

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO / MARZO

2026

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, ANGELA MARIA AROMOLO DE RINALDIS,
SEBASTIANO BELFI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, BENEDETTA
BONFANTI, ALESSANDRA CAMEDDA, ANDREA CARRISI, GABRIELLA
CAZZETTA, EDOARDO CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO
DAVOLA, ANGELA GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, EMANUELA
MIGLIACCIO, GIANPAOLO PANETTA, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
ELEONORA RAJNERI, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA,
DAVIDE TOCCOLI, VERONICA ZERBA (SECRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il mutuo tra natura reale e consensuale. Verso una definitiva metamorfosi?

SOMMARIO: 1. Premessa e oggetto dell'indagine – 2. Evoluzione della categoria – 3. Il mutuo di scopo e il mutuo solutorio – 3.1. (Segue) Il mutuo solutorio e il principio della disponibilità giuridica – 4. Verso il superamento della natura reale del contratto di mutuo? – 5. Conclusioni.

1. Premessa e oggetto dell'indagine

Definito dal Codice civile come «il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità¹», il mutuo² è tradizionalmente collocato nell'ambito

¹ Vd. G. CAPALDO, *Art. 1813 c.c.*, in G. BONILINI (a cura di), *Codice civile commentato*, Torino, 2012, *passim*.

² La dottrina sul tema è sterminata. Vd., in generale, L. ANDRETTO, *Mutuo erogato in funzione solutoria di un debito pregresso: ricadute sulla causa petendi della domanda d'ammissione al passivo*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 11, 2022, 1405 ss.; E. BACCIARDI, *Mutuo solutorio e causa concreta del contratto*, in *La Nuova giur. comm.*, 4, 2020, 924 ss.; A. BUSANI-G.O. MANNELLA, *Metodologie di erogazione del mutuo bancario*, in questa *Rivista*, 4, 2022, 213–235; G. Buset, *Considerazioni sul c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati: natura, qualificazione e disciplina applicabile*, in *Contr. Impr.*, 4, 2019, 1447 ss.; G. CAPALDO, *Art. 1813 c.c.*, cit., *passim*; F. CAPRIGLIONE, *Causa negoziale dei contratti d'investimento*, in *Nuova giur. comm.*, 3, 2021, 681 ss.; S. CAPRIO, *Il contratto di mutuo: un valido titolo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 3, 2020, 761 ss.; F. CARINGELLA, *Contratti: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2008, 1233 ss.; F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1957, *passim*; E. CICALTELLI, *Oscillazioni interpretative in tema di qualificazione dei versamenti dei soci alla società*, in *Le società*, 4, 2021, 395 ss.; C. COLOMBO, *Mutuo o pactum de non petendo ad tempus? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito*, in *Corr. Giur.*, 11, 2021, 1330 ss.; G. D'AMICO, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni Unite*, in *I contratti*, 3, 2023, 251 ss.; G.A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, *passim*; G. FALCONE, *Accertamento dei crediti bancari Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 1, 2021, 105 ss.; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, Napoli, 2004; M. FRAGALI, *Del mutuo. Art. 1813-1822*, in *Commentario c.c. Scialoja Branca*, Bologna, 1966, 1 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. Vol. 2: Le*

dei contratti reali³, in quanto, come si evince dal tenore letterale della disposizione, sarebbe suscettibile di perfezionarsi solo al momento della consegna⁴. Configurarlo in questo modo significherebbe reputare,

obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti, fonte di obbligazioni, la tutela del credito, Padova, 2009, *passim*; B. GARDELLA TEDESCHI, voce *Mutuo (contratto di)*, in *Digesto civ.*, Torino, 1994, 537 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2023, 1835 ss.; M.C. IANNINI, *Il rapporto. Struttura e natura del contratto di mutuo*, in G. CASSANO (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009, 1–37; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, Milano, 1995 669 ss.; F.A. MAGNI, *Il mutuo*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile. T. 3: Vol. 3. Obbligazioni I contratti*, Milano, 2009, 867 ss.; D. MANENTE-E. PANZARINI, *L'apertura di credito*, in F. GALGANO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, Bologna, 2016, 285–347; F. MASTROPAOLO-R. SACCO, *I contratti reali*, Torino, 1999, 757 ss.; T. MAUCERI, *Mutuo fondiario e violazione di norme imperative*, Napoli, 2024, *passim*; V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali*, Torino, 1979, 590 ss.; C. NATOLI, *Mutuo - La validità del mutuo ipotecario in funzione solutoria*, in *Nuova giur. comm.*, 6, 2024, 1367 ss.; U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, 60 ss.; L. NIVARRA-G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, *passim*; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Firenze, 1913, 568 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, in *Corr. Giur.*, 7, 2016, 952 ss.; A. PALMIERI, *Realità del mutuo: tramonto a Lutezia?, nota a Cass. Francia, 28 marzo 2000*, in *Foro It.*, IV, 2000, 547 ss.; S. PIETRONPAOLO, *Il mutuo di scopo*, in G. CAPO, G. CASSANO, G. CHIODI (a cura di), *Mutuo e sistema delle tutele: sviluppo normativo, fasi del rapporto, tecnica e contenzioso*, Milano, 2019, 44–54; M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *I contratti*, 4, 2018, 415 ss.; P. RESCIGNO (a cura di), *Codice civile. T. 2: Artt. 1678 - 2969*, Milano, 2010, 3482 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 887 ss.; A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, *passim*; A. STEFANI, *Usura bancaria: ancora questioni aperte*, in *I contratti*, 1, 2022, 101 ss.; M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, 1133–1212; M. TERENGI, *Mutuo ipotecario, pagamento delle rate di rimborso, preservazione della casa di abitazione del consumatore sovraindebitato e diritti dei creditori*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 1, 2022, 106 ss.; R. TETI, *Il mutuo*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1989, 642 ss.; G. VECCHIO, *Il mutuo*, in F. GALGANO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, Bologna, 2016, 1–26.

³ B. GARDELLA TEDESCHI, *op. cit.*, 537 ss.

⁴ Disposizione, questa, che, secondo A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 162, fa sorgere meno dubbi rispetto alla formulazione dell'art. 1819 c.c. 1865, in base alla quale «il mutuo o prestito di consumazione è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una

oltre al consenso delle parti, necessaria la *traditio rei* per la sussistenza del contratto. All'art. 1822 c.c.⁵, tuttavia, il legislatore ha disciplinato la promessa di mutuo, la quale, nel dare rilevanza al solo consenso al fine della conclusione del contratto, non si armonizza con la previsione di cui all'art. 1813 c.c.⁶. Muovendo dalla definizione codicistica, difatti, qualificare il mutuo come contratto reale postula la giuridica incompatibilità della promessa.

È probabile che in origine il legislatore non reputasse l'elemento della realtà una regola efficiente nelle transazioni economiche⁷, lettura

data quantità di cose, coll'obbligo nell'ultima di restituire altrettanto della medesima specie e qualità».

⁵ Secondo cui «chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie».

⁶ Sul punto vd. B. GARDELLA TEDESCHI, *op. cit.*, 537 ss., che ne evidenzia taluni profili critici, primo dei quali riguarda i suoi rapporti con la definizione legislativa del mutuo. Di fronte al *favor* legislativo manifestato verso la realtà, infatti, parte della dottrina, al fine di armonizzare l'art. 1822 c.c. con il sistema, ha considerato la promessa di mutuo non un contratto consensuale, ma un preliminare di mutuo. *Contra* G. VECCHIO, *op. cit.*, 3, che evidenzia le difficoltà sostenute da coloro che hanno in teso «forzare la promessa di mutuo all'interno del vestito negoziale» rappresentato dallo schema del contratto preliminare. Il problema principale sarebbe infatti quello di negare la possibilità di esecuzione in forma specifica, tenuto conto dell'impossibilità di considerare concluso il contratto in assenza di consegna. Vd. U. NATOLI, *op. cit.*, 60 ss., il quale, sensibile alle nuove pratiche di esecuzione della consegna, tali da far parlare di una sempre più accentuata «spiritualizzazione» di essa, parla di «sostanziale natura consensuale del tipo». Cfr., infine, A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 153 ss. circa le difficoltà, già presenti nel diritto romano, di concepire una promessa di mutuo a livello dogmatico, stante l'«incolmabile distanza tra il 'promettere' e il 'decidere' da parte del mutuatario».

⁷ Durante i lavori preparatori del nuovo Codice civile venne posta la questione sull'opportunità di conservare, in presenza dei mutamenti inerenti al tessuto economico e sociale, la natura reale del mutuo. Si avanzò in particolare una proposta tesa all'abbandono della formula che richiedeva la consegna delle cose mutate e all'accoglimento di una a vantaggio di una definizione più elastica, maggiormente rispondente alle esigenze della società. Su questa direzione, il progetto del 1936, di fianco al mutuo reale, aveva previsto anche la fattispecie del mutuo consensuale (*Rel. Comm. Reale*, 52). C'è da osservare tuttavia che il legislatore del 1942, nel ridimensionare tali innovative proposte, che pure affioravano nel progetto preliminare (che abbracciava la tesi della consensualità), si è posto, attraverso l'art. 1813 del codice vigente, nel solco della definizione tradizionale, manifestando un tendenziale compromesso nella previsione dell'art. 1822 c.c. Cfr. M.C. IANNINI, *op. cit.*, 2 ss.; A.

poi confermata dal proliferare delle testimonianze favorevoli alla validità del mutuo consensuale⁸. A opera della giurisprudenza⁹ sono state peraltro introdotte, a partire dalla metà del secolo scorso¹⁰, varianti consensualistiche del contratto di mutuo, che trovano nella forma del mutuo di scopo una delle principali rappresentazioni¹¹. Da parte della dottrina, v'è stato chi¹², più nello specifico, ha evidenziato come la

PALMIERI, *op. cit.*, 547 ss. Secondo G. VECCHIO, *op. cit.*, 2, in particolare, si evincerebbe come il legislatore non abbia preso una posizione netta sul punto. Nel riconoscere, infatti, l'effettiva varietà di interessi e necessità manifestabili dalle parti, avrebbe piuttosto voluto consentirgli di addivenire a una conclusione «tanto a carattere reale quanto a carattere consensuale, senza per questo uscire dal medesimo ambito contrattuale».

⁸ Vd. in particolare F. CARRESI, *op. cit.*, 115 ss.; G.A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 326 ss. Già prima del Codice civile erano presenti tesi consensualistiche in dottrina: sul punto vd. E. PACIFICI MAZZONI, *op. cit.*, 560 ss.

⁹ In senso conforme vd. Cass. civ., 10 giugno 1981, n. 3980; Cass. civ., 15 giugno 1994, n. 5805; Cass. civ., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Onelegale*.

¹⁰ A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 167.

¹¹ Di cui si dirà *funditus* più avanti: vd., in particolare, § 3.

¹² Sensibile alla questione è B. GARDELLA TEDESCHI, *op. cit.*, 537 ss., secondo cui la realtà di alcuni contratti sembrerebbe in contrasto con il principio di autonomia contrattuale: se il contratto è reale la semplice promessa, senza che avvenga la consegna, non può essere considerata vincolante. Mentre questa forma di conclusione del contratto poteva avere un senso quando non era regola generale la atipicità (come nel diritto romano), non avrebbe ragione di esistere oggi dove l'area contrattuale è retta dal principio di autonomia delle parti nel regolare i propri interessi, purché meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c. Secondo U. NATOLI, *op. cit.*, 30 ss., ci si allontana così da conclusioni basate su considerazioni puramente problematiche, quali quella che, proprio a proposito del mutuo, sembra essere stata, a volte, decisiva nella dottrina francese, come quando si è rilevato che fosse opportuno, in un sistema che vede il consenso come via principale la stipulazione del contratto, prevedere schemi alternativi ai modelli che richiedevano la consegna per il perfezionamento. Considerando fondata la collocazione della consegna sotto le insegne dell'elemento formale, non basterebbe per soprassederlo far riferimento al principio della libertà delle forme, in quanto questa libertà esiste, ad avviso dell'A., nei limiti in cui la legge non impone una forma particolare. Questa vi sarebbe anche se, pur in assenza di previsione della sanzione, la legge prospettasse una forma particolare come momento strutturale caratteristico di un tipo di negozio, quale è la consegna. Costrutti atipici, pertanto, anche se ritenuti validi in quanto diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c., saranno comunque fattispecie diverse, che, in quanto tali, non possono essere assoggettate immediatamente alla stessa regolamentazione per quelle tipiche, restando, tutt'al più, aperta la questione sulla possibilità di una interpretazione in via analogica.

realità parrebbe in contrasto con il principio di autonomia contrattuale, e, nel valorizzare massimamente il disposto di cui all'art. 1322 c.c., ha contestualmente proposto una rilettura della materia nell'ottica di attribuire alla consegna una funzione diversa da quella codicistica.

Il dibattito sulla natura del contratto di mutuo non può quindi dirsi recente, ma neanche sopito. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite¹³ è tornata sul tema affrontando l'annosa questione della disponibilità giuridica della somma mutuata e affermando che il mutuo può perfezionarsi senza una reale disponibilità materiale del denaro da parte del mutuatario. La risoluzione della problematica così riemersa risulta centrale: accettare, infatti, che il mutuo si perfezioni senza una vera e propria *traditio* potrebbe dar luogo a interpretazioni favorevoli a una progressiva 'consensualizzazione' del contratto.

La pronuncia, infatti, inserendosi in un quadro giurisprudenziale e dottrinale ben più ampio, si presenta come cruciale per le implicazioni pratiche in ordine alla prassi bancaria, nonché alla percepita o meno sensibilità nei confronti della parte riconosciuta come 'debole', nel solco di una lettura che possa dirsi costituzionalmente e codicisticamente orientata¹⁴.

¹³ Vd. Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, in *Onelegale*.

¹⁴ Spesso presente in studi orientati a valorizzare un approccio solidaristico. Cfr., senza pretesa di esaustività, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2020, 847-900; A. LEPORE, *Le responsabilità nell'esercizio e nell'organizzazione delle attività sportive*, in L. DI NELLA, A. BENAZZI (a cura di), *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2021, 255-295; M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 2014, *passim*; F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2016, 1159-1172; *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1, 2019, 89-101; A. M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *Danno e resp.*, 4, 2019, 461-470; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2022, 705-739; G. VARANESE, *Sonderverbindung e responsabilità precontrattuale da contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 116-143; A. ZACCARIA, *Verdamnte Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giur. comm.*, 5, 2020, 1148-1159.

2. Evoluzione di una categoria

Come già accennato, l'art. 1813 c.c. configura, secondo l'opinione prevalente¹⁵, il mutuo come contratto reale, che si perfeziona attraverso la consegna al mutuatario del denaro o delle cose fungibili¹⁶. La formula definitoria, in questo senso, sarebbe un indice della volontà del legislatore di far rientrare la consegna della cosa nella fase della formazione del contratto, escludendola dalla fase invece esecutiva. La realtà rappresenta il risultato di una precisa scelta normativa, che trova fondamento nella tradizione e nell'attuazione della funzione creditizia nel rispetto di modalità procedimentali interne alla struttura¹⁷, costituendo così un bilanciamento a favore della posizione creditoria¹⁸.

¹⁵ Conformemente M. FRAGALI, *op. cit.*, 1 ss., secondo cui la volontà del legislatore sarebbe confermata dal procedimento formativo dell'art. 1813 c.c.: vd. *supra* § 1, nt. 7. Contro l'obiezione di coloro che sottolineano come questi non possano recare alcun apporto decisivo per l'interpretazione, l'A. nota che «se si vuole rifuggire da eccessi dogmatici, deve riconoscersi che il travaglio della preparazione della norma [...] è importante indice di una soluzione legislativa contraria, più alla dottrina del mutuo consensuale che a quella del mutuo reale». Non paiono esservi dubbi pure per U. NATOLI, *op. cit.*, 10 ss., per il quale il Codice civile del 1942 si sarebbe posto sulla linea della tradizione romanistica, in quanto fonda la conclusione del contratto al perfezionamento dell'accordo ai sensi degli artt. 1321, 1325 ss. c.c. e disciplina, inoltre, un certo numero di contratti particolari, permettendo di dedurre la presenza di un elemento essenziale ulteriore sul piano della loro struttura, quale la consegna della cosa. Così pure F. MASTROPAOLO-R. SACCO, *op. cit.*, 400.

¹⁶ Già per il diritto romano, l'atto negoziale finalizzato al prestito di denaro ruotava intorno al concetto della *fides*, e lo schema della realtà per il mutuo non pare essere messo in dubbio da nessuna fonte. Così A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 32.

¹⁷ M.C. IANNINI, *op. cit.*, 6, il quale nota, peraltro, che il dettato legislativo è analogo a quello utilizzato per descrivere altri contratti reali (cfr. artt. 783, 1549, 1766, 1803, 2786 c.c.).

¹⁸ *Favor* che, come noto, rappresenta una scelta assai nitida nel diritto tedesco, ove il contratto reale, e dunque la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, rappresenta una regola. Il contratto di compravendita stesso non produce alcun effetto reale: dopo la stipula, infatti, il creditore resta proprietario del bene ed è libero di trasferire la proprietà del bene a un terzo senza dar vita a un acquisto della proprietà in buona fede. La proprietà passa, difatti, solo quando sono realizzati i presupposti del negozio reale. Nello specifico il § 929 frase 1 BGB, nel recitare «*Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums*», richiede per i beni mobili un ulteriore elemento – la consegna della cosa

Un orientamento assai nitido, che faceva perno sulla interpretazione letterale della disposizione, si è formato nel tempo trovando concordi giurisprudenza e dottrina maggioritaria¹⁹, che hanno enfatizzato la centralità della *datio rei* come elemento strutturale del negozio.

È stato notato, tuttavia, come la condivisione di tale posizione avrebbe comportato un fenomeno di alterazione di taluni principi generali applicabili in materia contrattuale. L'ascritta realtà avrebbe invero definito una modalità di conclusione del contratto differente dal modello legale fondato sullo scambio tra proposta e accettazione, ma non solo. La deviazione sarebbe infatti apparsa più marcata nella misura in cui l'attività esecutiva, che di regola accede alla conclusione dei contratti rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 1376 c.c., avrebbe perso la peculiarità che gli è propria²⁰. Determinandosi in questo modo

– a seguito della quale si verifica, appunto, l'effetto traslativo. Ciò rappresenta una soluzione favorevole nei confronti del creditore, il quale, a fronte di mancato pagamento, può rifiutarsi di consegnare la *res*, rimanendone proprietario. Soluzione inversa, condivisa dal legislatore nazionale e tesa a valorizzare i traffici commerciali, in ossequio al principio consensualistico permette il trasferimento della proprietà per mezzo della semplice manifestazione del consenso, con la conseguenza che, a fronte di mancato pagamento, il venditore può riacquistare la proprietà attivando i rimedi predisposti dall'ordinamento. Per un approfondimento sul diritto tedesco vd. A. LUMINOSO, *Regole di circolazione dei diritti e tecniche traslative: modelli europei e codice civile cinese a confronto*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2024, 388 ss.; J.F. STAGL, *La nozione di contratto nel diritto privato tedesco*, in S. CHERCHI (a cura di), *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Padova, 2010, 135–165.

¹⁹ La promessa di mutuo aveva stimolato, come si vedrà *infra*, un vivace dibattito dottrinario. Alcuni autori erano arrivati a sostenere il superamento del dogma della realtà del mutuo e la possibilità di distinguere all'interno del tipo due diverse *species*: uno oneroso e consensuale, un altro gratuito e reale. Per altri addirittura si sarebbe dovuto parlare solo di contratto consensuale. Tra tutti vd. R. TETI, *op. cit.*, 642 ss.; F. CARRESI, *op. cit.*, cit., 99. La giurisprudenza e la dottrina prevalente si sono tuttavia assestate su posizioni tradizionali, sul presupposto della volontà manifestata dal legislatore con l'adozione del codice del 1942, così relegando le forme consensuali come contratti atipici, eventualmente assorbiti dalla nozione di cui all'art. 1822. Vd. F.A. MAGNI, *op. cit.*, 868. Tra le varie pronunce cfr. Cass. civ., 21 luglio 1998, n. 7116; Cass. civ., 27 ottobre 2017, n. 25632; Cass. civ., 22 novembre 2021, n. 35959; Cass. civ., 10 giugno 2024, n. 16074, tutte in *Onelegale*.

²⁰ Netti, sul punto, A. BUSANI-G.O. MANNELLA, *op. cit.*, 216, secondo cui la norma di cui all'art. 1813 c.c. si troverebbe a dover esser letta a fronte di fattori inimmaginabili nel 1942. Tra questi, la elevata frequenza che oggi (rispetto a quanto accadeva prima) caratterizza la stipula dei contratti di mutuo; il fatto che il denaro si trasferisce solo in modo virtuale (mediante assegni, bonifici e giroconti) e non più

una deroga al principio consensualistico e di immediata impugnatività del consenso, ulteriore conseguenza si sarebbe realizzata nella negazione della regola *pacta sunt servanda* di cui all'art. 1322 c.c.²¹.

Si segnalano²², inoltre, opinioni favorevoli a inquadrare il mutuo in un campo diverso dalla realtà, attraverso la valorizzazione della promessa di mutuo di cui all'art. 1822²³ c.c. o della natura delle norme sulla realtà da dirsi dispositiva²⁴. Alcuni, infatti, si sono concentrati sulla distinzione tra mutuo gratuito, che dovrebbe essere sempre reale, e oneroso, concepibile anche nella veste consensuale²⁵. Altri²⁶, invece, hanno ricondotto il momento della consegna sotto l'insegna della *condicio iuris*, così concependo una fattispecie a formazione progressiva²⁷. Tra questi ultimi, v'è chi ha parlato di 'realità differita'²⁸,

mediante la sua materiale consegna; la prassi, sempre più utilizzata, del c.d. mutuo 'unilaterale', alla cui stipula la banca 'non partecipa'. Su queste basi gli AA. si orientano nel senso di prendere atto che il mutuo bancario non è più il mutuo di cui all'art. 1813. Vd. pure M.C. IANNINI, *op. cit.*, 4, che nota come una parte consistente della dottrina abbia preso le distanze dalla qualificazione del mutuo come contratto reale, in quanto, per come prospettato, si mostra sempre meno rispondente alle esigenze di mercato, che richiede forme di finanziamento vincolanti per mezzo del mero consenso, al fine di garantire lo snellimento delle operazioni. Cfr. pure P.L. FAUSTI, *op. cit.*, 36.

²¹ A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 683; M.C. IANNINI, *op. cit.*, 9.

²² Così A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 164.

²³ Tra tutti vd. F. CARRESI, *op. cit.*, 115 ss.

²⁴ La previsione legale consentirebbe, secondo questa impostazione, ai contraenti la possibilità di scegliere – sia pure non in modo assoluto, essendovi alcune limitazioni –, la forma del contratto consensuale al posto di quella del contratto reale. E, a questo proposito, ad avviso di U. NATOLI, *op. cit.*, 26, «potrebbero essere decisivi, in vario senso, il carattere di mera cortesia, la gratuità o l'onerosità del rapporto e, infine, l'urgenza del bisogno di una delle parti, che, date le circostanze, non potrebbe soddisfarsi in modo diverso: l'esigenza della consegna andrebbe, infatti, via via scemando col passaggio dalla prima alle altre ipotesi, sino a essere totalmente annullata col realizzarsi dell'ultima». Il che permetterebbe pure di dire che il fatto della consegna possa essere surrogato da effetti giuridici «di natura diversa ma funzionalmente equivalenti». Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 704.

²⁵ R. TETI, *op. cit.*, 642. vd. *op. cit.*, 165 sul fatto che per i mutui gratuiti la consegna «tiene sostanzialmente il luogo della forma o della causa».

²⁶ Contra P.L. FAUSTI, *op. cit.*, 42.

²⁷ U. NATOLI, *op. cit.*, 17 ss.

²⁸ A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 166.

intendendosi con essa la constatazione per cui, sebbene si affermi la consensualità del mutuo, nessun interesse individuale si realizzerebbe prima della consegna²⁹.

Il dato pacifico è che il contratto di mutuo, al di là dei vari contrasti sulla natura giuridica, presenta differenti modalità di conclusione, ben potendo essere modellato in conformità al manifestarsi dell'autonomia negoziale³⁰. Ci si propone allora di indagare in ordine alla struttura contrattuale anche sotto al profilo economico, in modo da accogliere nella sintesi della trattazione le ricadute teorico-pratiche, funzionali alla comprensione e gestione della realtà effettuale³¹, anche perché una delle principali problematiche derivanti dal modello riguarda la sua collocazione. Per quanto prevalentemente utilizzato come contratto di banca, infatti, il mutuo è inquadrato non tra i contratti bancari di cui al capo XVII del quarto libro, ma tra i contratti civili³². La figura, trascurata storicamente dalle trattazioni di settore, ha trovato ampi approfondimenti in studi civilistici, che pure hanno privilegiato prevalentemente il mutuo a titolo gratuito³³.

²⁹ *Ibidem*, 166. Per S. MAZZAMUTO, voce *Il mutuo di scopo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 4 ss., a esempio, la realtà sarebbe inadeguata per descrivere un'operazione creditizia più complessa.

³⁰ Secondo G. VECCHIO, *op. cit.*, 2 ss., si ritiene evidente che il legislatore, nel prevedere il mutuo e la promessa di mutuo, non abbia preso una posizione definita sul punto. Riconoscendo, infatti, con la previsione della promessa di mutuo, una effettiva varietà di interessi e necessità delle parti, ha voluto permettere loro di concludere un contratto tanto a carattere reale, quanto a carattere consensuale, senza per questo uscire dall'ambito contrattuale. Così pure A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 690; R. SACCO-G. DE NOVA, *op. cit.*, 110, secondo cui è emerso come l'eventuale inderogabile realtà del mutuo poteva essere giustificata in un periodo storico diverso, «in cui far credito era una benevola concessione del ricco, non oggi che la funzione creditizia ha assunto ben altro rilievo».

³¹ G. VECCHIO, *op. cit.*, 6.

³² P.L. FAUSTI, *op. cit.*, 1.

³³ Come si evince da *Liv.*, 32,27 – *Eodem anno legati ab rege Attalo coronam auream ducentum quadraginta sex pondo in Capitolio posuerunt gratiasque senatui egere quod Antiochus legatorum Romanorum auctoritate motus finibus Attali exercitum deduxisset. Eadem aestate equites ducenti et elephanti decem et tritici modium ducenta milia ab rege Masinissa ad exercitum qui in Graecia erat peruenerunt. Item ex Sicilia Sardiniaque magni commeatus et uestimenta exercitui missa. Siciliam M. Marcellus, Sardiniam M. Porcius Cato obtinebat, sanctus et innocens, asperior tamen in faenore coercendo habitus; fugatique ex insula*

A maggior ragione oggi, ove la prospettiva consensualistica è rafforzata soprattutto in ambito bancario³⁴, in cui il mutuo si articola attraverso operazioni di erogazione di somme con meccanismi che non implicano necessariamente un passaggio fisico di denaro – fenomeno portato poi quasi all'eccesso dall'evoluzione tecnologica e dalla diffusione di strumenti elettronici di pagamento, che ulteriormente erodono il presupposto della consegna materiale –, la tematica si ripropone.

3. *Il mutuo di scopo e il mutuo solutorio*

I finanziamenti bancari moderni si realizzano prevalentemente per mezzo di bonifici, accrediti su conto corrente e altre forme elettroniche³⁵, rendendo sempre più sfumata la distinzione tra consegna

*faeneratores et sumptus quos in cultum praetorum socii facere soliti erant circumcisi aut sublatis. Sex. Aelius consul ex Gallia comitiorum causa Romam cum redisset, creavit consules C. Cornelium Cethegum et Q. Minucium Rufum. Biduo post praetorum comitia habita. Sex praetores illo anno primum creati crescentibus iam provinciis et latius patescente imperio; creati autem hi: L. Manlius Uolso C. Sempronius Tuditanus M. Sergius Silus M. Heluius M. Minucius Rufus L. Atilius— Sempronius et Heluius ex iis aediles plebis erant—; curules aediles Q. Minucius Thermus et Ti. Sempronius Longus. Ludi Romani eo anno quater instaurati – nell'episodio della cacciata dei *faeneratores* dalla Sardegna a opera di Catone, gli usurai erano trattati severamente. Per le XII Tavole, infatti, erano considerati due volte ladri e puniti alla pena del quadruplo, ossia la più grave stabilità dall'ordinamento giuridico romano. L'origine della configurazione del mutuo come contratto gratuito è dunque da ravvisarsi in ragioni di carattere etico. La gratuità ha poi continuato un ruolo da protagonista nel mutuo fino ai giorni nostri: si pensi alla valorizzazione data da alcune posizioni dottrinarie, orientate a distinguere il mutuo oneroso da quello gratuito: necessariamente reale sarebbe solo quest'ultimo. Cfr. sul punto M. FRAGALI, *op. cit.*, 3; B. GARDELLA TEDESCHI, *op. cit.*, 537 ss.; A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 27, in particolare nt. 18.*

³⁴ Tra i tanti, affrontano la problematica E. BACCIARDI, *op. cit.*, 924 ss.; A. BUSANI-G.O. MANNELLA, *op. cit.*, cit., 213 ss.; C. COLOMBO, *op. cit.*, 1330 ss.; P. DE GIOIA-CARABELLESE-M. LEMBO, *Il diritto dei contratti bancari e del techno-banking: fra diritto italiano e common law inglese*, Pisa, 2023, *passim*; G. FALCONE, *op. cit.*, 105 ss.; D. MANENTE-E. PANZARINI, *op. cit.*, 285 ss.; C. NATOLI, *op. cit.*, 1367 ss.; U. NATOLI, *op. cit.*, *passim*; A. STEFANI, *op. cit.*, 101 ss.; M. TATARANO, *op. cit.*, 1133 ss.; G. VECCHIO, *op. cit.*, *passim*.

³⁵ La tematica si presta a essere affrontata in vario modo. Tra le questioni più recenti si segnalano R. BENCINI, *Sugli obblighi antiriciclaggio della banca successivi alla segnalazione di operazione sospetta: vigilanza generica sulla gestione del conto*

corrente e interruzione del rapporto?, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2023, 906–908; L. BUONANNO, *Conto corrente bancario e compensazione dei debiti tra moneta e credito*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2022, 452–486; L. COLLURA, *La natura del trasferimento liberale di denaro mediante bonifico bancario*, in *Famiglia*, 5, 2021, 730–742; R. CORONA, *La revocatoria giudiziale del pegno sul saldo del conto corrente bancario*, in *Giur. Comm.*, 5, 2024, 949–995; F. DAMI, *Prova che il denaro accreditato su conto corrente bancario non è reddito*, in *Trusts e attività fiduciarie in rete*, 2023, 2023, 1161–1168; P. DASSISTI, *L’operatività della compensazione nel conto corrente cointestato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2024, 797–806; M. D’AURIA, *«Adducere inconueniens est solvere argumentum»? Sulla sorte del conto corrente bancario in caso di morte del cliente nelle decisioni dell’ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2023, 642–674; E.A. EMILIOZZI, *La giurisprudenza di legittimità e quella dell’arbitro bancario finanziario nel caso di morte del cointestatario del contratto di conto corrente*, in *Riv. not.*, 3, 2024, 413–430; E. FUSCO, *Utilizzo improprio di un «home banking» da parte del rappresentante del correntista e perimetro della (ir)responsabilità dell’istituto di credito, tra legge antiriciclaggio, codice civile e disciplina sui servizi di pagamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2021, 499–529; ID., *Obblighi di sicurezza, mancata attivazione di strumenti di «alert» e responsabilità del prestatore di servizi di pagamento per bonifici “anomali” impartiti tramite «home banking»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2023, 555–584; F. GIGLIOTTI, *Obbligo a contrarre e limiti al (diritto di) recesso nel «rapporto di conto corrente» bancario. A proposito di una recente proposta normativa*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 247–265; P. LAGHI, *Pagamento al creditore apparente di somme depositate in conto corrente e tutela dell’erede reale: azione di ripetizione dell’indebito ed esclusione della legittimazione passiva del terzo avente causa dall’“accipiens”*, in *Foro It.*, 4, 2023, 1266–1271; G. LIACE, *Il diritto al conto corrente bancario*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2022, 461–478; F. MAOLI, *La giurisdizione sull’azione di nullità di un contratto di conto corrente con una banca svizzera stipulato in Italia e la disciplina speciale a tutela del consumatore (Cass. 12 aprile 2023, n. 9782)*, in *Trusts e attività fiduciarie in rete*, 5, 2023, 937–943; E. MINERVINI, *Ancora in tema di versamenti in conto corrente e prescrizione dell’azione di ripetizione dell’indebito*, in *Giur. it.*, 8, 2020, 1858–1861; ID., *La prescrizione dell’azione di ripetizione dell’indebito ed i versamenti in conto corrente: l’onere dell’allegazione e l’onere della prova*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2021, 201–220; ID., *Conto corrente bancario e prescrizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2024, 543–573; U. MORERA, *Sul conto corrente bancario (contributo all’inquadramento)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2023, 189–200; *Ragionando sul conto corrente bancario (aiutati dal pensiero di Paolo Ferro-Luzzi)*, in *Dir. banc. fin.*, 3, 2024, 443–452; L. MORMILE, *Servizi bancari essenziali: il conto corrente*, in questa *Rivista*, 4, 2022, 715–752; F. NANJI, *Conto corrente bancario, recesso «ad nutum» e tutela del cliente «non consumatore»*, in *Riv. dir. impr.*, 3, 2023, 613–648; F. PETROSINO, *Conto corrente bancario, conto di pagamento e disciplina di «portabilità». A margine del Collegio di coordinamento ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2024, 571–584; A. RACCO, *Conto corrente bancario, donazioni indirette e comunione legale*, in *Giur. it.*, 4, 2023, 800–805; F. RICCI, *Il conto corrente di*

materiale e disponibilità giuridica della somma mutuata. L'avvento di strumenti quali il credito documentario³⁶, le aperture di credito³⁷ e le operazioni di *home banking*³⁸, in particolare, hanno spostato

corrispondenza e la prova del credito del saldo: prova contraria alle evidenze dell'estratto conto e scritture firmate non soggette agli artt. 2702 c.c. e 214 e 215 c.p.c., in *Il processo*, 3, 2022, 877–902; C. ROMANO, *In tema di ripetizione di indebito di somme di denaro per nullità di clausole del contratto di conto corrente bancario: onere probatorio*, in *Foro It.*, 5, 2021, 1647–1652; M. ROSSI, *Dalla revoca delle rimesse in conto corrente bancario alla revoca del "rientro" (dopo il d.lgs. n. 147/2020): novità nella continuità*, in *Giur. Comm.*, 1, 2022, 82–104; U. SALANITRO, *Il credito ereditario del saldo del conto corrente bancario: la rilevanza delle condizioni generali di contratto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2022, 802–823; M. SANTUCCI, *Il danno morale da inadempimento del contratto di conto corrente. La prova per presunzioni semplici*, in *Nuova giur. comm.*, 2, 2022, 352–356; A. SARTOR, *Rapporti di conto corrente ed amministrazione di sostegno, fra ordinaria e straordinaria amministrazione*, in *Nuova giur. comm.*, 4, 2024, 765–771; G. SCHIAVONE, *Pagamento con «bonifico», responsabilità del debitore «ordinante» e clausola penale*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2024, 1232–1240; S. VANINI, *Le innovazioni apportate dal Regolamento UE 2024/886 alla disciplina europea dei pagamenti mediante bonifico: profili civilistici*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 6, 2024, 1313–1349.

³⁶ Consistente in un impegno irrevocabile assunto da una banca (c.d. emittente) a pagare un determinato importo a un beneficiario (esportatore) contro la presentazione di documenti conformi alle condizioni stabilite nella lettera di credito. Cfr. M. LASCIALFARI, *«Strict compliance» e criterio di ragionevolezza nell'esame di conformità documentale prodromico al pagamento di un credito documentario*, in *Contr. Impr.*, 6, 2016, 1534–1558; A. MESSORE, *Credito documentario confermato e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2014, 661–670; L. PURPURA, *In tema di credito documentario differito (e non): indipendenza dei rapporti, rilievo della frode e «pagamento anticipato» del beneficiario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2006, 303–335.

³⁷ Diversamente dal mutuo, che è un contratto con cui una banca o un ente finanziario eroga una somma di denaro a un cliente, che si impegna a restituirla con interessi in un periodo stabilito, l'apertura di credito è un contratto con cui la banca si limita a mettere a disposizione del cliente una somma di denaro per un periodo determinato, che il cliente può utilizzare e restituire in base alle proprie esigenze. Cfr. D. MANENTE-E. PANZARINI, *op. cit.*, 285 ss.; E. MINERVINI, *La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova*, cit., 201 ss.; U. SALANITRO, *op. cit.*, 802 ss.

³⁸ Che permette di gestire il proprio mutuo online. Cfr. R. FRAU, *«Home banking», captazione di codici di accesso ed esclusione della responsabilità della banca in Resp. civ. prev.*, 1, 2024, 163–187; E. FUSCO, *Utilizzo improprio di un «home banking» da parte del rappresentante del correntista e perimetro della (ir)responsabilità dell'istituto di credito, tra legge anticiclaggio, codice civile e disciplina sui servizi di pagamento*, cit., 499 ss.; ID., *Obblighi di sicurezza, mancata attivazione di strumenti*

l'attenzione relativa alla materiale trasmissione del denaro sulla nozione di disponibilità giuridica della somma. Il mutuo solutorio³⁹ si colloca in questa evoluzione, trattandosi di un contratto che non richiede necessariamente il trasferimento fisico del denaro. Prima di approfondire la categoria, però, appare opportuno porre alcuni cenni sul mutuo di scopo, rispetto a cui si dubita se il mutuo solutorio ne costituisca una ramificazione.

Con l'espressione 'mutuo di scopo'⁴⁰ si suole infatti far riferimento al contratto in forza del quale una parte si obbliga a fornire temporaneamente a un'altra parte mezzi finanziari, che a sua volta si vincola all'attuazione di attività o alla concretizzazione di risultati pattuiti, alla eventuale corresponsione di interessi e alla restituzione del capitale⁴¹.

Un aspetto distintivo riguarda la modalità di perfezionamento del contratto. Rispetto al mutuo di cui agli artt. 1813 ss. c.c., il contratto si considera infatti consensuale, sulla base anche del fondamento storico del c.d. 'stato di avanzamento dei lavori'⁴² cui i contratti di finanziamento solevano far riferimento per consentire un controllo sulla progressiva realizzazione dello scopo. Collocare così le singole frazioni

di «alert» e responsabilità del prestatore di servizi di pagamento per bonifici "anomali" impartiti tramite «home banking», cit., 555 ss.; G. PALMERI, *Amministrazione di sostegno e «home banking» dispositivo*, in *Nuova giur. comm.*, 3, 2021, 566–574.

³⁹ Sull'inquadramento dell'istituto vd. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 924 ss.; R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 1835 ss.; C. NATOLI, *op. cit.*, 1367 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, cit., 952 ss.; ID., *Nella spirale procellosa del mutuo ipotecario solutorio (e di quello condizionato): noterelle sul giurista prestigiatore ai confini della realtà*, in *Foro It.*, 11, 2024, 2952–2963; E. TOTARO, *Il contratto di mutuo tra funzione creditizia, scopo negoziale ed uso distorto*, in questa *Rivista*, 3, 2024, 274–288.

⁴⁰ Cfr., in generale, E. BACCIARDI, *op. cit.*, 924 ss.; V. CAREDDA, *Osservazioni in tema di contratti di finanziamento assistiti da agevolazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 1987, II, 513; C. COLOMBO, *op. cit.*, 1330 ss.; B. GARDELLA TEDESCHI, *op. cit.*; R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 4 ss.; U. NATOLI, *op. cit.*, *passim*; S. PIETRONPAOLO, *op. cit.*, 44 ss.; M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, cit.; M. TATARANO, *op. cit.*, 1133 ss.

⁴¹ S. PIETRONPAOLO, *op. cit.*, 45.

⁴² A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 761.

della consegna in un momento successivo all'accordo, significava dedicare alla fase esecutiva il momento della consegna⁴³.

La figura si differenzia, inoltre, dal contratto tipico di mutuo, poiché in questo caso il mutuatario si impegna non solo a restituire la somma mutuata comprensiva degli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione dell'attività programmata⁴⁴. Perché si configuri il mutuo di scopo è quindi necessario che l'interesse alla sua realizzazione abbia avuto un ruolo primario nella conclusione del contratto e che ciò si sia concretato nell'inserimento di una specifica clausola di destinazione⁴⁵, la quale incide sulla causa del contratto, finendo per coinvolgere anche l'interesse dell'istituto finanziatore. Laddove, dunque, venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate per esclusivo interesse del mutuatario, dovrebbe parlarsi di semplice esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non sufficiente a comportare una modifica del tipo contrattuale⁴⁶. Non potrebbe allora trattarsi, in quest'ultimo caso, di mutuo di scopo, in quanto la mera indicazione dei motivi non

⁴³ P. L. FAUSTI, *op. cit.*, 259; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, 761.

⁴⁴ R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 1835.

⁴⁵ Può anche consistere, invero, nell'assunzione, da parte del mutuatario dell'obbligo di compiere l'attività funzionale al conseguimento dello scopo. Per quanto riguarda i caratteri dell'obbligazione di scopo, appare necessario ricordare che il suo contenuto è vario e dipende dalle specifiche finalità fissate dalle singole leggi di settore. Ad avviso di A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., , 760 ss., «non è rara comunque la previsione, oltre che dell'obbligazione fondamentale concernente il raggiungimento dello scopo (legale), di ulteriori obbligazioni accessorie o strumentali (circa, ad es., il mantenimento di dati livelli occupativi, l'adozione di misure di sicurezza, il divieto di distrarre i cespiti aziendali [...] ecc.)». Al di fuori delle ipotesi normativamente previste – nelle quali quindi è la stessa legge a determinare lo scopo del finanziamento – è possibile che le parti si accordino attraverso la clausola di destinazione che il finanziato impieghi le somme mutate per la realizzazione di uno scopo convenzionale o volontario. Per un'analisi sui profili strutturali del contratto vd. in particolare V. TIMPANO, *Mutuo di scopo convenzionale: profili strutturali e tratti distintivi rispetto al mutuo codicistico*, in *I contratti*, 5, 2022, 515–523.

⁴⁶ Può difatti accadere che detta clausola, costituendo una semplice enunciazione dei motivi dell'operazione, non sia alla base di uno specifico interesse del mutuante alla realizzazione dello scopo descritto. In queste ipotesi, secondo A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 742, la clausola non modificherebbe le obbligazioni delle parti rispetto al classico mutuo.

rappresenta, se non accompagnata da un regolamento contrattuale concepito per la realizzazione, un mezzo idoneo a modificare il tipo negoziale⁴⁷.

La giurisprudenza, nell'applicare dette coordinate, si è occupata delle conseguenze derivanti dal perseguimento di finalità diverse dallo scopo del negozio⁴⁸. La mancata attuazione del vincolo di scopo integra, infatti, un inadempimento del mutuatario e consente al mutuante di attivare il rimedio della risoluzione per inadempimento o di avvalersi di una eventuale clausola risolutiva espressa richiamata dal contratto per il caso di mancata realizzazione dello scopo⁴⁹.

La mancata realizzazione dello scopo può anche derivare non dall'inadempimento, ma dalla stipulazione di un accordo elusivo o patto di distrazione, con cui le parti si accordano per la realizzazione di una finalità diversa da quella definita dalla legge o dalla convenzione, esonerando così il mutuatario dall'adempimento dell'obbligazione formalmente assunta. In questo caso, laddove il patto di distrazione acceda contestualmente o successivamente a un mutuo di scopo legale, la giurisprudenza tende persino a reputare il contratto o il singolo patto nullo⁵⁰, in ossequio alla valorizzazione degli interessi di natura

⁴⁷ R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 1835 ss.

⁴⁸ Consapevolezza che emerge da diverse pronunce, tra le quali risalta quella della Corte di appello di Cagliari, sezione distaccata di Sassari, 8 settembre 2022, n. 261, in *Onelegale*, dove si afferma come la corretta qualificazione giuridica del contratto di mutuo possa essere influenzata dalla destinazione delle somme erogate. Vd., sul punto, E. TOTARO, *op. cit.*, 274 ss. Più nello specifico cfr. pure Cass. civ., 19 settembre 2024, n. 25193, per cui il mutuo di scopo risponde alla funzione di procurare al mutuatario «i mezzi economici destinati al raggiungimento di una determinata finalità, comune al finanziatore, la quale, integrando la struttura del negozio, ne amplia la causa rispetto alla sua normale consistenza, sia in relazione al profilo strutturale, perché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo concordato, mediante l'attuazione in concreto del programma negoziale, sia in relazione al profilo funzionale, perché nel sinallagma assume rilievo essenziale proprio l'impegno del mutuatario a realizzare la prestazione attuativa».

⁴⁹ R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 1835 ss.

⁵⁰ I mutui di scopo sono dei contratti di finanziamento agevolati dalla mano pubblica che incide sul tasso di interesse al fine di realizzare particolari finalità considerate meritevoli di sostegno. Il finanziamento serve dunque ad attuare il fine: il contratto nella sua materializzazione sorge con un sinallagma modificato. Il corrispettivo degli interessi viene fissato in misura più tenue in relazione alla prestazione di scopo. La prestazione del mutuatario, tuttavia, non è limitata alla

pubblicistica sottesi all'operazione di credito⁵¹. Meno convincente è la lettura fornita sulla sorte del mutuo di scopo convenzionale a cui si collega un patto di distrazione, suscettibile – ad avviso delle corti⁵² – di dar luogo a risoluzione per inadempimento dell'obbligazione assunta dal mutuatario, poiché frutto di un nuovo accordo tra mutuatario e

restituzione del *tantundem*, ma si aggiunge un obbligo di *facere*: come osservato da P. L. FAUSTI, *op. cit.*, 257, si tratterebbe di un *facere in rem propriam*, perché «se è vero che il conseguimento dello scopo realizza un interesse che lo Stato ritiene meritevole di aiuto, è altresì vero che il risultato del *facere* rimane nella sfera patrimoniale del finanziato». Lo scopo fissato dalla legge qualifica così la causa del negozio: il patto che si distacca dallo scopo intride quindi l'operazione di illiceità, rendendo nulla l'intera operazione (cfr. Cass. civ., 3 aprile 1970, n. 896, in *Ced Cassazione*, per cui «la finalità del mutuo, in quanto prevista e imposta dalla legge, qualifica la causa del negozio e ne delimita il contenuto rispetto allo schema tipico, acquistando in tal modo rilevanza causale. Pertanto, quando si deduca in giudizio che, per volontà dei contraenti, il mutuo era destinato a un diverso fine, la dedotta illiceità attiene non ai motivi, ma alla causa del contratto» e Cass. civ., 2 ottobre 1972, n. 2796, in *Ced Cassazione*, secondo cui, non dissimilmente, «la prevista destinazione delle somme mutate, entrando nella struttura del negozio con efficacia di rilevanza causale, esclude in radice la possibilità di una diversa utilizzazione delle somme stesse»). È stato poi notato che «quando sia stato stipulato con l'accordo *ab initio* di un'utilizzazione del finanziamento per finalità diverse» da quelle stabilite dalla legge, il contratto è nullo (Cass. civ., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Giur. it.*, 1981, I,1, 1242; cfr. pure Cass. civ., 8 aprile 2004, 8654, in *Onelegale*). Conformemente Trib. Salerno, 9 giugno 2022, n. 2062, in *Onelegale*.

⁵¹ Vd. R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 1835 ss., secondo cui, quando è contestuale, la giurisprudenza ne motiva la declaratoria talvolta per difetto di causa, altre volte per illiceità della causa per essere stato il contratto stipulato in frode alla legge, o ancora per contrasto con la norma imperativa che fissa lo scopo per la cui realizzazione il credito è accordato. Quando, invece, il patto di distrazione è successivo alla stipulazione del mutuo di scopo legale, la giurisprudenza è concorde nel riconoscere la nullità del patto per contrarietà alla norma imperativa, senza però estendere la nullità al contratto di mutuo che resterebbe valido.

⁵² Vd., in particolare, Cass. civ., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Onelegale*, per la quale «il contratto è [...] risolvibile per inadempimento del mutuatario, a iniziativa del mutuante, quando è mancata la realizzazione della finalità prevista: a questa ipotesi viene equiparata quella in cui l'accordo di utilizzazione del finanziamento in maniera diversa sia successivo alla stipulazione del mutuo e la nullità di tale accordo non possa quindi riverberarsi geneticamente sul contratto». Pure per Cass. civ., 10 giugno 1981, n. 3752 dell'«eventuale accertamento di una pattuita diversa utilizzazione della somma mutuata, non contemplata nel contratto, ma sopravvenuta in data posteriore, [...] – si – può giustificare esclusivamente una domanda di risoluzione per inadempimento, a istanza dell'istituto mutuante».

mutuante. Essendo lo scopo di fonte convenzionale⁵³, appare più opportuno ricorrere alle figure dell'accordo simulatorio⁵⁴ e della modifica del contenuto per comune volontà delle parti⁵⁵, a seconda che il patto sia contestuale o successivo.

Il vaglio causale del mutuo di scopo risulta comunque imprescindibile nel caso in cui l'importo erogato venga effettivamente destinato alla finalità prevista dalla legge o dal contratto⁵⁶.

Occorre domandarsi nondimeno cosa accada qualora si ricorra al contratto di mutuo per estinguere una preesistente posizione debitoria nei confronti di un istituto di credito⁵⁷. In presenza di patto distrattivo concordato per deviare le somme mutate dall'obiettivo legislativo, difatti, l'applicazione delle coordinate sopra menzionate aveva indotto gli interpreti a considerare il contratto nullo, ritenendolo talvolta privo di causa, altre volte in frode alla legge⁵⁸. Altro indirizzo aveva poi

⁵³ Descritto da E. TOTARO, *op. cit.*, 274 ss. Vd. più precisamente *supra* § 3, nt. 48.

⁵⁴ Così R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 1838.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Sulla causa vd. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2013, 957–988, in particolare 961 ss., dove l'A. esamina, attraverso la trattazione di Cass. civ., 23 aprile 2001, n. 5966, in *Onelegale*, il modo con cui il fine assume rilevanza strutturale nel mutuo di scopo.

⁵⁷ Sul mutuo solutorio vd. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 924; A.A. DOLMETTA, *Sulle prassi bancarie dei mutui con «dazione» e contestuale «contro dazione» di somme: consegna, distantia temporis e causa concreta*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2024, 693–709; R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*; C. NATOLI, *op. cit.*, 1835 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, cit., 952 ss.; ID., *Nella spirale procellosa del mutuo ipotecario solutorio (e di quello condizionato): noterelle sul giurista prestigiatore ai confini della realtà*, cit., 2952 ss.; E. TOTARO, *op. cit.*, 274 ss.

⁵⁸ Cfr. Cass. civ., 21 ottobre 2019, n. 26770, in *Onelegale*, la quale evidenzia che tale *species* di mutuo «ne amplia la causa rispetto alla sua normale consistenza, sia in relazione al profilo strutturale, perché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo concordato, mediante l'attuazione in concreto del programma negoziale, sia in relazione al profilo funzionale, perché nel sinallagma assume rilievo essenziale proprio l'impegno del mutuatario a realizzare la prestazione attuativa. La destinazione delle somme mutate alla finalità programmata assurge pertanto a componente imprescindibile del regolamento di interessi concordato, incidendo sulla causa»; E. BACCIARDI, *op. cit.*, 924 ss. Dello stesso tenore pure Cass. civ., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Giur. it.*, 1981, I,1, 1242, secondo cui «il mutuo di scopo è nullo, e la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, quando sia stato stipulato

considerato il contratto simulato e, quindi, inefficace tra le parti, se si fosse accertato l'accordo non di concludere un mutuo ma di garantire debiti preesistenti attraverso lo stesso⁵⁹.

Entrambe le posizioni sono poi state superate dalla giurisprudenza più recente, che ha qualificato il mutuo solutorio come 'procedimento negoziale indiretto'⁶⁰, che non integra necessariamente il volere delle parti né nel senso di una simulazione tesa alla dissimulazione di una garanzia per il debito già esistente, né di una sostituzione di un precedente debito chirografario con uno accompagnato da garanzia. Non si tratterebbe di mutuo di scopo, il quale presuppone uno scopo legalmente imposto o convenzionalmente concordato e rispondente a un interesse condiviso, alla comunanza di interessi delle parti, per il cui raggiungimento deve essere utilizzata la somma mutuata. Attraverso il mutuo solutorio si realizzerebbe infatti solo una esplicitazione dei motivi, che corrisponde a un interesse individuale, eventualmente conosciuto da entrambe le parti.

dall'istituto di credito e dal mutuatario con l'accordo che il finanziamento sarà utilizzato per una diversa finalità (ad es. per estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso lo stesso istituto mutuante); il contratto è invece risolubile per inadempimento del mutuatario e a iniziativa del solo istituto mutuante quando è mancata la realizzazione della finalità prevista, la qual cosa si verifica anche quando l'accordo di utilizzo del finanziamento in maniera diversa sia successivo alla stipulazione del mutuo e la nullità dell'accordo stesso non possa pertanto riverberarsi sull'intero contratto».

⁵⁹ S. CHERTI, *Il mutuo di scopo*, in S. CHERTI, F. PIRAINO (a cura di), *Contratti bancari*, Torino, 2025, 196 ss.

⁶⁰ Vd. Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3955, in *Onelegale*, la quale, occupandosi di mutuo ipotecario, ha stabilito che «laddove la sua erogazione non sia destinata a creare una effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, essa erogazione non integra necessariamente né la fattispecie della simulazione del mutuo, con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente, né quella della novazione, con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito, ma dà luogo a un procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario».

3.1 (Segue) *Il mutuo solutorio e il principio della disponibilità giuridica*

La modalità di funzionamento di questa operazione di finanziamento ha posto quindi nuovi problemi relativi al vecchio dilemma sulla natura consensuale o reale del contratto di mutuo.

Secondo un minoritario orientamento giurisprudenziale⁶¹, partendo dalla considerazione secondo cui per la stipulazione del contratto di mutuo è necessario che vi sia la consegna della somma di denaro,

⁶¹ Ritenuto condivisibile da D. FAUCEGLIA, *La dilazione innova o nova il rapporto obbligatorio?*, in *Contr. Impr.*, 1, 2024, 199 ss. Tra i precedenti, è opportuno richiamare Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1517, in *Onelegale*, in base alla quale «l'utilizzo di somme da parte di un istituto di credito per ripianare la pregressa esposizione debitoria del correntista, con contestuale costituzione in favore della banca di una garanzia reale, costituisce un'operazione meramente contabile in dare ed avere sul conto corrente, non inquadrabile nel mutuo ipotecario, il quale presuppone sempre l'avvenuta consegna del denaro dal mutuante al mutuatario; tale operazione determina di regola gli effetti del "pactum de non petendo ad tempus", restando modificato soltanto il termine per l'adempimento, senza alcuna novazione dell'originaria obbligazione del correntista» e di Cass. civ., 5 agosto 2019, n. 20896, in *Onelegale*, per cui «il ripianamento di un debito a mezzo di nuovo credito, che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente al fine di conseguire un'ipoteca contestuale, non dà vita a nuovo contratto di mutuo, perché la struttura contrattuale del mutuo implica la consegna delle somme di denaro che ne costituiscono oggetto e, per essere tale, la consegna deve realizzare il passaggio delle somme dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario, con conseguente trasferimento della proprietà delle somme e connessa acquisizione della loro disponibilità da parte del mutuatario. L'accordo tra banca e cliente esclude la stessa eventualità di consegna e trasferimento di proprietà delle somme, giusta la compiuta posta "in dare" sul conto corrente [...]. Il ripianamento di un debito a mezzo di nuovo credito, che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente al fine di conseguire un'ipoteca contestuale, determinando il riposizionamento della scadenza del debito pregresso, configura un *pactum de non petendo ad tempus*. Non comportando novazione, tale patto non è sufficiente a reggere una domanda di ammissione al passivo fallimentare che abbia ad oggetto la restituzione delle somme di danaro di cui al pregresso credito». Secondo entrambi gli orientamenti, quindi, l'utilizzo di somme da parte di un istituto di credito per ripianare la pregressa esposizione del correntista, con contestuale costituzione in favore della banca di una garanzia reale, costituisce un'operazione meramente contabile in dare e avere sul conto corrente, non inquadrabile nel mutuo ipotecario, il quale presuppone sempre l'avvenuta consegna del denaro dal mutuante al mutuatario; tale operazione determina di regola gli effetti del *pactum de non petendo ad tempus*, restando modificato soltanto il termine per l'adempimento, senza alcuna novazione dell'originaria obbligazione del correntista.

dovrebbe negarsi la *traditio* ogniqualvolta le somme date in mutuo siano contestualmente destinate a ripianare i debiti pregressi con un'operazione meramente contabile, senza un effettivo trasferimento della proprietà, anche quando tale destinazione sia accettata o disposta dal mutuatario. Essa provocherebbe una dilazione delle scadenze dei debiti pregressi – attraverso una modificazione accessoria dell'obbligazione senza novazione ai sensi dell'art. 1231 c.c. –, con gli effetti, quindi, di un *pactum de non petendo ad tempus*, restando modificato il solo termine dell'adempimento. L'operazione contabile, difatti, indicando una modifica del saldo, impedirebbe ogni possibile utilizzabilità del denaro e non eliminerebbe la sostanza del debito⁶². Solo il mutuo originario, quindi, costituirebbe titolo esecutivo.

Secondo l'orientamento prevalente, invece, alla configurabilità di una *traditio* dovrebbe invece darsi risposta positiva. Il mutuo solutorio utilizzato per ripianare l'esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante non sarebbe nullo, poiché non contrario alla legge o all'ordine pubblico. Sarebbe poi sufficiente a integrare la *datio rei* l'accredito in conto corrente delle somme⁶³. Il perfezionamento del mutuo con la conseguente nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario

⁶² In assenza di una reale consegna della somma al mutuatario, l'operazione non produrrebbe gli effetti propri del contratto di mutuo. La registrazione contabile non creerebbe una nuova disponibilità economica, non estinguendo il debito pregresso. Al massimo, secondo questo orientamento, ne potrebbe dilazionare l'esigibilità. Senza *traditio* mancherebbe un elemento essenziale del mutuo e il debito pregresso continuerebbe a sussistere nella sua sostanza. Cfr., sul punto, C. COLOMBO, *op. cit.*, 1330 ss.

⁶³ In particolare, Cass. civ., sent, 25 luglio 2022, n. 23149, in *Ced Cassazione*, ha evidenziato che «il cosiddetto “mutuo solutorio”, stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo - in quanto non contrario né alla legge, né all'ordine pubblico - e non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale “pactum de non petendo” in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente a integrare la “datio rei” giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa». Per quel che più rileva, la Suprema Corte ha sottolineato altresì che la tesi del *pactum de non petendo* «mortifica la libertà negoziale delle parti, negando loro la facoltà di stipulare accordi di ristrutturazione atipici. [...] Se [...] preferiscono ricorrere a un mutuo solutorio, tale scelta costituisce un esercizio di libertà negoziale da tutelare, non un atto da sopprimere sol perché non gradito alle personali convinzioni giuridiche o, peggio, sociologiche o addirittura politiche dell'interprete».

si verificherebbe nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo, non rilevando che sia previsto l'obbligo di utilizzare la somma per estinguere un altro debito nei confronti del mutuante o che l'estinzione avvenga quasi per un automatismo. L'effettività della *traditio* sarebbe dimostrata dall'impiego per l'estinzione del debito preesistente, che purga il patrimonio di una posta negativa, eliminando così una voce di debito. Il ripianamento sarebbe indice della disposizione della somma da parte del mutuatario, senza peraltro che si realizzi una lesione dei diritti o delle aspettative dei creditori dal momento che a costoro non è impedito l'esperimento di rimedi speciali. Il mutuo solutorio non sarebbe allora una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente o *pactum de non petendo*.

Sulla disponibilità giuridica nel mutuo solutorio è, inoltre, recentemente intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁶⁴, secondo cui, conformemente alla soluzione fornita dal Tribunale di Ferrara prima e dalla Corte d'Appello di Bologna poi⁶⁵, deve trattarsi di mutuo solutorio quando il finanziamento sia seguito da contestuale o immediata destinazione delle somme a ripianare i debiti pregressi.

⁶⁴ Vd. *supra* § 1, nt. 13.

⁶⁵ Il fatto che ha dato origine alla sentenza ha riguardato l'emissione di un decreto ingiuntivo che obbligava i debitori al pagamento di una somma in denaro quale saldo negativo di un conto corrente garantito da ipoteca. Avverso l'ingiunzione di pagamento, i debitori avevano fatto opposizione, sostenendo l'illegittimità del comportamento della banca per avere solo apparentemente erogato le somme concesse a mutuo, tenuto conto che le stesse non erano mai uscite dalle casse dell'asserita mutuante, ma erano state utilizzate per estinguere i mutui e le aperture di credito precedenti. Il Tribunale di Ferrara aveva rigettato le doglianze degli attori tese a contestare la validità del contratto di mutuo, limitando l'efficacia del titolo esecutivo ad un importo minore. La Corte di Appello di Bologna, successivamente, aveva poi rigettato l'appello proposto dai debitori, confermando la sentenza del giudice di primo grado e stabilendo in primo luogo che l'accredito delle somme sul conto corrente equivalesse alla consegna del denaro ai sensi e per gli effetti dell'art. 1813 c.c. e, in secondo luogo, che l'utilizzo della somma mutuata per estinguere il mutuo precedente fosse del tutto legittimo. Avverso tale sentenza è stato proposto ricorso per Cassazione sulla base di nove motivi e la Seconda Sezione civile della Corte, con ordinanza interlocutoria n. 18903 del 10 luglio 2024, in *Onelegale*, ha rimesso gli atti alla Prima Presidente, ai fini dell'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, in relazione alle questioni poste dal primo e secondo motivo di ricorso, relative alla qualificazione del cosiddetto 'mutuo solutorio'.

Acclarato che il mutuo è un contratto reale, la *traditio* si realizzerebbe comunque, dal momento che consente il conseguimento della disponibilità giuridica della *res* da parte del mutuatario per effetto della creazione di un autonomo titolo di disponibilità, tale da determinare uscita e acquisizione nel patrimonio. Non sarebbe dunque necessaria la consegna materiale, essendo sufficienti la disponibilità giuridica e l'assunzione dell'obbligazione di restituire il *tantundem*. Se poi avviene una riappropriazione immediata dalla banca, ciò postula che le somme siano prima transitate nel conto del mutuatario. Stessa logica può poi seguirsi, secondo il Supremo Collegio, per l'accredito su un conto corrente già debitore. In questo caso, l'estinzione o la riduzione del saldo negativo sono effetti algebrici dell'erogazione del mutuo. Rimane così disponibile solo l'eventuale eccedenza rispetto al debito pregresso. Ciò non escluderebbe, ad avviso della Corte di Cassazione, la sussistenza della *traditio*. Quando la somma mutuata viene infatti accreditata su un conto con saldo passivo, l'immediata compensazione e la conseguente eliminazione del debito implicano comunque una disponibilità giuridica. Il mutuatario, accettando l'accredito su quel conto, dispone effettivamente della somma. Sotto il profilo logico-giuridico si verifica prima l'ingresso di una posta attiva e, subito dopo, la sua compensazione con la posta passiva, determinando l'estinzione del debito⁶⁶.

Un'operazione contabile non sarebbe, dunque, per ciò solo un'operazione fittizia, valendo a rappresentare la vicenda economica e giuridica costituita dall'inserimento di una posta attiva in capo al correntista, funzionale a comportare mutamenti nei rapporti con la banca. In altre parole, il venir meno della disponibilità, anche in via contemporanea, non impedirebbe di reputare il contratto perfezionato, a nulla rilevando il momento cronologico, in quanto a permeare la fattispecie sarebbe il solo momento logico-giuridico, da cui discenderebbero i conseguenti effetti, sia quelli estintivi della pregressa obbligazione sia quelli costitutivi di una nuova⁶⁷.

⁶⁶ Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, cit., par. 4.

⁶⁷ Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, cit., in particolare par. 7, secondo cui «con l'accredito delle somme sul conto corrente, il contratto di mutuo è, dunque, da intendersi perfettamente concluso e la disponibilità giuridica della somma effettivamente conseguita; e ciò a prescindere dal successivo (logicamente, anche se cronologicamente contestuale) impiego delle somme, la cui destinazione è

Seguendo tale impostazione, il contratto di mutuo dovrebbe considerarsi concluso con l'accredito delle somme. Diverso sarebbe allora il mutuo di scopo⁶⁸, in forza del quale una parte si obbliga a fornire le risorse economiche necessarie per il conseguimento di una finalità legale o convenzionale ad altra parte, che a sua volta si impegna non solo a restituire l'importo, ma anche a svolgere le attività necessarie per lo scopo. Nel mutuo solutorio, infatti, l'utilizzo della somma non attiene al momento genetico del contratto e non ne caratterizza la causa, intervenendo invece su un piano logicamente successivo, poiché il contratto risulta possibile in quanto vi sia la disponibilità giuridica. Non si farebbe allora riferimento a un contratto atipico, ma a uno specifico utilizzo del contratto di mutuo⁶⁹. Se tanto è vero, pare escluso l'inquadramento come mutuo di scopo su cui si fondava quella presunta mancanza di realtà del mutuo solutorio che lo allontanava dalla più classica categoria codicistica.

Non sarebbe poi possibile qualificare il mutuo solutorio come *pactum de non petendo*⁷⁰, in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, il quale invece si realizzerebbe, permettendo l'estinzione di un debito esistente.

Il contratto di mutuo solutorio potrebbe risultare quale mezzo per frodare i creditori o costituire un mezzo anomalo di pagamento. In tal caso, però, non vi sarebbe nullità, potendo la finalizzazione dell'operazione solutoria al massimo dar luogo a inefficacia per mezzo di revocatoria – ordinaria o fallimentare poiché diretta a estinguere un debito con mezzi anormali di pagamento e alla ristrutturazione del passivo attraverso la costituzione di una garanzia – e di tutela risarcitoria per colpevole concorso della banca nel dissesto del cliente finanziato⁷¹. La destinazione all'estinzione di un debito non renderebbe

manifestazione di un differente interesse che sorregge un atto ulteriore, autonomo benché ovviamente dipendente dal primo, in quanto proprio dal primo reso possibile».

⁶⁸ Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, cit., par. 8.

⁶⁹ Così Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, cit., par. 8: «Ben si comprende allora come il sintagma “mutuo solutorio” non definisca una figura contrattuale atipica, né diversa dal contratto tipico di mutuo. Esso ha piuttosto una valenza meramente descrittiva di un particolare utilizzo del mutuo».

⁷⁰ Cass. civ., Sez. Un., n. 5841, cit., par. 9.

⁷¹ Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, cit., par. 11.

poi il contratto nullo per mancanza di causa⁷². E ciò in quanto anche il mutuo fondiario ha uno scopo che esula dalla causa del contratto, costituita dall'immediata disponibilità di denaro a fronte della concessione di ipoteca e assunzione dell'obbligo di restituzione, ma il finanziamento non è vincolato al conseguimento di una finalità⁷³. La destinazione solutoria, sebbene conosciuta dalla banca, non sarebbe nemmeno motivo illecito comune, ma figurerebbe soltanto quale scopo soggettivo collegato all'utilizzo delle somme, che alimenta la volontà delle parti e resta fuori dalla struttura del contratto, risultando perciò irrilevante⁷⁴.

Il mutuo solutorio in questo senso sarebbe da reputarsi valido titolo esecutivo⁷⁵, perfezionandosi con l'accredito di una posta attiva. L'atto

⁷² Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, cit., par. 12.

⁷³ In argomento vd. F. ONNIS CUGIA, *Le operazioni particolari di finanziamento con garanzia immobiliare: credito fondiario, credito agrario e altre fattispecie*, Napoli, 2022 92 ss., per cui al di fuori dei casi disciplinati dagli artt. 38 e 41 T.U.B. vi sarebbero invero diverse ipotesi di crediti fondiari di scopo, tra cui, ad esempio, il finanziamento fondiario concluso per surrogare un precedente mutuo e il finanziamento dell'intervento edilizio con erogazioni rateali correlate agli stati di avanzamento dei lavori. Ad avviso dell'A., sarebbe più corretto affermare che sono finanziamenti privi di vincolo di destinazione «soltanto i finanziamenti fondiari di liquidità – che nella prassi rappresentano una piccola parte dei crediti fondiari concessi dalle banche».

⁷⁴ Nessuna soluzione diversa risulta peraltro prospettata dalla Cassazione in relazione al mutuo accessorio di costituzione della somma in deposito irregolare, il cui svincolo risulta condizionato a quanto pattuito. Conformemente vd. Cass. civ., 3 maggio 2024, n. 12007, in *Foro It.*, 2024, 1, 5, 1422.

⁷⁵ Con Cass. civ., 3 maggio 2024, n. 12007, cit., la Suprema Corte si è espressa sul trasferimento di una somma mediante consegna di assegno circolare non trasferibile depositato su un conto corrente infruttifero a garanzia delle obbligazioni assunte, aperto presso la stessa banca mutuante e vincolato all'ordine di quest'ultima. Nel farlo, ha confermato l'equipollenza delle forme alternative di trasferimento della disponibilità del denaro dato in prestito (anche attraverso semplice accredito, senza consegna materiale del denaro). Secondo la Corte di Cassazione, il perfezionamento di un contratto di mutuo, però, non direbbe nulla sulla sussistenza o meno di un'obbligazione attuale di pagamento di una somma di denaro a carico del mutuatario nei confronti della banca, sulla base del complessivo rapporto negoziale che emerge dall'atto pubblico fatto valere come titolo esecutivo. L'obbligazione restitutoria della somma mutuata potrebbe non essere attuale, in quanto sorge solo al verificarsi di determinate condizioni, successive alla stipulazione. Il contratto di mutuo è stato concluso; dopodiché, la somma è stata trasferita nuovamente alla banca – come già previsto dal contratto – perché depositata su conto corrente vincolato presso la stessa.

dispositivo sarebbe invece esterno alla fattispecie legale e non inciderebbe sul perfezionamento. Il fatto, quindi, che non vi sia disposizione da parte del cliente alla banca sull'impiego delle somme mutate per il ripianamento del debito e che quest'ultima proceda autonomamente, non prova la mancata acquisizione della disponibilità giuridica. In assenza di preventive disposizioni in tal senso, la semplice movimentazione in uscita di somme dal conto corrente sarebbe aggredibile con i rimedi risarcitori e restitutori.

4. *Verso il superamento della natura reale del contratto di mutuo?*

Le Sezioni Unite conducono un ragionamento condivisibile, anche se talvolta con la necessità di qualche correttivo. La soluzione viene infatti estesa anche al caso in cui la somma venga accreditata sul conto e riacquistata dalla banca senza che si realizzi un atto di disposizione da parte del mutuatario. Ciò accade quando l'accredito è immediatamente assorbito dall'istituto bancario, che utilizza la somma per ripianare il debito pregresso. In questa situazione, la banca accredita

Il deposito bancario ha così natura di deposito irregolare e, di conseguenza, fa acquistare la proprietà della somma depositata con l'obbligo di restituire il *tantundem* (cfr. C. CHESSA, *Appunti sui soggetti nel contratto di deposito*, in *Studi economico-giuridici*, LXIV, 1, 2023, 7–30.). Tale obbligo, nel caso di specie, è stato indicato dalle parti come svincolo della somma depositata, subordinato a talune condizioni, coincidenti con il consolidarsi della garanzia ipotecaria. Fino al momento dello svincolo, che mette la somma a libera disposizione del cliente, il mutuatario non può disporre della somma, al contrario della banca, in quanto depositaria-proprietaria in virtù di un deposito irregolare e dotata del diritto potestativo di disporre lo svincolo. Il mutuatario, fino allo svincolo, non ha alcuna obbligazione di restituzione della somma, che è già nel patrimonio della banca. È anzi la banca a dirsi obbligata, alle predette condizioni, allo svincolo. La sussistenza di una obbligazione attuale di restituzione alla banca, dunque, è subordinata al preventivo svincolo del deposito: l'obbligazione sorge solo al momento in cui la somma sia svincolata ed entri nel patrimonio del mutuatario. Considerando ciò, si sarebbe dovuto escludere che il contratto notarile di mutuo utilizzato come titolo esecutivo potesse essere idoneo a costituire fonte dell'obbligazione restitutoria azionata e si sarebbe dovuto verificare l'atto integrativo di svincolo in favore del mutuatario nelle forme della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico. Di conseguenza, al mancato verificarsi delle condizioni stabilite per lo svincolo, la banca avrebbe potuto chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento della perdita di guadagno, ma non la restituzione della somma che si trova nella sua disponibilità, la quale può essere trattenuta e non svincolata.

formalmente la somma, ma la riacquisisce subito per estinguere il passivo. Proprio in ipotesi simili, parte della dottrina ha escluso tanto la consegna quanto l'effettivo atto di disposizione da parte del mutuatario⁷⁶.

Oggi, le Sezioni Unite affermano che, se l'atto può essere compiuto in quanto si ha disponibilità giuridica, dire che non c'è stata disponibilità materiale non significa negare la disponibilità giuridica. Se non può infatti esistere atto di disposizione senza disponibilità giuridica, non è vero il contrario. La disponibilità giuridica presuppone la possibilità di disporre: se poi questa disponibilità sia stata impedita da un comportamento illecito della banca – che si riappropria immediatamente della somma mutuata –, questo può rilevare sul piano dell'esecuzione del contratto, ma la fattispecie del mutuo deve dirsi perfezionata.

Condividere l'assunto risulta opportuno per diverse ragioni.

L'acquisizione della somma da parte della banca non legittimata non incide sulla genetica del contratto, che si è già perfezionato. È più vantaggioso per il mutuatario far valere la questione in sede esecutiva, poiché così può esigere la somma dovuta. Ciò, in concreto, consente al mutuatario di utilizzare i rimedi previsti dall'ordinamento per recuperare la somma sottratta. Se, diversamente, il contratto fosse dichiarato invalido, l'intero importo dovrebbe essere restituito alla banca, configurandosi come indebito.

Seguire tale impostazione significa poi rafforzare una lettura funzionalistica del contratto di mutuo, in cui la disponibilità giuridica, pur in assenza di materiale consegna, assurge a presupposto sufficiente per il perfezionamento negoziale. Un simile approccio, oltre ad allinearsi all'evoluzione tecnologica e alle pratiche bancarie moderne, consente una tutela concreta della parte debole, garantendole l'accesso ai rimedi civilistici – risarcitori e restitutori – in caso di utilizzo scorretto o surrettizio delle somme da parte del mutuante. Così facendo,

⁷⁶ Cass. civ., 5 agosto 2019, n. 20896, cit., più in generale, aveva avuto modo di ribadire, anche di recente, che, in relazione al tema del ripianamento di un debito a mezzo di nuovo credito, l'operazione attuata dalla banca già creditrice non avrebbe dato luogo a uno spostamento di denaro, potendosi trattare di operazione meramente contabile. L'assenza di erogazione e di messa a disposizione di una somma avrebbe escluso, poi, che si potesse configurare il mutuo, potendosi trattare di *pactum de non petendo ad tempus*.

il mutuatario non è più ostaggio della qualificazione formalistica del contratto, ma può far valere una lesione sostanziale – concretizzatasi nella purgazione della posta passiva – che si verifica nel proprio patrimonio anche qualora la banca abbia riassorbito contestualmente le somme accreditate⁷⁷.

Tali valutazioni rafforzano l'opinione, che ha acquisito una forza crescente in anni recenti, secondo cui il contratto di mutuo possa compiere un'evoluzione da figura reale a modello consensuale⁷⁸, in presenza di esigenze di natura economica e bancaria, nonché di interpretazioni giurisprudenziali sempre più orientate a valorizzare l'effettività funzionale del rapporto. È proprio questa progressiva erosione del concetto di realtà che può sollevare le maggiori perplessità in ordine sistematico⁷⁹. Il contratto reale è tale non solo in quanto richiede la consegna per perfezionarsi, ma anche perché fonda la propria causa nel trasferimento di un bene – nel caso del mutuo, fungibile – che il ricevente si obbliga a restituire. Senza voler scomodare il diritto romano, che nel concepire la figura definiva il *mutuum* come «est quia ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit⁸⁰» – da cui pare desumersi la volontà di farlo perfezionare al momento della *traditio* e di far ricadere a valle della consegna l'obbligo restitutorio –, l'archetipo è sopravvissuto alle codificazioni moderne non come

⁷⁷ Cfr. G. PIERSANTI, *Le Sezioni Unite sciolgono i nodi del mutuo solutorio: ha natura di mutuo ordinario e costituisce valido titolo esecutivo*, in *I contratti*, 3, 2025, 238 ss.

⁷⁸ Nella dottrina civilistica può dirsi sostanzialmente unanime l'opinione secondo cui per i contratti reali in via di principio è ammissibile la configurazione, a contenuto equivalente, che si concluda validamente anche in presenza di consegna. Cfr. A. DALMARTELLO, voce *Pegno irregolare*, in *Novissimo Dig.*, 1965, 804; U. NATOLI, *op. cit.*, 63.

⁷⁹ Di erosione parla specificamente U. BELVISO, *Realtà e consensualità nel contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione*, in *Giur. Comm.*, 2, 1981, 336, secondo cui il fenomeno testimonia il persistere nel nostro ordinamento della categoria del contratto reale quale categoria contrapposta a quella del contratto meramente consensuale.

⁸⁰ Gai 3.90: *Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

semplice retaggio teorico, ma proprio come strumento a presidio della evidenza causale del contratto⁸¹. Se si accettasse l'idea che il mutuo si perfezioni col solo consenso si assisterebbe a una crescente detipizzazione del contratto⁸², amplificata dalla perdita di uno schema riconoscibile e giuridicamente delimitato, con effetti negativi sulla certezza del diritto e sulla tutela delle parti coinvolte, specie su quella debole⁸³.

Le recenti istanze – che enfatizzano la funzione economica del contratto, l'efficienza del traffico e la smaterializzazione degli scambi – tendono a scontrarsi con questo impianto. Con il graduale abbandono della consegna materiale delle somme da parte della prassi bancaria e la sostituzione con meccanismi conducibili in ambito elettronico, si è sviluppata un'interpretazione evolutiva della consegna, estesa fino a ricomprendere non solo il trasferimento fisico della somma, ma qualunque modalità di acquisizione della disponibilità giuridica del bene mutuato. In forza di questa direttrice, il requisito della *datio rei* deve essere letto alla luce della concreta disponibilità del mutuatario di agire sulla somma accreditata, anche se mai materialmente consegnata.

⁸¹ Conformemente A. BUSANI-G.O. MANNELLA, *op. cit.*, cit., 217, secondo cui «se la consegna non fosse prevista dalla legge e fosse sufficiente il consenso dei contraenti per la formazione del contratto, vi sarebbe il serio pericolo che il mutuatario si potrebbe obbligare (o potrebbe essere indotto a obbligarsi) a restituire una somma in effetti mai percepita, ma solo dichiarata come corrisposta dal mutante al mutuatario (senza giungere a ipotizzare fattispecie criminose, come quelle che tipicamente si verificano in caso di comportamenti usurari, basta riferirsi allo “scoperto” di conto corrente che potrebbe venire tramutato in un mutuo al fine di scadenzare il “rientro” del debitore e/o di tramutare il debito da chirografario a privilegiato)».

⁸² Non pare d'accordo sulla necessità della tipizzazione D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, 555 ss.: in senso contrario alla tipizzazione di nuovi contratti si rilevano «esigenze di continua evoluzione della prassi, che troverebbero impedimento in un contesto normativo troppo rigido e articolato» o la necessità di pervenire a uniformazione internazionale. Si noti che, secondo R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1966, 785 ss., ogni contratto, anche il contratto atipico, è in ultima istanza riconducibile a un tipo in base all'assenza o presenza dei vari caratteri del contenuto contrattuale. Quando si dice che «la causa del negozio è la sua funzione “tipica”, con ciò si vuol dire che la causa del negozio non si riduce già alle cento funzioni, variabili, cui le parti possono piegare gli effetti negoziali voluti, ma solo a quella funzione che appare inseparabile dagli effetti di quel negozio».

⁸³ Tra chi si rifiuta di accettare distinzioni, ritenute ormai inadatte al mondo della realtà effettuale vd. G. VECCHIO, *op. cit.*, 6.

Laddove si riconosca che la disponibilità giuridica della somma sia idonea a integrare il requisito della consegna nel contratto di mutuo, ammettendone coerenza sistematica con la struttura del contratto reale, non può essere trascurata una riflessione critica sulle principali problematiche che ne scaturiscono, riguardanti la chiarezza dell'operazione economica, la tenuta della causa e della meritevolezza del contratto e, non da ultimo, il rischio concreto di intaccare la rigidità del modello tipico codicistico con implicazioni in termini di certezza giuridica e tutela delle parti.

Il ricorso alla disponibilità giuridica come surrogato della consegna, a rimedio dell'erosione, non garantisce però sempre chiarezza. Vi sono infatti casi in cui l'accredito sul conto corrente si traduce in un effetto compensativo interno, privo di un effettivo incremento patrimoniale. La mera annotazione contabile può produrre effetti soltanto apparenti. In tal caso non si crea una riserva di disponibilità, né un incremento patrimoniale, ma solo un movimento – all'apparenza fittizio – che anticipa un riassorbimento immediato della somma, sfumando l'ascritta equivalenza tra disponibilità giuridica e *traditio*. Tenuto conto che nel mutuo solutorio le somme accreditate possono essere destinate a estinguere immediatamente un debito pregresso, se manca una chiara distinzione tra accredito e uso immediato, si rischia di legittimare forme di autoliquidazione del credito da parte della banca, con potenziali abusi a danno del mutuatario. In assenza di una effettiva separazione tra la concessione della somma e il suo impiego, l'intera operazione rischia di diventare una finzione contabile funzionale alla produzione di un titolo esecutivo⁸⁴.

⁸⁴ Su questo tema, il Trib. Siracusa, con ordinanza del 31 luglio 2024, in www.cortedicassazione.it, ha sollevato un rinvio alla Corte di Cassazione. Il mutuo fondiario veniva accordato al cliente e seguito dall'immediata restituzione delle somme alla banca e dalla costituzione di esse in deposito infruttifero, il cui svincolo (effettiva dazione) era sottoposto a condizione. Il Tribunale ha rilevato che la Suprema Corte aveva ritenuto che il contratto di mutuo fosse titolo esecutivo, sebbene all'erogazione iniziale avesse fatto seguito la restituzione e la costituzione in deposito vincolato (o in deposito cauzionale o in pegno a garanzia degli adempimenti del contratto di mutuo). Questa pattuizione non avrebbe determinato un'erogazione fittizia o una consegna apparente, bensì un'immediata disposizione del mutuatario, entrato nella disponibilità della somma perché c'era stata una *traditio*. Ai fini del perfezionamento, dunque, non vi sarebbe stato dubbio in giurisprudenza sulla effettiva erogazione anche nel caso di somme immediatamente riversate, secondo le

disposizioni contrattuali, in un deposito costituito presso la stessa banca. Se c'è acquisizione di un'immediata disponibilità giuridica, non è un mutuo condizionato inidoneo ad assumere efficacia di titolo esecutivo. Al fine di giustificare la possibilità di qualificare il mutuo come titolo esecutivo anche in assenza di certificazioni dello svincolo delle somme effettuate nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, è stato sostenuto che il diritto restitutorio sarebbe attuale: il mutuatario è tenuto alle obbligazioni nascenti dal contratto di mutuo, in particolare la restituzione; il deposito non assume la funzione di adempiere a quest'obbligo, ma a quella di disporre negozialmente dell'importo ricevuto per costituire una garanzia destinata a essere rimpiazzata. Il mutuo notarile attesterebbe due obbligazioni: quella attuale del mutuatario di restituzione della somma mutuata e quella, non attuale, della banca di restituzione della somma subordinata alle condizioni di svincolo. Il Tribunale ha specificato che, in alcuni casi, la somma mutuata verrebbe immediatamente ritrasferita alla banca sotto forma di pegno irregolare, che comporterebbe la cessione di proprietà al creditore, sicché, in caso di inadempimento del debitore, il creditore dovrebbe restituire solo l'eccedenza e, in caso di adempimento, il denaro sarebbe messo a disposizione del cliente che è tenuto a osservare il contratto di mutuo. Si prevede in genere che, fino allo svincolo delle somme in pegno, il mutuatario debba versare solo gli interessi di preammortamento, ma non debba restituire il capitale. In tale ipotesi, il pegno irregolare sembrerebbe davvero avere una funzione solutoria tale da determinare l'estinzione dell'obbligo restitutorio del cliente. Allora, non sembra erraneo dire che è esistente un'obbligazione attuale solo ove un atto pubblico attesti che gli importi siano svincolati. Diversa sarebbe invece la soluzione in caso di deposito cauzionale, destinato a essere svincolato a certe condizioni, in cui è comunque previsto l'obbligo di restituzione del capitale ricevuto. Questo sussisterebbe dalla stipula e a prescindere dalla certificazione dello svincolo. La Prima Presidente ha rimesso alle Sez. Un. la questione in data 8 ottobre 2024, in www.cortedicassazione.it, sollevata con rinvio pregiudiziale dal Tribunale di Siracusa, chiedendo se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo erogandola al mutuatario, ma convenendo che l'importo sia immediatamente restituito alla mutuante, con l'intesa che sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, la qualificazione di un'obbligazione attuale di restituzione della somma imponga inderogabilmente che l'importo sia svincolato o se possano esserci contratti idonei a determinare l'insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità anche prima dello svincolo. Per Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2025, n. 5968, in *Onelegale*, la *traditio* ben può essere giuridica, figurativa o soltanto contabile e non osta alla configurabilità di un mutuo l'accordo con cui, erogata una somma al mutuatario, ne sia disposto il versamento in deposito irregolare (o altro negozio, come il pegno irregolare), col patto che il mutuante la svincoli al consolidamento di altre garanzie. La questione attiene invece alla astratta configurabilità di un titolo esecutivo nel caso in cui il mutuatario retroceda la somma mutuata al mutuante. La pronuncia del 2024 può essere considerata pionieristica sulla questione: riguarda infatti il caso in cui la somma veniva conferita subito, ma non sorgeva un'obbligazione immediata e incondizionata di

Non si può peraltro ritenere che il superamento della realtà sia imposto dall'adeguamento alla prassi. Il legislatore, nello scegliere la forma reale, ha individuato un meccanismo che impone un *quid pluris* rispetto alla sola volontà contrattuale, che accede a un accordo valido e che consiste in un fatto oggettivo e verificabile⁸⁵. E ciò si spiega con la

restituzione, essendo vincolata, con differimento della piena disponibilità a un evento futuro e incerto e oggetto di un'obbligazione del mutuante, assunta con collegato contratto di deposito, al verificarsi di determinate condizioni. La decisione non si poneva quindi in contrasto con i precedenti poiché si era limitata a escludere il titolo esecutivo, in quanto concretamente carente un'obbligazione restitutoria. L'ipotesi sottoposta ora all'esame non è sussumibile nel mutuo condizionato, che si ha quando l'erogazione o la messa a disposizione della somma mutuata materialmente avviene al verificarsi di un evento successivo alla stipula, previsto nel contratto. In questo caso non vi sono dubbi sul fatto che il mutuo si sia perfezionato immediatamente, insorgendo quindi la tipica obbligazione di restituzione in capo al mutuatario. Ciò che invece viene sottoposto a condizione è l'adempimento della distinta obbligazione del mutuante di svincolare la somma costituita in deposito irregolare. Si può affermare che, ove si disponga della somma mutuata, non solo è perfezionato il mutuo, ma, se non è esclusa un'obbligazione restitutoria, rimane integrato altresì il titolo esecutivo idoneo a fondare l'esecuzione forzata e, prima ancora, dal punto di vista sostanziale, il credito certo, liquido ed esigibile alla restituzione della somma mutuata, nonostante la concreta disponibilità sia posticipata a un momento successivo. Non vi sarebbe bisogno quindi, a differenza del mutuo condizionato, di un autonomo e successivo atto che attesti l'intervenuto svincolo della somma munito delle forme ai sensi art. 474 c.p.c. I patti accessori riguarderebbero l'estrinsecazione della facoltà di disporre della somma, senza incidere sull'esistenza di un credito certo, liquido ed esigibile alla restituzione della somma mutuata; il mutuo si arricchirebbe del patto accessorio, negozio atipico con causa di garanzia o di cauzione. L'eventuale inadempimento da parte della banca dell'obbligo di svincolare la somma depositata costituirebbe un fatto impeditivo dell'obbligazione restitutoria da fare valere dal mutuatario. Potrebbe però risultare esclusa l'incondizionata obbligazione di restituzione della medesima somma mutuata da parte del mutuatario con specifica pattuizione. Il contratto di mutuo, allora, integrerebbe titolo esecutivo a favore del mutuante in tutti i casi in cui la somma mutuata sia stata effettivamente, quand'anche con mera operazione contabile, messa a disposizione del mutuatario e questi abbia assunto l'obbligazione di restituirla, senza che occorra un nuovo atto che certifichi il successivo svincolo e, dunque, l'effettiva disponibilità.

⁸⁵ Come nota U. BELVISO, *op. cit.*, 336, per quanto si possa svalutare la lettera della legge sarebbe irragionevole reputare prive di significato formule come quelle utilizzate a proposito del riporto («il contratto si perfeziona con la consegna della cosa») o dell'art. 2439, c. 1, c.c. Non si tratterebbe, ad avviso dell'A., di norme «semplicemente definitorie, e perciò non impegnative per l'interprete, solo perché attinenti alla formazione del contratto. Norme siffatte, al contrario, precisano la

necessità di dare materializzazione alla volontà delle parti e rafforzare la causa dello spostamento patrimoniale. È infatti necessario ribadire che il contratto reale rappresenta anche una garanzia dell'effettività della causa contrattuale. L'impegno a restituire il *tantundem* trova giustificazione solo se il mutuatario ha acquisito effettivamente la *res*. La causa non è più una mera ragione giustificativa, un pre-dato concepito legislativamente, ma è l'insieme delle funzioni economiche e giuridiche verso cui le parti in concreto si orientano. Senza una effettiva consegna, ossia con una consegna solo figurativa o contabile, possono sorgere dubbi in relazione all'integrazione causale, nonché alla sussistenza di un contenuto sostanziale, o quantomeno in ordine alla meritevolezza dell'intento delle parti⁸⁶, potendosi astrattamente

fattispecie alla quale soltanto è possibile applicare una certa disciplina, e non contengono un mero giudizio logico». In tal senso vd. pure U. NATOLI, *op. cit.*, 27.

⁸⁶ Riguardo al giudizio di meritevolezza diverse debbono segnalarsi diverse posizioni in dottrina. Tra chi ha sostenuto l'assimilazione al concetto di liceità della causa vd. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968, *passim*; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO, G. VETTORI (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2022, 206, secondo cui il giudizio di immeritevolezza esprimerebbe una valutazione di abusività nell'esercizio della libertà contrattuale: non sarebbe non troppo lontana dal concetto di causa. Si veda poi G.A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, 1990, 2, per cui la causa diventa il criterio per giudicare se gli interessi dei contraenti sono meritevoli di tutela. *Contra*, D. CARUSI, *op. cit.*, 539, per cui l'art. 1322, co. 2 c.c. che richiede per la validità dei contratti atipici non la liceità, ma la meritevolezza degli interessi perseguiti, che non è nemmeno equivalente alla corrispondenza all'utile sociale: per l'A., è dubbio che sia la norma sui contratti atipici a dare la disciplina generale – necessità del requisito di meritevolezza degli interessi – e non viceversa. C'è poi chi sottolinea la funzione di controllo sulla discrezionalità dei privati nella costruzione di fattispecie atipiche: si vd. G. DI ROSA, *Il contratto: appunti di parte generale*, Torino, 2021, 63: attraverso il criterio dell'art. 1322 co. 2 c.c. viene riconosciuto un controllo giudiziario sull'uso che i privati possono fare della propria autonomia contrattuale. Detto controllo sarebbe esercitato non solo in senso negativo, in termini cioè di illiceità, ossia di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume (art. 1343 c.c.), ma anche in senso positivo, per vagliare la rispondenza dell'operazione economica a interessi meritevoli di tutela». Quest'ultima tesi non sarebbe lontana da quella che vede nella meritevolezza la soddisfazione dell'utilità sociale. Diversamente, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 345 ss., tra i contratti socialmente utili e quelli socialmente dannosi, devono porsi tutti quei contratti socialmente indifferenti che devono essere semplicemente tollerati, in quanto dotati di una ragione che le parti assegnano, purché rispondano ai loro interessi meritevoli che, pur privi di utilità sociale, non sono né dannosi né illeciti. Per F. GAZZONI,

configurare una situazione ove il mutuatario si obbliga senza una controprestazione⁸⁷.

La progressiva erosione della realtà nel mutuo si pone in conflitto anche con la sicurezza rappresentata dal tipo contrattuale. La spinta estremizzata verso la flessibilità rischia infatti di produrre una perdita di significato della categoria, del cui connotato essenziale il mutuo si avvale al fine di rendersi riconoscibile⁸⁸.

Nonostante tali evidenti criticità, legate soprattutto alle interpretazioni che vedono nella disponibilità giuridica un ponte per l'erosione della realtà del mutuo, non è possibile rigettare questa nozione come incompatibile con il concetto di consegna. Non si tratta, infatti, di un semplice espediente giuridico: in una stagione giuridica in cui i rapporti patrimoniali si articolano in forme sempre più complesse, la disponibilità giuridica può rappresentare il momento logico-giuridico che, se correttamente valorizzato, può integrare – in chiave semplificatoria – il perfezionamento del contratto, un momento in cui il consenso si incontra con la materialità dell'oggetto e la causa trova il suo effettivo compimento.

Tipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in *Riv. dir. civ.*, I, 1978, 52 ss., il giudizio di meritevolezza si deve incentrare nella valutazione della idoneità dello strumento a rappresentare un modello giuridico di regolamentazione degli interessi, affinché risulti certa e sicura la volontà di vincolarsi in base a regole non esclusivamente morali o sociali. Cfr. E. MINERVINI, *La meritevolezza del contratto: una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2023, 23 ss., secondo il quale il giudizio di meritevolezza attiene allo scopo: si valuta se il contratto è diretto alla realizzazione non di interessi pubblici o collettivi, ma di interessi privati di stampo solidaristico, compresi i valori costituzionali, funzionalizzazione conseguita attraverso la realizzazione della giustizia contrattuale e l'equo contemperamento degli interessi reciproci. Questo significa anche che il controllo di meritevolezza effettuato dal giudice riguarderà il contratto concreto nel suo complesso perché il tipo non è garanzia che l'interesse sia meritevole.

⁸⁷ Del problema è consapevole A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 703, il quale nota come nell'allestimento e realizzazione di tali prassi bancarie che passano a mezzo di detta pattuizione emerge la astratta configurabilità di dinamiche volte al «perseguimento di fini non consentiti dalla legge, per la via obliqua intendendo raggiungere quanto la legge risulta escludere per la via diretta». Ed è qui che si instilla l'esigenza di verificare l'eventuale serietà di simili pattuizioni e, dunque, della sussistenza di una idonea causa concreta. *Contra* vd. F. CARRESI, *op. cit.*, 86.

⁸⁸ U. BELVISO, *op. cit.*, 336.

Se da un lato la disponibilità giuridica può sembrare una vulnerabilità alla coerenza del sistema, dall'altro il richiamo alla disponibilità giuridica rappresenta una salvaguardia alla struttura se inteso come tecnica interpretativa volta a confermare l'avvenuta consegna, non a sostituirla. In tal senso, l'accredito su conto corrente può integrare la *datio rei* solo laddove produca una conseguenza concretamente verificabile, tale da determinare un ingresso della somma nel patrimonio del mutuatario. Se questo passaggio non si verifica – se quindi la somma non esce mai dalla sfera della banca – manca un elemento costitutivo della fattispecie.

E si vedrà, tracciando quale sommaria conclusione, perché proprio da qui – da questa disponibilità giuridica – può emergere una lettura evolutiva e non destrutturante del mutuo come contratto reale.

5. Conclusioni

L'analisi che precede dimostra, alla luce delle coordinate normative e dogmatiche, che la natura reale del contratto di mutuo non solo resiste, ma continua a rappresentare una scelta razionale e coerente all'interno del sistema dei contratti. Lungi dall'essere un residuo formale o un vincolo anacronistico, la previsione codicistica di cui all'art. 1813 c.c. esprime un criterio selettivo di perfezionamento negoziale, fondato sull'effettività della consegna e sulla concreta assunzione dell'obbligazione da parte del mutuatario⁸⁹.

Quanto alla prima delle criticità emerse, ossia quella in ordine alla trasparenza dell'operazione economica, la scarsa chiarezza che accompagna simili contratti di finanziamento è dovuta anche all'irrilevanza dello scopo ai fini dell'integrazione della causa, restando la destinazione solutoria solo sul piano dei motivi e intervenendo a

⁸⁹ Così pure A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 223 ss., che, nel reputare il contratto reale «immortale», dissente dalle scelte operate da alcuni legislatori europei e sudamericani di cancellare dai Codici civili la categoria del contratto reale usando argomenti, a suo dire, «pseudo-logici – che – pretendono di dimostrare l'inutilità della stessa alla luce di presunte norme 'di fondo' che regolerebbero [...] l'istituto del contratto, o per presunto omaggio alla 'modernità', incarnata [...] dalla cd. globalizzazione». Ad avviso dell'A., quindi, la consensualizzazione di un contratto reale non sarebbe in grado di recidere la categoria, ma produrrebbe l'unico effetto di postergare al momento della consegna gli effetti di un contratto descritto come «pretesamente consensuale».

contratto concluso perché la sua realizzazione dipende dall'avvenuto perfezionamento del contratto. A fronte di una scarsa conoscenza da parte del cliente di ciò che non traspare a livello di contenuto contrattuale, devono rafforzarsi gli obblighi informativi a carico dell'istituto di credito, per consentire al contraente debole di assumere una decisione informata e consapevole. Gli obblighi informativi previsti dalla disciplina generale e dalle norme di settore costituiscono infatti uno strumento deterrente per il professionista, utile a veicolare informazioni utili a una trattativa priva di asimmetrie⁹⁰.

È stato osservato, altresì, come le trasformazioni verificatesi nella prassi bancaria abbiano posto in crisi alcune declinazioni tradizionali del concetto di consegna. In un ambito dove il denaro circola prevalentemente in forma elettronica, la consegna materiale della somma appare sempre più rara e, in alcuni casi, giuridicamente non necessaria. Ciò non implica, tuttavia, che sia necessario soprassedere alla necessità di un passaggio patrimoniale effettivo, suscettibile di fondare l'obbligo restitutorio e di attualizzare la causa del mutuo. Accogliere con pieno favore la tesi consensualistica, come ipotizzato da parte della dottrina e da alcuni orientamenti giurisprudenziali, equivarrebbe a snaturarne la figura, ricollocandola in un indistinto *genus* contrattuale senza una chiara struttura, contrariamente dal mutuo, che invece si distingue per essere un contratto in forza del quale la *res* si trasferisce per mezzo della consegna; venuta meno questa, viene meno l'essenza stessa del contratto. È la realtà ciò che ancora oggi sembra legare struttura e funzione. La *datio rei*, seppur concepita estensivamente, non costituisce una mera formalità, ma un elemento identitario, il cui venir meno condurrebbe a ritenere difficoltosa una distinzione tra mutuo e contratto consensuale atipico di prestazione

⁹⁰ Vd. F. AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contr. Impr.*, 2, 2019, 578 ss., secondo cui gli obblighi informativi costituiscono uno strumento deterrente per il professionista, funzionale a «propiziare la vitalità degli scambi, posto che il consumatore è incentivato a consumare quando può fare affidamento sui propri diritti». Sugli obblighi di informazione prenegoziale cfr. F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, 109, per cui le diverse norme della disciplina consumeristica appaiono come orientate a sancire l'obbligo di uniformare il regolamento negoziale ai dati trasmessi prima dello scambio dei consensi secondo un «generale principio di vincolatività dell'informazione prenegoziale».

futura di denaro, aprendo la strada a pericolose forme di incertezza causale, con significative conseguenze tanto sul piano della prova del credito, quanto su quello della legittimazione all'azione esecutiva⁹¹.

Su questo piano, il profilo della disponibilità giuridica va accolto con equilibrio: acclarato che non si tratta di una liberalizzazione *tout court* della struttura contrattuale, individua una modalità alternativa di verifica della effettiva consegna. Benché sia lecito ritenere che, in un'economia digitalizzata, la consegna possa avvenire anche in via informatica o contabile, è necessario che debba trattarsi di un trasferimento effettivo, anche se smaterializzato, verificabile in concreto. L'alternativa conduce verso una situazione in cui la prestazione manca ma l'obbligo permane.

La crisi del mutuo come contratto reale va letta come espressione di una più ampia tensione tra forma e funzione, tra tipicità e flessibilità, talvolta risolta a favore della funzione e flessibilità. Esiste tuttavia un rischio sistemico nel disancoramento eccessivo dalle figure contrattuali, tra cui l'indebolimento delle garanzie e l'aumento del contenzioso. La struttura in questo senso rappresenta non tanto un controvalore alla libertà di autodeterminarsi negozialmente, quanto un presidio di certezza giuridica, la cui difesa collima con l'equilibrio tra autonomia privata e ordine pubblico economico.

L'esperienza ordinamentale dimostra inoltre che l'eccessiva apertura alle forme consensuali può facilitare operazioni elusive. Nel mutuo solutorio si corre il rischio che l'impianto negoziale presti il fianco a operazioni interne alla banca, prive quindi di effettività patrimoniale per il mutuatario. Senza una verifica rigorosa dell'avvenuta consegna, anche solo giuridica, si legittima l'autoproduzione del credito, in contrasto con i principi di trasparenza, buona fede e correttezza⁹².

⁹¹ Come notato da A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 705, posti tali dati, potrebbe allora apparire non irragionevole ipotizzare che la presenza in concreto di una pattuizione di dazione e contestuale contro dazione, non impedisca comunque la possibilità di dare prova di una effettiva serietà, nel caso concreto, della pattuizione medesima. Il ricorso alla disponibilità giuridica, in questo senso, non basterebbe a dimostrarlo: ad avviso dell'A., «occorrerebbe, semmai, lo svolgimento di una motivazione specifica, piena e anche convincente».

⁹² La verifica consentirebbe poi al mutuante di valutare attentamente, fino al momento della consegna, il rischio a cui l'operazione di prestito lo sottopone. Si rivelerebbe così funzionale a scongiurare che la concreta operatività del contratto

Ogni ipotesi evolutiva deve, dunque, muoversi con cautela, evitando irragionevoli tentativi di interpretazione estensiva e privilegiando la coerenza sistematica. La sfida non è tanto quella di cancellare la struttura reale del mutuo, quanto quella di riqualificarne l'attuazione, adattando l'interpretazione della *traditio* ai moderni mezzi di circolazione della ricchezza, senza comprometterne la tipicità, entro cui si realizzano causa e funzione. L'innovazione a livello giuridico andrebbe quindi coltivata nella tutela delle categorie deboli, mantenendosi nei confini tracciati dal legislatore e agendo in senso chiarificatore, così adeguando le categorie classiche ai tempi attuali.

dipenda dall'adempimento, di per sé insicuro e possibilmente dilatorio. Vd. A. SACCOCCIO, *op. cit.*, 216.