

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

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 (SEGRETARIO 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

Metodologie di erogazione del mutuo bancario

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il mutuo bancario tra realtà e consensualità. – 3. La *consegna* non come comportamento materiale ma come “costruzione giuridica”. – 4. L’equiparazione giurisprudenziale della “consegna” alla “disponibilità giuridica” della somma mutuata. – 5. La casistica giurisprudenziale. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

La tradizionale concezione¹ del mutuo in termini di “contratto reale” (e, cioè, di contratto che si perfeziona, oltre che con il consenso dei contraenti, con la consegna materiale della cosa mutuata, senza la quale il contratto, dunque, non si forma)² pare esser messa a dura prova, a prima vista, dalle modalità operative che le banche utilizzano per l’erogazione delle somme oggetto di mutuo, vale a dire (i) la tenuta della somma oggetto di mutuo in deposito irregolare presso la banca mutuante (in vista della sua corresponsione, ad esempio, una volta conseguito il “consolidamento” dell’ipoteca), (ii) la consegna al mutuatario di un assegno (bancario o circolare), (iii) l’accredito sul conto corrente del mutuatario, (iv) il bonifico al mutuatario, (v) il bonifico a soggetto diverso dal mutuatario su delegazione del mutuatario stesso.

Invero, il legislatore del Codice civile (riprendendo la definizione del Codice previgente, il cui art. 1819 recitava che «*Il mutuo o prestito*

¹ Cfr. F. CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, in *Tr. Vassalli*, Torino, 1957, 87; G. D’AMICO, *La categoria dei c.d. contratti reali “atipici”*, in *Rass. dir., civ.*, 1984, 352; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1966, 1; G. GIAMPICCOLO, *Mutuo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 448; V. GIUFFRÈ, *Mutuo (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 414; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tr. Sacco*, Torino, 1999, 400; U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1975, 10; E. SIMONETTO, *Mutuo*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1; R. TETI, *Il mutuo*, in *Tr. Rescigno*, Torino, 2007, 623.

² La *traditio* è, in altre parole, «un co-elemento strutturale della fattispecie contrattuale, che si situa sul piano della formazione e non solo dell’esecuzione del contratto» (F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, 2); con la conseguenza che non è sufficiente il solo consenso delle parti e che il contratto non si perfeziona in assenza della consegna del denaro.

di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra una data quantità di cose, coll'obbligo nell'ultima di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose»), quando ha definito il contratto di mutuo nell'art. 1813 («*Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità*»), ha evidentemente ragionato riferendosi ai sistemi di trasmissione del denaro utilizzati all'epoca dell'emanazione del Codice civile o anteriormente a essa (e, quindi, senza poter immaginare che l'effettuazione dei pagamenti sarebbe stata digitalizzata) e, di conseguenza, ha concepito la consegna materiale del denaro oggetto di mutuo come elemento di perfezione del contratto.

La norma di cui all'art. 1813 c.c. si trova, invece, a dover esser letta oggi a fronte di fattori inimmaginabili nel 1942: (i) la elevatissima frequenza che oggi (rispetto a quanto accadeva solo qualche decina di anni fa) caratterizza la stipula dei contratti di mutuo, (ii) il fatto che il denaro attualmente si trasferisce solo in modo “virtuale” (mediante assegni, bonifici e giroconti) e non più mediante la sua materiale consegna, (iii) la prassi, quotidianamente sempre più utilizzata, del cd. mutuo “unilaterale”, alla cui stipula la banca “non partecipa”³.

In sostanza, la «*consegna [di] una determinata quantità di danaro*» oggi deve essere valutata al cospetto delle seguenti osservazioni:

a) nel caso della consegna di un assegno recante l'ordine o la promessa di pagamento della somma mutuata, che ben può avvenire in contemporaneità con la sottoscrizione del contratto, non può certo dirsi che il mutuatario – quando sottoscrive il contratto –riceva anche la consegna della somma mutuata (situazione che invero si avrà quando l'assegno sarà effettivamente incassato dal mutuatario);

b) nel caso dell'accredito della somma mutuata sul conto corrente del mutuatario o del bonifico della somma mutuata a favore del mutuatario, si tratta di operazioni che, seppur la banca effettui “in contemporanea” con la sottoscrizione del contratto (invero, nella prassi quotidiana, esse sono in effetti poste in essere appena dopo che il contratto è stato firmato), non può certo dirsi che il mutuatario riceva la

³ Lo schema del mutuo “unilaterale” è organizzato nel senso che il mutuatario accetta nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, una proposta formulata dalla banca nella forma della scrittura privata non autenticata indirizzata al mutuatario.

consegna della somma mutuata nel momento in cui sottoscrive il contratto (situazione che invero si avrà quando l'accredito e il bonifico abbiano avuto buon fine);

c) infine, della «*consegna [di] una determinata quantità di denaro*» al mutuatario non si può proprio parlare se il mutuatario abbia dato l'ordine di bonificare la somma erogata a soggetto diverso da sé (ad esempio, al soggetto venditore della casa il cui acquisto è finanziato con il mutuo o alla banca titolare di un'ipoteca gravante sulla casa che il mutuatario acquista finanziandosi con il mutuo).

La tematica in esame incontra, poi, un'ulteriore e rilevante complicazione ove si pensi alla questione della dichiarazione di quietanza che il mutuatario dovrebbe rilasciare nel contesto del contratto di mutuo, al fine di rendere esplicito (in un'apposita clausola del contratto stesso) che egli ha, verso il soggetto mutuante, un debito «*certo, liquido ed esigibile*», risultante da un titolo il quale, perciò, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., può essere spedito in forma esecutiva e così fondare il procedimento di espropriazione forzata che eventualmente il creditore necessita di esperire nel caso di inadempimento del mutuatario. Infatti, pare verificarsi una situazione di "corto circuito":

- se si osserva, da un lato, che il mutuo dovrebbe perfezionarsi (ai sensi dell'art. 1813 c.c.) con la consegna della somma mutuata contestuale alla formazione del consenso (e, quindi, con la consegna della somma mutuata anteriormente o contestualmente alla sottoscrizione del contratto, il quale ben potrebbe – di conseguenza – contenere una clausola recante la quietanza espressa dal mutuatario); e:

- se si constata, però, dall'altro lato, che le modalità operative utilizzate dalle banche per l'erogazione delle somme oggetto di mutuo non consentono (per quanto sopra osservato) di ritenere la consegna della somma mutuata essere intervenuta prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto e, perciò, non dovrebbero permettere di ospitare nel contratto di mutuo la dichiarazione di quietanza del mutuatario.

2. *Il mutuo bancario tra realtà e consensualità*

Pare di potersi affermare che i descritti dilemmi si risolverebbero assai agevolmente se si prendesse finalmente atto⁴ che il mutuo bancario non è (o non è più) il mutuo di cui all'art. 1813 c.c..

Il Codice civile descrive, infatti, una fattispecie di mutuo che, nella mente del legislatore del 1942, era un contratto tradizionalmente⁵ strutturato in termini di realtà per la precipua ragione che la consegna della somma mutuata è stata concepita⁶ (per varie ragioni, tra le quali le seguenti):

⁴ In P. L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. CNN diretto da Perlingieri*, Napoli, 2004, 36, si legge che «La dottrina, nell'affaticarsi a ricercare la ragione giustificatrice del requisito della realtà, è sostanzialmente giunta a queste conclusioni: nel mutuo oneroso la realtà non appare requisito indispensabile, essendo lo scambio delle prestazioni (godimento del denaro verso pagamento degli interessi) sufficiente a rendere ragione del contratto. A questo punto, alcuni autori ritengono definitivamente che il mutuo, anche quello codicistico, sia consensuale [...]. Nel mutuo gratuito, invece, la consegna sta necessariamente a manifestare la serietà dell'impegno negoziale e quindi si pone come indispensabile elemento integratore della forma o, meglio ancora, della causa del contratto». In M.C. IANNINI, *Il rapporto. Struttura e natura del contratto di mutuo*, in G. CASSANO (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009, 4, si legge che «una parte consistente della dottrina ha preso le distanze dalla corrente qualificazione del mutuo come contratto reale, proprio in ragione del fatto che il vecchio mutuo si mostra sempre meno rispondente alle esigenze del mercato, che reclama forme di finanziamento vincolanti in forza del mero consenso [...]. Sganciata dalle ragioni che l'hanno originariamente giustificata [...] la realtà appare, dunque, una regola superata che relega il “tipo legale” da essa connotato in un ambito ormai residuale e marginale».

⁵ La tradizione affonda le sue radici in Gaio, *Institutiones*, III, 90-91, ove l'originazione di un'obbligazione di restituire veniva concepita come effetto del ricevimento di una dazione altrui («*Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur*») di talchè l'espressione “mutuum” derivava dalla considerazione che, ricevendo la consegna di una cosa, si originava l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta a mutuo («*unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*»).

⁶ Cfr. V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, 42; P. L. FAUSTI, *op. cit.*, 45; M.C. IANNINI, *op. cit.*, 9.

a) quasi come se fosse la forma *ad substantiam* del mutuo e, cioè, la modalità attraverso la quale se ne dà una “riconoscibilità sociale” (“ti devo restituire, in quanto mi hai dato”), così come accade nella fattispecie della donazione manuale di cui all’art. 783, comma 1, c.c.;

b) come l’esteriorizzazione della maturata e irrevocabile determinazione del soggetto mutuante alla concessione di un prestito (invero, si osserva che il legislatore sarebbe stato indotto a prevedere la realtà del mutuo in quanto, nel caso di un contratto di mutuo pattuito a titolo gratuito, in mancanza della consegna, potrebbe rimanere dubbia la volontà di vincolarsi e, quindi, alla consegna sarebbe attribuito il ruolo di conferire giuridicità al rapporto);

c) come uno strumento di protezione del mutuatario, in quanto egli bensì assume, stipulando il contratto di mutuo, l’obbligazione di restituire la somma mutuata, ma a patto di averla, in effetti, ricevuta⁷.

A quest’ultimo riguardo, occorre osservare anche che la realtà del mutuo (e, quindi, la sua perfezione mediante la consegna del denaro) è posta quale evidente presidio del fatto che il contratto di mutuo, come qualsiasi altro contratto, deve avere una “causa” (art. 1325, n. 2), c.c., e 1418, comma 2, c.c.): se la consegna non fosse prevista dalla legge e fosse sufficiente il consenso dei contraenti per la formazione del contratto, vi sarebbe il serio pericolo che il mutuatario si potrebbe obbligare (o potrebbe essere indotto a obbligarsi) a restituire una somma in effetti mai percepita, ma solo dichiarata come corrisposta dal mutante al mutuatario (senza giungere a ipotizzare fattispecie criminose, come quelle che tipicamente si verificano in caso di comportamenti usurari, basta riferirsi allo “scoperto” di conto corrente che potrebbe venire tramutato in un mutuo al fine di scadenziare il “rientro” del debitore e/o di tramutare il debito da chirografario a privilegiato).

⁷ Cfr. M.C. IANNINI, *op. cit.*, 3, si legge che «Originariamente la funzione del mutuo era quella di assicurare beni di consumo ad un soggetto che era temporaneamente sprovvisto, soddisfacendo così esigenze alimentari e paralimentari (c.d. mutuo povero). A questa funzione essenzialmente pratica corrispondeva la strutturazione del mutuo come contratto reale. In quest’ottica la realtà ben si adattava all’assetto di interessi divisato dalle parti, tutelando sia l’interesse del mutuatario a restituire il *tantundem* solo dopo esser entrato nella disponibilità delle cose mutate, sia l’interesse del mutuante a rimanere libero di contrarre o meno fino al momento della consegna».

Lo scenario appena descritto non è però, di tutta evidenza, quello del contratto di mutuo bancario. Invero:

- quanto alla sua forma, essa è necessariamente scritta, non solo per prescrizione generale afferente a tutti i contratti bancari (art. 117, comma 1, d. lgs. 385/1993)⁸, ma anche perché, contenendo la concessione di pegni e ipoteche, non può prescindere dalla forma scritta (artt. 2022, 2470, 2835 e 2836 c.c.);

- quanto alla determinazione del soggetto mutuante alla concessione del mutuo, essa è consacrata nell'istruttoria che la banca necessariamente esperisce (al fine di una sana e prudente erogazione del credito);

- quanto alla protezione del soggetto mutuatario, vi provvede, oltre che la normativa apprestata sul punto dal d. lgs. 385/1993, la normativa applicabile alle clausole contrattuali “vessatorie” e a quelle “abusive”⁹;

- quanto, infine, alla esistenza della “causa” del contratto di mutuo, gli attuali strumenti di tracciamento degli spostamenti del denaro impediscono, in radice, di configurare la sussistenza di un rapporto di mutuo senza che, in concreto, ne sia avvenuta l'erogazione.

In altri termini, l'odierno mutuo bancario e la sopra descritta meccanica della sua erogazione (mediante assegni bancari o circolari, mediante accredito in conto corrente o mediante bonifici) inducono seriamente a pensarlo non in termini di contratto reale, ma in termini di contratto consensuale.

Tra l'altro, occorre rammentare che il mutuo non può essere costruito solo come un contratto di natura *essenzialmente* reale:

a) se è vero che il cosiddetto “mutuo di scopo” – come quello concesso dalla banca per finanziare la costruzione di un edificio, erogato sulla base dello stato di avanzamento dei lavori – è pacificamente ritenuto¹⁰ essere un contratto consensuale;

⁸ Cfr. M. BOMBELLI, M. IATO, *La forma del contratto di mutuo*, in G. CASSANO, *op. cit.*, 48.

⁹ Cfr. A.L. CAVALSASSI, *Contratti di finanziamento e tutela del consumatore*, in G. CASSANO, *op. cit.*, 557.

¹⁰ Cfr. P. L. FAUSTI, *op. cit.*, 259.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 15 giugno 1994, n. 5805, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 57, secondo cui «il mutuo cosiddetto “di scopo” (concesso, nell'ipotesi, a norma di legge n. 949 del 1952 e della l. reg. Emilia Romagna n. 14 del 1982) si perfeziona nel momento in cui si forma l'accordo sulle varie clausole, di modo che l'erogazione della somma rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione a carico del

b) se è vero che il contratto di mutuo fondiario, di cui all'art. 38, d. lgs. 385/1993, ha, tra i suoi presupposti, l'iscrizione di un'ipoteca di primo grado, che è fatto accertabile solo dopo la stipula del contratto (questa considerazione, tra l'altro, legittima l'impostazione di un contratto di mutuo – perfettamente perfezionato e, quindi, di natura consensuale¹¹ – il quale preveda l'erogazione della somma mutuata solo

mutuante, mentre il mutuatario assume l'obbligo di corrispondere gli interessi, nella misura agevolata prevista, e di realizzare l'obiettivo in vista del quale l'erogazione del danaro ha avuto luogo, incorrendo, in caso contrario, nella risoluzione del rapporto, in quanto la permanenza del vincolo è subordinata all'immutabilità delle circostanze considerate all'atto della stipulazione»; Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contratti*, 1999, 4, 373, con nota di E. GOLTARA, *Mutuo di scopo e consegna*, secondo cui «il momento perfezionativo del negozio di mutuo (contratto reale ad efficacia obbligatoria) coincide, di regola, con la c.d. “traditio” - con la consegna, cioè, del danaro (o di altra cosa fungibile) al mutuatario che ne acquista la proprietà [...]. Il c.d. “contratto di finanziamento” (o mutuo di scopo, legale o convenzionale), è per converso, fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che (al pari dell'apertura di credito) assolve essenzialmente funzione creditizia, con la conseguenza che, specie nella ipotesi di finanziamento legale (nel quale sono già individuati i soggetti erogatori ed i beneficiari del finanziamento), la consegna della somma da corrispondere, normalmente per stati di avanzamento, e con contestuale controllo della progressiva realizzazione dello scopo, rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione principale, anziché (come nel mutuo) l'elemento costitutivo del contratto, onde l'appartenenza della intera somma, salvo i ratei già materialmente riconosciuti e corrisposti, è riferibile non al soggetto finanziato ma all'ente finanziatore»; Cass., 9 maggio 2003, n. 7773, in *Contratti*, 2003, 12, 1131, con nota di N. MONTICELLI, *Il mutuo di scopo. Contratto di finanziamento e rischio di cambio: il difficile equilibrio degli interessi contrapposti*; e di V. GIORGI, *Il mutuo di scopo. In tema di trasferimento del rischio di cambio inerente ad una somma di denaro oggetto di mutuo di scopo*; in *Giust. civ.*, 2003, 21, 2414; in *Arch. civ.*, 2004, 400, secondo cui «il cosiddetto contratto di finanziamento, o mutuo di scopo, legale o convenzionale che sia, è una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia; in particolare, il finanziamento legale, in cui sono già individuati i soggetti erogatori e i soggetti che possono beneficiare del finanziamento - è un contratto obbligatorio e consensuale, all'interno del quale la consegna della somma da corrispondere rappresenta non un elemento costitutivo del contratto, ma l'esecuzione dell'obbligazione a carico del finanziatore».

¹¹ Cfr. P. L. FAUSTI, *op. cit.*, 49, ove si rammenta che, prima della riforma del credito fondiario recata dalla legge 6 giugno 1991 n. 175, era prevista la necessaria stipula di un doppio contratto: il contratto di mutuo condizionato (che conteneva i consensi e la concessione dell'ipoteca) e il successivo atto di quietanza, in seno al quale avveniva l'erogazione della somma (dopo la verifica della avvenuta iscrizione dell'ipoteca in primo grado); a seguito di detta riforma (poi recepita nel d. lgs.

dopo l'accertamento della avvenuta iscrizione in primo grado dell'ipoteca concessa a garanzia del debito assunto dal mutuatario); e:

c) se è vero che le parti contraenti sono completamente libere di convenire¹² la stipula di un atipico contratto consensuale di mutuo.

Pertanto, se il contratto di mutuo bancario fosse finalmente concepibile come contratto consensuale (e, quindi, svincolando il suo perfezionamento dalla consegna della somma mutuata), ben si potrebbe concludere circa la perfetta configurabilità di un contratto di mutuo che contenga l'assunzione dell'obbligo del mutuatario di restituire la somma oggetto di mutuo (il che concreterebbe il requisito della sussistenza di un titolo recante l'espressione di un debito certo, liquido ed esigibile) in corrispondenza dell'assunzione dell'obbligo del soggetto mutuante di eseguire la consegna al soggetto mutuatario (o ad altro soggetto, da questi indicato) della somma mutuata mediante la modalità tecnica specificamente concordata nel caso concreto tra la banca e il soggetto mutuatario (vale a dire mediante assegno o accredito in conto corrente o bonifico, ecc., e, quindi, non in contestualità con la sottoscrizione del contratto).

D'altronde è questa la strada interpretativa fortemente indicata dalla prassi dei mutui stipulati con finalità di surrogazione, nei quali del tutto manca il requisito della realtà: l'erogazione avviene, infatti, a favore della banca surrogata (essenzialmente mediante un bonifico disposto dalla banca surrogante per ordine del proprio cliente) e nessuna consegna della somma mutuata, neppure istantanea e/o simbolica, viene effettuata a favore del soggetto mutuatario.

Se, dunque, la strada maestra nell'affrontare la tematica in esame pare essere senz'altro quella di considerare l'odierno mutuo bancario

385/1993) è divenuto possibile stipulare il cosiddetto contratto "unico" (e, cioè, il contratto di mutuo fondiario con erogazione contestuale), ma ciò non ha eliminato la necessità (cui era funzionale il "doppio" contratto) che l'ipoteca concessa acquisisca il primo grado.

E' evidente che, se finalmente si riconoscesse natura consensuale al mutuo fondiario, verrebbe meno anche la necessità per le banche di ricorrere (tutte le volte che intendano garantirsi circa l'iscrizione ipotecaria in primo grado a garanzia del mutuo fondiario) a una "simbolica" consegna della somma mutuata al mutuatario, seguita dalla sua riconsegna alla banca medesima (a titolo di pegno irregolare o di deposito irregolare infruttifero) sino alla dimostrazione dell'avvenuta iscrizione in primo grado.

¹² Cfr. in tal senso Cass., 9 maggio 2003, n. 7773, *cit.*

come un mutuo consensuale, prendendo però atto che l'opinione dominante è tuttora fortemente incardinata (ma con sempre meno consistenza) sulla tradizionale concezione del mutuo bancario in termini di contratto reale (la giurisprudenza di vertice, a oggi, è univoca sul punto)¹³, si intende qui di seguito proseguire il ragionamento inerente alle modalità di erogazione del mutuo (e alla loro incidenza in ordine alla formazione stessa del contratto e alla rilasciabilità in forma esecutiva di una sua copia autentica) continuandolo a considerare come un contratto di natura reale.

3. *La consegna non come comportamento materiale ma come "costruzione giuridica"*

Volendo, quindi, concepire ancor oggi il mutuo bancario in termini di contratto reale, non pare esserci difficoltà a considerare integrato il requisito della «consegna [di] una determinata quantità di denaro» (e,

¹³ Cfr. Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, in *Giust. civ.*, 1968, I, 428, secondo cui «il contratto di mutuo in senso proprio è un contratto essenzialmente reale [...]; esso si perfeziona soltanto con la consegna, da parte del mutuante al mutuatario, di determinate quantità di denaro o di altre cose fungibili»; Cass., 16 settembre 1986, n. 5630, in *Rep. Foro It.*, 1986, *Mutuo*, n. 4, secondo cui «a differenza del contratto di mutuo in cui una parte consegna cose fungibili e l'altra si impegna a restituire il *tantundem*, nella promessa di mutuo, di fronte all'obbligo del promittente mutuante di consegnare le cose, non sussiste un contrapposto obbligo di restituzione, ma questo nasce solo dopo la loro consegna»; Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, in *Contratti*, 1995, I, 53; in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 41, con nota di R. TETI; in *Giust. civ.*, 1995, I, 157, con nota di M. COSTANZA, *Fideiussione bancaria con doppia garanzia*; in *Riv. Not.*, 1995, 998; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 576; in *Vita not.*, 1995, 308, secondo cui «il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altra cosa fungibile)»; Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Vita not.*, 2008, 161, con nota di L. RUGGERI, *Il mutuo di scopo: una conferma dalla Cassazione*, in *Contratti*, 2008, 561, con nota di L. MARTONE, *Mutuo di scopo ed apertura di credito*; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2187; in *Riv. dir. impr.*, 2009, 177, con nota di F. ATTANASIO, *Natura giuridica del mutuo di scopo e momento perfezionativo del contratto*; in *Riv. not.*, 2009, 442, con nota di T. AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*; in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 163, con nota di D. FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*, secondo cui «il contratto di mutuo di scopo è un contratto consensuale, oneroso ed atipico che assolve, in modo analogo all'apertura di credito, una funzione creditizia; all'interno di esso, a differenza del mutuo, la consegna della somma costituisce l'oggetto dell'obbligazione a carico del finanziatore, e non l'elemento costitutivo del contratto».

quindi, non pare esserci difficoltà a contenere nel contratto di mutuo la dichiarazione di quietanza del mutuatario) quando il mutuo venga erogato mediante la tenuta della somma oggetto di mutuo in deposito irregolare presso la banca mutuante, la consegna al mutuatario di un assegno bancario o circolare, l'accredito sul conto corrente del mutuatario, il bonifico al mutuatario, il bonifico a soggetto diverso dal mutuatario su delegazione del mutuatario stesso.

Al riguardo, occorre osservare, anzitutto, che già sopra si è verificato come in nessuno dei predetti casi può aversi, anteriormente o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di mutuo, la materiale disponibilità della somma mutuata da parte del soggetto mutuatario. Invero, la banca esegue l'accredito in conto corrente o il bonifico (non un minuto prima, ma) un minuto dopo la sottoscrizione del contratto. Inoltre, anche quando la banca consegna, contestualmente alla sottoscrizione del contratto (ciò che avviene, beninteso, pure in questo caso, dopo la sottoscrizione del contratto e non prima di essa), un assegno al soggetto mutuatario, questi ha “in mano” (non certo la somma mutuata, ma “solo”) un titolo di credito recante un ordine (assegno bancario) o una promessa (assegno circolare) di pagamento¹⁴.

In secondo luogo, occorre osservare che, come pure già sopra osservato, prescrivendo il requisito della «consegna» quale elemento di perfezione del contratto di mutuo, il legislatore ha inteso esplicitare che, in tanto si ha un contratto di mutuo (e, quindi, un obbligo di restituire la somma mutuata il cui inadempimento può legittimare un'azione esecutiva sul patrimonio del mutuatario), in quanto vi sia un serio

¹⁴ Nonostante sia socialmente invalsa la considerazione dell'assegno circolare come uno strumento equivalente al pagamento, questa equivalenza invero non si produce (l'assegno non è scambiabile se non presso la banca emittente, non è trasferibile, non produce interessi a vantaggio del soggetto a favore del quale è emesso), tanto che la giurisprudenza è ferma sulla considerazione del pagamento mediante assegno circolare non come “adempimento”, ma come “prestazione in luogo dell'adempimento” e, cioè, come *datio in solutum* (pur se, in effetti, sia contrario a un dovere di correttezza in capo al creditore il rifiuto che questi formuli rispetto a un pagamento offerto mediante consegna di un assegno circolare: cfr. Cass., 21 dicembre 2002, n. 18240, in *Vita not.*, 2003, 284): cfr. Cass., 6 luglio 1991, n. 7490, in *Rep. Foro It.*, 1991, *Obbligazioni in genere*, n. 26, secondo cui «l'emissione di un assegno circolare (ancorché non trasferibile), costituendo una prestazione diversa da quella oggetto della obbligazione pecuniaria, ha effetto liberatorio solo in quanto il creditore acconsenta all'emissione stessa».

“segnale sociale” sul punto che il prestito sia stato effettivamente erogato, il quale esteriorizzi il fatto che il soggetto mutuante si sia determinato a concedere il prestito e il soggetto mutuatario l’abbia concretamente ricevuto.

Ebbene, se questo “segnale sociale” nel 1942 è stato immaginato come esprimibile mediante la «*consegna*» materiale del denaro oggetto di mutuo, è del tutto plausibile che, in un’economia sempre più digitalizzata, ove i pagamenti “manuali” sono sempre più rari (e, anzi, sono addirittura vietati dalla normativa antiriciclaggio) e ove i pagamenti digitali sono sempre più incentivati e sempre più frequenti, il requisito della «*consegna*» sia concepibile come pienamente realizzato quando sia avvenuta la originazione:

- nella sfera giuridica del soggetto mutuante, dell’obbligo di effettuare il versamento della somma oggetto di mutuo;
- nella sfera giuridica del soggetto mutuatario, del credito alla ricezione del versamento predetto.

Ora, la maturazione del predetto obbligo di versamento e del predetto corrispondente credito a riceverlo, avviene evidentemente prima della (o, al massimo, contemporaneamente alla) sottoscrizione del contratto di mutuo, concretandosi con ciò l’elemento della «*consegna*», in perfetto ossequio, quindi, alla ritenuta natura reale del contratto di mutuo: infatti, se la banca e il mutuatario convengono (nel corso dell’istruttoria della pratica di mutuo) che l’erogazione del mutuo debba avvenire mediante l’emissione di un assegno, mediante un accredito in conto corrente o mediante un ordine di bonifico, è nel momento stesso di formazione di detta convenzione, implicitamente sottoposta alla condizione sospensiva della successiva stipula del contratto notarile (e, quindi, anteriormente¹⁵ o contemporaneamente alla stipula del contratto di mutuo), che si originano il credito del soggetto mutuatario (a ricevere l’erogazione del mutuo) e il corrispondente debito del soggetto mutuante (a effettuare detta

¹⁵ Nel caso del mutuo “unilaterale”, è, anzi, abbastanza plausibile ritenere il contratto di mutuo perfezionato addirittura prima della stipula, mediante atto pubblico, dell’accettazione (da parte della banca) della proposta di mutuo formulata dalla banca. Invero, molto probabilmente, l’accettazione del mutuatario già interviene con la formazione della documentazione anteriore alla stipula notarile e quest’ultima ne diviene “solamente” una ripetizione in forma autentica, necessaria per la iscrizione dell’ipoteca.

erogazione) al verificarsi della condizione predetta. In altre parole, questa convenzione evidenzia la volontà della banca mutuante di destinare a vantaggio del mutuatario una somma pari all'importo del mutuo e corrispondentemente in capo al mutuatario si forma la conseguente posizione di credito: se la banca e il mutuatario convengono l'emissione di un assegno, l'effettuazione di un bonifico o un accredito della somma mutuata in un conto corrente, significa che si è «concretamente configura[ta] la possibilità» per il mutuatario «di imprimete una destinazione» al denaro oggetto del mutuo «ossia di esercitare un potere di disposizione»¹⁶.

Al che, il soggetto mutuatario ben può rilasciare “quietanza” nel corpo del contratto di mutuo, poiché con essa non tanto si effettua una confessione del materiale ricevimento di una somma di denaro, ma si attesta che, nella sfera giuridica del soggetto mutuatario, è sorto l'obbligo alla restituzione della somma che il soggetto mutuante ha promesso di versare e la cui corresponsione sarà certificata dai sistemi di tracciamento dei pagamenti in uso in un sistema economico digitalizzato (conseguendone che, evidentemente, se dal predetto sistema di tracciamento non risulti alcun versamento della somma mutuata, nessun obbligo di restituzione graverebbe sul soggetto mutuatario nonostante la sua “quietanza”, trattandosi, appunto, di una quietanza inerente non all'avvenuto versamento della somma oggetto di mutuo, ma inerente all'assunzione dell'obbligo di versamento della somma oggetto di mutuo da parte del soggetto mutuante).

4. *L'equiparazione giurisprudenziale della “consegna” alla “disponibilità giuridica” della somma mutuata*

Il tema che la consegna materiale del denaro oggetto di mutuo (quale immaginata dal legislatore del 1942) debba essere contemperata con le esigenze concrete della moderna contrattazione (ovviamente, la banca non eroga se il contratto di mutuo non è firmato) e con la “meccanica” delle sopravvenute modalità digitali di trasmissione del denaro, è stato

¹⁶ D. MARCELLO, *Mutuo fondiario e forme di consegna del denaro*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 197.

da tempo percepito dalla unanime giurisprudenza, di legittimità e di merito¹⁷.

Lo si nota, con evidenza, a far tempo da una sentenza di Cassazione del 1992¹⁸ (costantemente e pedissequamente riproposta, senza eccezioni, in tutta la successiva giurisprudenza di vertice) ove, dopo essersi osservato che il «mutuo è contratto di natura reale» il quale «cioè si perfeziona con la “*traditio*” del suo oggetto», si equipara alla “consegna” del denaro la formazione della cosiddetta «disponibilità giuridica»¹⁹ della somma mutuata da parte del mutuatario, ritenendola

¹⁷ Cfr., ad esempio, Trib. Napoli, 18 ottobre 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 1, 326, con nota di F. BARTOLINI, *Vicende della consegna nel mutuo fondiario*, secondo cui «ai fini del perfezionamento del contratto reale di mutuo non occorre la materiale *traditio* del danaro al mutuatario, essendo sufficiente il conseguimento della disponibilità giuridica, che sussiste tutte le volte in cui il mutuante crea un autonomo titolo di disponibilità a favore del mutuatario, in modo da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione al patrimonio di quest'ultimo, ovvero 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 per soddisfare un interesse del primo. In tal caso, con il perfezionamento del mutuo deve ritenersi già sorta l'obbligazione restitutoria del mutuatario».

¹⁸ Cfr. Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Vita not.*, 1994, 662, con nota di A. JARACH, *L'accredito della somma quale possibile attuazione della realtà del mutuo*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, 21; in *Corr. giur.*, 1992, 1329, con nota di V. CARBONE, *Mutuo traditio rei e strumenti alternativi alla consegna*.

¹⁹ L'idea dell'equiparazione della “consegna” del denaro alla “disponibilità giuridica” del denaro era già emerso nella giurisprudenza precedente: cfr. Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, in *Vita Not.*, 1991, 198, ove, in una fattispecie di mutuo erogato mediante accredito della somma sul conto corrente del mutuatario, la Cassazione osserva: «Per quanto concerne il requisito della realtà di tale contratto, sembra sufficiente considerare che la “*traditio rei*” è realizzata attraverso l'accredito in conto della somma mutuata a favore del mutuatario, ed in genere ogni qualvolta la somma mutuata sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario stesso». Cfr. anche Cass., 9 maggio 1991, n. 5193, in *Fall.*, 1991, 1061; in *Foro It.*, 1992, I, 152, con nota di M. FABIANI, *Revocatoria fallimentare: un “puzzle” tutt'altro che definito*, secondo cui «il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguenziale insorgenza dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica quando la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo»; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12926, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, 193, secondo cui «con riguardo al contratto di mutuo la consegna di un assegno di conto corrente, in luogo della *datio* di una somma di denaro, può incidere sul momento perfezionativo del contratto, ovvero può comportare la conclusione di un contratto atipico, assoggettabile per analogia alla

una «circostanza ... sufficiente per la conclusione del contratto» in quanto tale «disponibilità» non è un «fatto diverso dalla consegna, ma individua un fatto a essa equivalente: la “consegna”, cioè (viene interpretata nel senso che) si attua anche mediante l’attribuzione, al mutuatario, della disponibilità giuridica della somma»²⁰.

Quanto alla formazione di detta «disponibilità giuridica», la Suprema Corte osserva che è fattore «decisivo della insorgenza della “disponibilità giuridica” [...] soltanto il comportamento del mutuante, e non invece quello del mutuatario. E ciò perché è al mutuante che incombe l’obbligo della consegna e costui può adempierlo *conferendo non la somma nella sua materialità, ma la “disponibilità giuridica” della stessa*²¹. Ma affinché ciò si realizzi non è - ovviamente - sufficiente che il mutuante trattenga la somma presso di sé, pronto a destinarla secondo le istruzioni che il mutuatario gli vorrà impartire, a nulla rilevando il fatto ulteriore che esso mutuante dichiari altresì espressamente al mutuatario questa sua posizione di attesa e di disponibilità. Occorre, invece, che il mutuante “crei” un titolo autonomo di disponibilità a favore del mutuatario, perché è solo in tal modo che la somma esce dal patrimonio del mutuante ed entra in quello del mutuatario».

Precisa, poi, la Corte che «in relazione al caso in cui [nel contratto di mutuo] siano contenute specifiche pattuizioni, consistenti nell’incarico, che il mutuatario conferisce al mutuante, di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse di esso mutuatario meritevole di tutela (generalmente il pagamento di un precedente debito nei confronti dello stesso mutuante oppure di un terzo)», «pur non avvenendo», in tal caso, «né la consegna materiale della somma né la costituzione di un autonomo titolo di disponibilità della stessa a favore del mutuatario, *la consegna deve considerarsi come avvenuta* –

disciplina del mutuo, ma non costituisce elemento idoneo ad escludere la sussistenza stessa del prestito».

²⁰ Nella fattispecie esaminata, la Cassazione non ha ritenuto essersi verificata detta disponibilità giuridica in quanto era intervenuto un accordo tra banca mutuante e soggetto mutuatario in base al quale la banca avrebbe trattenuto presso di sé la somma mutuata.

²¹ L’utilizzo del carattere corsivo, in questa come nelle altre decisioni oltre riportate, è frutto del rilievo che gli Autori di questo articolo intendono conferire al concetto graficamente enfaticizzato.

cosiddetta consegna simbolica – perché le parti, consensualmente, hanno posto in essere un meccanismo giuridico diretto ad evitare, considerandolo attuato, il duplice – inutile – trasferimento della somma mutuata dal mutuante al mutuatario e da costui di nuovo all'altro, con l'incarico di trasferirla secondo le istruzioni. [...] Diversa è la situazione allorché con il contratto il mutuatario autorizzi il mutuante a trattenere la somma mutuata, senza disporre contestualmente la specifica destinazione della stessa. In tal caso la somma rimane nella disponibilità del mutuante *perché la somma stessa né ha ricevuto una specifica convenzionale destinazione né ha costituito oggetto di una specifica regolamentazione*, che, innovando il titolo di appartenenza della somma stessa, l'abbia per ciò posta nella – esclusiva, nel senso più sopra chiarito – disponibilità giuridica del mutuatario».

Successivamente, nel 2011, con riferimento a un contratto di mutuo che «non attestava la consegna della somma mutuata, ma solo di un mandato emesso sulla propria cassa, contenente l'ordine di versare [alla] parte mutuataria la somma» oggetto di mutuo e in presenza della pretesa della parte mutuataria in ordine alla «inidoneità [di tale contratto] ad assumere valore di titolo esecutivo», la Cassazione²² ha, inoltre, affermato, seppur la «previsione» di detto mandato «evidenzia[sse] [...] al di là di ogni ragionevole dubbio, che solo in un momento successivo il mutuante avrebbe, nei fatti, conseguito la somma», «di non poter condividere [...] l'assunto del ricorrente secondo cui il contratto concluso tra le parti, non accompagnato dalla *traditio* del denaro, non [fosse] qualificabile come contratto di mutuo: di talché, in mancanza di un passaggio fisico di quel denaro, esso non determinerebbe l'insorgere di alcun obbligo di restituzione e, non potrebbe, conseguentemente, valere come titolo esecutivo. Non par dubbio infatti che la valorizzazione, in siffatta chiave, dell'ordine di versare un determinato importo, *come fatto irriducibilmente diverso dal versamento dello stesso, appare capziosa e inappagante*, [...] *in un sistema di rapporti economici caratterizzato dal crescente ricorso alla dematerializzazione dei valori mobiliari e dalla loro sostituzione con mere annotazioni contabili*».

²² Cfr. Cass., 30 novembre 2011, n. 25569, in *Ced Cassazione*, rv. 620569.

Nel 2015, la Cassazione²³ ha, infine, precisato che occorre prendere atto del «dato di fatto della progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e della loro progressiva sostituzione con annotazioni contabili, che non si accompagna alla scomparsa di strumenti di tradizionale utilizzazione nella pratica degli affari e nella vita sociale in genere quali il contratto di mutuo, ma ne impone una rilettura dei caratteri essenziali che tenga conto dell'evolversi della realtà fattuale senza peraltro stravolgerli»; inoltre, «sia la normativa antiriciclaggio che le progressive misure normative atte a scoraggiare e limitare l'uso di denaro contante nelle transazioni commerciali negli ultimi anni hanno accentuato anche nella pratica il ricorso a strumenti alternativi di trasferimento del denaro».

Pertanto, «la consegna idonea a perfezionare il contratto di mutuo» non si configura solo con «la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario», essendo «sufficiente che questi ne acquisisca la disponibilità giuridica. Si affianca pertanto in posizione paritetica alla immediata acquisizione della disponibilità materiale del denaro l'acquisizione della disponibilità giuridica di esso, correlata con la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore»; detto «conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, 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 di quest'ultimo, ovvero 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».

Riassumendo, secondo la costante giurisprudenza di vertice:

a) alla “consegna” materiale della somma oggetto di mutuo deve essere equiparata la formazione di una «disponibilità giuridica» della somma mutuata in capo al soggetto mutuante a vantaggio del soggetto mutuatario;

²³ Cfr. Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in *Contratti*, 2015, 10, 913; in *Riv. esec. forz.*, 2016, 1, 144.

b) detta «disponibilità giuridica» si realizza mediante un «comportamento del mutuante» atto a configurare un «titolo autonomo di disponibilità a favore del mutuatario» e, in particolare, mediante una «convenzionale destinazione» della somma mutuata oppure mediante l'apprestamento di una «specifica regolamentazione» dell'erogazione²⁴;

c) la “consegna” della somma mutuata «deve considerarsi come avvenuta» (pertanto, in questo caso, non vi è la necessità né di una “consegna” materiale del denaro né della formazione di una disponibilità giuridica della somma oggetto di mutuo) quando, nel contratto di mutuo, «siano contenute specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico, che il mutuatario conferisce al mutuante, di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse di esso mutuatario meritevole di tutela»²⁵.

5. La casistica giurisprudenziale

I principi osservati nel paragrafo precedente sono stati costantemente riaffermati, senza eccezioni, dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso a oggi, in tutta la giurisprudenza di merito e di legittimità²⁶ che si è pronunciata in argomento. Infatti, la caratteristica qualificante (e costante) di tutte le fattispecie (qui di seguito elencate) nelle quali è stata configurata la predetta «disponibilità giuridica» è che al denaro mutuato (sebbene non materialmente consegnato al mutuatario nel momento della sottoscrizione del contratto di mutuo) è stata impressa una specifica destinazione in forza di un accordo in tal senso intervenuto tra i contraenti.

Altro dato caratteristico di tutte le fattispecie oltre elencate è che il comportamento della banca mutuante, concepito dalla giurisprudenza come atto a realizzare quella «disponibilità giuridica» della somma

²⁴ Sono le testuali parole di Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, *cit.*

²⁵ Sono le testuali parole di Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, *cit.*

²⁶ Cfr. Cass., 5 luglio 2001, n. 9074, in *Contratti*, 2001, 11, 1021, secondo cui «la natura reale del contratto di mutuo non richiede in via tassativa che la cosa mutuata sia materialmente consegnata dal mutuante al mutuatario, l'esigenza del requisito della “traditio” potendo ritenersi soddisfatta in determinati casi, allorquando il risultato pratico completamente raggiunto si identifichi con quello che si sarebbe realizzato con la consegna materiale del bene mutuato».

oggetto di mutuo equiparabile alla sua consegna materiale (e, cioè, volta a volta, la formazione di un libretto di risparmio, la consegna di un assegno, l'accredito del conto corrente del mutuatario, l'accredito del conto corrente di un soggetto diverso dal mutuatario), è un comportamento tenuto dalla banca successivamente alla sottoscrizione del contratto di mutuo; nel contesto di tale contratto, dunque, non risulta alcuna consegna della somma mutuata, ma “solo” l'impegno della banca a tenere il comportamento che concreta la «disponibilità giuridica» della somma oggetto di mutuo.

Si osservino, dunque, le seguenti fattispecie:

a) *la formazione di un libretto di risparmio*

secondo la Cassazione²⁷, essendo il mutuo un «contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altra cosa fungibile) ovvero con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario», detta giuridica disponibilità «può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, 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'ultimo»; nel « predetto paradigma contrattuale rientra pertanto anche il 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» «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»;

b) *l'erogazione mediante consegna di un assegno*

secondo la Cassazione, «con riguardo al contratto di mutuo la consegna di un assegno di conto corrente, in luogo della *datio* di una somma di denaro, può incidere sul momento perfezionativo del contratto, ovvero può comportare la conclusione di un contratto atipico, assoggettabile per analogia alla disciplina del mutuo, ma non costituisce elemento idoneo ad escludere la sussistenza stessa del prestito»²⁸; e, inoltre, «la “*traditio rei*” può essere realizzata attraverso la consegna

²⁷ Cfr. Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, *cit.*

²⁸ Cass., 3 dicembre 1991, n. 12926, *cit.*

dell'assegno (nella specie, circolare interno, intestato alla parte e con clausola di intrasferibilità) alla parte mutuataria, che abbia dichiarato di accettarlo “come denaro contante”, rilasciandone quietanza a saldo»²⁹;

c) *l'accredito della somma mutuata sul conto corrente del mutuatario*

secondo la Cassazione³⁰, «la “*tradito rei*” può essere realizzata attraverso l'accredito in conto corrente della somma mutuata a favore del mutuatario, perché in tal modo il mutuante crea, con l'uscita delle somme dal proprio patrimonio, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario».

d) *l'accredito della somma mutuata a un soggetto diverso dal mutuatario*

secondo la Cassazione³¹, il requisito della «consegna della cosa mutuata ricorre anche quando la consegna venga eseguita dal mutuante non direttamente al mutuatario, ma ad un terzo, in pagamento di un'obbligazione dello stesso mutuatario, in quanto il risultato pratico che si realizza in tal modo è lo stesso che si realizzerebbe con la consegna materiale del denaro al mutuatario, il quale proprio attraverso

²⁹ Cass., 3 gennaio 2011, n. 14, in *Ced Cassazione*, rv 616084.

³⁰ Cfr. Cass., 21 febbraio 2001, n. 2483, in *Contratti*, 2001, 6, 588.

In senso identico, cfr. Trib. Genova, 16 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2108, con nota di F. MURINO, *Sull'incerta ricostruzione dei consolidamenti mediante mutuo fondiario o ipotecario concluso da un soggetto, già debitore della banca, poi dichiarato fallito*, secondo cui «la dazione della somma mediante accredito sul conto corrente integra la consegna ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo».

³¹ Cfr. Cass., 3 agosto 1995, n. 8487, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 143, con nota di R. TETI, *Ancora sulla consegna nel mutuo*.

In senso identico, cfr. Cass., 13 agosto 1999, n. 8634, in *Fall.*, 2000, 4, 429, secondo cui «il contratto di mutuo si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro o con il conseguimento da parte del mutuatario della giuridica disponibilità della medesima, che può ritenersi sussistente allorquando con apposita pattuizione il mutuatario abbia incaricato il mutuante di impiegare la somma mutuata (in tutto o in parte) per soddisfare un suo interesse; nel caso in cui il mutuante sia stato incaricato di destinare la somma per il pagamento di un debito del mutuatario, si verifica un duplice trasferimento della somma mutuata, prima dal mutuante al mutuatario, nel cui patrimonio è entrata, e poi da questi al terzo»; Cass., 28 agosto 2004, n. 17211, in *Contratti*, 2005, 2, 147, con nota di L. POLESE, *Perfezionamento di mutuo e realtà*, secondo cui «il contratto di mutuo si perfeziona mettendo la cosa a disposizione del mutuatario, ancorché – in forza di accordi tra quest'ultimo e il mutuante – essa sia consegnata ad altra persona di cui, eventualmente, il mutuatario sia debitore e nei confronti del quale egli intenda adempiere all'obbligazione».

il denaro preso a mutuo è in grado di soddisfare l'interesse ad estinguere un precedente suo debito».

6. Conclusioni

Le osservazioni fin qui svolte sono, dunque, concordi e univoche nel senso di indicare pacificamente che:

a) la realtà si intende concretata e, quindi, il perfezionamento di un mutuo si verifica anche in mancanza della consegna materiale della somma oggetto di mutuo e, cioè, ogni qualvolta il contratto di mutuo espliciti l'accordo del soggetto mutuante e del soggetto mutuatario sul punto che il soggetto mutuante abbia ricevuto dal soggetto mutuatario «l'incarico [...] di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse di esso mutuatario meritevole di tutela»³², vale a dire, in particolare, ogni qualvolta il contratto di mutuo preveda la sua erogazione mediante:

- consegna al mutuatario di un assegno circolare emesso a favore del mutuatario medesimo;

- consegna a soggetto terzo, indicato dal mutuatario, di un assegno circolare emesso a favore del soggetto terzo medesimo (si tratta, ad esempio, del venditore di un bene acquistato dal mutuatario, della banca creditrice del venditore medesimo, del condominio creditore del venditore medesimo);

- ordine di bonifico emesso a favore del mutuatario o di soggetto indicato dal mutuatario;

- ordine di bonifico emesso a favore della banca surrogata in caso di mutuo stipulato per finalità di surrogazione³³;

³² Sono le testuali parole di Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, *cit.*

³³ La surrogazione del mutuo (detta anche “portabilità del mutuo”) è attualmente disciplinata nell'art. 120-*quater*, d. lgs. 385/1993. Essa consta di tre operazioni:

a) la stipula di un mutuo di importo identico a quello di un finanziamento in essere (esplicitamente finalizzata a estinguere detto finanziamento) e il contestuale impiego della somma mutuata per estinguere il finanziamento in essere;

b) la dichiarazione di surrogazione con la quale il debitore “manda” l'ipoteca iscritta a garanzia del precedente finanziamento (e, in generale, tutte le garanzie per esso concesse, quale, ad esempio, una fideiussione) a garanzia delle obbligazioni derivanti dal nuovo contratto di mutuo;

c) la quietanza rilasciata dalla banca surrogata.

- formazione di un deposito (sotto forma di deposito irregolare o di pegno irregolare), presso la banca mutuante, destinato a essere svincolato al ricorrere delle condizioni esplicitate nel contratto di mutuo (ad esempio, la verifica che l'ipoteca da iscriversi a garanzia del mutuo consegua un certo grado oppure il decorso del termine per il "consolidamento" dell'ipoteca in un certo grado)³⁴;

Appare evidente che, poiché il nuovo mutuo deve estinguere il precedente finanziamento con valuta coincidente con quella del nuovo mutuo, nella prassi si rende imprescindibile ricorrere allo strumento del bonifico bancario a favore della banca surrogata (invero, non è tecnicamente percorribile la soluzione dell'erogazione, ad esempio, mediante accredito sul conto corrente del mutuatario e successivo bonifico a favore della banca surrogata o mediante assegno circolare all'ordine della banca surrogata, poiché entrambi questi mezzi di pagamento non garantirebbero l'estinzione del finanziamento in essere con valuta in pari data alla stipula del nuovo mutuo con surrogazione). Al riguardo, va anche notato che, nonostante l'erogazione avvenga con bonifico (a favore della banca surrogata) e che il bonifico venga evidentemente disposto una volta che il contratto sia stato sottoscritto, il contratto di mutuo stipulato per surrogazione invariabilmente contiene la clausola di quietanza del mutuatario in ordine all'avvenuta erogazione della somma ricavata dal nuovo mutuo e destinata a estinguere il finanziamento in essere.

Ebbene, se si negasse l'idoneità di un mutuo erogato tramite bonifico a favore della banca surrogata a concretare un titolo esecutivo, si avrebbe una situazione paradossale:

- da un lato, la banca surrogata verrebbe soddisfatta del proprio credito con un versamento avente valuta pari al giorno della sottoscrizione del nuovo mutuo;
- dall'altro, la banca surrogante non avrebbe un titolo esecutivo in relazione alle obbligazioni assunte dal mutuatario con la stipula del nuovo mutuo.

Non v'è chi non veda, pertanto, l'infondatezza di una tesi per la quale il mutuo stipulato con finalità di surrogazione non sia erogabile mediante un ordine di bonifico a favore della banca surrogata.

³⁴ Al riguardo, occorre, peraltro, considerare quell'orientamento giurisprudenziale per il quale «non è sufficiente al perfezionamento del mutuo l'autorizzazione al mutuante a trattenere la somma stessa presso di sé, che è un modo indiretto per procrastinare il perfezionamento del contratto» (Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, *cit.*), con la conseguenza che il contratto, «non documentando l'esistenza di un diritto di credito, nel soggetto finanziatore, dotato del requisito della certezza, è inidoneo, pur se stipulato con atto pubblico notarile, ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme promesse (se e nella misura della relativa erogazione)» (Trib. Latina, sez. dist. Terracina, 18 maggio 2010, in *Contratti*, 2010, 977, con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di mutuo e consegna del bene*).

Tuttavia, la giurisprudenza di merito più recente, in più occasioni ha ritenuto costituire titolo esecutivo idoneo all'esecuzione forzata il contratto di mutuo contenente indicazioni di avvenuta erogazione e quietanza della somma mutuata con

- deposito della somma erogata nel conto corrente “dedicato” del notaio rogante³⁵;

b) in tutti i predetti casi, il contratto di mutuo ben può, dunque, contenere la quietanza del soggetto mutuatario;

c) in tutti i predetti casi, la copia autentica del contratto di mutuo può essere spedita in forma esecutiva, con ciò integrandosi il presupposto per il promovimento dell’azione esecutiva in caso di inadempimento del mutuatario.

D'altronde, se ben si riflette, anche nel caso di un accredito del denaro oggetto di mutuo effettuato (contemporaneamente o anche anteriormente alla sottoscrizione del contratto di mutuo) a nome del mutuatario presso la stessa banca mutante, il denaro (di proprietà della banca prima dell’accredito) rimarrebbe pur sempre di proprietà della

contestuale costituzione della stessa, da parte del mutuatario, in deposito cauzionale infruttifero in favore della banca mutuante, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell’adempimento di una serie di prestazioni a carico del cliente indicate nel contratto: cfr. Trib. Roma, 16 gennaio 2019, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 2, 370, con nota di S. CAPRIO, *Validità del contratto di mutuo come titolo esecutivo e rimedi all’abuso del cumulo dei mezzi di espropriazione*, secondo cui «costituisce titolo esecutivo idoneo all’esecuzione forzata il contratto di mutuo contenente indicazioni di avvenuta erogazione e quietanza della somma mutuata con contestuale costituzione della stessa, da parte del mutuatario, in deposito cauzionale infruttifero in favore della banca mutuante, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell’adempimento di una serie di prestazioni a carico del cliente indicate nel contratto».

³⁵ Ci si riferisce alla fattispecie di cui all’art. 1, commi 63-67, legge 23 dicembre 2013, n. 147. Il comma 63, lett. c), prevede che, su richiesta di una delle parti del contratto di compravendita, l'intero prezzo (oltre alle somme destinate a estinzione di gravami o di spese non pagate a carico del venditore) venga depositato al notaio (nell’apposito conto corrente) sino a che, eseguite le formalità pubblicitarie e verificata l’assenza di gravami (ovvero verificatosi l’ulteriore evento cui le patti hanno subordinato il deposito), egli provvederà allo svincolo a favore del venditore. L’acquirente ha, in questo modo, la certezza che le somme versate a titolo di prezzo potranno essere utilizzate per la “liberazione” dell’immobile acquistato da eventuali formalità sopravvenute ovvero potranno essergli restituite laddove si addivenga alla risoluzione del contratto.

La consegna della somma al notaio determina, infatti, lo spossessamento della banca, poiché la somma esce dalla disponibilità giuridica della banca nel momento in cui, per accordo tra la banca e il mutuatario, la somma rinveniente dal mutuo viene affidata in deposito al notaio rogante allo scopo di trattenerla e poi consegnarla (allo stesso mutuatario ovvero al soggetto da questi indicato) dopo che il notaio stesso abbia verificato l’avvenuta iscrizione ipotecaria nel grado richiesto (nonché, eventualmente, l’avvenuto consolidamento dell’ipoteca).

banca anche dopo l'accredito; e nella sfera giuridica del mutuatario sorgerebbe "solo" un diritto di credito (ciò che evidentemente coincide con la «disponibilità giuridica» di cui sopra s'è detto) all'utilizzo della somma contabilizzata nel conto corrente intestato al mutuatario medesimo: una situazione giuridica, dunque, perfettamente identica al credito che in capo al mutuatario si origina quando la banca si impegna a effettuare il bonifico della somma mutuata a nome del mutuatario o a nome di soggetto indicato dal mutuatario stesso.