

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO / SETTEMBRE

2024

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, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

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.

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

**Corte d'Appello Cagliari Sassari, Sent. 8 settembre 2022, n. 261;
Pres. Rel. Spanu; S.A., C.A.S. s.a.s., S.L. e M.P. c. A.A.M. s.p.a. e
C.F. s.p.a.**

MUTUO DI SCOPO – MUTUO SOLUTORIO – CAUSA CONCRETA –
PREESISTENTI ESPOSIZIONI DEBITORIE.

La causa concreta del contratto di mutuo è rintracciabile nella dazione di una somma il cui utilizzo può essere preordinato dalle parti a soddisfare le preesistenti esposizioni debitorie senza che tale uso, in assenza di una clausola di destinazione, possa caratterizzare la causa del negozio.

MOTIVI DELLA DECISIONE – Nel merito l'impugnazione è affidata sostanzialmente a due profili: l'erroneo apprezzamento del TAEG e dei profili di usura oggettiva e soggettiva dedotti anche con riferimento all'imposizione del finanziamento per ripianare pregresse passività. L'eccezione di nullità delle fideiussioni per violazione della legge antitrust è invece proposta per la prima volta in appello.

Il tribunale escludeva qualsiasi indeterminatezza dei tassi applicati sia nella fase di preammortamento del finanziamento che nella fase successiva, avuto riguardo alla misura del tasso corrispettivo espressamente indicata nel documento contrattuale. Il riscontro effettuato dal primo giudice sui dati pattuiti per iscritto in modo specifico, anche con riferimento alle condizioni di variazione previste per relationem, non è stato oggetto di censura idonea a inficiare l'argomentazione di prime cure, essendosi gli appellanti limitati a riproporre la questione – genericamente adombrata in primo grado – della divergenza tra il tasso stabilito sia in contratto (comunque al di sotto della soglia usuraria) sia nel documento di sintesi e l'onere complessivamente derivante da tutte le voci di costo addebitate alla mutuataria. In realtà nel contratto risultano riportati gli elementi necessari ad informare il contraente in ordine alle condizioni effettivamente applicate (v. il tasso di preammortamento, il tasso variabile parametrato all'Euribor, le spese di istruttoria, il tasso di mora e l'ISC (che non contiene alcuna determinazione del tasso da applicare al rapporto né si pone come elemento costitutivo del contratto), tutti indicati nel contratto e dei quali non è stata smentita la corretta

applicazione), che, secondo la debitrice, comporterebbero un vantaggio usurario se complessivamente considerate.

Di contro, le considerazioni esposte dal giudicante di primo grado circa la trasparenza dei parametri utilizzati per la concessione del finanziamento dà conto delle modalità di determinazione del tasso variabile e dell'intera regolamentazione contrattuale con motivazione congrua rispetto alle contestazioni formulate dagli oppositori.

Non è, inoltre, ravvisabile un fenomeno di usura soggettiva nei termini dedotti dagli appellanti e cioè che l'applicazione di un tasso prossimo alla soglia nel contesto di un impegno finanziario "imposto" dalla banca per rientrare dalle passività gravanti sui rapporti di conto corrente sarebbe sintomatico della soggezione della debitrice alla posizione di forza della banca e del conseguente vantaggio da quest'ultima profittato in danno del cliente, con la conseguenza che non si sarebbe perfezionata l'effettiva dazione della somma mutuata.

Gli appellanti non hanno contestato la materiale consegna della somma mutuata mediante accredito sul conto corrente (peraltro documentata), ma hanno sostenuto che la mutuataria non avrebbe goduto della effettiva disponibilità di tale somma, utilizzata per estinguere un debito preesistente e rafforzare le garanzie a favore del creditore.

La rivisitazione della causa in concreto in termini di vizio genetico, cui mira la difesa appellante, non è supportata da sufficiente allegazione (cfr. Cass. Civ. sez. II, n. 21953/19) di elementi concreti dai quali inferire il perseguimento di una funzione economica distorta rispetto alla causa tipica del mutuo nemmeno ricorrendo alla figura del collegamento negoziale, che presuppone che alla funzione economica dei singoli contratti collegati si sovrapponga una causa unitaria assorbente; neppure risulta allegato il requisito soggettivo ovvero il comune intento delle parti di perseguire, oltre l'effetto tipico di ciascuno dei contratti, anche l'interazione reciproca tra i negozi.

Di contro, ritiene questa Corte che, una volta esclusa la natura di contratto di scopo (diversamente dal vecchio credito edilizio ove era forte anche il connotato soggettivo dell'istituto mutuante e quindi la necessità che le somme erogate fossero destinate alla finalità enunciata), la causa concreta del mutuo è assolta dalla dazione di una somma il cui utilizzo ben può essere preordinato dalle parti a soddisfare precedenti partite debitorie anche per dilazionarne il termine di

scadenza controbilanciato da nuove garanzie, senza che questo entri nella causa in senso oggettivo (cfr. Cass. n. 28662/13 e n. 9475/22: “affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nell’altro, nonché dall’ intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica, soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell’altro”; n. 23149/22; v. anche n. 1193/20 laddove riconnette alla finalità di consolidare le precedenti esposizioni debitorie non la nullità del contratto di mutuo bensì la sottoposizione a revocatoria).

Non è fuor d’opera richiamare anche i recenti precedenti di legittimità (n. 20896/19; n. 1517/21) che, esaminando l’ipotesi in cui l’accredito sul conto corrente di somme non superi il pregresso debito del correntista, ottenendone il ripianamento, concludono per l’inesistenza del mutuo e quindi dell’obbligo di restituzione, qualificando l’operazione in termini di pactum de non petendo. Tale ricostruzione non si attaglia alla fattispecie de qua ove gli appellanti hanno dedotto la nullità dell’operazione contrattuale per usurarietà (soggettiva), invalidità che comunque non deriverebbe dalla modifica contrattuale del termine di adempimento delle pregresse obbligazioni (cfr. Cass. Civ. n. 37654/21), ma dall’approfittamento delle condizioni di bisogno della debitrice nemmeno compiutamente allegate – come già rilevato dal primo giudice – in termini di difficoltà oggettiva di procurarsi condizioni migliori di finanziamento (v. pag. 10-11 sentenza impugnata).

Parimenti non riscontrabile l’applicazione di un tasso di mora usurario, indicato in contratto nella misura pari al tasso corrispettivo più cinque punti.

In disparte che nell’ordinanza istruttoria richiamata in sentenza era esclusa la sovrapposizione dei due tassi, neppure contestata dagli opposenti, i quali eccepivano il superamento del tasso soglia con riferimento all’entità del tasso moratorio così come quantificato, si deve anzitutto osservare che ancora dopo la pronuncia delle Sezioni Unite in

materia (v. 19597/20), che ha sancito la sottoposizione anche degli interessi di mora alla disciplina antiusura, il tasso di mora vada comunque distinto dal tasso corrispettivo previsto quale controprestazione dell'erogazione del denaro e non può essere sommato alle componenti di costo concernenti il regolare funzionamento del contratto, rappresentando il danno che nelle obbligazioni pecuniarie il creditore subisce a causa dell'inadempimento del debitore (v. pag. 18 sentenza cit.) ed essendo diretto a disciplinare l'ipotesi della patologia del rapporto (v. pag. 19: "Così come la legge, per gli interessi corrispettivi, ha introdotto la qualificazione oggettiva della fattispecie usuraria mediante il tasso soglia, del pari, per gli interessi moratori, l'identificazione dell'interesse usurario passa dal tasso medio statisticamente rilevato, in modo altrettanto oggettivo ed unitario, idoneo a limitare l'esigenza di misurarsi con valutazioni puramente discrezionali. Le rilevazioni della B.D. sulla maggiorazione media, prevista nei contratti del mercato a titolo di interesse moratorio, possono fondare la fissazione di un cd. tasso-soglia limite, che anche questi comprenda. La misura media dell'incremento, applicata sul mercato quanto agli interessi moratori, viene considerata dalla B.D. solo a fini statistici, opzione di metodo motivata con l'esigenza di non comprendere nella media operazioni con andamento anomalo ed evitare un innalzamento delle soglie, in potenziale danno della clientela (cfr. documento B.D. 3 luglio 2013). La conseguenza è che la clausola sugli interessi moratori si palesa usuraria, quando essa si ponga "fuori mercato", in quanto nettamente distante dalla media delle clausole analogamente stipulate. Orbene, il tasso rilevato dai d.m. a fini conoscitivi – sia pure di chiaramente in un lasso temporale a volte diverso dal trimestre, non sempre aggiornato a quello precedente (per i più recenti decreti, all'anno 2015) e rilevato a campione – può costituire l'utile indicazione oggettiva, idonea a determinare la soglia rilevante").

In applicazione dei principi espressi dalle Sezioni Unite e tenendo presente la maggiorazione media per gli interessi moratori, si deve concludere che il tasso di mora pattuito nel contratto (categoria altri finanziamenti), pari a 12,05% (7,05 + 5 punti) è inferiore, anche applicando l'aumento del 2,1, al tasso soglia stabilito *ratione temporis* per la categoria altri finanziamenti nella misura del 17,52%.

È infondata altresì la censura relativa alla validità delle fideiussioni.

Il tribunale non si pronunciava espressamente circa la (generica) allegazione della nullità delle garanzie prestate dagli opposenti, derivata dalla nullità del contratto di finanziamento; può tuttavia arguirsi un'implicita decisione dalla pronuncia di rigetto della questione principale, che nel presente grado rimane assorbito dal rigetto del motivo d'appello sull'obbligazione principale.

Per quanto riguarda l'eccezione di nullità della fideiussione, proponibile in ogni stato e grado stante la funzione di paralizzare la pretesa attrice, va rilevato che difetta nella specie qualsiasi allegazione circa l'intimazione del pagamento in applicazione delle clausole denunciate di contrasto con le disposizioni imperative della legge antitrust (v. da ultimo Cass. S.U. n. 41994/21 per la completa ricostruzione della fattispecie in termini di nullità parziale dei contratti a valle), non avendo i fideiussori dedotto di aver subito le deroghe illegittime alle disposizioni in materia di tutela della libera concorrenza sicché difettano di interesse ad ottenere una pronuncia al riguardo.

Il rigetto dell'appello assorbe le ulteriori questioni dedotte dall'appellata.

Gli appellanti devono essere condannati in solido alla rifusione in favore dell'appellata delle spese processuali, liquidate come in dispositivo al valore medio dello scaglione indeterminabile-complessità media.

Si deve dare atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13 c. 1 quater D.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M. – La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione:

1) rigetta l'appello proposto da S.A., in proprio e quale legale rappresentante della C.F.A. s.a.s., S.L. e M.P. avverso la sentenza n. 927/20 del Tribunale di Sassari;

2) condanna gli appellanti in solido alla rifusione in favore dell'appellata delle spese processuali del grado, che liquida in Euro 8.066,00 per compensi, oltre quanto dovuto per legge.

Il contratto di mutuo tra funzione creditizia, scopo negoziale ed uso distorto

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Mutuo fondiario e mutuo di scopo: due species del genus ordinario – 3. La destinazione delle somme mutate – 4. L'uso distorto del mutuo per finalità solutorie – 5. L'immissione nella disponibilità giuridica delle somme mutate.

1. Il caso

Con sentenza la sentenza del 3 ottobre 2020, n. 927, il Tribunale di Sassari respingeva l'opposizione proposta avverso il decreto ingiuntivo n. 311 del 2017 – a titolo di debito residuo ed accessori del finanziamento chirografario – da parte dell'ingiunto che contestava, in primo luogo, il perfezionamento e la validità del contratto di mutuo destinato ad estinguere delle pregresse passività insistenti su dei conti correnti bancari intrattenuti con la banca mutuante e, in secondo luogo, l'applicazione di un tasso d'interesse convenzionale eccedente quello medio applicato. Avverso alle doglianze proposte dalla parte attrice, la banca convenuta rispondeva che il contratto di finanziamento prevedeva un tasso inferiore a quello soglia e che la banca aveva accreditato la somma mutuata sul conto corrente del mutuatario.

Il tribunale rilevava, infatti, che il contratto di finanziamento era stato correttamente determinato dal punto di vista dei soggetti, della causa ed anche da quello del tasso di interesse convenuto che risultava chiaramente individuabile, anche per *relationem*, e sotto la soglia usuraria. In merito alla prova del perfezionamento del mutuo, il tribunale rilevava l'avvenuto accredito sul conto della mutuataria, nulla importando che parte della somma mutuata era stata utilizzata per ripianare delle esposizioni debitorie pregresse nei confronti della stessa banca.

Avverso tale decisione la parte soccombente propone appello deducendo, tra le altre, l'errata valutazione e l'insufficiente motivazione degli atti di causa con specifico riferimento sia all'erroneo apprezzamento dei profili di usura che alla corretta qualificazione del contratto di finanziamento ed ai correlativi rimedi in caso di un uso distorto. La Corte d'Appello escludeva, da un lato e seguendo

pedissequamente il percorso argomentativo tracciato dalla Sentenza del 18 settembre 2020, n. 19597, delle Sezioni Unite della Cassazione, l'indeterminatezza dei tassi applicati ed il superamento del tasso soglia e, dall'altro, la natura di contratto di scopo, rifuggendo dalle argomentazioni dell'appellante dirette a dimostrare il perseguimento di una funzione economica distorta rispetto alla causa tipica del mutuo.

In questa sede, ciò che più interessa, lasciando da parte le questioni relative al tasso soglia in quanto già ampiamente trattata in dottrina dopo l'arresto degli Ermellini a seguito della sopracitata Cass. 19597 del 2020¹, è l'indagine relativa alla qualificazione – ed al suo possibile uso distorto – di un contratto concesso da un istituto bancario ed avente uno spiccato scopo creditizio, in cui la dazione finisce per estinguere un debito preesistente.

¹ Sull'ampio dibattito generato dalla Cass. Sez. Un. 18 settembre 2020, n. 19597, cfr.: V. ANTONINI, *Interessi moratori usurari e tutela del soggetto finanziato*, in *Giur. Comm.*, 2021, II, 1252 ss.; A. ASTONE, *Usurarietà sopravvenuta tra autonomia e controllo*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1283 ss.; A. BARENGHI, *Mora usuraria e interessi corrispettivi: le Sezioni unite disinnescano il contenzioso*, in *Giur. it.*, 2021, 572 ss.; A. CINQUE e C.A. VALENZA, *Interessi moratori e usura. riflessioni a margine di Sass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Contr. Impr.*, 2021, 630 ss.; G. COLANGELO, *Le Sezioni Unite della Cassazione e la salvezza degli interessi moratori: il divorzio dalla matematica e la tutela del contraente forte*, in *Contratti*, 2021, 89 ss.; A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e l'«usura degli interessi moratori». Spunti critici*, in questa *Rivista*, 2021, II, 107 ss.; P. DUVIA, *Usura e interessi di mora: la discutibile posizione assunta dalle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 456 ss.; L. MORISI, *Gli interessi moratori usurari al vaglio delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2021, I, 47 ss.; ID, *Usura e interessi di mora: in medio stat virtus?*, in *Contratti*, 2021, 113 ss.; F. PANI, *Usura ed interessi moratori: l'attesa decisione delle Sezioni Unite, 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Vita notat.*, 2021, 663 ss.; B. PETRAZZINI, *Interessi moratori e usura: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2021, 1395 ss.; F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *Contratti*, 2021, 5 ss.; C. ROBUSTELLA, *Usura e mora: l'ultimo atto delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2021, II, 1066 ss.; U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 16 ss.; M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni Unite sull'applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori: luci e ombre*, in *Danno e resp.*, 2021, 207 ss.; R. FIORELLA, *Interessi moratori usurari: disciplina applicabile e interesse ad agire*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 380 ss.; C. PERNICE, *Usura e interessi di mora: criteri di calcolo e procedimento di verifica*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 931 ss.; A. STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, in *Contratti*, 2020, 647 ss.

2. *Mutuo fondiario e mutuo di scopo: due species del genus ordinario*

Prodromicamente alla perimetrazione della sottile linea di discriminazione tra le lecite finalità solutorie ed usi distorti, occorre prima di tutto qualificare il contratto di finanziamento chirografario oggetto della sentenza in commento. In via di prima approssimazione, muovendoci dal generale al particolare, risulta necessario ricordare che il mutuo, nella sua formulazione codicistica di cui all'art. 1813 c.c.², è definibile come un contratto reale³ e tipico avente funzione di prestito, mediante il quale il mutuante consegna (trasferisce) al mutuatario una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili. Il perfezionamento del contratto avviene mediante la *traditio rei*, vale a dire attraverso la consegna del denaro (o delle altre cose fungibili) che sono oggetto dello stesso, o con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario che, ex art. 1814 c.c., acquista, così, la proprietà delle cose mutate – di cui può disporre e godere in maniera piena ed esclusiva – e correlativamente si obbliga a restituire, non immediatamente ma entro un termine fissato dalle parti (in un'unica soluzione o ratealmente), non già le stesse cose, ma cose

² Sul mutuo ordinario, cfr.: G. GIAMPICCOLO, voce «*Mutuo*», in Enc. Dir., XXVII, Milano, 1977, 444 ss.; B. GARDELLA TEDESCHI, voce «*Mutuo (contratto di)*», in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, p., 537 ss.; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato CNN diretto da Perlingieri*, Napoli, 2004, 7 ss.; M. DE POLI, *Il rapporto*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, V. CUFFARO (a cura di), Bologna, 2005, 33 ss.; P.M. VECCHI, *Il contratto*, 3 ss.; F. GIORNGIANNI e C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2005, 500 ss.; L. DI BONA, sub. *art. 1813*, in *Cod. civ. annotato* Perlingieri, IV, II, Napoli, 2010, 2031 ss.; M. TATARANO, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012, 39 ss.; A. ORESTANO, *Il mutuo*, in *Trattato dei Contratti – Opere e servizi*, V. ROPPO (a cura di), IV, 2, Milano, 2014, 639 ss.; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2021, 349 ss.; C. BRECCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 3a ed., Bologna, 2020, 45 ss.; M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in *Contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Milano, 2021, 1133 ss.; G. MERCANTI, *Il contratto di mutuo*, Milano, 2022, 1 ss.; V. PICCININI, *Il mutuo*, in *Diritto bancario*, G. CRICENTI e F. GRECO (a cura di), Milano, 2023, 505 ss.; S. PIETROPAOLO, *Cenni storici ed evoluzione codicistica*, in *Mutuo e sistema delle tutele. Fasi del rapporto; tecnica e contenzioso*, G. CAPO, G. CASSANO e S. CHIODI (a cura di), Milano, 2020, 7 ss.; P. L. FAUSTI, *Mutuo*, Bologna, 2024, 1 ss.

³ Sul carattere reale del mutuo, in giurisprudenza, cfr.: Cass., 03 gennaio 2011, n. 14; Cass., 27 agosto 2015, n. 17194; Cass., 30 novembre 2021, n. 37654; Cass., 08, febbraio, 2023, n. 3841; Cass., 06 dicembre 2023, n. 34116; Cass., 10 giugno 2024, n. 16074; Cass., 12 giugno 2024, n. 16331.

della stessa specie e qualità (*tantundem eiusdem generis*) e, ex art. 1815, al pagamento degli interessi (c.d. mutuo oneroso, fatto salvo il diverso accordo tra le parti).

Al sopradetto istituto si è affiancato quello fondiario⁴ – in questo caso, con una spiccata funzione creditizia – avente ad oggetto una somma di denaro erogata da un'impresa bancaria: *species* del *genus* del mutuo codicistico, il mutuo fondiario è disciplinato, non solo, dal codice civile ma anche dagli artt. 38 ss. del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB). Il contratto di mutuo fondiario è un negozio, senza la destinazione della somma mutuata (come nel caso del mutuo di scopo⁵ o di quello edilizio⁶), caratterizzato dalla presenza di due ulteriori requisiti strutturali necessari e contestuali, oltre a quelli soggettivi appena richiamati, vale a dire da un finanziamento a medio-lungo

⁴ Sul mutuo fondiario, cfr.: M. SEPE, sub. art. 38, in *Comm. t.u.b Capriglione*, I, Padova, 2018, 414 ss.; A. PISAPIA, *Mutuo fondiario, estinzione di un precedente debito e revoca della garanzia ipotecaria*, in *Contratti*, 2019, 298 ss.; A. ALIOTTA, *Il recupero del credito fondiario, tra esenzione individuale e concorsuale*, in *Riv. esec. forz.*, 2022, 217 ss.; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 349 ss.; M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, cit., 1133 ss.; M. TATARANO, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, Napoli, 2022, 30 ss.; G. MERCANTI, *Il contratto di mutuo*, Milano, 2022, 40 ss.; S. PIETROPAOLO, *Tipologie di muti bancari*, in *Mutuo e sistema delle tutele. Fasi del rapporto; tecnica e contenzioso*, G. CAPO, G. CASSANO e S. CHIODI (a cura di), Milano, 2020, 25 ss.; V. PICCININI, *Il mutuo*, in *Diritto bancario*, G. CRICENTI e F. GRECO (a cura di), Milano, 2023, 523 ss.; F. VISMARA, *Contratto di mutuo fondiario ed estinzione di preesistente obbligazione*, in *Contratti*, 2023, 228 ss.; P. L. FAUSTI, *Mutuo*, cit., 146 ss.; T. MAUCERI, *Mutuo fondiario e violazione di norme imperative*, Napoli, 2024, 13 ss.

⁵ Sull'assenza dello scopo negoziale all'interno del mutuo fondiario, cfr.: Cass. 26 marzo 2012, n. 4792; Cass. 27 dicembre 2013, n. 28662 con nota di G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contratti*, 2014, 439 ss. e di S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti*, 2014, 439 ss.; Cass. 20 aprile 2007, n. 9511; Cass. 11 gennaio 2001, n. 317, con nota di D. PLENTEDA, *Natura del contratto di mutuo fondiario*, in *Fall.*, 2001, 1214 ss., di M. SANTA MARIA, *La valutazione dell'intenzione delle parti nella qualificazione del contratto quale mutuo di scopo*, in *Contratti*, 2001, 466 ss. e di A.V. GUCCIONE, *La «fattispecie» del mutuo di scopo nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2002, 305 ss.

⁶ Il mutuo edilizio, cfr.: Cass., 01 settembre 1995, n. 9219; Cass., 08 aprile 2009, n. 8564, con nota di M. FERRO, *Mutuo edilizio di scopo: nullità ed opponibilità al sopravvenuto fallimento della società mutuataria*, in *Fall.*, 2009, 664 ss.; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28662.

termine⁷ il cui rischio di rientro di quanto erogato viene garantito da ipoteca di primo grado su un immobile⁸.

⁷ Dalla lettera della delibera CICR del 22 aprile 1995 sulle *norme in materia di credito fondiario in attuazione dell'art. 38, comma 2, del T.U. bancario*, l'importo finanziato mediante mutuo fondiario non può (*rectius*, poteva) generalmente superare l'80% del valore dei beni ipotecati, salvo il raggiungimento del 100% qualora vengano prestate ulteriori garanzie. Con la sentenza delle SS.UU. del 16 novembre 2022, n. 33719 (con nota di M. ANELLINO, *La pronuncia delle Sezioni Unite "salva" i mutui fondiari concessi oltre i limiti di finanziabilità*, in *Dir. banc. fin.*, 2023, I, 112 ss., di R. BENCINI, *Le SS.UU. escludono la nullità e la riqualificazione del mutuo fondiario concesso oltre il limite di finanziabilità*, in *Diritto e giustizia*, 2022, 8 ss., di S. PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, in *Giur. it.*, 2023, 527 ss., di F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, in *Contratti*, 2023, 154 ss. e di U. SALANITRO, *Dopo le Sezioni Unite, quale disciplina per il credito fondiario eccedente il limite di finanziabilità?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, II, 323 ss.) la Cassazione ha ritenuto che il limite di finanziabilità non è un elemento essenziale del contratto ma di un elemento integrativo e, pertanto, il suo superamento non può determinare la nullità del negozio. Sui limiti di finanziabilità del mutuo fondiario, cfr.: A.A. DOLMETTA, *Credito fondiario e limite di finanziabilità. Critica della sentenza di Cass. n. 26672/2013*, in *Vita notar.*, 2014, 66 ss.; F. MACARIO, *Mutuo fondiario e superamento del limite di finanziabilità*, in *Contratti*, 2023, 5 ss.; S. PAGLIANTINI, *Mutuo fondiario e limite di finanziabilità: a passo di gambero*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, II, 407 ss.

⁸ Cfr.: Cass., 10 febbraio 2020, n. 3024.

Le parti, però, possono anche decidere di concludere un contratto di mutuo consensuale ed atipico⁹ come nel caso di quello di scopo¹⁰

⁹ Il dibattito sulla rispondenza del mutuo di scopo al modello codicistico o sulla sua qualificazione come fattispecie contrattuale autonoma, sulla consensualità o realtà, ha diviso in passato dottrina e giurisprudenza: una teoria più tradizionale riconosceva la preminenza del modello contrattuale tipizzato dal codice civile all'interno del mutuo di scopo che veniva meglio specificato attraverso l'inserimento di una clausola di destinazione che, comunque, rimaneva servente rispetto al negozio principale; una teoria più innovativa, viceversa, emancipa la figura del mutuo di scopo da quella di cui all'art. 1813 ss. c.c. in quanto la clausola di destinazione assurge a requisito fondamentale e qualificato del negozio. Sul punto si veda in dottrina, cfr.: G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 458; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, 110; D. LA ROCCA, *Il mutuo di scopo*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, V. CUFFARO (a cura di), Bologna, 2005, 177 ss. G. DINACCI, *Mutuo di scopo*, in *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, S. PAGLIANTINI e D. GIAMPIERO (a cura di), in *Tratt. dir. eco. Picozza-Gabrielli*, VII, Padova, 2009, 112. In giurisprudenza, sulla consensualità, onerosità ed atipicità del contratto di mutuo di scopo, cfr.: Cass. 11 gennaio 2001, n. 317; Cass. 26 marzo 2002, n. 4327; Cass. 19 maggio 2003, n. 7773 con nota di N. MONTICELLI, *Contratto di finanziamento e rischio di cambio: il difficile equilibrio degli interessi contrapposti*, in *Contratti*, 2003, 1131 ss. e di V. GIORGI, *In tema di trasferimento del rischio di cambio inerente ad una somma di denaro oggetto di mutuo di scopo*, in *Contratti*, 2003, 1139 ss.; Cass. 9 maggio 2007, n. 10569; Cass. 3 dicembre 2007, n. 25180 con nota di T. AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Riv. not.*, 2009, II, 445 ss., di D. FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p.163 ss., di G. GENNARI, *Mutuo*, in *Obbl. contr.*, 2008, 365 ss., di L. MARTONE, *Mutuo di scopo ed apertura di credito*, in *Contratti*, 2008, 561 ss. e di L. RUGGERI, *Il mutuo di scopo: una conferma dalla Cassazione*, in *Vita notar.*, 2008, 161 ss.; Cass. 30 marzo 2015, n. 6395, con nota di J. WILES, *Il mutuo di scopo edilizio e l'impossibilità ab origine di realizzazione dello scopo legale: quali conseguenze*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, I, 795 ss.

¹⁰ Sul mutuo di scopo, cfr.: R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale. Contributo allo studio del mutuo di scopo*, Napoli, 1988, 55 ss.; A. ZIMATORE, *op. cit.*, 120 ss.; S. MAZZAMUTO, voce «*Il mutuo di scopo*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss.; M. RISPOLI FARINA, voce «*Mutuo di scopo*», in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 558 ss.; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., *op. cit.*, 257 ss.; D. LA ROCCA, *op. cit.*, 177 ss.; R. TETI, *I mutui di scopo*, in *Trattato Rescigno*, XII, Torino, 2007, 649 ss.; G. DINACCI, *op. cit.*, 99 ss.; E. IORIO, *Il mutuo di scopo*, in *Il mutuo nella giurisprudenza*, V. FRATTAROLO e E. IORIO (a cura di), Milano, 2009, 263 ss.; M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, cit., 31 ss.; M.C. PERCHINUNNO, *Il mutuo di scopo*, in *Le operazioni di finanziamento*, F. GALGANO (a cura di), Bologna, 2016, 142 ss.; L. BALESTRA, *Il mutuo di scopo tra «arricchimento» degli interessi perseguiti e deviazioni del modello codicistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1133 ss.; S. PIETROPAOLO, *Il mutuo di scopo*, in *Mutuo e sistema delle tutele. Fasi del rapporto*;

convenzionale¹¹: in questo caso le parti stesse possono stabilire all'interno del regolamento contrattuale, inserendovi una clausola di destinazione avente ad oggetto una prestazione di *facere in rem propriam* a carattere sinallagmatico¹², stringenti modalità d'impiego delle somme mutate (od anche beni mutuati) e la loro consegna assume rilevanza solo dal punto di vista esecutivo del negozio e del corretto adempimento dell'obbligazione in capo al mutuante¹³.

Il contratto oggetto della presente analisi, trattandosi di un finanziamento chirografario – la cui peculiarità distintiva risiede nell'assenza di un vincolo reale o privilegiato a garanzia del creditore, che non potrà che fare affidamento sulla generale solvibilità del

tecnica e contenzioso, G. CAPO, G. CASSANO e S. CHIODI (a cura di), Milano, 2020, 45 ss.; F. SARTORI, *Qualificazione del mutuo fondiario come mutuo di scopo. Sequestro conservativo transfrontaliero su conti bancari e la disciplina di raccordo*, in *Dirigenza bancaria*, 2020, 38 ss.; F. DELLA ROCCA, *Mutuo di scopo e nuove tecnologie*, Napoli, 2022, 15 ss.; M. TATARANO, *Mutuo di scopo*, cit., Napoli, 2022, 9 ss.; V. PICCININI, *Il mutuo*, in *Diritto bancario*, G. CRICENTI e F. GRECO (a cura di), Milano, 2023, 517 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo: quarant'anni dopo. Uno studio in memoria di Remigio Perchinunno*, Napoli, 2024, 5 ss.

¹¹ Si segnala, al fianco del convenzionale, la presenza del mutuo di scopo legale, connotato dalla determinazione del vincolo delle somme mutuale *ex lege* (vincolo etero-imposto), e non lasciato alla libera determinazione delle parti, e da uno spiccata connotazione pubblicistica dell'istituto.

¹² Secondo la Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517 (con nota di M. FERRO, *Mutuo ipotecario di scopo convenzionale ad estinzione di debito pregresso e pactum de non petendo ad tempus*, in *Fall.*, 2021, 309 ss. e di C. LOMBARDO, *Mutuo di scopo convenzionale - Estinzione debiti preesistenti tra le parti – Utilizzo strumentale?*, in *Giur. it.*, 2021, 1883 ss.) «nel caso di mutuo di scopo convenzionale, il punto del necessario rispetto della destinazione delle somme erogate all'effettivo conseguimento dello scopo prefissato è assicurato sul piano dello svolgimento del sinallagma funzionale del rapporto, con la conseguenza che all'inadempimento del mutuatario seguirà la risoluzione del relativo contratto».

¹³ Storicamente, una prima definizione di mutuo di scopo può essere ricercata nella Cass. 10 giugno 1981, n. 3752, secondo la cui massima (in *Giur. it.* 1981, I, 1, 1242) «i contratti di mutuo di scopo o di destinazione si diversificano dallo schema tipico dei contratti di mutuo oltreché per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale e non reale, altresì sotto il profilo strutturale, perché il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere ai relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo l'attività in concreto programmata; e sotto il profilo causale, giacché nel sinallagma contrattuale quest'ultima prestazione, ancor più di quella degli interessi, assume rilievo corrispettivo dell'attribuzione della somma».

debitore o dei suoi fideiussori ove presenti, essendo l'obbligazione del mutuatario garantita unicamente dalla sua responsabilità patrimoniale generale – non potrà palesemente esser ricondotto, benché in presenza di un consistente finanziamento a medio-lungo termine erogato da parte di un istituto bancario, nell'alveolo di quello fondiario, stante l'assenza del requisito fondamentale della garanzia reale prestata dal mutuatario. V'è a questo punto da chiedersi se, all'interno del negozio analizzato, sia possibile rintracciare un collegamento negoziale quale *condicio sine qua non* per aversi l'ultima fattispecie citata, vale a dire quella di scopo.

3. La destinazione delle somme mutate

Se nel codicistico contratto di mutuo, l'effettiva destinazione della somma mutuata rientra nella sfera della libertà del mutuatario, nei motivi tendenzialmente irrilevanti che spingono le parti a contrarre tale negozio e che nulla permeano la causa del contratto di mutuo, nel caso di quello di scopo, all'obbligazione di restituzione il *tantundem* e degli interessi, vi si aggiunge un'ulteriore obbligazione in capo al mutuatario che è quella di vincolare l'impiego delle somme mutate (e, pertanto, limitare la libera disposizione e godimento¹⁴) al perseguimento di una specifica finalità (possibile e realizzabile), di uno specifico interesse (immediato o mediato, diretto od indiretto), necessariamente ed imprescindibilmente comune tanto al mutuante quanto al mutuatario¹⁵.

¹⁴ Si segnala che tale vincolo di destinazione e la correlativa limitazione della disposizione e godimento della somma mutuata può giungere sia a giustificare l'ingerenza, il potere-dovere di controllo, del mutuante nella sfera del mutuatario così da verificare il corretto soddisfacimento degli interessi mutualmente condivisi tra le parti (cfr.: Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123) che la corresponsione del finanziamento sulla base dello stato di avanzamento dello scopo prefissato.

¹⁵ In giurisprudenza, sull'interesse comune quale requisito fondamentale per la conclusione del mutuo di scopo che si riverbera sull'assetto causale del contratto, cfr.: Cass. 24 gennaio 2012, n. 943; Cass. 15 marzo 2022, n. 8382 con nota di V. TIMPANO, *Mutuo di scopo convenzionale: profili strutturali e tratti distintivi rispetto al mutuo codicistico*, in *Contratti*, 2022, 515 ss.; Cass., 5 giugno 2024, n. 15695. Così come rilevato nella Cass. 14 aprile 2021, n. 9838 (con nota di V. DE GIORGIO, *Il mutuo di scopo convenzionale: il rilievo strutturale e funzionale della clausola di destinazione e gli interessi in gioco*, in *Giur. Comm.*, 2022, II, 1322 ss.) «in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo convenzionale, è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata, incidendo sulla causa del contratto, finisca per coinvolgere direttamente anche l'interesse dell'istituto finanziatore; nel

Lo scopo perseguito necessariamente da entrambe parti, e non quello perseguito da una sola di esse, non è più un mero motivo rientrante nella sola sfera privata di una di esse, ma entra a far parte, a pieno titolo e grazie all’inserimento della clausola pattizia di destinazione, dello schema della causa concreta del contratto di mutuo caratterizzando ulteriormente le obbligazioni in capo al mutuatario¹⁶. Quest’ultima,

sensu che, qualora — invece — venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate nell’interesse del mutuatario, si realizzerebbe una mera esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale; in tale eventualità, pertanto, non si potrebbe parlare di mutuo di scopo (sebbene uno scopo, in senso lato, vi sia ovviamente per il sovvenuto), poiché la mera indicazione dei motivi, non accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione, non è di per sé idonea a modificare il tipo negoziale. Pertanto, per distinguere l’un tipo dall’altro, ove manchi un interesse del mutuante allo scopo, sul mutuatario non grava uno specifico obbligo di destinazione delle somme erogate; la qualificazione in termini di mutuo di scopo si può, invece, affermare quando sia rinvenibile un obbligo specifico del mutuatario nei confronti del mutuante, in ragione dell’interesse di quest’ultimo — diretto o indiretto — alla specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo; negli altri casi, l’inosservanza della destinazione indicata in contratto non rileva ai fini della validità o meno del contratto stesso».

¹⁶ Sulla causa concreta, cfr.: 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.*, 2013, 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 253 ss.; MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. giur.*, 2013, 1441 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 588 ss.; A. DAVIDE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 37 ss. Secondo quanto rilevato dalla Cass. 4 marzo 2020, n. 20552 (con nota di E. BRUNO, *Mutuo di scopo: nullo se non è rispettata la causa*, in *Diritto e giustizia*, 2020, 7 ss.) «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». Similmente anche: Cass. 22 dicembre 2015, n. 25793; Cass. 18 giugno 2018, n. 15929, con nota di E.R. MASCOLO, *L’inosservanza della destinazione delle somme nel mutuo di scopo: quali conseguenze?*, in *Riv. not.*, 2020, I, 493 ss.

infatti, è un elemento essenziale del mutuo di scopo¹⁷ e, pertanto, da un lato, non può essere assolutamente qualificata come un elemento accidentale o accessorio del contratto e, dall'altro, legittima l'azione di nullità qualora: le somme fossero state distratte per un altro scopo o lo scopo originario non fosse stato realizzato¹⁸; le somme fossero state distratte in forza di un patto elusivo stipulato tra mutuante e mutuatario¹⁹; lo scopo fosse originariamente impossibile²⁰.

Dalla lettera dell'appello in commento, non si può che convenire sulla mancanza del collegamento negoziale e sulla correlativa assenza di tale elemento caratterizzante il mutuo di scopo, stante il non

¹⁷ Secondo la Cass. del 23 marzo 2022, n. 9475, in materia di contratto di mutuo per estinguere passività pregresse di un conto corrente, «*affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nell'altro, nonché dall'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica, soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro*».

¹⁸ Cfr.: Cass. 9 febbraio 2015, n. 2409; Cass. 22 dicembre 2015, n. 25795; Cass. 19 ottobre 2017, n. 24699, con nota di E. BRIGANTI, *Mutuo di scopo*, in *Notariato*, 2017, 643 ss. e di M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *Contratti*, 2018, 417 ss.; Cass. 27 dicembre 2019, n. 34535; Cass. 29 settembre 2020, n. 20552. Cfr. anche: M. SANNINO, *In tema di nullità del mutuo di scopo*, in *Studi e materiali*, 2022, 37 ss.; M. ZICCARDI, *Mutuo di scopo e mancata realizzazione del fine stabilito. Questioni applicative e profili rimediali*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 589 ss.

¹⁹ Secondo quanto rilevato a V. TIMPANO (in *op. cit.*, 522) «*ove si tratti di mutuo di scopo legale con contestuale stipulazione del patto di distrazione, la giurisprudenza, avuto anche riguardo all'interesse di natura pubblicistica sotteso all'operazione di credito, propende per la nullità del contratto. [...] 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. [...] Nel mutuo di scopo convenzionale la situazione si presenta in termini diversi. [...] La stipulazione, contestuale al mutuo di scopo, del patto di distrazione, sebbene comporti una chiara deviazione dalla finalità contrattualmente concordata, dovrebbe dar luogo non tanto alla nullità del contratto per difetto di causa, quanto piuttosto ad un fenomeno simulatorio*». In giurisprudenza, cfr.: Cass. 11 gennaio 2001, n. 317; Cass. 19 ottobre 2017, n. 24699.

²⁰ Cfr.: Cass. 30 marzo 2015, n. 6395.

inserimento di una clausola pattizia di destinazione all'interno dello schema negoziale che avrebbe potuto (e dovuta essere) espressione di un interesse assorbente e comune ad entrambe le parti, diretta a vincolare l'impiego delle somme mutate verso il risanamento di un'esposizione debitoria, insistente su di un contratto in essere di conto corrente, nei confronti del medesimo istituto. Le motivazioni sottese alla conclusione del predetto negozio sono, pertanto, rimaste relegate nell'ambito dell'irrilevanza senza riuscire ad assurgere, nella libertà pattizia, ad incidere sulla causa concreta del contratto di mutuo.

4. *L'uso distorto del mutuo per finalità solutorie*

Benché la finalità solutoria non sia in contrasto con la causa del contratto di mutuo, nella prassi contrattuale bancaria tale negozio è stato sovente utilizzato, nel solo vantaggio ed interesse dell'istituto di credito, per estinguere le preesistenti passività del soggetto nei confronti del medesimo istituto di credito, col precipuo intento di trasformare un credito chirografario in ipotecario²¹.

Più in generale, nel mutuo fondiario, preso in valore assoluto, stipulato per sanare l'esposizione debitoria (latamente intesa) – vista l'irrilevanza dei motivi che hanno spinto le parti a concludere il contratto e l'assenza di uno specifico vincolo di destinazione delle somme mutate – l'impiego delle somme per tal fine mutate è valido

²¹ Cfr.: P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 369 ss. Secondo quanto rilevato dalla Cass. 12 settembre 2014, n. 19282, (con nota di P. BONTEMPI, *Valido il mutuo fondiario per estinguere debiti pregressi del mutuatario verso la banca mutuante*, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 752 ss.) in «riferimento alla disciplina prevista dall'art. 38 del T.U.B. di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, [...] come già affermato in altri precedenti, il mutuo fondiario non è mutuo di scopo, non risultando per la relativa validità previsto che la somma erogata dall'istituto mutuante debba essere necessariamente destinata ad una specifica finalità che il mutuatario sia tenuto a perseguire. [...] Ed invero, essendo il contratto di credito fondiario connotato dalla concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto; [...] laddove, invece, nel mutuo di scopo, legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi e l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, quindi rilievo causale nell'economia del contratto. Pertanto, è lecito il contratto di mutuo fondiario stipulato dal mutuatario, ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 38, per sanare debiti pregressi verso la banca mutuante».

ed efficace, essendo i motivi del mutuatario leciti, e la causa non risulta essere contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume²².

Problematico, viceversa, è il caso in cui il contratto sia stato stipulato per trasformare un credito chirografario in ipotecario, visto il possibile e grave nocumento che tale operazione può arrecare nei confronti dei terzi creditori a fronte dei particolari benefici per l'istituto di credito stante il consolidamento del privilegio dell'ipoteca decorsi 10 giorni²³.

²² Secondo quanto rilevato dalla Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, «*pacífico è, in particolare, che: il mutuo solutorio non è nullo, perché “il ripianamento della passività costituisce in definitiva una possibile modalità di impiego dell'importo mutuato” (Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01); deve ritenersi “superato il precedente indirizzo” secondo cui il mutuo solutorio è un contratto simulato oppure illecito; “il ricorso al credito come mezzo di ristrutturazione del debito è previsto dalla stessa normativa vigente, che a mezzo degli artt. 182-bis e 182-quater della legge fall.” (Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01); il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non può considerarsi di per sé illecito dal momento che, a tutela di chi risulti danneggiato da tale atto negoziale, l'ordinamento appresta rimedi speciali e la sanzione dell'inefficacia (cfr. Cass., 31/10/2014, n. 23158; Cass., 11/10/2013, n. 23158; Cass., 4/10/2010, n. 20576); la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto (Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01); il perfezionamento del contratto di mutuo, con la consequenziale nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo, non rilevando, a detto fine, che il contratto abbia le caratteristiche del mutuo cd. di scopo, nel quale sia previsto l'obbligo di utilizzare quella somma ad estinzione di altra posizione debitoria verso il mutuante. (Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01)».* Similmente anche: Cass. 16 gennaio 2023, n. 1147 con nota di S. BONFATTI, *Superamento del “limite di finanziabilità” nel mutuo fondiario (e destinazione del finanziamento alla estinzione di passività pregresse)*, in *Fall.*, 2023, 327 ss.; Cass. 16 gennaio 2023, n. 2176 con nota di S. BONFATTI, *La disciplina del mutuo fondiario erogato per la estinzione di passività pregresse*, in *Fall.*, 2023, 481 ss.; Cass. 23 maggio 2023, n. 14214; Cass. 13 novembre 2023, n. 31560. Sul mutuo solutorio, tra tutti, cfr.: E. BACCIARDI, *Mutuo solutorio e causa concreta del contratto*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 924 ss.

²³ La consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., 09 ottobre 2012, n. 17200; Cass., 15 ottobre 2012, n. 17650; Cass., 02 ottobre 2015, n. 19710; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3955; Cass., 21 febbraio 2018, n. 4202; Cass., 13 marzo 2018, n. 6094; Cass., 25 luglio 2018, n. 19746; Cass., 22 febbraio 2021, n. 4694, con nota di F. COMMISSO, *La cassazione torna sul tema della impugnabilità dei contratti in frode ai creditori, ed in particolare sulla revocabilità dell'utilizzo “anomalo” dei mutui fondiari*, in *Fall.*, 2021, 926 ss.; Cass., 26 luglio 2023, n. 22563) qualifica come atto

Sul punto «*la Suprema Corte ha chiarito che oggetto di censura [...] non può essere la sola garanzia ipotecaria, ma deve essere anche il contratto di mutuo fondiario: alla declaratoria d'inefficacia del negozio di finanziamento consegue infatti la caducazione della relativa, accessoria, garanzia ipotecaria e quindi la reviviscenza dell'originario credito chirografario estinto mediante l'utilizzo delle somme mutuate*»²⁴.

Nel caso di specie, vista la presenza del ricordato finanziamento di tipo chirografario e non essendosi realizzata nessuna trasformazione in credito ipotecario e, pertanto, non essendo stata rafforzata la posizione creditoria dell'istituto di credito con il relativo non nocumento delle possibili pretese dei terzi creditori, appare condivisibile la posizione della Corte d'Appello che non ravvede un uso distorto del contratto di mutuo.

5. *L'immissione nella disponibilità giuridica delle somme mutuate*

Non appare neppure pregevole, come rilevato dalla Corte, la doglianza mossa da parte degli appellanti relativa, non tanto, alla materiale consegna della somma mutuata sul conto corrente, quanto alla non effettiva disponibilità della somma mutuata. Bisogna ricordare che solo attraverso la consegna si perfeziona il contratto di mutuo realizzandosi la *traditio* del bene mutuato, quale oggetto del contratto,

anormalmente solutorio l'operazione con cui un mutuo viene erogato con contestuale concessione di garanzia ipotecaria, laddove esso sia finalizzato al ripianamento di debiti preesistenti, in quanto in contrasto con i principi di *par condicio creditorum*. L'anomalia risiede nella destinazione delle somme erogate, che, lungi dall'incrementare la capacità finanziaria del mutuatario, si limitano a ristrutturare passività preesistenti, a fluire immediatamente nelle casse della banca mutuante o di altri creditori privilegiati, configurandosi come una rimessa indiretta volta a soddisfare debiti già esistenti, e quindi suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 67, l.fall.

²⁴ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 573. In giurisprudenza, cfr.: Cass. 15 ottobre 2012, n. 17650; Cass. 28 gennaio 2013, n. 1807; Cass. 18 aprile 2013, n. 9482; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3955; Cass. 21 febbraio 2018, n. 4202; Cass. 25 luglio 2018, n. 19746; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3024 con nota di G. BOMBAGLIO, *La necessaria contestualità dell'iscrizione ipotecaria nelle operazioni di credito fondiario e (in difetto) la disapplicazione dei vantaggi disciplinari*, in *Contratti*, 2020, 547 ss. e di G. SALVI, *Mutuo fondiario – La Cassazione boccia ancora l'utilizzo fraudolento del mutuo fondiario ad estinzione di debiti pregressi*, in *Giur. it.*, 2021, 1071 ss.; Cass. 22 febbraio 2021, n. 4694.

che può avvenire o consegnando la cosa (*brevi manu*, simbolica...) oppure ponendola nella disponibilità giuridica del mutuatario (accreditando la somma nel conto corrente o su libretto postale del mutuatario). Con particolare riferimento alla natura reale del contratto di mutuo – e, quindi, all’imprescindibile *traditio rei* – la giurisprudenza non ha mancato di censurare l’operazione, definita come meramente *contabile*, ad opera dell’istituto bancario che ha estinto la preesistente esposizione debitoria del cliente facendogli concludere un contratto di mutuo fondiario senza, però, avergli consegnato la somma mutuata. Si deve, però, segnalare che: da un lato, la *traditio* della disponibilità delle somme mutate può essere raggiunta anche attraverso forme più o meno evanescenti, essendo richiesta l’uscita della somma dal patrimonio del mutuante e l’immissione nella disponibilità giuridica, e non anche quella fisica, delle stesse in mano al mutuatario²⁵; dall’altro, «*l’accredito su conto corrente con saldo passivo [... realizza ...] la traditio della somma mutuata, in quanto il ripianamento (totale o parziale) dell’esposizione debitoria verso la banca [... è ...] l’effetto voluto ex ante da entrambe le parti. [...] Laddove, viceversa, non risulti che quest’effetto solutorio sia voluto, o risulti che esso sia voluto dalla sola banca mutuante, non potrà ravvisarsi alcun trasferimento di disponibilità giuridica della somma mutuata in capo al mutuatario, per la semplice ragione che essa non è mai uscita dalla sfera di*

²⁵ Cfr.: V. SANGIOVANNI, *Brevi note sull’erogazione del danaro nel mutuo*, in *Corr. giur.*, 2012, 135 ss. In giurisprudenza la Cass. 23 febbraio 2023, n. 5654, segnala che «*in un contesto come quello attuale di progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e loro sostituzione con annotazioni contabili, la consegna o traditio della somma è da intendersi, non esclusivamente quale trasferimento materiale e fisico di denaro nelle mani del mutuatario, ma anche quale trasmissione della disponibilità giuridica delle somme mutate, sussistente oltre che nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l’uscita della somma dal proprio patrimonio e l’acquisizione della medesima al patrimonio del mutuatario*». Similmente anche: Cass. 05 luglio 2001, n. 9074; Cass. 28 agosto 2004, n. 17211; Cass. 03 gennaio 2011, n. 14; Cass. 30 novembre 2011, n. 25569; Cass. 27 agosto 2015, n. 17194; Cass. 27 ottobre 2017, n. 25632; Cass. 22 luglio 2019, n. 19654 con nota di T. MAUCERI, *Realità del mutuo e oneri probatori nei confronti del fallimento del mutuatario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 164 ss.; Cass., 08 aprile 2020, n. 7740; Cass. 18 gennaio 2021, n. 724; Cass. 22 novembre 2021, n. 35959; Cass. 30 novembre 2021, n. 37654; Cass. 22 marzo 2022, n. 9229; Cass. 6 dicembre 2023, n. 34116.

*disponibilità patrimoniale della banca»²⁶. Pertanto, anche nel caso qui in commento, ben può essere che le parti abbiano stipulato tale finanziamento per sanare una precedente esposizione debitoria con lo specifico obiettivo di dilazionare la restituzione del *tantundem*, ma senza far assicurare tale possibile motivo ad elemento caratterizzante del mutuo. Di più, condividendo la posizione del primo Giudice e della Corte d'Appello, si può dire perfezionato il contratto di mutuo essendo stata appurata, attraverso la documentazione dell'accredito sul conto corrente bancario del mutuatario, la trasmissione della disponibilità giuridica delle somme mutate: cronologicamente, dapprima, vi sarà stata la trasmissione della provvista dall'istituto bancario al correntista e, solo successivamente, sarà intervenuta la compensazione tra le partite dei due soggetti.*

²⁶ L. ANDRETTO, *Mutuo erogato in funzione solutoria di un debito pregresso: ricadute sulla causa petendi della domanda d'ammissione al passivo*, in *Fall.*, 2022, 1409 ss. Sul punto, le più recenti pronunce della Suprema Corte (Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, e Cass., 27 febbraio 2024, n. 5151) – che hanno raggiunto un risultato ricostruttivo più pregevole rispetto a quello della Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517 (con nota di F. CAPPAL, *La non facile qualificazione delle operazioni di "ripiamento" di debiti pregressi a mezzo di nuovo "credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 808 ss. e di 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.*, 2021, 1330 ss.) e della Cass., 5 agosto 2019, n. 20896 – hanno affermato, valorizzando il profilo pratico-economico dell'operazione, che il mutuo solutorio mantiene la propria natura giuridica di contratto di mutuo in virtù dell'effettivo spostamento patrimoniale rappresentato dall'accredito delle somme sul conto corrente del mutuatario, escludendo che tale fattispecie possa essere ricondotta a una mera dilazione del termine per l'adempimento (*pactum de non petendo*), evidenziando che la natura solutoria e il superamento della passività pregressa conferiscono al contratto un'autonomia causale e sostanziale.