in *Κοινωνία*, 41, 2017, p. 27-41.

⁴⁴) C. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442, n. 1.7.4 e M. ROSSETTI, *I danni*, cit., p. 289 e nt. 425, non si soffermano su quest'ultima parte del commento di Cujas, che viene riportato solo fino a *confundens cum usuris id quod interest, quia scilicet exiguntur vice ejus, quod interest*. Sia nell'ordinanza, sia nella monografia di Rossetti (p. 289), si osserva come la: «funzione risarcitoria assegnata agli interessi moratori, teoricamente ineccepibile, non ebbe mai nel diritto comune l'effetto di sottrarli alla disciplina antiusura». L'osservazione è fondata. Il prosieguo del commento di Cujas qui preso in considerazione dimostra come agli stessi limiti debba soggiacere anche la pena convenzionale.

⁴⁵) Cfr. *Recitationes solemnes in lib. VII. Codicis, ad t. XLVII. De sententiis, quae pro eo, quod interest proferuntur*, cit., col. 1009.

l. pecuniae [D. 22.1.9], et l. poenam, ff. eod. [D. 22.1.44].

E così, nelle controversie che hanno ad oggetto una pretesa di ammontare determinato, i limiti cui sono sottoposti le *usurae* e la determinazione giudiziale dell'*id quod interest* sono identici (*Denique... quod interest*). Lo stesso accade in relazione alla penale promessa *pro usuris, vel eo, quod interest*: anche questa è sottoposta ai limiti previsti dall'ordinamento (*nam et haec servare debet rationem dupli*).

L'identità strutturale e funzionale che sussiste tra interessi moratori e clausola penale è opportunamente sottolineata da Gerard Noodt, nel trattato *De foenore et usuris*⁴⁶:

Verum ut adhuc clarius pleniusque intelligatur et vis et usus vocabuli, observandum praeterea, quod usura vel ex mora debetur, vel ex die interpositae conventionis l. 40. D. de rebus creditis. [D. 12.1.40] et si ex mora debetur, tum si ad debitorem respicias, fere ad coercendam ejus frustrationem pertinet l. 3. §. 4. D. de usuris. [D. 22.1.3.4] et ideo poena appellatur [...] l. 90. D. de verborum obligationibus. [D. 45.1.90]. sin ad creditorem spectes: saltem agit, ut reparet ei damnum quod ex mora debitoris patitur. quo casu magis id quod creditoris interest, quam usuram videri, Labeo, et ex eo Pomponius, refert. l. 60 D. pro socio. [D. 17.2.60] sed et Paulus l. 17. §. 3. D. de usuris. [D. 22.1.17.3] agens de usuris in legatis et fideicommissis ex mora praestantis, exemplo actionum bonae fidei, ait, usuras non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium, infligi. Nec cuiquam insolens videri debet, usuram, ex mora debitam, ex una parte id quod interest, ab altera poenam dici.

Il giurista olandese, dopo aver premesso che gli interessi decorrono dalla mora o dal giorno contrattualmente stabilito (D. 12.1.40 [Paul. 3 quaest.]), osserva come, guardando alla persona del debitore, gli interessi moratori abbiano lo scopo di sanzionare l'inadempimento (D. 22.1.3.4 [Papin. 20 quaest.]), e, pertanto, vengano chiamati *poena*, come accade in D. 45.1.90 (Pomp. 3 ex Plaut.)⁴⁷.

⁴⁶) GERARDI NOODT [...] *De foenore et usuris libri tres* [...], Lugduni Batavorum, 1698, p. 15-16 (lib. I, cap. III). Sulle coordinate culturali in cui maturò la redazione del *De foenore et usuris*, cfr. G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725). Dutch Legal Scholarship between Humanism and Enlightenment*, Oxford, 1988, p. 181-191.

⁴⁷) Le testimonianze di D. 45.1.90 (Pomp. 3 ex Plaut.) e di D. 12.1.40 (Paul. 3 quaest.) sono riportate *supra*, § 1, nt. 6 e 8. Cfr. D. 22.1.3.4 (Papin. 20 quaest.): *Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet. plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque reflecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet: quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usurae ideoque non exigentur*. Gli interessi moratori sanzionano, in particolare, l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria. Le altre cose non producono interessi, a meno che non siano state lasciate per essere vendute, come si evince dalla testimonianza di Papiniano. L'erede in mora deve pagare gli interessi in relazione all'inadempimento di un fedecommesso avente ad oggetto manufatti d'oro o d'argento, se questi sono stati lasciati affin-

Se si guarda, invece, alla persona del creditore, gli interessi moratori hanno la funzione di riparare il danno subito a causa della mora del debitore, come dimostra l'opinione di Labeone richiamata da Pomponio in D. 17.2.60 pr. (Pomp. 13 ad Sab.)⁴⁸. Il giurista ricorda poi D. 22.1.17.3 (Paul. lib. sing. de usuris), che, trattando degli interessi scaturenti dalla mora dell'erede in materia di legati e di fedecommissi, considera gli interessi moratori come una sanzione per l'inadempiamento, affermando che questi non vengono inflitti *propter lucrum petentium, sed propter moram solventium*⁴⁹. Pertanto, l'interesse dovuto a seguito della mora, da una par-

ché venissero venduti per pagare i fedecommissi o per prestare gli alimenti. Se, invece, tali manufatti (vasi) sono stati lasciati affinché venissero usati, sarebbe vergognoso pretendere gli interessi, che, pertanto, non saranno esigibili. Sul principio secondo cui i frutti e le *usurae fideicommissorum* sono dovuti *ex mora*, verosimilmente ripreso dai *bonae fidei iudicia* e ricordato da Gai. 2.280, si veda per tutti L. DESANTI, *Di nuovo sul regime dei frutti nel fedecommissato de residuo e sul presunto contrasto tra D. 22.1.3.2 (Pap. 20 quaest.) e D. 36.1.60(58).7 (Pap. 9 resp.)*, in *SDHI*, 65, 1999, p. 75-77. Per gli aspetti retorici del testo e l'impiego dell'*amplificatio*, cfr. U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones*, cit., p. 231-232.

⁴⁸ D. 17.2.60 pr. (Pomp. 13 ad Sab.): *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas*. Anche Gerard Noodt ritiene che la proposizione *sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse* indichi equivalenza tra le *usurae* e il *quod socii intersit moram eum non adhibuisse*. Cfr. al riguardo la condivisibile spiegazione proposta da S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA*, 29, 1962, p. 210, secondo cui le *usurae*: «costituiscono la traduzione monetaria dell'interesse dell'attore, che non è suscettibile di una più ampia valutazione». Per una diversa interpretazione, cfr. G. CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, Paris, 1931, p. 92 e G. CERVENCA, *Contributo*, cit., p. 64 e nt. 105. In difesa dell'opinione tradizionale, cfr. ancora S. RICCOBONO JR., *rec. a Cervenca, op. ult. cit.*, in *Iura*, 20, 1969, p. 694. Aderisce a questo orientamento anche M. TALAMANCA, *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano*, edizione postuma a cura di L. GAROFALO con note di F. SITZIA e C.A. CANNATA, Padova, 2012, p. 182: «l'importante è che le *usurae*, che il socio deve prestare come corrispettivo dell'interesse a che la mora non avvenisse (e nel caso che egli abbia usato del denaro guadagnato per causa della società), non debbono essere prestate dall'*heres socii, quia morte socii dirimatur societas*».

⁴⁹ D. 22.1.17.3 (Paul. lib. sing. de usuris): *Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit. ergo nec ei debetur, qui quod rei publicae causa afuit vel ex alia causa iusta impeditus, ex qua restituito indulgetur, petere non potuit: quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit? nec simile videri posse, quod placuit minoribus etiam in his succurri quae non adquisierunt: usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur*. Esprime dubbi sulla genuinità del riferimento finale alla mora A. MONTEL, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padova, 1930, p. 40-41. Per il rilievo secondo cui nel testo una «valutazione giuridico-morale... si aggiunge a quella puramente economico-finanziaria», v. G. TOZZI, *Economisti greci e romani. Le singolari intuizioni di una scienza moderna nel mondo classico*, Milano, 1961, 457. Sul brano, cfr. anche S. RICCOBONO JR., *Profilo*, cit., p. 401-402 e G. CERVENCA, *Contributo*, cit., p. 189-191, nt. 339. D. 22.1.17 è l'unico frammento pervenutoci del *liber singularis de usuris* paolino, la sola opera della giurispru-

te, può essere considerato come un risarcimento del danno, dall'altra, come una pena (*usuram, ex mora debitam, ex una parte id quod interest, ab altera poenam dici*)⁵⁰.

L'impossibilità di distinguere tra clausola penale e interessi di fronte all'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria è messa in evidenza da Robert-Joseph Pothier, che ancora ribadisce, in modo conforme all'insegnamento offerto dalle fonti giuridiche romane e dalla successiva tradizione, l'assoggettamento dell'importo della penale al rispetto del tasso legale d'interessi⁵¹:

Il reste à observer que si la peine qui tient lieu de dommages et intérêts ordinaires, est réductible lorsqu'elle est excessive, à plus forte raison les peines stipulées en cas de défaut de paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entièrement rejetées, dans les cas auxquelles il n'est pas permis d'en stipuler.

Nell'economia della trattazione del giurista orleanese la soggezione della clausola penale al rispetto dei limiti in materia di *usurae* (n. 346) è affermata, nel contesto della spiegazione relativa alla clausola penale, immediatamente dopo il riconoscimento della riducibilità giudiziale della penale eccessiva (n. 345)⁵². I rimedi prospettati da Pothier in caso di previsione di una penale di importo eccedente quello risultante dall'applicazione del tasso di interesse legale sul capitale sono la riduzione

denza romana ad affrontare *ex professo* il tema delle *usurae*. Ricorda come la paternità paolina dell'opera non abbia suscitato particolari riserve nella storiografia romanistica G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, p. 379 e nt. 192.

⁵⁰) Confermando, dunque, ancora una volta, la tesi qui sostenuta circa l'omogeneità strutturale e funzionale degli interessi moratori e della clausola penale.

⁵¹) R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1, Paris, 1821, p. 326, n. 346 (= *Traité des obligations. Préface de J.-L. HALPERIN*, Paris, 2011, p. 161, n. 346).

⁵²) R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1, cit., p. 321-326, n. 345 (= *Traité des obligations*, cit., p. 159-161, n. 345), in cui il giurista afferma di aver senz'altro seguito in proposito l'opinione espressa da Charles Du Moulin (cfr. *Extrictio Labyrinthi de eo quod interest* [...] *Authore CAROLO MOLINAEO* [...], Parisiis, 1546, foll. 111r-117r, nn. 159-170). Giova ricordare che Du Moulin, trattando della riducibilità della penale, richiama le considerazioni più a lungo svolte circa le penali stabilite in *fraudem usurarum* (fol. 117 r, n. 170). Si veda in proposito il *Tractatus commerciorum, et usurarum, reddituumque pecunia constitutorum, et monetarum* [...] *Authore CAROLO MOLINAEO* [...], Parisiis, 1545, p. 13b, n. 35: *Legistae vero, et canonistae diu in varias opiniones secti sunt, sed tandem crebrior sententia invaluit, ut omnis poena dationi quantitatis apposita praesumatur in fraudem usurarii* [...]. Sulla difesa della *licitas foenoris* da parte di Du Moulin, cfr. C. GAMBA, *Licita usura. Giuristi e moralisti tra medioevo ed età moderna*, Roma, 2003, p. 228-235. Mette conto ricordare che la posizione di Pothier sulla riducibilità della penale eccessiva non venne accolta dal legislatore del 1804, per assicurare il rispetto dell'autonomia privata. La possibilità di ridurre la penale eccessiva è stata introdotta solo nel 1975: cfr. M. SCOGNAMIGLIO, 'Stipulatio poenae': concorso di azioni e poteri del giudice, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. GAROFALO, 2, Milano, 2011, p. 772-773.

conservativa o la radicale nullità della stipulazione, nelle ipotesi in cui non sarebbe stato possibile prevedere il pagamento di interessi⁵³.

3. In contrasto con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, l'ordinanza qui considerata rileva ora come sia «giuridicamente errato» argomentare nel senso «della assimilazione funzionale (e, per l'effetto, dell'omogeneità dello statuto di disciplina) tra la clausola penale e la patuizione di interessi moratori, istituti che sono animati da *rationes* differenti ed assistiti da strumenti di tutela ben distinti»⁵⁴.

La Corte di Cassazione si sofferma, dunque, con osservazioni non sempre del tutto condivisibili, sulle differenti funzioni svolte dalla clausola penale, da un lato, e dagli interessi moratori, dall'altro⁵⁵. Dopo aver opportunamente ricordato che la

⁵³) La regola dell'assoggettamento della penale e degli interessi moratori ai limiti previsti in materia di *usurae* è strettamente connessa a quella concernente la liquidazione del danno nelle obbligazioni pecuniarie. Il giurista, trattando *Des dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution* (nn. 159-172), isola una regola speciale relativa alle obbligazioni che hanno ad oggetto il pagamento di una certa somma di denaro. Cfr. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, I, cit., p. 149, n. 170 (= *Traité des obligations*, cit., p. 75, n. 170): «Telles sont les règles générales. On en suit une particulière à l'égard du retard apporté par un débiteur dans l'accomplissement des obligations qui consistent à donner une certaine somme d'argent. Comme les différents dommages et intérêts qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligation varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les régler, comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe. C'est ce qu'on a fait en les fixant aux intérêts de la somme due au taux de l'ordonnance [...]».

⁵⁴) C. Cass., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 5379, n. 5.1. È appena il caso di ricordare che la sottoposizione degli interessi moratori ai limiti previsti dalla legislazione antiusura è stata affermata dalla Cassazione a più riprese: oltre a C. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442 (cfr. *supra*, § 1, nt. 31), si vedano C. Cass., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286 e C. Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597. La giurisprudenza di legittimità, in relazione al tema della soggezione degli interessi moratori alla legislazione antiusura, ha suscitato molte perplessità e un vivace dibattito, sul quale, in questa sede, non è possibile soffermarsi compiutamente. Un articolato quadro d'insieme, con ampie indicazioni bibliografiche, è offerto da F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *I Contratti*, 1/2021, p. 5-18. Per un'efficace sintesi, si veda anche M.G. BARATELLA, *Interessi*, cit., p. 208-221. Sulla discussa rilevanza usuraria degli interessi moratori e con particolare riferimento alla posizione assunta dall'Arbitro Bancario e Finanziario, propenso ad applicare, a differenza della Corte, la disciplina della riducibilità della penale eccessiva, cfr. G.B. FAUCEGLIA, *Gli interessi di mora e i costi assicurativi*, in G. CONTE, *Arbitro Bancario e Finanziario*, a cura di L. BALESTRA et alii, con il coordinamento di L. VIGORITI, N. RUMINE, Milano, 2021, p. 1079-1086.

⁵⁵) Secondo D. FEOLA, *Nota*, cit., p. 605: «in senso contrario all'assimilazione si era già pronunciata Cass. civ., 19 maggio 1992, n. 5977». In realtà, il precedente richiamato non applica il rimedio della riduzione della penale in via equitativa all'indennità prevista da un regolamento condominiale, dal momento che non compete al giudice un potere di riduzione che finirebbe per modificare la norma regolamentare. Cfr. C. Cass., sez. II, 19 maggio 1992, n. 5977, in *NGCC*, 1/1993, p. 170-171, con *Nota* di M. FRIGERIO, p. 172-173. L'autrice, in modo piuttosto contraddittorio, dal momento che riconosce come la clausola penale e gli interessi moratori svolgano un'identica funzione,

clausola penale ha la funzione di quantificare: «in via anticipata e per l'eventualità di ritardo oppure di inadempimento della prestazione principale, l'entità del danno da ristorare in favore della parte adempiente», la Corte osserva, invece, che «la convenzione di interessi moratori» rappresenta «uno strumento finalizzato alla reintegrazione del patrimonio del creditore a fronte della perdita connessa alla mancata disponibilità tempestiva della somma oggetto del credito», giustificato «in forza della presunzione di naturale fecondità del denaro»⁵⁶.

Proprio quest'ultima osservazione non convince pienamente, perché finisce per elidere surrettiziamente la distinzione tra gli interessi corrispettivi, la cui giustificazione trae fondamento dal principio della «naturale fecondità del denaro» richiamato dalla Corte, e gli interessi moratori convenzionali, la cui funzione è, invece, proprio quella di realizzare, come la clausola penale: «una quantificazione forfaitizzata del danno conseguente al ritardo nel pagamento»⁵⁷.

La *ratio* sottesa alla previsione degli interessi moratori, vale a dire quella di ri-

aggiunge che: «in effetti, quando la prestazione inadempita ha natura pecuniaria, la penale per il ritardo consiste nell'erogazione di una somma che ha per oggetto il pagamento di una somma di denaro ordinariamente commisurata alla durata dell'inadempimento e rapportata ad una determinata percentuale del credito capitale insoluto, analogamente agli interessi di mora, i quali hanno la finalità di ristorare il creditore di prestazione pecuniaria del ritardo nella riscossione del proprio credito». L'autrice argomenta, inoltre, sulla base del presupposto, disconosciuto ormai dalla costante giurisprudenza di legittimità (cfr. nota precedente), della non riconducibilità degli interessi moratori all'ambito di applicazione della disciplina antiusura: «al contrario, il carattere usurario degli interessi può essere riferito solo a quelli c.d. *compensativi o corrispettivi*, ossia a quelli pattuiti a remunerazione di un capitale offerto in godimento». Identiche considerazioni possono essere svolte con riferimento al richiamo del precedente costituito da Pret. Macerata, sezione distaccata di Civitanova Marche, 1° giugno 1999, in *Il foro it.*, 125, 2000, parte prima, coll. 1709-1727, con *Nota* di A. PALMIERI.

⁵⁶) Cfr. ancora C. Cass., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 5379, n. 5.1.

⁵⁷) All'elaborazione della distinzione tra interessi corrispettivi e interessi moratori contribuì in misura notevole L. BOLAFFIO, *L'interesse moratorio e l'interesse corrispettivo*, in *Temi Veneta*, 18, 1893, n. 1, p. 4: «L'antitesi, pertanto, tra interesse moratorio e interesse corrispettivo è questa: – il primo è risarcimento di un danno: risarcimento del lucro di cui il debitore priva il creditore; – il secondo è il prezzo legale dell'uso del denaro altrui» (cito dall'estratto). Si veda inoltre ID., *Dei Mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale*⁵, Roma-Torino-Napoli, 1923, p. 254-255 (*Il Codice di commercio commentato*, coordinato dai Professori L. BOLAFFIO e C. VIVANTE, 2), secondo cui «è interesse moratorio il risarcimento che il debitore deve al creditore per il ritardo ingiusto a pagare il proprio debito», mentre l'interesse corrispettivo: «attesta la fecondità economica potenziale del capitale monetario». Cfr. la puntuale ricostruzione offerta da G. GUIDA, T. DALLA MASSARA, M. DE POLI et alii, *Gli interessi corrispettivi, compensativi e moratori*, in *Le figure speciali*, a cura di S. PATTI e L. VACCA, Padova, 2010, p. 357-361 (*Trattato delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA, 5), da cui ricavo (p. 359), la seconda citazione contenuta nel testo. Richiama la «funzione risarcitoria» degli interessi moratori anche A. FINESSI, *Ritardo nel pagamento di debiti pecuniari e interessi moratori*, in I «Principi» del diritto comunitario dei contratti. *Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, con saggio introduttivo di R. SCHULZE, Torino, 2009, p. 565-566. Nella più recente letteratura, cfr. M.G. BARATELLA, *Interessi*, cit., p. 3-11.

sarcire il danno derivante dall'inadempimento, è ben illustrata dalla Relazione del Guardasigilli al Codice civile⁵⁸:

Mora accipiendi e mora debendi hanno comune l'effetto del risarcimento del danno (art. 1207, secondo comma, e articolo 1218); ma la mora del debitore riacquista caratteri autonomi nel caso di obbligazioni pecuniarie, perché il danno che produce l'inadempimento di queste consiste, di regola, nel pagamento degli interessi (art. 1224, primo comma). In tal caso un maggior danno può essere risarcito (ad esempio, differenza di cambio nei debiti di moneta estera); ma solo quando non vi è convenzione sulla misura degli interessi moratori, perché, se esiste tale convenzione, deve presumersi che le parti hanno inteso liquidare preventivamente ogni conseguenza patrimoniale dell'inadempimento (art. 1224, secondo comma). Si può parlare ancora di interessi moratori non ostante, come si vedrà (n. 593), sia stato accolto il principio secondo cui gli interessi decorrono di pieno diritto in ogni caso di credito esigibile (art. 1282, primo comma); e infatti, a seguito della mora, la prestazione di interessi assume il carattere di compenso per il ritardo, e non per l'uso legittimo del denaro, come è nell'essenza della corrispettività.

In modo quindi del tutto coerente e condivisibile, tenendo conto della funzione degli interessi moratori, la dottrina civilistica individua nella previsione dell'art. 1224 c.c.: «una sorta di liquidazione legale del danno»⁵⁹. Viene, inoltre, messo in evidenza lo stretto collegamento esistente tra l'art. 1224, che disciplina con previsione speciale i danni nelle obbligazioni pecuniarie, con il precedente art. 1223, relativo al risarcimento del danno in generale⁶⁰. La stessa Corte non ha esitato, in precedenza, a riconoscere natura di clausola penale alla convenzione sugli interessi moratori⁶¹.

⁵⁸) Cfr. la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi). Presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice civile"*, in *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul "valore giuridico della carta del lavoro"*, Roma, 1943, n. 570, p. 355-356.

⁵⁹) Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*³, Milano, 1975, p. 142-143: «È pacifico (ed è peraltro confermato dalla stessa storia della disposizione) che l'art. 1224 contiene una sorta di liquidazione legale del danno». In questo senso, si veda anche M. ROSSETTI, *I danni*, cit., p. 6-7.

⁶⁰) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 143: «Mentre, quindi, il principio generale dell'obbligo di risarcire il danno per l'inadempimento o per il ritardato adempimento è posto dall'art. 1218 c.c., e mentre l'art. 1223 determina in generale il concetto di danno risarcibile, l'art. 1224 si limita a dettare una norma speciale per quanto attiene alla liquidazione del danno nelle obbligazioni pecuniarie, fissando la presunzione di un danno minimo [...]».

⁶¹) C. Cass., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286, C. Cass., sez. III, 18 novembre 2010, n. 23273, C. Cass., sez. III, 21 giugno 2001, n. 8481, C. Cass., sez. II, 17 marzo 1994 n. 2538. Alle pronunce richiamate si può aggiungere C. Cass., sez. I, 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giustizia civile*, 1994, parte prima, p. 1247-1252, con *Nota* di P. CORSALE, secondo cui, cito dalla massima ufficiale: «la clausola penale con cui le parti, nell'esercizio della libertà di autodeterminazione patrimoniale loro riconosciu-

Dal momento che la clausola penale e la convenzione di interessi moratori svolgono l'identica funzione di predeterminare l'ammontare del risarcimento del danno in caso di inadempimento, non appare neppure condivisibile l'orientamento espresso dalla Corte in ordine all'esclusione «dell'omogeneità dello statuto di disciplina» tra le due figure e alla conseguente individuazione di «strumenti di tutela ben distinti»⁶². Secondo la Corte, mentre gli interessi moratori sono soggetti al limite previsto dalla legislazione antiusura, la clausola penale è soggetta solo alla *reductio ad aequitatem* prevista dall'art. 1384 c.c.⁶³. La valutazione giudiziale sulla manifesta eccessività dell'importo della penale, secondo la ricostruzione offerta, dovrebbe dunque prescindere «da qualsivoglia parametro positivamente prestabilito, tampoco dai canoni di usurarietà definiti dalla L. n. 108 del 1996», con la conseguenza che⁶⁴:

l'esito del giudizio equitativo ex art. 1384 c.c. può [...] condurre tanto a ritenere eccessiva (e, quindi, passibile di riduzione) una penale pecuniaria contenuta nei limiti del tasso soglia quanto a ritenere non eccessiva (e, quindi, non riducibile) una penale pecuniaria che oltrepassi siffatta soglia.

Merita pure di essere ricordato che, invece, la recentissima C. Cass., sez. trib., 7 novembre 2023, n. 30983, pur richiamando la pronuncia oggetto di queste note, ha correttamente apprezzato l'identità di funzione svolta dalla clausola penale e dalla

ta dall'ordinamento, fissino la misura degli interessi moratori al di sotto di quella legale, non è affetta da nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico, purché per effetto della clausola il risarcimento preconcordato del danno non si riveli a tal punto irrisorio da escludere o limitare la responsabilità del debitore in caso di dolo o colpa grave». Sul tema della penale irrisoria, cfr. L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 1130-1132, e, da ultima, A. FACHECHI, *Esonero da responsabilità ed equilibrio negoziale*, Napoli, 2023, p. 122-123 e nt. 253.

⁶²) C. Cass., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 5379, n. 5.1.

⁶³) *Ibidem*: «La misura degli interessi moratori incontra un limite (inderogabile) nella previsione positiva del c.d. tasso-soglia stabilito dalla L. 7 marzo 1996, n. 108: il legislatore fissa il saggio massimo entro il quale “il corrispettivo di una prestazione di denaro” può ritenersi consentito nel nostro ordinamento ed il cui superamento (anche per un solo centesimo di punto) importa la nullità della clausola d'interessi (art. 1815 c.c., comma 2) e la debenza degli stessi nella minor misura lecita, prevista dall'art. 1224 c.c. (tra tutte, Cass., Sez. U, 18/09/2020, n. 19597), senza alcuna possibilità di una differente qualificazione giudiziale in rapporto al caso concreto. In ipotesi di clausola penale, il rimedio di tutela è rappresentato dalla *reductio ad aequitatem* prevista dall'art. 1384 c.c. In virtù di tale norma, la manifesta eccessività della prestazione pattuita a titolo di penale non è predeterminata dalla legge in via generale e astratta, ma è oggetto di verifica relativa al caso concreto, affidata all'apprezzamento secondo equità del giudice, orientata non da una valutazione della prestazione nella sua oggettività stimata ma dalla considerazione dell'interesse all'adempimento della parte creditrice, tenendo cioè conto delle ripercussioni del ritardo o dell'inadempimento sull'equilibrio delle obbligazioni reciprocamente assunte e della sua effettiva incidenza nella vicenda esaminata».

⁶⁴) *Ibidem*.

convenzione di interessi moratori, osservando che⁶⁵:

sia la penale sia l'interesse moratorio (entrambi accomunati nella esclusione dal computo della base imponibile Iva, ex art. 15, n. 1) d.P.R. 633/72) sono volti a predeterminare le conseguenze dannose dell'inadempimento (quanto ai secondi, nel caso in cui il ritardo riguardi un'obbligazione pecuniaria), e che il pagamento degli interessi di mora (salva la loro quantificazione) non discende dalla volontà delle parti, ma direttamente dall'art. 1224 cod. civ.; e, nell'ottica risarcitoria, anche in questo caso il creditore è ammesso a dimostrare di aver subito "un danno maggiore", così da spettargli "l'ulteriore risarcimento".

L'art. 15, n. 1), d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, esclude dal computo della base imponibile Iva: «le somme dovute a titolo di interessi moratori o di penalità per ritardi o altre irregolarità nell'adempimento degli obblighi del cessionario o del committente»⁶⁶.

Non è naturalmente possibile offrire in questa sede un quadro dettagliato delle soluzioni offerte sul punto dai singoli ordinamenti nazionali, ma che la clausola penale e gli interessi moratori convenzionali svolgano un'identica funzione è espressamente riconosciuto dal legislatore portoghese:

Art. 1146 (2): É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo relativamente ao tempo de mora mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real.

Viene considerata usuraria la clausola penale che stabilisce, in caso di mancata restituzione del denaro ricevuto a mutuo, il pagamento di un tasso di interesse superiore dal 7% al 9% al tasso di interesse legale, a seconda che sia stata concessa o meno dal debitore una garanzia reale⁶⁷. Soluzioni normative corrispondenti, fondate sull'apprezzamento dell'indentità di funzione svolta dalla clausola penale e dalla convenzione di interessi moratori, sono inoltre adottate dai codici di alcuni paesi di

⁶⁵) C. Cass., sez. trib., 7 novembre 2023, n. 30983, n. 10. La sentenza esclude che la clausola penale, per la sua natura accessoria, possa essere soggetta ad autonoma tassazione attraverso l'imposta di registro.

⁶⁶) Clausola penale e interessi moratori ricevono lo stesso trattamento anche in forza dell'art. 33, comma 2, lettera f), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), secondo cui si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: «imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo». Su questa previsione, cfr. G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in *Rimedi*, II², a cura di V. ROPPO, Milano, 2022, p. 261 (*Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, 5).

⁶⁷) Cfr. per tutti L.M. TELES MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, III, Contratos em especial*, Coimbra, 2022, p. 402-404.

area iberoamericana⁶⁸.

La ragione dell'equivoco, vale a dire il mancato o erroneo riconoscimento delle funzioni rispettivamente svolte dagli interessi corrispettivi e da quelli moratori, è svelata dalle considerazioni che chiudono l'esame del motivo di ricorso⁶⁹:

le osservazioni che precedono, funditus ispirate dalla diversità di funzione assolta dai due istituti in esame (corrispettiva o retributiva per gli interessi moratori; sanzionatoria e risarcitoria, per la clausola penale) giustificano l'inapplicabilità alla clausola penale della disciplina in tema di usurarietà dei tassi d'interesse.

L'interprete si interroga a questo punto se, attraverso il corretto apprezzamento della funzione svolta dagli interessi moratori convenzionali, la soluzione adottata dalla Corte avrebbe potuto essere diversa⁷⁰.

⁶⁸) Código Civil de Chile, art. 1544: «(1) Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. (2) La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. (3) En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. (4) En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias parecieren enorme». Disposizioni analoghe contengono anche l'art. 1601 del Código Civil colombiano e l'art. 1560 di quello ecuadoriano, in ragione della recezione del Codice civile cileno in Colombia e in Ecuador: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 212-234, D.F. ESBORRAZ, *La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y de resistencia del subsistema jurídico latinoamericano*, in *Sistema jurídico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, a cura di A. SACCOCCIO e S. CACACE, Torino, 2019, p. 292, nt. 38, S. SCHIPANI, *Le vie dei codici civili. La codificazione del diritto romano comune e l'interpretazione sistematica in senso pieno. Per la crescita della certezza del diritto*, Napoli, 2023, p. 84-86. Sulla figura dell'artefice del Codice civile cileno, grande umanista e profondo conoscitore del diritto romano, cfr. in particolare A. GUZMÁN, *Andrés Bello (Venezuela and Chile, 1781-1865)*, in *Law and Christianity in Latin America. The Work of Great Jurists*, edited by M.C. MIROW and R. DOMINGO, London-New York, 2021, p. 40-54.

⁶⁹) C. Cass., sez. III, 21 febbraio 2023, n. 5379, n. 5.1.

⁷⁰) Tale funzione appare, invero, correttamente apprezzata nella precedente pronuncia C. Cass., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286, n. 3.1: «[...] com'è noto, vi è una netta diversità di causa e di funzione tra interesse corrispettivo ed interesse moratorio. L'interesse corrispettivo costituisce la remunerazione concordata per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta. L'interesse di mora, secondo quanto previsto dall'art. 1224 cod. civ., rappresenta invece il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria. Secondo la regola generale, l'interesse di mora è dovuto nella misura legale o, se maggiore, nella medesima misura degli interessi corrispettivi eventualmente previsti dal contratto. È fatta salva la possibilità per il creditore di provare il maggior danno. Il secondo comma dell'art. 1224 cod. civ. prevede, però, che il saggio degli interessi moratori possa essere convenuto fra le parti e, in tal caso, non è dovuto l'ulteriore risarcimento. La determinazione convenzionale del saggio dell'interesse integra, pertanto, gli estremi di una clausola penale, in quanto costituisce una predeterminazione anticipata, presuntiva

L'effetto della ricostruzione proposta è, a mio modo di vedere, quello di limitare surrettiziamente il campo di applicazione della legislazione antiusura e di rafforzare, al contempo, l'ambito di operatività dell'equità giudiziale, con grave pregiudizio del valore della certezza del diritto⁷¹.

4. L'indagine storica permette di verificare come in diritto romano e nella tradizione romanistica la clausola penale sia stata costantemente assoggettata al rispetto dei limiti previsti in materia di *usurae*, perché si presenta, dal punto di vista strutturale e funzionale, del tutto omogenea alla convenzione di interessi moratori. Mi sono già soffermato, in altra sede, sul ruolo che può assumere il criterio dell'interpretazione storica per una migliore comprensione del diritto vigente⁷². Qui mi limito solo a ricordare che, come è stato esattamente rilevato, si tratta di un canone ermeneutico complementare, idoneo a costituire «un freno ad interpretazio-

e forfettaria del danno risarcibile (art. 1382 cod. civ.)». La pronuncia appena richiamata diverge anche per quanto concerne l'individuazione degli strumenti di tutela, affermando (n. 6.5) il seguente principio di diritto: «Per gli interessi convenzionali di mora, che hanno natura di clausola penale in quanto consistono nella liquidazione preventiva e forfettaria del danno da ritardato pagamento, trovano contemporanea applicazione l'art. 1815, secondo comma, cod. civ., che prevede la nullità della pattuizione che oltrepassi il "tasso soglia" che determina la presunzione assoluta di usurarietà, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108 del 1996, e l'art. 1384 cod. civ., secondo cui il giudice può ridurre ad equità la penale il cui ammontare sia manifestamente eccessivo». Mentre nell'ordinanza oggetto di queste brevi note si individuano strumenti di tutela differenti per la convenzione di interessi moratori che superi il limite costituito dal tasso soglia e per la penale eccessiva, nel precedente del 2019 gli strumenti di tutela «trovano contemporanea applicazione». Il rapporto tra questi strumenti di tutela non è, tuttavia, meglio precisato, con gravi ripercussioni in ordine alla certezza del diritto applicabile alla fattispecie. Il rischio di «una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale» induce C. Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, n. 6, a disattendere la «tesi restrittiva», sostenuta peraltro dall'Arbitro Bancario e Finanziario (v. n. 5.1), e a propendere per il riconoscimento della soggezione degli interessi moratori alla legislazione antiusura, anziché sottoporli alla disciplina della riduzione della penale eccessiva.

⁷¹) L'orientamento manifestato dalla Corte finisce per far dipendere l'applicazione o meno della legislazione antiusura dalla qualificazione formale offerta dalle stesse parti contraenti, come clausola penale o come interessi moratori convenzionali, ad una clausola del contratto che prevede la prestazione periodica di una somma di denaro in caso di inadempimento di un'obbligazione pecuniaria. Come ho già più volte rilevato, clausola penale e interessi moratori convenzionali sono strutturalmente e funzionalmente omogenei. Per questo motivo, la giurisprudenza romana e la tradizione romanistica hanno ritenuto di assoggettare la clausola penale al rispetto dei limiti vigenti in materia di *usurae*. Quanto al rimedio della riduzione della penale eccessiva, sussiste l'identico rischio di «una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale» evidenziato dalla pronuncia a sezioni unite richiamata nella nota precedente. Sulla possibilità che «la previsione di tassi di mora elevati, accompagnata per esempio da un livello degli interessi convenzionali appena al di sotto del limite legale», possa «prestarsi al classico meccanismo di frode alla legge», cfr. già F. VANORIO, *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contratto e impresa*, 15, 2/1999, p. 524-525.

⁷²) I. PONTORIERO, *Sull'impiego*, cit., p. 437-442, p. 463-464.

ni cervelotiche o bizzarre», assicurando, al contempo, una piena «comprensione del presente»⁷³.

Di ciò ha, in precedenza, mostrato consapevolezza la stessa Corte di Cassazione che, nell'affermare la sottoposizione degli interessi moratori ai limiti previsti dalla legislazione antiusura, ha fatto ampio uso dell'interpretazione storica per individuare una soluzione razionale⁷⁴. L'apprezzamento dell'omogeneità strutturale e funzionale che sussiste tra clausola penale e interessi moratori – e che ha giustificato la soggezione di entrambi al rispetto dei limiti previsti in materia di *usurae* in diritto romano e nella tradizione romanistica – avrebbe forse potuto, in questo caso, condurre l'interprete verso esiti diversi⁷⁵.

Un ultimo affettuoso pensiero va a Ferdinando, col quale, nel corso di qualche telefonata nelle ore serali, amavo sempre discutere di diritto romano e del futuro della nostra disciplina.

⁷³) G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 367-369, il quale ricorda come «la persuasività dell'argomento storico era sino a ieri rinforzata dai sistemi educativi dei giuristi e dalle scuole di giurisprudenza, in cui i nessi di derivazione tra norme venivano posti in evidenza», mentre «oggi, con lo scadere degli studi giuridici e storico-giuridici, è destinato a perdere forza». Secondo lo stesso autore, ciò «è probabilmente un male, perché questo argomento – usato nei propri limiti peculiari – costituisce un freno ad interpretazioni cervelotiche o bizzarre». In questo senso, cfr. le osservazioni di V. MANNINO, *Note introduttive*, in ID., *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. x, secondo cui: «l'approccio storico allo studio del diritto, contribuisce, infatti, ad assicurarne la scientificità: la comprensione del presente non può prescindere dalla costante percezione e valutazione della sua stratigrafia».

⁷⁴) Mi riferisco a C. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442 (cfr. *supra*, § 1, nt. 31).

⁷⁵) In C. Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, n. 5, la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità della legislazione antiusura agli interessi moratori, osserva incidentalmente: «[...] va esposto il rilievo, secondo cui le Sezioni unite ritengono non dirimente l'argomento letterale, essendo non univoci gli indici relativi; quello storico, perché la disciplina è mutevole ed è mutata nei secoli, né il legislatore è tenuto a porsi in necessaria continuità con le scelte e le nozioni pregresse [...]». Ma solo l'interpretazione storica rende possibile comprendere appieno la *vis ac potestas* di un istituto, come opportunamente ricordato da C. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442, n. 1.7. Sul punto, rinvio a I. PONTORIERO, *Sull'impiego*, cit., p. 446-447. Come osserva G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, p. 28, oggi non di rado: «i giuristi non romanisti trascurano *tout court* la conoscenza storica nell'indagine del loro oggetto di studio». Sul punto, cfr. anche ID., *Il dialogo con la storia giuridica nel metodo di Luigi Mengoni. Riflessioni minime su un esempio da coltivare*, in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, a cura di L. NOGLER e A. NICOLUSSI, Padova, 2007, p. 211-225 (= *Fides, Humanitas, Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 7, Napoli, 2007, p. 5067-5080).