

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2022

rivista.dirittobancario.it

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

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

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.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Mutuo fondiario e forme di consegna del denaro

SOMMARIO: 1. Problema: il contratto di mutuo fondiario tra contratto reale e consensuale - 2. Il carattere di realtà tra consegna del denaro e disponibilità giuridica - 3. Le ipotesi di deposito cauzionale e pegno infruttifero a garanzia degli adempimenti del mutuatario e/o del verificarsi delle condizioni dedotte in contratto. Il panorama giurisprudenziale - 4. Il valore della quietanza nella vicenda del perfezionamento del mutuo - 5. Conclusioni.

1. Problema: il contratto di mutuo fondiario tra contratto reale e consensuale.

Le disposizioni del Testo Unico Bancario definiscono credito fondiario la fattispecie che ha per oggetto la concessione, da parte di istituti di credito, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su beni immobili¹ ed assegnano a tale fattispecie negoziale una serie di vantaggi disciplinari, tra cui la idoneità del contratto a valere come titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. e la possibilità di procedere al recupero forzoso del credito senza dover notificare il titolo contrattuale esecutivo². Tuttavia, nella fase di esecuzione, sovente insorge tra debitore e creditore contrapposizione circa l'idoneità del mutuo fondiario a costituire un valido titolo esecutivo perché non vi è unanimità di vedute sul momento di perfezionamento del contratto. Il problema specifico attiene alle diverse modalità di attribuzione del denaro ed alla loro idoneità a rappresentare una consegna valida ai fini della conclusione del contratto di mutuo. Sembra dunque opportuno affrontare, in prima battuta e seppur brevemente, il problema della realtà del contratto di mutuo.

Come noto, da tempo la dottrina indaga sul significato, sul fondamento nonché sulla sostanziale vigenza ed effettività della

¹ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, articolo 38 (*Nozione di credito fondiario*).

² Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, articolo 41 (*Procedimento esecutivo*).

categoria dei contratti reali³, nonché della realtà del mutuo⁴. L'argomento coinvolge anche l'idea che la consegna, in quei contratti in cui la realtà è caratteristica negoziale, sia finalizzata altresì a garantire l'effettività degli interessi in gioco, esigenza che non sembra affatto superata nei traffici moderni; invero, essa assume nuovo vigore di fronte alla inefficienza che il più delle volte caratterizza i rapporti obbligatori, soprattutto per la loro scarsa coercibilità connessa alla lentezza dei meccanismi giudiziali ed ai loro elevati costi⁵. In

³ In generale sulle categorie e la loro influenza sul ragionamento dei giuristi vedi per tutti N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 11 ss.

⁴ Sul mutuo e la categoria dei contratti reali vedi per esempio A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, 681 ss.

Tra gli altri V. GIUFFRÈ, voce *Mutuo (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 414 ss.; G. GIAMPICCOLO, voce *Mutuo (dir. priv.)* in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 444 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953; F. CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1957, 87 ss.; U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano 1975, 10 ss.; G. D'AMICO, *La categoria dei c.d. contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 352 ss.

Tra i più recenti, R. TETI, *Il mutuo*, in *Trattato diritto priv* diretto da Rescigno, Torino, 2007, 623 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1999, 400; G. FAUCEGLIA, *Del mutuo*, in *Dei singoli contratti*, V, D. VALENTINO (a cura di), in *Commentario codice civile* diretto da Enrico Gabrielli, Torino, 2011, 132 ss.; R. CRISTOFARI, *Mutuo*, in *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, in *Il diritto civile nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino, 2006, 501 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1965, VI-2, 620 ss.; ID., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, I, 502 ss. Senza addentrarsi nell'argomento, si può qui accennare che la ricerca della ratio della realtà ha portato gli studiosi ad elaborare diverse teorie, tra le quali quella tradizionale, che si fonda sul postulato che nessuno può essere obbligato a restituire ciò che non ha ricevuto; o ancora quella secondo cui il legislatore abbia previsto il carattere reale per quei contratti gratuiti in cui potrebbe rimanere ambigua la volontà di vincolarsi e quindi la consegna consentirebbe di attribuire senza dubbi il carattere giuridico e vincolante al rapporto. È stato tuttavia messo in evidenza come le costruzioni elaborate siano congeniali ad alcuni tipi di contratti reali e non ad altri e come, per vero, sia vano tentare di dare un'astratta giustificazione alla categoria dei contratti reali; forse sembra più utile, preso atto della esistenza di siffatti contratti, studiarne il significato sul piano del diritto positivo. Per una accurata ricostruzione vedi V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, 42 ss.

⁵ Così per esempio E. SIMONETTO, voce *Mutuo (voce)*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss., già in tempi meno recenti affermava che l'idea che la realtà non fosse una prerogativa compatibile con i traffici moderni si fondasse su un «feticismo dell'obbligo che appare superabile con un minimo di concezione dei meccanismi

quest'ottica, il dominio sul bene potrebbe assolvere alla duplice funzione di esercizio della titolarità di un diritto e al contempo di garanzia che gli effetti traslativi e obbligatori si produrranno soltanto nel momento della *traditio*.

Nell'ambito del mutuo, la questione coinvolge anche la scelta del legislatore del codice civile del 1942 di prevedere il contratto reale di mutuo ex art. 1813 c.c., in contiguità alla figura disciplinata dal diritto romano e di introdurre la promessa di mutuo ex art. 1822 c.c.⁶ La coesistenza delle due figure negoziali, l'una reale e l'altra consensuale, ha portato parte della dottrina⁷, sebbene minoritaria, ad escludere che il mutuo abbia carattere reale; altra parte, invece, che ha avuto il favore della giurisprudenza, ammette che il contratto possa assumere entrambe le configurazioni, con inevitabili differenze sulle conseguenze che la eventuale mancata consegna produce nelle due figure⁸. Ossia: mancato perfezionamento del vincolo nel mutuo reale; inadempimento dell'obbligo assunto, rilevante ai fini della responsabilità contrattuale, nel mutuo consensuale. In quest'ultimo caso, inoltre, in caso di inadempimento, resterebbe spazio per il solo rimedio risarcitorio, in quanto si ritiene che la consegna sia incoercibile. Al fine di individuare le suddette conseguenze, l'interprete dovrà stabilire, in ragione del

giuridici come meccanismi di realizzazione di interessi» e quindi più apprezzabili quando immediati e rapidi e assai meno quando farraginosi e costosi e/o inceppabili. Secondo l'Autore l'obbligo è uno strumento imperfetto e giustificabile solo quando non vi è di meglio.

⁶ Sul punto tra gli altri vedi V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, cit., 83 ss.; E.M. BARBIERI, *I contratti reali, Il mutuo*, in *Giur. sist. civ. comm.*, W. BIGIAMI (a cura di), Torino, 1979, 9 ss.; A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1968, 207 ss.; L. LUZI A. FLAMINI, *Art. 1813 (nozione)*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 1991, 1369.

⁷ In tal senso G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 337; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.* diretto da Vassalli Torino, 1975, 614.

⁸ Concordano sulla natura reale del contratto di mutuo tra gli altri A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 817; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1972, 52 ss. G. D'AMICO, *La categoria dei contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 368.

Sulla configurabilità di un contratto atipico di mutuo consensuale che affianca la figura tipica reale vedi per tutti A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., 689 ss. ed ivi bibliografia.

concreto assetto di interessi divisato dalle parti, se l'accordo raggiunto rientri tra quelli in cui la realtà sia caratteristica essenziale, oppure se la consegna (non contestuale all'accordo) rappresenti l'adempimento dell'obbligazione contrattuale. Tale procedimento ermeneutico può essere tuttavia assai arduo.

Una caratteristica specifica coinvolge poi il mutuo fondiario, per il quale la legge⁹ ammette che le parti possano decidere che la consegna delle utilità avvenga successivamente alla stipula e impone particolari requisiti di forma *ad substantiam*. Infatti, l'art. 39 secondo comma del t.u.b.¹⁰ prevede che il contratto e l'erogazione delle somme possano formare oggetto di due atti separati e che la quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, attestante l'intervenuta consegna delle somme, possa essere annotata, insieme all'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti, a margine dell'iscrizione già effettuata al momento della stipula del contratto; in tal caso l'ipoteca iscritta fa

⁹ La legislazione previgente per il credito edilizio (R.D. n. 646/1905 e d.p.r. n. 7/1976), poi assorbito nel credito fondiario, disciplinava l'*iter* negoziale prevedendo che a seguito dell'istruttoria legale e tecnica svolta dall'istituto mutuante e finalizzata ad acquisire le informazioni soggettive e oggettive sul mutuatario e sul bene immobile posto a garanzia, l'istituto, previa delibera, addivenisse alla stipula del mutuo e provvedesse solo successivamente alla consegna del denaro. La consegna del denaro, che perfezionava il contratto, era infatti subordinata all'espletamento di taluni adempimenti da parte del mutuatario, primo tra tutti l'iscrizione ipotecaria di primo grado. La disciplina trovava fondamento nella impostazione dell'istituto, che era tutt'affatto differente rispetto a quella attuale. Sul tema vedi per esempio G. TATARANO (a cura di), *Il credito edilizio. Commento sistematico alla normativa vigente*, Napoli, 1992, 18 ss. Sulle modifiche intervenute con il t.u.b. 1993/385 e sul superamento della distinzione tra credito fondiario e credito edilizio, vedi per tutti C. M. TARDIVO, *Il Credito Fondiario Nella Nuova Legge Bancaria*. 5 ed., Milano, 2003, 9 ss.

Sulla evoluzione storica del credito fondiario vedi G. BOZZA, *Il Credito Fondiario nel Nuovo T.U. Bancario*, Padova, 1996, 7 ss.

¹⁰ Testo Unico Bancario, Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, art. 39 secondo comma «Quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue, a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti; in tal caso l'ipoteca iscritta fa collocare nello stesso grado gli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa. »

collocare gli interessi dovuti nello stesso grado e nella misura risultante dall'annotazione stessa.

Ne consegue che la scelta circa l'unicità o meno dell'atto negoziale è rimessa all'autonomia delle parti. Per tale ragione le parti del contratto ricorrono spesso a meccanismi negoziali idonei a garantire che l'accordo inizi ad esplicare la sua definitiva efficacia soltanto quando sia avvenuta la valida iscrizione ipotecaria, nonché il compiuto consolidamento della medesima, ossia trascorsi dieci giorni dall'iscrizione¹¹. In tutti questi casi, è l'interprete a dover determinare se si sia realizzata la consegna in favore del mutuatario, se si tratti di un'operazione negoziale complessa, oppure se la consegna sia subordinata all'esito favorevole di alcuni adempimenti e/o circostanze. Infatti, l'assetto di interessi negoziato dalle parti potrebbe rivelare l'esistenza di un mutuo condizionato, oppure un c.d. preliminare e/o promessa di mutuo¹², i quali, come noto, generano effetti obbligatori. Tutto ciò con ricadute in ordine alla idoneità del contratto a configurare un titolo esecutivo ex art. 414 c.p.c.

¹¹ Come nella previgente disciplina (T.U. 1905) la norma conferma infatti un consolidamento abbreviato dell'ipoteca a garanzia dei finanziamenti, le quali non sono assoggettate alla revocatoria di cui all'articolo 166 del codice della crisi e dell'insolvenza quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

¹² La figura del mutuo condizionato era direttamente stabilita nel caso di mutuo fondiario sotto la vigenza del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 (abrogato dal D.lgs 1 settembre 1993 n. 385) che prevedeva la stipulazione di un primo contratto condizionato all'iscrizione ipotecaria di primo grado a garanzia dell'istituto mutuante e, dopo l'iscrizione ipotecaria, la stipulazione del contratto definitivo.

In relazione a tali fattispecie il dubbio sorgeva in relazione alla qualificazione giuridica del mutuo condizionato ed ai suoi effetti, in particolare se il contratto dovesse intendersi immediatamente vincolante una volta verificatasi la condizione, con la conseguenza quindi che la eventuale mancata erogazione della somma configurasse un inadempimento ex art. 1218 c.c. oppure se, muovendo dalla natura reale del contratto di mutuo, la mancata erogazione delle somme impedisse l'insorgenza del vincolo, in tal guisa la condotta della banca poteva essere valutata solo ex art. 1337 c.c. con eventuale responsabilità precontrattuale.

Sul tema vedi V. FRATTAROLO e E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, in *Racc. sist. giur. comm.*, Milano, 2009, 26 ss.; D. DI GRAVIO, *Il contratto condizionato di mutuo non è titolo esecutivo*; Trib. Roma, 22 novembre 1978, in *Temì rom.*, 1979, 283; M. GAZZARA, *Crediti speciali, prestito a consegna differita e consensualità del mutuo*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc.3, 1995, 335.

2. *Il carattere di realtà tra consegna del denaro e disponibilità giuridica.*

Un nuovo elemento di complessità deriva poi dalla progressiva smaterializzazione della ricchezza, che altera il significato giuridico di consegna. Invero, se classicamente essa si sostanzia in una *traditio* - ossia nel passaggio della cosa da un soggetto ad un altro - oggi, alla luce della mutata configurazione della ricchezza, dei beni e finanche della moneta, può assumere modalità figurate che pur concretando il trasferimento della disponibilità da un soggetto ad un altro, tuttavia non ne realizzano il passaggio materiale. Ciò sollecita l'esigenza di una ulteriore verifica del criterio ermeneutico che individui il momento del perfezionamento negoziale.

La consegna del denaro ha conosciuto e conosce, specie nelle prassi bancarie, diverse modalità operative che talvolta fanno dubitare del carattere reale o consensuale dei contratti conclusi¹³. Il significato giuridico di “*consegna del denaro*” viene infatti ad assumere contenuto diverso rispetto alla consegna di un bene e può variare a seconda delle fattispecie concrete, si pensi banalmente al pagamento in contanti, con assegni o carta di credito.

Gli studi sull'adempimento delle obbligazioni pecuniarie hanno evidenziato come sia le nuove forme di circolazione della moneta, mediante assegni, titoli ed oggi criptovalute, sia l'insieme di leggi che vietano l'uso del denaro contante in alcuni contesti¹⁴ e/o per operazioni

¹³ A. ROVEDA, *Il contratto di mutuo tra consenso e realtà*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, 398 ss. Il contributo analizza le prassi bancarie più in uso fino agli anni 2000 e ne evidenzia la compatibilità con la natura reale del contratto di mutuo, sul punto richiama le diverse opinioni dottrinarie concludendo che la questione presenta ricadute proprio sotto il profilo dell'idoneità dell'atto notarile di mutuo a costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c.

¹⁴ Per esempio la L. 27 dicembre 2017 n. 205 Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020. [Legge di bilancio 2018] all'articolo 1, commi 910-914 disciplina le modalità di corresponsione della retribuzione e dei compensi ai lavoratori, vietando ai datori di lavoro o committenti di corrispondere la retribuzione per mezzo di denaro contante direttamente al lavoratore, qualunque sia la tipologia del rapporto di lavoro instaurato.

che superino una certa soglia¹⁵, modifichino il significato di consegna del denaro. Ormai, la concezione “*reale*” dell’adempimento dell’obbligazione pecuniaria, ancorata a logiche dominicali e possessorie che individuavano il momento soddisfacente dell’obbligazione nella *traditio* dei pezzi monetari¹⁶, ossia delle banconote aventi corso legale, lascia spazio ad una visione meno materialistica e più ideale di denaro, inteso quale unità ideale di valore¹⁷. Ciò ha comportato una evoluzione del concetto di

¹⁵ Le restrizioni all’uso del contante sono state di recente rinforzate, infatti il D. lgs. 21 novembre 2007 n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione.) [c.d. Codice Antiriciclaggio], il quale all’articolo 49 (Limitazioni all’uso del contante e dei titoli al portatore) sancisce che «È vietato il trasferimento di denaro contante e di titoli al portatore in euro o in valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, siano esse persone fisiche o giuridiche, quando il valore oggetto di trasferimento, è complessivamente pari o superiore a 3.000 euro.» è stato modificato dall’art. 18 del D.L. 26 ottobre 2019 n. 124 (Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili [Decreto fiscale 2019] convertito in legge, con modifiche, dalla L. 19.12.2019, n. 157), il quale ha stabilito che «a decorrere dal 1° luglio 2020 e fino al 31 dicembre 2021, il divieto di cui al comma 1 e la soglia di cui al comma 3 sono riferiti alla cifra di 2.000 euro. A decorrere dal 1° gennaio 2022, il predetto divieto e la predetta soglia sono riferiti alla cifra di 1.000 euro».

¹⁶ Vedi per tutti T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, 37 ss.

¹⁷ Per una ricostruzione del superamento della teoria classica in ordine all’esatto adempimento delle obbligazioni pecuniarie vedi G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, 14 ss. ed *ivi* bibliografia; M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, Torino, 2018, 173 ss.

Per una trattazione più ampia vedi M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, 1-257; Sulle due impostazioni: l’una che equipara l’obbligazione pecuniaria all’obbligazione di dare cose generiche, l’altra che qualifica la moneta alla stregua di una *ideal unit*, vedi critica M. SEMERARO, *Moneta avente corso legale e pagamento dell’obbligazione pecuniaria*, in *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, G. PERLINGIERI e F. LAZZARELLI (a cura di), Napoli, 2018, 131-150; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999, 443 n. 53; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, 614, ID., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo del deposito e del comodato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, I, 502.

Per uno sguardo d’insieme alle trasformazioni del mercato dei servizi di pagamento vedi tra i più recenti B. RUSSO (a cura di), *L’evoluzione dei sistemi e dei*

adempimento dell'obbligazione pecuniaria ed una interpretazione più ampia anche della clausola codicistica di cui all'art. 1277 c.c. «moneta avente corso legale» giungendo ad una parificazione della moneta avente corso legale a quella scritturale¹⁸. L'oggetto di siffatta obbligazione si concreta non nella banconota o pezzo metallico suscettibile di apprensione, bensì nella disponibilità giuridica del valore monetario espresso dalla valuta avente corso legale nell'ordinamento. Attenti studiosi evidenziano come l'interesse del creditore pecuniario si sostanzia nell'imputazione di un determinato valore, il quale rileva giuridicamente in termini di titolarità e di spendibilità¹⁹. Ora, se tale potere dispositivo, come insegna autorevole dottrina²⁰, tradizionalmente è un fatto fisico materiale che prescinde dal titolo perché ciò che conta è la materiale detenzione della moneta²¹, ove manchi l'attività materiale di apprensione del denaro occorre invece verificare il fatto costitutivo che radica il potere di disposizione della ricchezza; in tal caso il fatto costitutivo si sostanzia nel titolo di disponibilità delle somme, ossia nella titolarità delle somme. L'irriducibilità della moneta al suo substrato fisico fa sì che la consegna si concreti nel conferimento di un valore, l'utilità del quale risiede nella relativa spendibilità. Di conseguenza, aderendo all'idea che la moneta non sia inquadrabile tra i beni giuridici, ma rappresenti piuttosto disciplina di un potere economico²², si può affermare che la consegna

servizi di pagamento nell'era del digitale. Atti del convegno in ricordo del prof. Giuseppe Restuccia, Milano, 2019, 172 ss.

¹⁸ Sulla dematerializzazione del denaro e sulla parificazione con la moneta scritturale v. Cass., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, I, c. 503 ss; con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella «cashless society»*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, 751 ss.

¹⁹ Così M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, 35-44.

²⁰ P. FERRO LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 3, 404 ss.

²¹ ciò perché colui che ha la moneta ne può disporre e l'utilizzo è sempre legittimo, anche laddove essa appartenga ad altri, in tal caso semmai sorgerà un obbligo di restituzione.

²² M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, cit., 194 e ss; ID., *Moneta, cose fungibili e azione di rivendica fallimentare*, in *questa Rivista*, luglio/settembre 2021, 367 ss.; G. LEMME, *Sistemi di pagamento*, in P. FERRO LUZZI *Lezioni di diritto bancario II*, Torino, 2004, 152 ss.; M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale*, Torino, 2018, 83 ss.; G. ARANGUENA

del denaro sia l'attribuzione di una determinata quantità di ricchezza convenzionale rispetto alla quale le banconote e/o la moneta scritturale sono criteri di imputazione di un determinato potere d'acquisto. L'imputazione della somma al patrimonio del creditore è l'atto che gli conferisce il potere di disposizione della ricchezza a lui attribuita e l'attribuzione di tale potere dispositivo qualifica il passaggio di ricchezza come pagamento. In tale guisa l'ampliamento del concetto di consegna anche alla disponibilità giuridica dà ingresso alle modalità di pagamento intermedie da un operatore come per esempio la banca (così i bonifici, assegni, trasferimento fondi). Il diritto di credito pecuniario vantato dal creditore si sostanzia nell'interesse ad ottenere il potere dispositivo della ricchezza, ossia la possibilità di utilizzare il denaro mediante una manifestazione unilaterale di volontà capace di imprimere allo stesso una determinata destinazione.

In ragione di quanto sopra detto si annoverano tra i criteri di imputazione del denaro al patrimonio anche le scritturazioni in conto corrente, sicché l'esame funzionale del contratto di conto corrente mostra che in corso di rapporto la somma iscritta in conto corrente, tanto quella depositata dal correntista quanto quella affidata dalla banca, è da considerarsi nella disponibilità del cliente, senza che si configuri un rapporto di debito e credito²³. Ne consegue che il pagamento si realizza con la trasmissione della disponibilità, la quale a sua volta si configura con l'imputazione della somma al patrimonio del creditore. In tal modo diviene determinante il trasferimento del valore monetario da un patrimonio all'altro. Con riguardo alla individuazione del momento del pagamento, si afferma che secondo quanto disposto dall'art. 1277 c.c., esso si realizza esclusivamente quando le utilità sono imputate alla sfera giuridica del creditore. Tale imputazione si può realizzare, come già detto, sia con la consegna delle banconote, sia per esempio con l'accredito sul conto del beneficiario in ipotesi di bonifico bancario. La concreta acquisizione delle utilità nel patrimonio del creditore è condizione di legittimazione all'esercizio del potere di disposizione delle somme. La categoria della disponibilità giuridica del

e D. JEGERRSON, *I pagamenti elettronici. Dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016, 20 ss.; V. SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, 1 ss.

²³ M. SEMERARO, *Moneta avente corso legale e pagamento dell'obbligazione pecuniaria*, cit., 140 ss.

denaro viene così ad inglobare tutti i mezzi di pagamento che consentono al creditore di acquisire il valore monetario nel proprio patrimonio.

A voler seguire questo ragionamento nell'ipotesi di consegna del denaro nel mutuo fondiario: se il pagamento, come detto, è cosa diversa dalla *traditio* dei pezzi monetari perché esso è, piuttosto, imputazione di ricchezza e attribuzione di un potere di disposizione di tale ricchezza all'*accipiens*, la consegna nel contratto di mutuo sarà anch'essa qualificabile come quell'atto che determina l'attribuzione al mutuatario della quantità di ricchezza mutuata con l'attribuzione a quest'ultimo del potere di disposizione di detta ricchezza. Ciò porta allora ad interrogarsi sul quando si realizzi l'attribuzione della ricchezza mutuata e del relativo potere dispositivo in favore del mutuatario.

La giurisprudenza²⁴ ha richiamato in più occasioni proprio il concetto di disponibilità giuridica, precisando che essa può ritenersi equipollente alla "*traditio*", ma ciò soltanto nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in modo tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo²⁵. La finalità e/o funzione di detta disponibilità giuridica deve essere analoga

²⁴ L'orientamento per vero è risalente (Cass. 13 aprile 1948, n. 551).

Più recente, vedi per esempio Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116 nella quale la Corte afferma che la consegna di una determinata quantità di denaro (o di altre cose fungibili) ovvero il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo; mentre non possono considerarsi indicative di detta disponibilità, né istruzioni che il mutuatario dia unilateralmente circa la destinazione della somma, né l'autorizzazione al mutuante a trattenere la somma stessa presso di sé, che è un modo indiretto per procrastinare il perfezionamento del contratto; inoltre, Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, nella quale gli ermellini aprono anche al caso in cui la somma mutuata sia depositata su di un libretto fruttifero di risparmio al portatore, contestualmente costituito in pegno a favore del mutuante a garanzia di una fidejussione da quest'ultimo prestata a beneficio del mutuatario per l'erogazione di un finanziamento in valuta estera da parte di banca estera, poiché detta somma, pur non essendo mai entrata nella disponibilità materiale del mutuatario, è comunque uscita dalla disponibilità del mutuante ed entrata nel patrimonio del mutuatario; tra le altre Cass., 21 luglio 1998, n. 7116; Cass., 28 giugno 2011, n. 14270.

²⁵ Particolarmente significativa Cass. 27 agosto 2015 n. 17194.

alla *traditio rei*, vale dire che essa deve concretare uno spossessamento da parte del *tradens* ed una contestuale acquisizione da parte dell'*accipiens* del potere di disporre del bene senza la cooperazione del *tradens*²⁶. Il titolo autonomo di disponibilità in favore del mutuatario fa sì che si possa concretamente configurare la possibilità per quest'ultimo di imprimere una destinazione a quel denaro, ossia di esercitare un potere di disposizione; quando ciò manchi, la consegna non può dirsi realizzata. In tal modo, il concetto di realtà viene a delinearsi come attribuzione di un potere di dominio, un potere dispositivo sulle utilità, che trova la propria fonte nel titolo attributivo del potere piuttosto che nel fatto della materiale apprensione delle utilità stesse. Non c'è un'attività esteriore che testimonia la signoria sul bene, ma piuttosto un titolo attributivo che consacra il passaggio da un patrimonio all'altro.

La questione poc'anzi delineata, pur chiarita in astratto, resta tuttavia fortemente controversa nella applicazione concreta. Un osservatorio privilegiato è costituito dalle decisioni emesse durante la fase giudiziale dell'esecuzione forzata del contratto di mutuo fondiario, attraverso le quali si possono indagare le modalità attuative della consegna del denaro ai fini della distinzione tra contratto consensuale e contratto reale; solo in quest'ultima ipotesi, a fronte dell'inadempimento del beneficiario, il contratto è titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. essendo invece necessari, nel caso di contratto consensuale, ulteriori requisiti formali²⁷. Tale meccanismo fa sì che le contestazioni inerenti al titolo

²⁶ Utili le riflessioni sul problema del possesso nel pegno, vedi per esempio V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, Napoli, 2019, 57 ss.

²⁷ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 articolo 41 (*Procedimento esecutivo*), 1 comma, il quale sancisce che «Nel procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari è escluso l'obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo.»

Il contratto di mutuo per poter valere come titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. deve avere la forma per atto pubblico o scrittura privata autenticata. Inoltre, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, qualora il finanziamento sia stato concluso con la modalità dei due atti separati è necessario che sia documentata, con i medesimi requisiti di forma, l'effettiva erogazione delle somme, vale a dire tramite la quietanza anch'essa rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, ciò anche al fine di integrare i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito richiesti per l'esecuzione forzata. (Vedi per tutti Cass., 05 marzo 2020, n.6174; Cass., 27 agosto 2015, n. 17194).

siano sovente decise nella fase cautelare e/o di merito del giudizio di opposizione all'esecuzione; sicché i giudici dell'esecuzione sono chiamati non solo a decidere dell'efficacia esecutiva del titolo azionato ex art. 474 c.p.c., ma anche a giudicare del valido e compiuto perfezionamento del contratto di mutuo²⁸. Sul punto i giudici di merito molto spesso sviluppano delle argomentazioni che approdano a esiti opposti, pur richiamando i medesimi principi ermeneutici fissati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di consegna del denaro.

3. Le ipotesi di deposito cauzionale e pegno infruttifero a garanzia degli adempimenti del mutuatario e/o del verificarsi delle condizioni dedotte in contratto. Il panorama giurisprudenziale.

In questo scenario, un'analisi di alcune decisioni più recenti relative alle modalità attuative della consegna nel contratto di mutuo che ha ad oggetto somme di denaro, può aiutare a meglio comprendere le ragioni sottese alle divergenze interpretative e al contrasto che caratterizza i provvedimenti di merito. Sono ipotesi nelle quali la titolarità del denaro, ossia il passaggio da un patrimonio all'altro, non trasferisce l'effettiva disponibilità delle somme. Si pensi alle ipotesi in cui le parti concordino, già in sede di mutuo, di destinare le somme mutate a garanzia del mutuante mediante deposito cauzionale, oppure pegno irregolare. In queste circostanze si riscontrano decisioni dei tribunali di merito assai contrastanti.

Significative a tal riguardo sono due ordinanze, una del Tribunale di Lecce una del Tribunale di Avezzano²⁹, entrambe rese nell'ambito di procedimenti di opposizione all'esecuzione in fase di reclamo. Il contrasto, per vero, potrà rivelarsi soltanto apparente, tuttavia, i passaggi argomentativi dei provvedimenti in esame offrono uno spunto per interrogarsi sull'odierno significato di realtà e sulle diverse

Cfr. tra gli altri F. FIORUCCI, *L'espropriazione per credito fondiario. Aspetti processuali, fallimentari e di quantificazione del credito*, Milano, 2015, 83 ss.

²⁸ Vedi per esempio Tribunale Roma, 31 agosto 2020, n.11780; Tribunale Agrigento, 16 luglio 2020, n.592; Tribunale Roma, 17 aprile 2020, n.6283; Tribunale Teramo, 07 gennaio 2020, n.2 tutte in www.dejure.it

²⁹ Tribunale di Lecce, ord. 20 settembre 2019; Tribunale di Avezzano, ord. 27 giugno 2019.

modalità con cui può avvenire la consegna del denaro, alla luce delle nuove forme di liquidità.

I casi da cui originano gli interventi giudiziali in esame possono così brevemente sintetizzarsi.

1) Nella vicenda sottoposta all'esame del Tribunale di Lecce, un istituto di credito agiva in via esecutiva per il recupero di somme di denaro erogate in forza di un contratto di mutuo fondiario stipulato con una società. In sede di opposizione all'esecuzione il giudice di prime cure accoglieva l'istanza di sospensione richiesta dal debitore esecutato, in quanto riteneva che il contratto di mutuo fondiario, posto alla base dell'atto di precetto, non fosse idoneo a costituire un titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., perchè il contratto non si poteva intendere perfezionato contestualmente alla stipula per difetto di trasmissione immediata della disponibilità giuridica della somma mutuata. L'istituto di credito presentava reclamo avverso la decisione, evidenziando che la società mutuataria aveva rilasciato ampia e liberatoria quietanza resa dinnanzi al notaio ed aveva altresì utilizzato la somma di denaro per l'acquisto dell'immobile poi concesso in garanzia. A sostegno delle proprie argomentazioni, l'istituto di credito sottolineava, inoltre, che la somma era stata accreditata sul conto corrente del mutuatario con valuta contestuale alla stipula del contratto di mutuo. Tutto ciò a dimostrazione che la somma era stata effettivamente messa nella disponibilità della mutuataria. Il Tribunale accoglieva il reclamo e rigettava l'istanza di sospensione.

2) Nella vicenda sottoposta all'esame del Tribunale di Avezzano, due coniugi, quali debitori esecutati, avevano avanzato la richiesta di sospensione della procedura esecutiva immobiliare azionata dalla banca, loro creditrice in forza di un mutuo fondiario stipulato tra le parti. In prima istanza il Giudice dell'esecuzione rigettava la domanda e in sede di impugnazione i debitori reclamanti chiedevano la riforma del provvedimento e lamentavano l'inesistenza del titolo esecutivo per difetto della consegna del bene, in quanto l'importo oggetto del mutuo era stato trattenuto in deposito cauzionale dalla banca fino al consolidarsi dell'ipoteca. Il Collegio riteneva che nel caso di specie la disponibilità della somma in capo al mutuatario risultasse subordinata alla condizione della regolare costituzione dell'ipoteca; quindi in forza dell'interpretazione del contratto oggetto del contendere, e valutato il contegno delle parti, il conferimento della somma in deposito

cauzionale non poteva configurarsi come un atto dispositivo del mutuatario. Ne seguiva che il conferimento delle somme non poteva considerarsi contestuale alla stipula, ma successivo al verificarsi del consolidamento dell'ipoteca. Ciò induceva il Tribunale ad affermare che nel caso *de quo* non fosse documentato lo svincolo delle somme e la nuova erogazione a favore del mutuatario e, pertanto, il contratto non potesse assumere l'efficacia di titolo esecutivo per mancanza dei requisiti di forma richiesti ex art. 474 c.p.c. Pertanto, accoglieva il reclamo e sospendeva la procedura esecutiva intrapresa dalla banca.

Il primo dei problemi affrontati da entrambi i provvedimenti riguarda il perfezionamento del contratto di mutuo. Le due ordinanze in esame muovono dall'affermazione del carattere reale del contratto di mutuo e si allineano all'orientamento costante e risalente della giurisprudenza che, ai fini del perfezionamento della fattispecie, pretende la prova della effettiva consegna del bene e/o delle utilità mutate. Sul punto anche le decisioni in commento del Tribunale di Lecce e di Avezzano sono a ben vedere concordi. Nella motivazione, infatti, i giudici richiamano il principio ermeneutico fissato dalla giurisprudenza di legittimità, il quale identifica la consegna con la c.d. messa a disposizione e/o disponibilità giuridica³⁰. Specificatamente esse ribadiscono che la consegna non può essere riduttivamente intesa quale fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, perché la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e la loro costante sostituzione con annotazioni contabili impongono di interpretare i comportamenti dei contraenti alla luce di dette mutate modalità operative. Anche la giurisprudenza di merito più recente³¹ ribadisce tale principio, secondo cui ai fini del perfezionamento del contratto reale di mutuo non occorre la materiale *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, ma è sufficiente il conseguimento della sola disponibilità giuridica, la quale sussiste tutte le volte in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, così da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione al patrimonio di quest'ultimo.

³⁰ Vedi per tutte Cass., 27 agosto 2015, n. 17194.

³¹ Vedi per esempio Trib. Chieti, 23 ottobre 2020, n. 589; Trib. Chieti, 23 ottobre 2020, n.589; Trib. Siena, 03 gennaio 2020, n.20 tutte in www.dejure.it

L'incostanza degli esiti giudiziari se talvolta può derivare dalla specificità del rapporto negoziale, molto spesso, invece, esiste anche tra il giudice di prime cure e il giudice chiamato a decidere nel merito o in sede di gravame sul medesimo caso e ciò conferma proprio l'incertezza applicativa derivante dalla difficoltà di appurare la c.d. disponibilità giuridica delle somme in capo al mutuatario³².

Ad esempio il Tribunale di Napoli³³, in fase cautelare, in presenza di somme erogate in mutuo rimaste vincolate presso l'istituto di credito fino all'adempimento della regolare costituzione della garanzia ipotecaria, ha ritenuto che non fosse perfezionata la consegna contestuale. Le parti avevano stipulato un contratto di mutuo fondiario e la somma era stata vincolata ex art. 1851 c.c. a garanzia, in attesa della prova che si fossero verificate determinate condizioni specificamente indicate nel contratto, pena la facoltà della banca di risolvere il contratto e trattenere definitivamente la somma depositata. Secondo l'interpretazione dei fatti operata dal giudice dell'esecuzione, nel caso di specie le parti nel contratto avevano attestato l'avvenuta consegna del denaro, ma contestualmente avevano anche precisato che il medesimo importo fosse vincolato in deposito cauzionale a garanzia dell'adempimento di una serie di obblighi a carico del mutuatario. Il collegamento esistente tra i due contratti (quello di mutuo e quello di deposito cauzionale o pegno) valeva in sostanza ad attuare in via indiretta la funzione del mutuo obbligatorio perchè il diritto della banca

³² Per una rassegna di decisioni giurisprudenziali vedi A. FOGGIA, *Il mutuo condizionato: natura e strumenti di tutela*, in *Il contratto bancario e la tutela del consumatore*, A. TANZI e S. RUBERTI (a cura di), e-book, Torino, 2020, cap. 3, par 14.

³³ Trib. Napoli, ord. 22 febbraio 2012, in www.expartecreditoris.it. Conforme più recente Trib. Massa, ord. 23 ottobre 2015, Trib. Tivoli, ordinanza 5 aprile 2019. *Contra*, tra le altre anche Trib. Napoli, ord. 18 Ottobre 2013, con la quale è stato rigettato il reclamo proposto da un soggetto, che eccepiva la nullità del mutuo ipotecario con deposito cauzionale, per effetto del mancato perfezionamento del contratto, lamentando che la banca dopo aver erogato la somma mutuata, l'aveva di fatto posta coattivamente su un deposito intestato al cliente, subordinando lo svincolo, al verificarsi di una pluralità di condizioni. Il Tribunale ha rigettato la domanda affermando la piena validità del contratto di mutuo motivando la decisione in forza del principio secondo il quale la *traditio* si era verificata per effetto della modifica della disponibilità giuridica della resa mutuata (sul punto nella giurisprudenza di legittimità vedi anche Suprema Corte del 12 ottobre 1992, n. 11116, Cass., 15 luglio 1994, n. 6686; Cass., 5 luglio 2001, n. 9074; Cass., 28 agosto 2004, n. 17211; Cass., 3 gennaio 2011, n. 14.)

di trattenere definitivamente la somma formalmente accreditata in favore del mutuatario nell'ipotesi di inadempimento degli obblighi gravanti sul medesimo, determinava in sostanza il differimento dell'erogazione delle somme in un momento successivo. Tale forma di destinazione delle somme e tale vincolo portava il giudice a configurare un contratto condizionato, che impediva al mutuatario di compiere liberamente atti giuridici dispositivi degli importi ricevuti. Pertanto, il giudice conclude che pur recando la forma dell'atto pubblico, il mutuo era inidoneo ad assumere l'efficacia di titolo esecutivo. Tuttavia, nella sentenza emessa nel procedimento di merito incardinato in ragione dell'opposizione ex art. 617, 2° comma c.p.c., il Collegio³⁴ censura detto ragionamento perché il risultato pratico perseguito dalle parti mediante i due schemi negoziali (mutuo e deposito) sarebbe stato in linea con l'art. 39, Dlgs 1993/385, a tutela della effettività della iscrizione ipotecaria di primo grado ed al suo consolidamento, che sono elementi essenziali per l'esistenza di un valido contratto di mutuo fondiario. Dunque, il Tribunale partenopeo conclude che la disponibilità giuridica della somma conseguita dal mutuatario con l'accredito in conto corrente e la contestuale quietanza rilasciata in atto pubblico integrano un valido titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. il quale non risulta pregiudicato dal coevo atto di costituzione della somma mutuata in deposito cauzionale. Per tale ragione revoca l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che aveva sospeso l'esecuzione immobiliare azionata in forza del titolo esecutivo suddetto.

In un altro caso in cui la banca concedente il mutuo aveva trattenuto le somme a titolo di pegno irregolare infruttifero fino alla costituzione dell'ipoteca, il Tribunale di Genova³⁵ approda a conclusioni analoghe a quelle rese dal Collegio partenopeo. In particolare il giudice ligure ha ritenuto che il mutuatario avesse conseguito la disponibilità giuridica delle somme per due ragioni: la prima, perché il medesimo aveva rilasciato formale quietanza a saldo dell'erogazione della somma da parte della banca; la seconda perché, sulla base di un ragionamento deduttivo il giudice ha ritenuto che senza la disponibilità giuridica della somma erogata, il mutuatario non avrebbe potuto costituire sulla stessa

³⁴ Trib. Napoli, 17 aprile 2015, n. 5681, in *www.expartecreditoris.it*.

³⁵ Trib. Genova, 19 marzo 2018, n. 797. In senso conforme anche altra ordinanza del G.E. del medesimo Tribunale ligure: Trib. Genova, 28 ottobre 2016, confermata dal Collegio in sede di reclamo con ordinanza del 19 gennaio 2017 in *www.dejure.it*.

un pegno irregolare infruttifero. Nella motivazione il Tribunale evidenziava che l'atto di mutuo e quello di costituzione del pegno irregolare infruttifero, sebbene fossero contestuali, costituivano due atti logicamente e giuridicamente distinti: il primo validamente perfezionatosi con l'erogazione della somma ed il rilascio della quietanza a saldo; il secondo costituito per volontà del mutuatario nella sua piena disponibilità giuridica delle somme. Di conseguenza, a dire del Tribunale, il perfezionamento del mutuo non era condizionato allo svincolo della somma costituita come pegno irregolare infruttifero, poiché era l'effettiva iscrizione della garanzia ipotecaria a costituire una condizione per lo svincolo del pegno sulla somma già erogata a mutuo con la quietanza contestuale al rogito notarile. Per tali ragioni il Tribunale concludeva che il contratto azionato era un valido ed efficace titolo esecutivo, ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 474, primo comma, e secondo comma, n. 3) c.p.c., come confermato dal rilascio del titolo con la formula esecutiva da parte del Notaio rogante. Inoltre, per il Tribunale la salvaguardia della banca circa la corretta iscrizione dell'ipoteca di primo grado sul bene concesso in garanzia dalla mutuataria si giustificava ampiamente sotto il profilo logico, economico e giuridico tenuto conto della nozione di credito fondiario fornita dagli artt. 38 e 39 del t.u.b.

Più recentemente, sempre su una fattispecie analoga, il Tribunale di Nola³⁶ giunge a medesime conclusioni e afferma che l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario costituisce erogazione di fondi, anche se le somme siano state versate dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento di alcuni obblighi contrattuali e/o delle condizioni dedotte in contratto. La pronuncia richiama a sostegno della conclusione una decisione della Corte di legittimità³⁷ la quale conferma l'avvenuta consegna delle somme erogate a mutuo nonostante le stesse fossero state vincolate in deposito cauzionale. Nel caso concreto posto alla base dell'ordinanza dei giudici di legittimità era accaduto che una parte della somma mutuata fosse utilizzata con valuta nel medesimo giorno della stipulazione del contratto di mutuo e per la residua somma

³⁶ Trib. Nola, ord. 23 luglio 2019.

³⁷ Cass., ord. 06 giugno 2017, n. 25632.

le parti avessero dato atto della destinazione in deposito cauzionale. La circostanza non sembra del tutto ininfluyente perché evidenzia l'ingresso delle somme nel patrimonio del mutuatario e che il medesimo imprime alle somme ricevute due destinazioni diverse: una parte a garanzia e una parte a soddisfazione di un interesse proprio e non della banca.

Dalla breve analisi su riportata si può desumere che le decisioni in esame concordano sulla necessità che il mutuatario consegua la disponibilità giuridica delle somme erogate. I giudici in sostanza concordano sul concetto di realtà, il quale è pacificamente assunto come disponibilità giuridica nel significato sopra delineato e descritto.

Il tema più controverso risulta, invece, l'effettivo conseguimento della disponibilità giuridica. L'interrogativo a cui i giudici rispondono in maniera non omogenea riguarda la configurabilità del potere dispositivo del mutuatario in caso di vincolo delle somme stesse a garanzia di un interesse della banca. In particolare, se il vincolo impresso alle somme sia esso stesso atto dispositivo del mutuatario e quindi manifestazione del potere di dominio sulle somme entrate nel patrimonio del medesimo, e subito uscite; oppure se il vincolo impedisca l'acquisizione delle somme da parte del mutuatario, che le riceverà soltanto al momento in cui si saranno verificate le condizioni richieste. La difficoltà ermeneutica risiede nella circostanza che astrattamente entrambe le ipotesi sono giuridicamente possibili, ed in entrambe le ipotesi la ricaduta finale dell'operazione è che il mutuatario riceverà definitivamente le somme al verificarsi delle circostanze che ne consentiranno lo svincolo. Quindi il giudice non potrà che valutare sulla base del caso concreto, in particolare sulla base degli atti e delle prove allegare e della concreta volontà dei contraenti.

4. Il valore della quietanza nella vicenda del perfezionamento del mutuo.

Tra gli elementi di valutazione del giudice un ruolo fondamentale è svolto dalla quietanza rilasciata dal mutuatario. La questione richiama il valore probatorio dell'atto di quietanza in generale, la quale come noto è una dichiarazione di scienza proveniente da una delle parti del rapporto obbligatorio. Essa, ove rispetti i requisiti di forma e di contenuto richiesti affinché si possa configurare una dichiarazione di

scienza e non una mera clausola di stile contenuta nel contratto, vale come prova documentale.

Un'antica contrapposizione ermeneutica separa coloro che inseriscono la quietanza nello schema della confessione stragiudiziale, ritenendo che la medesima faccia piena prova del fatto in essa rappresentato³⁸ con la conseguente applicazione del limite di prova testimoniale (salvo nei casi di impugnazione della dichiarazione per errore di fatto o violenza³⁹), da coloro che ravvisano nella quietanza un autonomo mezzo di prova non sottoposto ai limiti di cui sopra⁴⁰.

Medesimo contrasto si riscontra nelle decisioni dei giudici di merito. Invero, alcune decisioni⁴¹ desumono la disponibilità giuridica delle somme in capo al mutuatario dal rilascio di una formale quietanza, la quale varrebbe a provare l'esistenza di un autonomo potere dispositivo in capo al ricevente, in esercizio del quale, il medesimo vincolerebbe le somme. Il rilascio della quietanza in sostanza farebbe da cesura tra i due atti giuridicamente separabili, ma temporalmente contestuali, rappresentati dalla erogazione del mutuo e dalla costituzione del pegno irregolare infruttifero e/o deposito cauzionale. Con ciò assumendo il pieno valore probatorio della quietanza. Altre decisioni⁴², invece, nonostante l'esistenza della quietanza, ritengono di dover considerare il contegno complessivo delle parti e dunque verificare l'effettiva e concreta possibilità da parte del mutuatario di disporre delle somme.

La Suprema Corte in alcune pronunce ha affermato che l'onere della prova dell'erogazione della somma data a mutuo è assolto dall'istituto di credito mutuante mediante la produzione in giudizio dell'atto di erogazione e quietanza, sussistendo il quale, spetta al debitore che si opponga all'azione esecutiva del creditore dare la prova della restituzione della somma mutuata e degli accessori ovvero di altre cause estintive dell'obbligazione restitutoria, oppure della mancata effettiva e

³⁸ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 224; A. DI MAJO, voce *Pagamento (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 568; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, 838.

³⁹ In giurisprudenza vedi per tutte Cass., Sez. un., 22 settembre 2014, n. 19888.

⁴⁰ Vedi tra gli altri C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, Milano 1990, 322.

⁴¹ Vedi Trib. Genova, 19 marzo 2018, n. 797 cit..

⁴² Vedi Trib. Tivoli, ord. 5 aprile 2019, cit.; Trib. Pistoia, 03 novembre 2017, con nota di L. CAPUTO, *Contratto di mutuo condizionato e idoneità a costituire un titolo esecutivo*, in *www.dejure.it*.

contestuale erogazione delle medesime⁴³. Più recentemente la Suprema Corte⁴⁴ ha altresì affermato che la quietanza di erogazione del mutuo coordinata con il contratto stesso e racchiusa in una contabile, il tutto per atto notarile, integra un compendio probatorio che va apprezzato non per la sola quietanza, ma anche per la portata della contabile e degli estratti notarili riproduttivi dell'operazione contabilizzata; ne deriva che tale complessivo compendio sfugge ad ogni quesito sul disputabile valore confessorio; gli atti indicati, collegano la stipula dell'atto e la documentazione della messa a disposizione del denaro al mutuatario, e in tal modo esprimono valore di documento probatorio dell'avvenuto pagamento, apprezzabile dal giudice al pari di qualsiasi altra prova desumibile dal processo.

L'indirizzo che sembra prevalere⁴⁵ è quello che afferma che la quietanza, rilasciata dal creditore al debitore all'atto del pagamento, abbia natura di confessione stragiudiziale su questo fatto estintivo dell'obbligazione, secondo la previsione dell'art. 2735 c.c.; e sulla base di ciò afferma che esistendo la quietanza il debitore è sollevato dall'onere di provare l'avvenuto pagamento, e il giudice è vincolato circa la verità del fatto stesso, se e nei limiti in cui sia fatta valere nella controversia in cui siano parti, anche in senso processuale, gli stessi soggetti rispettivamente autore e destinatario di quella dichiarazione di scienza. Ne consegue che nel giudizio in cui sia parte il curatore fallimentare, la Corte nega che il debitore possa opporre la suddetta quietanza, quale confessione stragiudiziale del pagamento, atteso che il

⁴³ Vedi Cass., 10 maggio 2016, n. 9389, la quale stabilisce che: «La quietanza fa piena prova dell'avvenuto pagamento, poiché dà luogo ad una confessione stragiudiziale, sicché il quietanzante non è ammesso alla prova contraria, salvo che dimostri l'errore o la violenza ai sensi dell'art. 2732 cod. civ.» (Il caso riguardava la formazione di un contratto di mutuo fondiario ex art. 3 del d.P.R. 21 gennaio 1976 n. 7, in cui il contratto di mutuo fondiario era condizionato alla positiva verifica degli adempimenti di cui al primo comma della medesima norma, sicché a seguito della stipulazione, con rogito notarile, dell'atto di erogazione e quietanza, si otteneva il titolo esecutivo complesso rappresentativo dell'obbligazione di restituzione della somma di denaro certa liquida ed esigibile e si aveva l'insorgenza di questa obbligazione in capo al mutuatario).

⁴⁴ Cass., ord. 6 novembre 2019, n. 28526.

⁴⁵ Vedi tra le più recenti Cass., 22 luglio 2019, n. 19654, con nota di T. MAUCERI, *Realtà del mutuo e oneri probatori nei confronti del fallimento del mutuatario*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 2, 2020, 164.

curatore è una parte processuale diversa dal fallito medesimo, pur ponendosi, nell'esercizio di un diritto del fallito, nella stessa posizione di quest'ultimo. In simili ipotesi, l'indicata quietanza è priva d'effetti vincolanti ed assume soltanto il valore di un documento probatorio dell'avvenuto pagamento, apprezzabile dal giudice al pari di qualsiasi altra prova desumibile dal processo⁴⁶. Dunque, la quietanza svolge la sua piena efficacia probatoria soltanto nel giudizio che abbia come parti processuali l'autore e il destinatario della quietanza medesima, rimangono invece escluse le altre ipotesi. In tale scenario occorre tuttavia precisare che le sentenze della Suprema Corte sono state pronunciate perlopiù in casi in cui la domanda riguardava l'opponibilità del credito dell'istituto mutuante al curatore del fallimento del beneficiario, quindi il quesito di diritto discusso riguardava la prova della sussistenza della obbligazione di restituzione da parte del mutuatario. In tali casi la prova si atteggia in modo in parte diverso rispetto ai casi in cui, invece, si voglia provare l'effettiva consegna delle somme ai fini della verifica della realtà vincolo. In primo luogo per la ragione già segnalata che il Giudice è vincolato alla veridicità del fatto dedotto in quietanza nei limiti in cui sia fatta valere tra le medesime parti sostanziali e processuali; in secondo luogo, perché nel primo caso ciò che occorre dimostrare è il perfezionamento del vincolo negoziale con la conseguente nascita dell'obbligazione restitutoria delle somme ricevute a mutuo, obbligazione che come detto può derivare sia dal contratto reale che consensuale; nel secondo caso occorre verificare invece se la quietanza faccia piena prova circa l'avvenuta *traditio* delle somme dal mutuante al mutuatario. Per tale ragione l'indirizzo ermeneutico offerto dalla Suprema Corte non sempre riesce a guidare i giudici di merito, i quali invece si trovano a interpretare i vari singoli casi per accertare l'effettiva sussistenza della disponibilità delle somme in capo al mutuatario, per poter decidere della conclusione del contratto reale.

Ebbene, le decisioni analizzate nel presente lavoro non concordano sull'efficacia probatoria della quietanza rilasciata dal mutuatario. Così per esempio, il Tribunale di Lecce⁴⁷ giudica dirimente nel caso concreto

⁴⁶Vedi pure Cass., 18 dicembre 2012, n. 23318; Cass., ord. 8 ottobre 2014 n. 21258.

⁴⁷ Nell'ordinanza commentata del 20 settembre 2019.

la circostanza che nel medesimo atto di mutuo vi sia la quietanza liberatoria da parte del mutuatario. Invero, con tale atto di scienza secondo il Tribunale di Lecce si dimostra l'intervenuto pagamento. Il giudicante attribuisce valore di piena prova alla quietanza; si legge, infatti, che nella fattispecie oggetto del giudizio l'erogazione delle somme è attestata nello stesso atto di mutuo che riporta al suo interno l'ampia e liberatoria quietanza da parte del mutuatario. Il Tribunale evidenzia che la quietanza quale atto di scienza può essere impugnata solo ove il dichiarante dimostri che il divario tra quanto dichiarato e la realtà sia frutto di errore o violenza. Quindi, ogni utilizzo del denaro successivo al rilascio della quietanza è da ricondursi al mutuatario: perciò nel caso di specie è il mutuatario che ha disposto l'accredito delle somme su un conto vincolato infruttifero appositamente acceso presso la banca. Il Tribunale sottolinea che ciò che rileva non è la gestione del conto, bensì la circostanza che il medesimo sia stato costituito per disposizione del mutuatario e dopo il rilascio della liberatoria.

Nella ordinanza emessa dal Tribunale di Avezzano, il collegio evidenzia che l'eventuale quietanza rilasciata nello stesso atto di mutuo dai mutuatari, ove contraddetta da un diverso contenuto del negozio, non prova l'effettiva erogazione delle somme contestualmente alla sottoscrizione del contratto. Il Collegio sottolinea che il caso concreto deve essere interpretato secondo i criteri ermeneutici in tema di interpretazione del contratto al fine di indagare l'effettiva volontà dei contraenti; in particolare occorre verificare se l'erogazione della somma risulti condizionata al verificarsi di eventi futuri ed incerti, perché in tal caso non si configurerebbe l'immediata consegna del denaro⁴⁸. In forza di detto ragionamento, i giudici riscontrano che sebbene il deposito cauzionale possa astrattamente configurarsi come un atto di disposizione del mutuatario, nella fattispecie analizzata emerge che la disponibilità della somma era subordinata alla condizione della regolare costituzione dell'ipoteca. Inoltre, la circostanza che tale incumbente fosse posto nell'interesse della banca induce i giudici a ritenere che il denaro non potesse essere nell'immediatezza utilizzato dalla parte⁴⁹ e di conseguenza la stipulazione del mutuo e la erogazione

⁴⁸ Trib. Bolzano, 24 aprile 2020, n. 387 in *www.dejure.it*

⁴⁹ L'ordinanza richiama anche altra giurisprudenza di merito che si è espressa in tal senso vedi (Trib. Avezzano, 8 febbraio 2019; Trib. Tivoli, 23 luglio 2018; Trib. Tivoli, 5 aprile 2019)

del denaro sono avvenuti in due momenti diversi⁵⁰. Il Tribunale di Avezzano, affermando che l'analisi della fattispecie deve essere effettuata attenendosi ai criteri ermeneutici in tema di interpretazione del contratto, sembra sottintendere che la sussistenza della quietanza non possa assurgere a piena prova dell'avvenuta erogazione delle somme.

Alla luce di quanto sopra sembra che:

i) il provvedimento del Tribunale di Lecce dia un valore della quietanza ai fini della prova circa l'effettiva erogazione delle somme, che può essere superato soltanto in forza di precise prove contrarie, il cui onere grava sul mutuatario; di conseguenza, l'esistenza della quietanza dimostrerebbe che le somme hanno fatto ingresso nel patrimonio del mutuatario, il quale, poi, avrebbe riconsegnato (con atto che sebbene contestuale, idealmente si configura come distinto e successivo alla quietanza nel tempo) le somme alla banca a titolo di deposito e/o pegno⁵¹.

ii) Il provvedimento del Tribunale di Avezzano, invece, non attribuisca detto valore probatorio e si interroghi se, pur sussistendo la quietanza, il mutuatario sia effettivamente entrato nella disponibilità delle somme; infatti, ove il contratto risulti sottoposto a condizione sospensiva, esso produrrebbe un effetto soltanto obbligatorio e l'erogazione delle somme si realizzerebbe al momento dell'avveramento dell'evento dedotto in condizione; in tal modo, la *traditio* sarebbe differita ad un momento futuro ed incerto, non conoscibile *ex ante* dalla lettura del regolamento contrattuale. La valutazione circa l'esistenza del meccanismo condizionale, implica, come evidenziato dal Tribunale di Avezzano nel provvedimento in commento l'indagine sul comportamento delle parti, che secondo il Tribunale potrebbe contraddire l'atto di quietanza rilasciato. Dunque, la mancanza di un'attività materiale di apprensione del denaro implica

⁵⁰ Ciò non pregiudica di per sé che la fattispecie negoziale sia idonea a costituire titolo esecutivo, tuttavia esige, come si vedrà meglio nel prosieguo del lavoro, che i due momenti rispettino entrambi i vincoli di forma previsti dalla legge.

⁵¹ Per vero la quietanza potrebbe essere anche simulata, cioè rilasciata dal creditore scientemente in assenza di pagamento ed in virtù di un accordo con il debitore. In tal caso i limiti probatori esistenti per le parti fanno sì che la prova testimoniale della simulazione possa essere utilizzata soltanto dai terzi estranei all'accordo simulatorio, ma non per l'istituto bancario e il mutuatario.

la verifica da parte del giudice della circostanza che il mutuatario abbia effettivamente conseguito un dominio sul bene.

Sul tema è intervenuta la Suprema Corte, che sembra sostenere la prospettiva ermeneutica appena richiamata. La Corte ha evidenziato che l'esistenza di un separato atto di quietanza non è di per sé indice inequivoco di una semplice promessa di dare a mutuo o comunque di un contratto consensuale piuttosto che reale. Il contratto infatti non deve essere interpretato atomisticamente, ma deve essere esaminato e interpretato insieme agli atti, come la quietanza, che realizzano operativamente il conferimento della disponibilità delle somme⁵². L'interpretazione del contratto di mutuo deve essere integrata con i patti accessori ed i comportamenti assunti dalle parti al fine di verificare se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata. Anche recentemente la Suprema Corte ha ribadito che «al fine di accertare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo occorre verificare, attraverso la sua interpretazione integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge»⁵³.

Infine, anche se l'argomento non è strettamente centrale nella questione che ci occupa, per accertare se il contratto reale di mutuo sia titolo esecutivo occorre non confondere sul piano sostanziale la necessità della quietanza come elemento di perfezionamento del contratto piuttosto che come requisito formale necessario ai fini della sussistenza dei requisiti di liquidità, esigibilità e certezza del credito. Infatti, per assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme promesse necessita che il contratto si sia perfezionato, con la consegna delle somme di cui la quietanza può essere prova, ed occorre altresì che il credito sia certo, liquido ed esigibile; ebbene la circostanza che la disponibilità in capo al mutuatario non si sia verificata contestualmente alla stipula, comporta che il contratto non incorpori né fornisca la prova ex sé di un diritto

⁵² Così sempre Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, tale sentenza si pone in continuità rispetto alle sentenze della Suprema Corte già citate ed esplicita i passaggi ermeneutici sulla valutazione della realtà del contratto di mutuo.

⁵³ Cassazione, 5 marzo 2020 n. 6174

certo, liquido ed esigibile e sia pertanto idoneo, pur se stipulato con atto pubblico notarile a costituire titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c..⁵⁴In conclusione, il contratto di mutuo fondiario ha efficacia di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. quando sia validamente perfezionato e - nel caso, invece, in cui l'erogazione avvenga in un momento diverso dalla stipula - quando la medesima e la relativa quietanza abbiano i medesimi requisiti di forma.

5. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, sembra emergere che la contraddittorietà degli esiti giudiziali più che imputabili ad un vero e proprio contrasto giurisprudenziale sul concetto di realtà e/o nella idoneità ad equiparare la *traditio* con la disponibilità giuridica, derivino dalla verifica nel caso concreto della sussistenza della disponibilità giuridica e dunque dalla sempre complessa attività di interpretazione del contratto e della volontà dei contraenti. Invero, le decisioni di merito su richiamate concordano sul fatto che ai fini del perfezionamento del mutuo fondiario sia necessaria la consegna delle somme e che quest'ultima si realizzi con il conseguimento della disponibilità giuridica da parte del mutuatario, ben potendo quest'ultimo rilasciare quietanza a fronte della perdita di disponibilità delle somme mutate da parte del mutuante e della contestuale acquisizione da parte sua della disponibilità giuridica delle stesse.

La questione che tuttavia non può essere trascurata e che sembra rimanere sottaciuta dalla richiamata giurisprudenza di merito riguarda la titolarità del denaro. In sostanza, si tratta di capire se la consegna sia sempre connessa alla titolarità delle somme, anche laddove a fronte di detta titolarità manchi di fatto la disponibilità, oppure se il potere

⁵⁴ Cfr. Trib. Teramo, ord., 12 giugno 2018; Trib. Treviso, 20 febbraio 2018; Trib. Trento, 30 gennaio 2018; Trib. Avezzano, 18 luglio 2017; Trib. Campobasso, 25 luglio 2017. Il Tribunale di Avezzano nel provvedimento commentato (27 giugno 2019) revoca l'efficacia esecutiva del mutuo ritenendo che l'erogazione delle somme, che come detto è avvenuta in un momento successivo alla stipula del mutuo per le ragioni già sopra esposte, non fosse attestata da una quietanza che avesse i requisiti di forma richiesti. Nel provvedimento si legge: «*In buona sostanza, nel caso di specie a difettare è allo stato la prova (mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata) della avvenuto rilascio di una successiva nuova quietanza*».

dispositivo sia elemento caratterizzante della consegna. Per meglio dire, quando la dottrina opportunamente evidenzia che il potere di disposizione del bene presuppone un titolo autonomo su cui si fonda l'esercizio legittimo del potere stesso, giustamente invita a non confondere il titolo con il potere ad esso connesso, rimarcando che non è dal potere di disposizione che si desume il titolo, ma piuttosto viceversa⁵⁵. D'altronde la titolarità delle somme di denaro (derivi essa dalla consegna materiale o dalla scritturazione) determina l'acquisizione delle stesse nel patrimonio del titolare anche quando il medesimo non abbia poi modo di disporne. Si pensi all'ipotesi di pignoramento del conto corrente, oppure alle ipotesi in cui le parti abbiano negoziato detta facoltà, come può accadere appunto nell'ipotesi su descritte di conferimento delle somme in garanzia fino al consolidamento dell'ipoteca.

L'equivoco, allora potrebbe forse annidarsi nell'intendere la disponibilità giuridica nel modo di un potere di disposizione delle somme, come se si trattasse di consegna di beni fisici; come se il potere dispositivo si concretasse nel potere di fatto sulla cosa.

Forse abbandonando la visione dominicale del denaro, si potrebbe provare a rileggere l'indicazione ermeneutica proveniente dalla Suprema Corte. Come detto secondo la Corte di Cassazione⁵⁶ il momento perfezionativo del contratto di mutuo si realizza con la creazione da parte del mutuante di un autonomo titolo di disponibilità tale da determinare l'uscita della somma dal suo patrimonio e l'acquisizione della stessa nel patrimonio del mutuatario a prescindere da ogni successiva manifestazione di volontà di quest'ultimo. Il titolo autonomo può certamente consistere nella attribuzione della titolarità delle somme al mutuatario per mezzo per esempio di accredito su conto corrente, oppure consegna di assegni circolari. Tuttavia, il passaggio dal patrimonio del mutuante al patrimonio del mutuatario rischia di essere un mero passaggio fittizio che di fatto non attribuisce alcun potere dispositivo in capo al secondo, perché le somme rimangono nella concreta disponibilità della banca. La qualità del conferente attribuisce all'istituto di credito sia il ruolo di *tradens* sia di intermediario che effettua la scritturazione, e ciò di fatto consente ad esso di esercitare il

⁵⁵ Vedi retro par. 3 ed ivi bibliografia.

⁵⁶ Vedi retro, nonché Cass., 27 ottobre 2017, n. 25326.

potere, sia di conferire, sia al contempo di bloccare le somme di denaro. In tal modo, mentre se il bonifico o altro pagamento a mezzo di moneta scritturale proviene da un soggetto diverso, rispetto al quale la banca è l'intermediario, l'iscrizione della somma in conto corrente e l'eventuale conferimento (anche contestuale) in deposito o pegno è certamente imputabile al potere dispositivo dell'*accipiens* (che è l'unico legittimato ad impartire disposizioni al proprio istituto di credito); nel caso in cui il *tradens* sia lo stesso istituto di credito, il conferimento delle somme in deposito o pegno o altro vincolo potrebbero avvenire anche senza la determinazione in tal senso da parte dell'*accipiens*. Ciò determina la difficoltà di mantenere concettualmente distinte le fasi giuridiche della acquisizione delle somme e successivo vincolo delle medesime.

Sul punto l'elemento di fatto da indagare è la volontà dei contraenti, ossia se il mutuante abbia inteso e voluto vincolare le somme acquisite al proprio patrimonio, oppure se le stesse saranno effettivamente erogate al momento del consolidamento dell'ipoteca oppure al verificarsi di altre situazioni dedotte in contratto. L'acquisizione della titolarità delle somme non sembra però potersi ridurre a mero dato fittizio, in quanto essa parimenti alla *traditio* delle banconote (ipotesi ormai di scuola) concreta la consegna delle utilità mutate, successivamente alla quale il mutuatario può negoziare il proprio potere dispositivo mediante la costituzione del vincolo sulle somme stesse. Ne deriva che l'interprete per accertare l'avvenuta consegna non può ignorare l'acquisizione della titolarità delle somme, come sembra fare il Tribunale di Avezzano nella decisione in commento. Infatti, nel caso analizzato dal suddetto Tribunale l'importo oggetto del mutuo era stato corrisposto dalla banca mediante due assegni regolarmente ritirati dalla parte mutuataria, la quale ne ha rilasciato quietanza nell'atto pubblico. Ciò nonostante il giudice ritiene che la circostanza che la somma risultasse vincolata nell'interesse della banca a consolidare la propria garanzia reale porti ad escludere fondatamente che il denaro oggetto del mutuo potesse essere utilizzato nell'immediatezza dal mutuatario. Il Tribunale intende quindi il concetto di disponibilità giuridica in termini di utilizzo, di impiego, di potere di spesa rispetto al quale il titolo autonomo di acquisizione delle somme derivante dalla apprensione degli assegni non sarebbe rilevante.

La conclusione non appare condivisibile. Invero, sebbene la posizione di debolezza in cui spesso si trova il mutuatario spinga ad evidenziare il carattere talvolta “coartato” della volontà dello stesso, il quale si trova nella necessità di conferire in garanzia le somme per accedere al finanziamento tanto da giudicare fittizia l’attribuzione delle somme, essa non può tuttavia indurre a confondere il piano della rilevanza della consegna delle somme con l’eventuale vizio della volontà di conferire le stesse come garanzia.

L’adesione all’idea che la moneta non sia inquadrabile tra i beni giuridici, ma rappresenti piuttosto disciplina di un potere economico⁵⁷, porta ad affermare (come già detto) che la consegna del denaro sia l’attribuzione di una determinata quantità di ricchezza convenzionale rispetto alla quale le banconote e/o la moneta scritturale sono criteri di imputazione di un determinato potere d’acquisto. Dunque, l’imputazione della somma al patrimonio del creditore è l’atto che gli conferisce il potere di disposizione della ricchezza a lui attribuita e l’attribuzione di tale potere dispositivo qualifica il passaggio di ricchezza come pagamento. In tale guisa l’acquisizione delle somme al patrimonio del mutuatario fa sì che il loro vincolo a garanzia sia da intendersi come atto dispositivo del medesimo. In tal senso sembra orientarsi il Tribunale di Lecce, il quale afferma infatti che non è la gestione del conto vincolato ad assumere rilievo, bensì la circostanza che lo stesso sia stato costituito per disposizione del mutuatario. A tale fine ritiene rilevante che la somma in questione sia risultata accreditata contestualmente alla sottoscrizione del mutuo.

L’ipotesi del mutuo condizionato potrebbe configurarsi, invece, quando manchi il titolo autonomo in capo al mutuatario e quindi la banca non abbia trasferito in alcun modo le somme e le abbia trattenute presso di sé in attesa del verificarsi delle circostanze dedotte in contratto. È solo in queste ipotesi che l’indagine dei giudici deve ulteriormente indagare il regolamento concreto degli interessi in gioco

⁵⁷ M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, cit., 194 ss.; ID., *Moneta, cose fungibili e azione di rivendica fallimentare*, cit., 367 ss.; G. LEMME, *Sistemi di pagamento*, in P. FERRO LUZZI *Lezioni di diritto bancario II*, Torino, 2004, 152 ss.; M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale*, Torino, 2018, 83 ss.; G. ARANGUENA e D. JEGERRSON, *I pagamenti elettronici. Dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016, 20 ss.; V. SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, 1 ss.

divisato dalle parti per verificare la sussistenza della condizione. Una volta appurata l'esistenza di un contratto condizionato, questo va letto nella sua unitarietà, ossia come un regolamento all'interno del quale la condizione contribuisce a determinare il complessivo piano di interessi⁵⁸, la quale non soltanto può dare rilevanza ad interessi esterni e/o estranei allo schema tipico del negozio concordato, ma può anche essere utilizzata per assicurare una più efficace tutela e garanzia degli effetti dedotti in contratto, operando così un rafforzamento del sinallagma contrattuale⁵⁹. L'evento dedotto in condizione potrebbe essere anche il consolidamento dell'ipoteca a favore della banca. In tal caso infatti, la condizione rafforzerebbe quanto insito nella nozione di credito fondiario ex art. 38 t.u.b., in riferimento al suo collegamento con l'iscrizione di ipoteca di primo grado su immobili. Sul punto, occorre brevemente evidenziare che la caratteristica del mutuo fondiario consiste proprio nel collegamento funzionale tra la concessione del credito ed il valore dell'immobile concesso in garanzia, tanto che l'ammontare massimo dei finanziamenti è stabilito dalla Banca d'Italia - in conformità delle deliberazioni del CICR - in rapporto al valore dei beni ipotecati, oppure delle opere da eseguire sugli immobili stessi. La Banca d'Italia può individuare le ipotesi in cui il

⁵⁸ Lo studio della condizione è stato condotto mediante l'analisi del profilo strutturale e come strumento di selezione degli interessi (D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 107 ss.; D. BARBERO, voce *Condizione*, in *Novissimo. Dig.*, III, Torino, 1964, 1097-1109; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1966, 661 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 316 ss.; P. RESCIGNO, voce *Condizione*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 763 -801; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 39; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 3° ristampa, Torino, 1960, 514 ss.; G. TATARANO, *Incertezza, autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, 63 ss.).

Attenta dottrina ormai da tempo evidenzia che una visione unitaria del regolamento negoziale permette di focalizzare l'interesse al condizionamento del contratto e quindi ad individuare la concreta funzione che la condizione realizza in ciascuna fattispecie (vedi per esempio G. AMADIO, *La condizione di inadempimento, contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996)

⁵⁹ In tal senso basti pensare alla condizione di inadempimento (tra gli altri R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; D. MARCELLO, *L'uso della condizione in funzione rimediabile*, in *La condizione nel contratto. Tra atto e attività*, F. ALCARO (a cura di), Padova, 2008, 385 ss.).

finanziamento possa essere concesso anche in presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie. Inoltre, il legame tra credito e garanzia ipotecaria, nella misura stabilita per legge, perdura durante l'intero svolgimento del rapporto e la legge attribuisce ai debitori il diritto di ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati solo quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente (ai sensi dell'articolo 38 t.u.b.) per le somme ancora dovute. Dunque, l'elemento caratterizzante del credito fondiario, rispetto alle ordinarie operazioni di credito ipotecario, consiste proprio nel limite della sua finanziabilità⁶⁰; tanto che la giurisprudenza più recente, per vero non senza oscillazioni, evidenzia che il superamento del limite di finanziabilità determina la nullità del contratto mutuo fondiario⁶¹. In particolare, i giudici hanno affermato che la scelta di politica economica operata dal legislatore ha voluto attribuire a detto contratto un particolare meccanismo di gestione del rischio, ossia concentrare la copertura del rischio di rientro dell'erogato sul solo immobile su cui è iscritta ipoteca, in un'ottica di «mobilitazione» della ricchezza immobiliare. Nella lettura più recente della Suprema Corte il limite di finanziabilità risponde per un verso, all'esigenza di circoscrivere il rischio dell'operazione negoziale; per altro verso, ed al contempo, all'esigenza di tutela dell'interesse generale alla corretta concorrenzialità e regolarità del mercato del credito⁶². Per tali ragioni il superamento del limite non viola, secondo la Suprema Corte, una norma soltanto comportamentale che incide sulla

⁶⁰ Vedi G. BOZZA, *Il Credito Fondiario nel Nuovo T.U. Bancario*, Padova, 1996 24 ss.; A.U. PETRAGLIA, *Note sulla disciplina giuridica del credito fondiario e alle opere pubbliche dopo il nuovo T.U. 385/93 delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 331 ss.

⁶¹ Sulla questione vedi Cass., 9 maggio 2018, n. 11201; Cass., 13 luglio 2017, n. 17352; conforme App. Cagliari, 25 giugno 2019, n. 2660, tutte in *www.dejure.it*, tali sentenze segnano un mutamento di orientamento della Suprema Corte in ordine alla nullità del contratto per il superamento del limite di finanziabilità dell'80%.

Non mancano tuttavia recenti pronunce di merito (cfr. Tribunale Genova, 29 luglio 2020 n.1236 in *www.dejure.it*, che richiamano il precedente indirizzo che per cui il superamento del limite di finanziabilità non integra una causa di nullità del mutuo (in questo senso vedi infra nota 40).

⁶² L'interesse pubblico entra nella funzione del contratto, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 410 – 413.

responsabilità (come pure un precedente indirizzo giurisprudenziale aveva affermato⁶³), bensì un elemento interno, strutturale della fattispecie, con conseguenze sulla validità del vincolo⁶⁴. Da quanto detto può agevolmente desumersi che la garanzia ipotecaria rappresenta un elemento fondamentale di siffatto rapporto creditizio, tanto che l'acquisizione della medesima è richiesta fin dal momento della concessione del finanziamento, inoltre in difetto di iscrizione ipotecaria il contratto è nullo, perché inidoneo a realizzare la funzione economico sociale che ne sostanzia la causa; esso potrebbe semmai configurare una forma di finanziamento diversa, ma non un credito fondiario⁶⁵.

Ciò detto, appare coerente con il suddetto indirizzo la decisione su riportata del Tribunale di Genova⁶⁶ laddove si evidenziava che la corretta iscrizione dell'ipoteca di primo grado sul bene concesso in garanzia dalla mutuataria si giustificasse ampiamente sotto il profilo logico, economico e giuridico in ragione della nozione e della causa del contratto di credito fondiario.

In conclusione, il contrasto delle decisioni di merito su richiamate si consuma prevalentemente sull'applicazione ai singoli casi concreti del principio espresso dalla Suprema Corte secondo il quale il

⁶³ Vedi per esempio Cass., 28 novembre 2013, n. 26672; Cass., 6 dicembre 2013, n. 27380; Cass., ord. 4 novembre 2015, n. 22446; Cass., 7 marzo 2016, n. 4471; Cass., 2 marzo 2016, n. 13164.

⁶⁴ Per un'analisi delle ragioni del mutato orientamento giurisprudenziale vedi F. TERRUSI, *Il mutuo fondiario in misura eccedente il limite di finanziabilità: le ragioni della nullità secondo l'attuale assetto giurisprudenziale*, in *Biblioteca fondazione italiana notariato*, 2019, 2, 135-146.

⁶⁵ G. BOZZA, *Il Credito Fondiario Nel Nuovo T.U. Bancario*, cit., 35.

Nella giurisprudenza più recente vedi Cassazione civile sez. I, 09 gennaio 2020, n.219 in *www.dejure.it*, la quale precisa che gli elementi costitutivi della qualifica fondiaria del credito sono, da un lato, la concessione da parte di un istituto di credito di «finanziamenti a medio e lungo termine» e, dall'altro, la garanzia da «ipoteca di primo grado su immobili». Essa chiarisce altresì che non risulta essenziale una necessaria contestualità temporale tra l'atto di concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore (art. 2741 c.c.) e la successiva iscrizione da parte del creditore della garanzia stessa nell'ufficio dei registri immobiliari del luogo ove si trovano gli immobili (art. 2827 c.c.), rivestendo comunque tale iscrizione natura costitutiva. (Nel caso di specie la Suprema Corte di Cassazione affrontava la questione dell'inquadramento della natura fondiaria del mutuo erogato da una banca la quale, dopo aver cancellato l'originaria iscrizione ipotecaria, ne aveva iscritto una nuova ai sensi dell'art. 2881 c.c.).

⁶⁶ Vedi sopra Trib. Genova, 19 marzo 2018, n. 797

conseguimento della c.d. disponibilità giuridica realizza la consegna del denaro. Ciò fa sì che la guida nomofilattica della Suprema Corte, forse, è poco d'aiuto per comporre i contrasti applicativi su evidenziati, perché essi affondano le loro ragioni in questioni di merito, sulle quali la medesima non può addentrarsi se non nei limiti della verifica del percorso motivazionale dei giudici di merito.

L'auspicio è che la giurisprudenza di merito sia via via sempre meno condizionata da una perdurante percezione del denaro come res, rispetto al quale il concetto di disponibilità spesso sottende (peraltro in maniera non sempre consapevole) logiche possessorie e ancorate alla disciplina dei beni e si muova, invece, sempre più in linea con la dottrina in ordine alla interpretazione della circolazione del denaro.