

ISSN 2531-8950

Anno X – 2025 n. 4

NUOVO DIRITTO CIVILE

RAFFAELE VERDICCHIO

**Sulla validità e sulle caratteristiche
del mutuo «solutorio»**

D
DIKE
GIURIDICA

**Cass., Sez. Un., 5 marzo 2025
(ud. 18 febbraio 2025), n. 5841**

Pres. P. D'Ascola, Est. E. Iannello

Il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguente 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 giuridica del mutuatario medesimo, attraverso l'accredito su conto corrente, non rilevando in contrario che le somme stesse siano immediatamente destinate a ripianare pregresse esposizioni debitorie nei confronti della banca mutuante, costituendo tale destinazione frutto di atti dispositivi comunque distinti ed estranei alla fattispecie contrattuale.

Anche ove si verifichi tale destinazione, il contratto di mutuo (c.d. mutuo solutorio), in presenza dei requisiti previsti dall'art. 474 c.p.c., costituisce valido titolo esecutivo.

Raffaele Verdicchio

(Dottorando di ricerca nell'Università degli Studi di Brescia)

Sulla validità e sulle caratteristiche del mutuo «solutorio» (*)

Sommario: 1. Il caso. - 2. Il contesto giurisprudenziale sulla configurabilità e le caratteristiche del mutuo «solutorio». La posizione delle Sezioni Unite. - 3. La «disponibilità giuridica» della somma mutuata. - 4. La potenziale abusività dell'operazione.

1. Il caso

La Suprema Corte è tornata a pronunciarsi, nella sua composizione più autorevole, in materia di mutuo c.d. solutorio, dopo che la sez. II civile ne ha sollecitato l'intervento (1) onde dirimere una divergenza di orientamenti maturata in seno alle Sezioni semplici e oggetto di recente interesse da parte della dottrina (2).

Nel caso oggetto della pronuncia, i ricorrenti avevano stipulato con una banca, tra il 1990 e il 1998, quattro distinti contratti di mutuo, di cui tre assistiti da garanzia ipotecaria e uno chirografario. Nel 2000, gli stessi contraenti avevano stipulato un nuovo contratto di mutuo ipotecario, il cui importo veniva versato mediante accredito su conto corrente con saldo passivo, già esistente e intestato ai mutuatari.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due *referee*.

(1) Cfr. Cass. 10 luglio 2024, n. 18903, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, II, p. 607.

(2) *Ex multis*, F. CAPPAL, *La non facile qualificazione delle operazioni di «ripianamento» di debiti pregressi a mezzo di nuovo «credito»*, in *BBTC*, 2021, II, pp. 817 e ss.; L. ANDRETTO, *Mutuo erogato in funzione solutoria di un debito pregresso: ricadute sulla causa petendi della domanda di ammissione al passivo*, in *Fallimento*, 2022, pp. 1411 e ss.; D. FAUCEGLIA, *La dilazione innova o nova il rapporto obbligatorio*, in *Contr. impr.*, 2024, pp. 199 e ss.; T. DI MARCELLO, *Il «mutuo solutorio» tra effettività della consegna e così detto effetto novativo (note sulla funzione della consegna nelle norme sul mutuo)*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2024, pp. 1 e ss.; S. PAGLIANTINI, *Nella spirale procellosa del mutuo ipotecario solutorio (e di quello condizionato): noterelle sul giurista prestigiatore ai confini della realtà*, in *Foro it.*, 2024, I, c. 2952; A.A. DOLMETTA, *Sulle prassi bancarie dei mutui con «dazione» e contestuale «contro dazione» di somme: consegna, distantia temporis e causa concreta*, in *BBTC*, 2024, I, pp. 693 e ss.; G. SALVI, *Il mutuo solutorio al vaglio delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, pp. 201 e ss.

In forza di tale contratto di mutuo, una volta divenuta esigibile l'obbligazione restitutoria, la banca aveva avviato un procedimento monitorio e ottenuto ingiunzione per il rimborso della somma mutuata e gli interessi maturati a suo favore.

Tra le varie ragioni spese nell'opposizione al decreto ingiuntivo, gli opposenti avevano dedotto la nullità del mutuo per difetto di *traditio* ex art. 1813 c.c., lamentando di non aver mai conseguito la disponibilità della somma asseritamente mutuata. Questa, infatti, una volta accreditata su un conto corrente con saldo negativo, era immediatamente rientrata nella disponibilità della banca. Da ciò le doglianze degli opposenti, che osservavano come del mutuo fosse stata realizzata solo l'apparenza, secondo una logica riconducibile, nella loro prospettiva, ad una mera operazione contabile.

Alla decisione di rigetto dell'opposizione fondata sull'invalidità del mutuo da parte dei giudici di merito è seguito il ricorso in Cassazione, articolato su nove motivi. Di essi, hanno giustificato la rimessione alle Sezioni Unite quelli attinenti alla «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1813 c.c. [...] e degli artt. 2730 e 1852 c.c. in relazione all'art. 1813 c.c.».

2. Il contesto giurisprudenziale sulla configurabilità e le caratteristiche del mutuo «solutorio». La posizione delle Sezioni Unite

Non è raro, nella cultura giuridica contemporanea, che a un concetto stratificato nella tradizione sia affiancato un aggettivo che lo arricchisce di un significato non propriamente tecnico-giuridico. È sicuramente così per il mutuo «solutorio», che richiama una categoria da qualche tempo coniata dalla giurisprudenza alla luce della prassi applicativa nei rapporti bancari. Nella fattispecie all'esame delle Sezioni Unite, l'aggettivo consente immediatamente di piegare lo schema negoziale del mutuo ad una prospettiva funzionale: il mutuo «solutorio» non è che un mutuo bancario stipulato col fine di procurare al mutuatario le risorse per estinguere il rapporto obbligatorio derivante da un precedente mutuo o da altro finanziamento, contratto con il medesimo mutuante.

In quanto finalizzato al ripianamento di una precedente esposizione debitoria del mutuatario, il mutuo solutorio è facilmente accostabile a fattispecie ad esso affini previste nella disciplina codicistica o in leggi speciali. L'art. 1202 c.c., ad esempio, nel disciplinare la surrogazione per volontà del debitore, assume come presupposto di fatto che questi prenda a mutuo una somma di denaro al fine di pagare il suo debito (3). Di più recente introduzione, l'art. 120quater t.u.b. rivi-

(3) E, anzi, la connessione formale tra il mutuo e il successivo pagamento è condizione di efficacia dell'effetto surrogatorio, dovendo espressamente risultare dall'atto di mutuo e dalla quietanza la

talizza questo tradizionale istituto del diritto civile contemplando un meccanismo analogo, assistito da disposizioni di favore per incoraggiare la «portabilità» dei finanziamenti nel sistema creditizio (4).

Il profilo distintivo del mutuo solutorio dalle figure appena menzionate, tuttavia, è individuabile nell'identità dei soggetti dei due distinti, seppur collegati, rapporti giuridici. Tale aspetto problematico ha indotto a scorgere nella fattispecie in esame un'operazione economica avente tratti meramente modificativi di un precedente contratto, generando il problema qualificatorio su cui si sofferma in larga parte l'intervento delle Sezioni Unite. La contrapposizione maturata in giurisprudenza, come risulterà evidente, cela un contrasto più apparente che reale, ispirato in ultima analisi dalla necessità di risolvere problemi riconducibili ad interessi di ordine diverso.

Un orientamento, invero minoritario, ha inteso valorizzare la ragion pratica dell'operazione economica alla luce dei preesistenti rapporti tra mutuatario e banca, così da negare l'esistenza di un nuovo contratto di mutuo e riconfigurare il rapporto in termini meramente contabili, quale operazione realizzata mediante una coppia di poste nel conto corrente, rispettivamente in «dare» e in «avere» (5). Già in precedenza, e con maggiore dovizia di argomenti, si era osservato che, malgrado l'apparenza puramente contabile, l'operazione ricostruibile in astratto come mutuo solutorio fosse cionondimeno idonea a produrre effetti sostanziali, traducendosi nel riscadenziamento di un debito preesistente (6). Da tali considerazioni

destinazione della somma mutuata. Cfr. E. MOSCATI, *Del pagamento con surrogazione. Artt. 1201-1205*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, Milano, 2023, pp. 167 e ss.; B. CARPINO ed E. GABRIELLI, *Pagamento con surrogazione*, II ed., in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna-Roma, 2023, pp. 89 e ss.

(4) P. SIRENA, *La portabilità dei contratti di finanziamento*, in *I contratti per l'impresa*, II, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, Bologna, 2012, p. 92; R. COSTI e F. VELLA, *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, pp. 761 e 762. Che il fine precipuo della norma sia potenziare la concorrenza degli istituti di credito è discusso da G. FALCONE, *Art. 120quater. Commento*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA e A. MIRONE, Torino, 2024, pp. 1859 e ss. Più verosimilmente, secondo l'A., l'incremento di concorrenza tra gli istituti bancari non sarebbe che un corollario al *favor* legislativo per la «rinegoziazione» dei contratti di mutuo.

(5) In questo senso cfr. Cass. 8 aprile 2020, n. 7740, in *Giur. it.*, 2021, p. 309, con nota di C. SCAPINELLO, *Revocatoria di ipoteca accessoria a credito fondiario per debito preesistente già ipotecato*, che, riprendendo Cass. 5 agosto 2019, n. 20896, in *Riv. dir. risp.*, 2020, p. 300, muove dal presupposto che non si possano ravvisare «profili di erogazione di nuova liquidità». Ugualmente, anche Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1263; in *Giur. it.*, 2021, p. 1883, con nota di C. LOMBARDO, *Estinzione debiti preesistenti tra le parti: utilizzo strumentale?*, in *BBTC*, 2021, II, p. 808, con nota di F. CAPPAL, *op. cit.*; in *Corr. giur.*, 2021, p. 1330, con nota 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*; e in *Riv. dir. risp.*, 2021, p. 259.

(6) Cfr. Cass. 5 agosto 2019, n. 20896, cit.

è derivato l'accostamento dello schema negoziale a due figure non completamente omogenee (7): la modificazione accessoria di un rapporto esistente, tale da escludere la novazione *ex art.* 1231 c.c., e il *pactum de non petendo ad tempus*.

L'eterogeneità delle figure richiamate si riflette nel loro diverso tipo di efficacia. Sembra acquisito che la modificazione accessoria di cui all'art. 1231 c.c. – che nella fattispecie in esame dovrebbe concretizzarsi in una dilazione del termine per l'adempimento – renda inesigibile il credito innovando il precedente rapporto obbligatorio sotto il profilo sostanziale della modalità temporale di esecuzione dell'obbligazione (8). Non così univoca, viceversa, è la ricostruzione del *pactum de non petendo*, che, a seconda degli indirizzi interpretativi, e non senza sfumature intermedie, produce effetti esclusivamente processuali – risolvendosi in una rinuncia all'azione – o determina l'efficacia sostanziale di una remissione (9).

Il richiamo di queste qualificazioni, tuttavia, mal si concilia con il fatto che in un mutuo solutorio non vi è alcun espresso accenno agli effetti appena evocati. Proprio il riferimento al carattere esclusivamente contabile dell'operazione posta in essere mediante l'atto vale piuttosto a dimostrare che – sia pure con modalità istantanee – la somma transita sul conto corrente dei mutuatari, in ciò concretizzandosi un passaggio della sequenza formativa dell'atto che vale a segnare un elemento di novità rispetto all'obbligazione preesistente.

In via di principio, la sintesi unitaria della duplicità di effetti che deriverebbero dallo schema negoziale in esame – cioè la costituzione di una nuova obbligazione e la contestuale estinzione della precedente – non è estranea alla novazione. Se-

(7) Ne evidenzia la non sovrapponibilità F. RUSCELLO, *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un vecchio lavoro*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 548 e 549.

(8) L'inesigibilità del credito prodotta dalla dilazione gratuita, peraltro, si limita a paralizzare la richiesta di adempimento e non quella di compensazione, *ex art.* 1244 c.c., al punto da indurre a revisioni critiche del concetto di inesigibilità, come emerge ancora in F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 554. La tesi dell'effetto solo processuale della dilazione gratuita, derivante dall'accostamento al tradizionale «termine di grazia» giudiziale, è invece sostenuta da G. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità di una delle parti*, in *Dir. giur.*, 1972, pp. 261 e ss.

(9) Tale ricostruzione, peraltro non sostenibile in relazione al *pactum ad tempus*, che in questa sede interessa, implica un'indebita assimilazione tra inesistenza ed inesigibilità del credito, che, come osserva A. VENTURELLI, *La remissione "convenzionale"*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 686, è smentita da una serie di indici sistematici. Valorizzando la complessità strutturale del rapporto obbligatorio, M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, pp. 152 e 159, conclude che il *pactum* produca l'inesigibilità temporale di alcune delle facoltà di cui il rapporto giuridico si compone e, dunque, un'affievolimento strutturale del vincolo obbligatorio. Il punto di equilibrio tra piano sostanziale e piano processuale è recentemente individuato da M. D'ONOFRIO, *Il 'pactum de non petendo' tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Napoli, 2021, pp. 131 e 132, nella natura sostanziale dell'efficacia dell'accordo, realizzata mediante lo strumento processuale della rinuncia all'azione in concreto. Un'approfondita disamina del *pactum* è offerta altresì da P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 984 e ss.

nonché, anche secondo il ragionamento più lato, di novazione oggettiva non può discorrersi nel caso del mutuo solutorio, difettando entrambi gli elementi che concorrono alla produzione dell'effetto novativo (10).

Dal punto di vista dell'*animus novandi*, è a dir poco discutibile che l'intento inequivoco di estinguere l'obbligazione precedente possa essere tratto da un'eventuale clausola di destinazione della somma data in mutuo. Una clausola simile – peraltro ordinariamente non riscontrabile – potrebbe tutt'al più consentire di desumere che l'obbligazione si estingua attraverso l'impiego della somma mutuata e non per effetto della volontà inequivoca di novare la precedente obbligazione (11). In altri termini, l'estinzione dell'obbligazione restitutoria derivante dal precedente mutuo non sarebbe effetto immediato della volontà espressa nel nuovo contratto, ma effetto mediato di un'attribuzione patrimoniale che, pur assurgendo in questo caso ad elemento della fattispecie contrattuale, normalmente non sarebbe necessaria per il verificarsi dell'effetto novativo.

Peraltro, nella dinamica del mutuo solutorio, l'estinzione della precedente obbligazione, quand'anche voluta dalle parti come fine ultimo dell'operazione, si configura spesso come effetto contingente della regolazione del mutuo in conto corrente, non sussistendo necessariamente tra l'effetto estintivo e quello costitutivo lo stesso rapporto di reciprocità che li rende nella novazione l'uno la giustificazione dell'altro (12) e che ha per corollario la norma espressa dall'art. 1234 c.c. D'altro canto, è dubbio anche che il profilo dell'*aliquid novi* possa ritenersi integrato (13), laddove l'obbligazione scaturente dal nuovo contratto abbia oggetto e titolo identici a quelli della precedente obbligazione (14).

Tali elementi inducono un diverso e consolidato indirizzo giurisprudenziale a prediligere tutt'altro ordine di motivazioni, soffermandosi sulla validità del mutuo con finalità «solutoria» al fine di escludere che esso possa integrare la fattispe-

(10) La conclusione è condivisa da D. FAUCEGLIA, *op. cit.*, pp. 221 e 222; *contra* L. ANDRETTO, *op. cit.*, p. 1411.

(11) L'opinione è condivisa da S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, c. 2953.

(12) P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 66 e 67. Le considerazioni svolte dall'a. consentono di identificare esattamente il punto della questione: nella novazione, la sintesi degli effetti estintivo e costitutivo è tale da impedire l'attribuzione all'uno o all'altro di qualsivoglia anteriorità logica o cronologica. Nel caso del mutuo solutorio, invece, è evidente che l'anteriorità, se non cronologica certamente logica, spetta alla costituzione della nuova obbligazione. Senza quest'ultima, l'effetto estintivo della precedente non potrebbe mai verificarsi.

(13) M. CAPOTORTO, *Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti tra le parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1074.

(14) La misura della diversità della prestazione o della *causa debendi* della nuova obbligazione deve essere tale da mutare la complessiva composizione contenutistica del rapporto, come osserva G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 87. Cfr. anche A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 284 e 285.

cie della simulazione del mutuo o della novazione (15), nonché che la sua illiceità possa essere ricavata dalla sua potenziale lesività dei diritti di altri creditori, avuto riguardo, a tal proposito, agli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c. (16). La posizione maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità, dunque, non individua ragioni che ostino aprioristicamente alla configurabilità e alla validità del negozio in esame, riscontrando la piena legittimità dell'utilizzo della somma mutuata ai fini del ripianamento di posizioni di debito preesistenti (17). Confortata anche dalle indicazioni desunte dalla disciplina positiva, che valorizza il ricorso al credito come strumento per ristrutturare il debito (18), la Corte ha in diverse occasioni rilevato l'assenza di ragioni che depongano nel senso della contrarietà del mutuo solutorio a norme imperative (19).

La divergenza di orientamenti in seno alle sezioni semplici è correttamente ricondotta, nella sentenza in commento, a una diversa impostazione metodologica della questione di diritto.

L'indirizzo minoritario, nel negare autonomia all'operazione astrattamente qualificabile come mutuo solutorio, attribuisce decisiva importanza alla corrispondenza cronologica tra il momento in cui la somma è mutuata e quello in cui essa è reimpiegata, al fine di escludere il perfezionamento di un nuovo mutuo o, quantomeno, di negarne l'efficacia in ragione dell'assenza della sua causa tipica. L'indirizzo maggioritario, per converso, inquadra la questione sul piano statico e formalistico della fattispecie, rilevando che, una volta perfezionato in tutti gli elementi essenziali il contratto di mutuo, gli atti dispositivi non possono che conseguire, sul piano logico, alla consegna della somma mutuata, senza per questo escludere gli effetti giuridici ormai prodotti e derivanti dal contratto stipulato.

Prospettata la duplice chiave di lettura del fenomeno, le Sezioni Unite hanno confermato l'orientamento maggioritario, giudicato maggiormente idoneo ad

(15) In tal senso, Cass. 29 febbraio 2016, n. 3955, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Fallimento*, n. 371.

(16) Recentemente, cfr. Cass. 24 gennaio 2023, n. 2176, in *Fallimento*, 2023, pp. 339 e 481, con nota di S. BONFATTI, *La disciplina del mutuo fondiario erogato per la estinzione di passività pregresse*, che, riprendendo Cass. 31 ottobre 2014, n. 23158, in *Foro it.*, 2015, I, c. 980; e in *Vita not.*, 2015, p. 320, ripercorre la netta distinzione tra negozio in frode alla legge e in frode ai creditori. Tale distinzione appare netta anche in G. SALVI, *op. cit.*, pp. 205 e 206, che esclude che la *par condicio creditorum* possa assurgere a norma imperativa, non conseguendo alcun effetto alla violazione della norma in caso di piena sufficienza patrimoniale del debitore. Cfr. anche, a tal proposito, E. BACCIARDI, *Mutuo solutorio e causa concreta del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 929.

(17) In particolare, cfr. Cass. 15 marzo 2022, n. 8382, in *Contratti*, 2022, p. 513.

(18) In materia di Crisi d'Impresa, gli artt. 99 e 101 CCII – in continuità con l'art. 182quater L. fall. – contemplano questa possibilità sia nell'ambito del concordato in continuità, sia negli accordi di ristrutturazione del debito. Sul punto, cfr. Cass. 22 febbraio 2021, n. 4694, in *Fallimento*, 2021, p. 926, 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*.

(19) Di recente, cfr. Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, in *Rep. Foro it.*, 2022, voce *Mutuo*, n. 22; Cass. 16 febbraio 2022, n. 5034, *ivi*, voce *Fallimento*, n. 101.

addivenire ad esiti coerenti in chiave sistematica. Isolare il momento di perfezionamento del mutuo rispetto alla finalità per cui la somma è impiegata ha indotto altresì la Corte a concludere che nel mutuo solutorio non è ravvisabile un mutuo di scopo volontario. Di quest'ultimo, infatti, difetta l'impegno a svolgere le attività necessarie per il raggiungimento dello scopo espresso, che appare altresì idoneo ad ampliare il contenuto del sinallagma funzionale (20). Nel mutuo solutorio, invece, la destinazione della somma mutuata al ripianamento della precedente esposizione debitoria non assume rilievo in chiave causale, ma costituisce una semplice estrinsecazione del motivo contrattuale (21).

Piuttosto che risalire dall'effetto alla fattispecie, riqualificando il nuovo contratto alla luce del senso complessivo dell'operazione, il Supremo Collegio ha posto come punto di partenza del ragionamento l'idoneità del contratto ad essere qualificato come mutuo e non già come accordo modificativo di un precedente rapporto. Accertata l'effettiva conclusione di un contratto di mutuo, la possibilità che questo assuma connotati che funzionalmente lo avvicinano a una dilazione di pagamento o a un *pactum de non petendo* diviene semplicemente inconferente. La conseguenza di questa impostazione si lascia più agevolmente apprezzare sul piano dei rapporti obbligatori sorti dai successivi contratti: l'estinzione dell'obbligazione restitutoria derivante dal precedente mutuo seguirebbe non già ad un ipotetico effetto modificativo o novativo del precedente rapporto, ma all'esatto adempimento realizzato mediante il reinvestimento della somma mutuata più recentemente (22).

3. La «disponibilità giuridica» della somma mutuata

Il passaggio appena segnalato, tuttavia, vale a porre la decisione in commento in una posizione a ben vedere diversa rispetto a quella sostenuta dall'orientamento maggioritario, che pure le Sezioni Unite hanno confermato.

Dedicando attenzione pressoché esclusiva alla validità dell'atto, l'orientamento maggioritario era sostanzialmente riuscito solo a dar conto della liceità della funzione di rifinanziamento che contraddistingue l'operazione in esame, considerandola, però, in una prospettiva statica che, muovendo dall'esistenza della fatti-

(20) In una precedente giurisprudenza ritenuto uno degli elementi fondamentali per la valutazione del mutuo come «di scopo», accanto alla destinazione della somma mutuata. Cfr. Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517, cit.; Cass. 15 marzo 2022, n. 8382, cit.

(21) Tale conclusione rappresenta naturalmente esito dell'ordinaria attività ermeneutica sul contenuto del singolo contratto: cfr. D. LA ROCCA, *Il mutuo di scopo*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, a cura di V. CUFFARO, Bologna, 2009, p. 179; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, Torino, 1999, p. 603; M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2016, p. 864.

(22) Come correttamente rilevato da T. DI MARCELLO, *op. cit.*, p. 4.

specie, s'interrogava in ordine allo scopo dell'operazione, ponendolo a confronto con i parametri valutativi della liceità.

Il dissenso manifestato dall'orientamento minoritario, invece, non ha mai realmente contestato questa prospettiva statica, ma ha ricollocato il problema in una valutazione dinamica che, ponendo maggiore attenzione alla sequenza formativa dell'atto, ne ha messo in dubbio il perfezionamento, proprio in ragione della contestualità del reimpiego della somma imposta dalla preesistente esposizione debitoria del mutuatario.

Non è difficile scorgere, nel contrasto, l'ennesima manifestazione di un divergente approccio metodologico ai temi della formazione e dell'interpretazione del contratto, prodromici alla stessa operazione qualificatoria in senso stretto (23).

Compendiato comunemente in una pretesa contrapposizione tra fattispecie e procedimento, il problema attiene, più correttamente, alla preventiva individuazione degli interessi meritevoli di protezione, che appaiono diversamente valutabili a seconda che s'intenda accertare se esiste un contratto o, al contrario, se esso persegua obiettivi leciti e conformi ai valori fondamentali del sistema giuridico di riferimento (24).

Colta la prospettiva entro cui le Sezioni Unite hanno svolto il ragionamento, non sorprende che marginale importanza sia dedicata al tema della validità del mutuo quando esso è contratto con funzione «solutoria»: trattandosi di questione che suppone risolto il problema concernente il perfezionamento dell'atto e la sua stessa esistenza, al giudice di legittimità pare agevole replicare sul punto le argomentazioni già svolte dall'orientamento confermato, in ordine all'assenza di ragioni di illiceità della causa, di frode alla legge o ai creditori, nonché di illiceità dei motivi.

Assunto in una prospettiva dinamica, però, il problema presenta una configurazione nuova, che le Sezioni Unite hanno mostrato di valorizzare fino in fondo quan-

(23) La distinzione logica tra interpretazione e qualificazione, e la conseguente anteriorità dell'una rispetto all'altra, emergono particolarmente in G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, pp. 45 e ss., nonché in N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1143; e in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, a cura di N. IRTI, Padova, 2000, pp. 616 e ss. Rilevi critici a proposito di tale distinzione sono mossi da P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, pp. 826 e ss.; e in Id., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 29 e ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV ed., I, *Metodi e tecniche*, Napoli, 2020, pp. 207 e ss.; E. CAPOBIANCO, *L'interpretazione*, II ed., in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano 2022, pp. 330 e ss.; M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, IV ed., Torino, 2021, pp. 8 e 9.

(24) Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 11 e ss., spec. 48 e ss., sulle cui posizioni si sofferma, da ultimo, F. ADDIS, *Tecniche procedurali, problemi sostantivi e «giustizia» procedurale. Una testimonianza sulla metodologia di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, pp. 693 e ss.; e in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. RICCI, Milano, 2024, pp. 197 e ss.

do, con forte piglio analitico, hanno evidenziato che l'atto dispositivo della somma mutuata, non potendo che avvenire in virtù della stipulazione del contratto – e, perciò, in seguito a questa –, si colloca al di fuori della fattispecie in considerazione, non avendo perciò alcuna ripercussione in termini di validità del mutuo (25).

Tale argomentazione è pienamente condivisibile e produce immediata evidenza ove vi sia uno scarto temporale tra la stipula del contratto e l'adempimento della preesistente obbligazione restitutoria. Lo scenario viene a complicarsi nell'ipotesi in cui *traditio* e *solutio* si risolvano in uno stesso istante cronologico, impedendo di cogliere nitidamente l'autonomia dell'atto dispositivo delle somme (26). La coincidenza temporale di *traditio* e *solutio* (27) diviene, così, elemento idoneo a revocare in dubbio l'avvenuto perfezionamento del mutuo e a chiedersi se vi sia stata effettiva consegna della somma.

Coerentemente con tali premesse, le Sezioni Unite hanno individuato il vero problema giuridico da risolvere nella sussistenza o meno della «disponibilità giuridica» delle somme erogate a titolo di mutuo. La riflessione sul concetto di «disponibilità giuridica», impostata in questi termini, ha interessato dottrina e giurisprudenza ancor prima che la figura del mutuo solutorio acquistasse autonomia di contorni (28), ricollegandosi al problema di teoria generale relativo al carattere «reale» del mutuo (29). Si possono isolare, a tal proposito, i due passaggi logici del ragionamento: il primo, relativo alla possibilità che la *traditio* sia integrata mediante accredito in conto corrente; il secondo, dipendente dal primo, relativo

(25) Riprendendo in motivazione Cass. 15 marzo 2022, n. 8382, cit.

(26) Si intende qui, in senso atecnico, il pagamento dello scoperto di conto corrente.

(27) La configurazione della fattispecie in tali termini evoca la ben nota figura del bancogiro, per il quale una risalente dottrina escludeva l'idoneità ad integrare il requisito della *traditio*, anche solo in via indiretta, concludendo nel senso di un contratto di credito atipico. Cfr. G. GIAMPICCOLO, voce *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 459.

(28) In particolare, si segnala Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Corr. giur.*, 1992, p. 1329, con nota di V. CARBONE; e in *Contratti*, 1993, p. 45, con nota di D. CAPRA; Cass. 21 febbraio 2001, n. 2483, in *Fallimento*, 2002, p. 373; Cass. 28 agosto 2015, n. 17194, in *Foro it.*, 2016, I, c. 196.

(29) Carattere che è stato a più riprese posto in discussione in dottrina, talora insieme con l'intera categoria dei contratti reali, per cui cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, pp. 705 e ss., talaltra fondando la previsione dell'art. 1822 c.c. – in materia di promessa di mutuo – come base per giustificare l'esistenza nel nostro ordinamento di un mutuo consensuale. In quest'ultimo senso, cfr. F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. VASSALLI, Torino, 1950, p. 102, nonché, più recentemente, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III ed., a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, pp. 822 e ss. A tale proposito, è altresì opportuno segnalare che la realtà del mutuo è pacifica solo per la giurisprudenza di legittimità, che non attribuisce dunque alcun rilievo, sotto questo profilo, alla configurazione del mutuo come «solutorio». L'Arbitro Bancario Finanziario, invece, confrontandosi con una casistica analoga a quella che ha dato vita al dibattito sul mutuo solutorio, considera il mutuo di consolidamento come «mutuo consensuale», degradando la *traditio* ad atto esecutivo del rapporto contrattuale. Cfr. A.B.F. Coll. Roma 20 aprile 2015, n. 3092, in *arbitrobancariofinanziario.it*; e, per un'analisi in tal senso, M. SEMERARO, *Il contratto di mutuo bancario*, in *Arbitro Bancario e Finanziario*, Milano, 2021, pp. 699 e 700.

alla possibilità di riscontrare la *traditio* anche quando all'accredito corrisponda l'immediata riappropriazione della somma da parte della banca mutuante.

Quanto al primo segmento, non può che rilevarsi come da tempo siano invalse nella prassi forme equipollenti alla consegna materiale, che non esaurisce da sé il perimetro della *traditio* (30). Se ciò è vero quando oggetto del mutuo siano in generale cose fungibili, è tanto più vero quando oggetto ne sia una somma di denaro, la cui circolazione risente di un mutato contesto economico-sociale e normativo, che ha profondamente condizionato l'individuazione delle modalità di adempimento delle obbligazioni pecuniarie (31).

Diversamente dall'art. 1813 c.c., che non precisa il modo in cui debba avvenire la consegna, l'art. 1277 c.c. prevede che, per produrre l'effetto estintivo dell'obbligazione, la consegna deve avvenire «in moneta avente corso legale nello Stato», introducendo un'espressione che, in linea con il substrato economico esistente al tempo della codificazione, è intesa in accezione prettamente «materialistica» (32).

Ove si tenga presente la significativa influenza esercitata dall'art. 1477 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 1376 c.c., è agevole evidenziare che la *traditio* atta a perfezionare il contratto di mutuo, se intesa in termini esclusivamente materialistici, non può che essere individuata nella consegna di denaro contante, con conseguente riconoscimento della facoltà del mutuatario di disporre della somma liberamente e incondizionatamente, stante la nascita correlata di un'obbligazione restitutoria riferibile al *tantundem*.

Senonché, tanto per l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, quanto per il perfezionamento del mutuo avente ad oggetto somme di denaro, l'allontanamento dal modello naturalistico è stato alimentato e amplificato dalle stesse tendenze: da un lato il generale processo di smaterializzazione della ricchezza (33), dall'altro la proliferazione della legislazione speciale – in particolar modo di matrice euro-

(30) È pacifico che il mutuo possa perfezionarsi tramite la consegna dei titoli rappresentativi di merci o attraverso le ben note figure della *traditio brevi manu* e del costituito possessorio. Cfr. P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, pp. 56 e ss.; F.A. MAGNI, *Il mutuo*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, III, 3, Milano, 2009, pp. 876, 877; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 458; L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, pp. 153 e ss. (31) Dal punto di vista del «diritto vivente», il ricorso a mezzi bancari di pagamento come forma di *solutio* ha dovuto confrontarsi con l'elaborazione in materia di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, alla luce della quale, secondo un orientamento precedente sarebbe potuto semmai figurare come *datio in solutum*. Il *révirement* giurisprudenziale è stato inaugurato, con riferimento all'assegno, dalla nota Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, I, c. 503, in merito ai cui riflessi sistematici cfr. A. VENTURELLI, *Esibizione di assegno ed «esatto» adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 1407 e ss.; e in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di G. DALLA TORRE, Milano, 2010, pp. 1315 e ss.; Id., *Offerta e ingiustificato rifiuto di assegno bancario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 1209 e ss.; e in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. PENNASILICO, Napoli, 2012, pp. 1513 e ss. (32) Cfr. A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, pp. 269 e ss.

(33) Tale processo, come rileva G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, p. 18, ha ricomposto la tradizionale cesura tra il concetto «economico» di moneta quale pura unità di valore e quello giuridico, di cui alla definizione dell'art. 1277 c.c.

pea (34) –, che nell'ultimo quarto di secolo ha apprestato un quadro regolatorio orientato ad accentuare la prima tendenza, limitando il ricorso al denaro contante e circondandolo di particolari cautele, variamente giustificabili in ragione di esigenze estranee al modello disegnato dal codice civile del 1942.

L'evoluzione normativa che ha interessato la materia è avvenuta interamente al di fuori del tracciato codicistico, comportando un'inversione, almeno in termini di fatto, dei rapporti tra il tradizionale paradigma naturalistico, divenuto recessivo, e il paradigma fondato sulla moneta elettronica. Di tale mutamento prende atto la sentenza in commento, laddove motiva, secondo un principio condiviso dalla precedente giurisprudenza (35), che con l'affermazione della moneta elettronica «ogni *solutio* si riduce ad una partita contabile».

La circostanza che il mutuo sia regolato in conto corrente (36) mediante annotazione contabile della somma mutuata, col conseguente affievolimento di significato della *traditio* in termini di consegna materiale, non vale, tuttavia, a fargli assumere i contorni dell'apertura di credito semplice, che si esaurisce nella «messa a disposizione» di una certa somma di denaro a favore dell'accreditato, con facoltà per quest'ultimo di utilizzarla anche in più soluzioni. Il diverso valore da attribuire alla «disponibilità» nei due contratti tipici, ancorché sfumato nelle modalità pratiche di esecuzione, non lascia spazio a dubbi da un punto di vista concettuale (37). Nel caso dell'apertura di credito, infatti, è conferito al beneficiario il diritto potestativo di utilizzare o meno una somma di denaro di cui la banca rimane proprietaria fino all'utilizzazione, la quale, peraltro, rimane solo eventuale (38). Da ciò consegue che

(34) Tra le innumerevoli direttive europee, si ricordano in particolar modo la 2000/46/CE e la 2009/46/CE, recepite con D.Lgs. 39/2002 e con D.Lgs. 45/2012, che hanno rispettivamente introdotto e riformato il Titolo Vbis del t.u.b. in materia di istituzione e disciplina degli istituti di moneta elettronica; la 2007/64/CE e la 2015/2366/UE (cc.dd. PSD e PSD2), poi seguite dal regolamento UE/2018/389 in materia di servizi di pagamento elettronico; sotto altro versante, la 2005/60/CE e 2006/70/CE, confluite nel D.Lgs. 231/2007, in materia di contrasto al riciclaggio di denaro contante.

(35) Cfr. Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, cit.

(36) È significativo notare che, ancor prima dell'avvento della moneta elettronica, tale possibilità fosse tenuta in considerazione da una certa dottrina, secondo cui l'ampio perimetro della definizione di «operazioni bancarie» di cui all'art. 1852 c.c. non escludeva che anche il mutuo potesse rientrare tra queste, quando una delle parti fosse un istituto bancario. Così già E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 398, secondo cui «la deviazione dalla regola della realtà non si attua sul piano formale [...]: solo la consegna è ideale anziché reale».

(37) La difficoltà di concepire questa diversità in termini pratici è data dalla considerazione che il concetto di «disponibilità giuridica» è maturato in giurisprudenza disancorato da categorie sistematiche e in maniera tendenzialmente noncurante dei rapporti tra proprietà, possesso e detenzione, al punto da configurarsi semplicemente quale «potere del mutuatario di influire sulla destinazione delle cose date a prestito». Cfr. L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, p. 152.

(38) Di talché, il mancato utilizzo della disponibilità finanziaria non costituisce inadempimento contrattuale, come rilevato da G. MOLLE, *I contratti bancari*, IV ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXXV, Milano, 1981, pp. 204 e 205.

non è smentita la natura di contratto consensuale ad effetti obbligatori dell'apertura di credito (39), laddove, invece, la realtà del mutuo rende irrilevante nell'ottica del rapporto contrattuale l'*an* o il *quomodo* avvenga l'utilizzazione della somma mutuata.

Precisato che il concetto di disponibilità giuridica integra funzionalmente il requisito della *traditio* di cui all'art. 1813 c.c., le Sezioni Unite hanno ragionato sulla possibilità di ritenere conseguita la disponibilità giuridica nel caso di accredito in conto corrente con saldo passivo, quando la somma mutuata sia immediatamente destinata alla *solutio* del debito pregresso. A tal proposito, hanno osservato che solo in virtù della conseguita disponibilità giuridica della somma è reso possibile l'effetto del «mutamento delle disponibilità economiche e finanziarie del mutuatario e del complessivo assetto delle stesse». In altri termini, posta l'equivalenza tra *traditio* materiale e impiego di strumenti alternativi al trasferimento di denaro, il conseguimento della disponibilità giuridica costituisce presupposto logico del ripianamento dell'esposizione debitoria (40).

Non si può non notare, in tal senso, che il concetto di «disponibilità giuridica», dopo aver eroso i confini della materialità, assuma connotati di rarefazione estrema. Ciò non tanto per l'impalpabilità della consegna della somma – attesa la necessità che la *traditio* assuma la forma di una annotazione contabile, le cui caratteristiche sono più prossime al credito che alla *res* oggetto di un diritto di proprietà –, quanto per la circostanza che «l'autonomo titolo di disponibilità» della somma mutuata, individuato dalla giurisprudenza di legittimità come requisito minimo per configurare la disponibilità giuridica (41), è sintesi verbale volta ad indicare il momento cronologico in cui la somma è accreditata in un conto corrente con saldo negativo e non il complesso di facoltà e poteri riconosciuti – sia pure in quell'istante – al titolare del conto (42). Neppure in tale istante, infatti, il mutuatario ha reali possibilità di disporre diversamente della somma mutuata, la cui *traditio* comporta implicitamente ed ineludibilmente la destinazione della somma al ripianamento del debito risultante dal conto corrente e la conseguente estinzione dell'obbligazione preesistente.

A giudizio delle Sezioni Unite, la soluzione non sarebbe diversa nell'ipotesi in cui la banca si riappropri dell'importo mutuato «autonomamente e immediatamente», ossia senza il consenso del mutuatario. In quest'ultimo caso, la differenza con l'accredito su conto con saldo passivo è netta e dipende proprio dall'assenza

(39) G. PORCELLI, *Dell'apertura di credito bancario*, in *Dei singoli contratti. Artt. 1803-1860*, a cura di D. VALENTINO, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, p. 642.

(40) Confermando una posizione espressa già da Cass. 18 gennaio 2021, n. 724, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1330, con nota di C. COLOMBO, *op. cit.*

(41) Cfr. Cass. 15 luglio 1994, n. 6686, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 576; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 157, con nota di M. COSTANZA, *Fideiussione bancaria con doppia garanzia*; in *Vita not.*, 1995, p. 308; e in *Arch. civ.*, 1995, p. 383; Cass. 28 giugno 2011, n. 14270, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1194; Cass. 6 dicembre 2023, n. 34116, in *Rep. Foro it.*, 2023, voce *Mutuo*, n. 17.

(42) Sul labile confine tra disponibilità e mero «gioco di parole», cfr. A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 697.

del consenso del mutuatario. Se tuttavia si assume la liceità della destinazione della somma mutuata all'adempimento di un pregresso debito col medesimo mutuan- te, un'eventuale condotta della banca che *invito domino* si riappropri della somma mutuata permetterà l'attivazione dei rimedi – restitutori o risarcitori – variamente collegati all'inadempimento solo in ragione della contrarietà dell'operazione alla volontà del titolare del conto, senza, tuttavia, che vengano meno i profili propria- mente estintivi della fattispecie, a maggior ragione riscontrabili quando è proprio il mutuatario ad aver accettato di conseguire – sia pure idealmente – una nuova somma di denaro al solo scopo di ripianare il debito preesistente.

In questa prospettiva, il richiamo alla «disponibilità giuridica», che vale ad escludere che, nel caso del mutuo solutorio, il mutuatario possa realmente contare su una disponibilità «materiale» della somma trasferita contabilmente, sintetizza l'interesse procedimentale correlato alla *traditio*, diversificandolo adeguatamente da quelli configurabili in ogni altro caso di mutuo.

Il mutuatario, in questa ipotesi, non è realmente interessato a privare il mutuan- te della disponibilità della *res*, né ad assumere un'obbligazione avente ad oggetto qualcosa di diverso rispetto a quanto ricevuto. La *traditio* soddisfa esclusivamente il suo interesse al rifinanziamento dell'operazione, a sua volta attuato dall'immediato reimpiego della somma per saldare il passivo preesistente. Tale reimpiego costitui- sce il solo modo di utilizzo della somma stessa, in ragione di un vincolo di destina- zione che, pur risultando senz'altro conforme alle intenzioni delle parti contraenti, comporta una limitazione netta delle prerogative proprietarie del mutuatario, in- ducendo conseguentemente a chiedersi se abbia ancora senso attribuire contorni traslativi all'operazione in esame o non sia più semplice ed immediato concludere che il mutuo solutorio provoca effetti di natura esclusivamente obbligatoria, che rendono inapplicabile il principio del consenso traslativo *ex art.* 1376 c.c.

Dalla conclusione sul conseguimento della disponibilità giuridica deriva la ri- sposta positiva delle Sezioni Unite alla questione dell'idoneità del mutuo solutorio a costituire titolo esecutivo, qualora ricorrano i requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. Tale ultima conclusione induce a cogliere una significativa differenza del mutuo solutorio rispetto al mutuo condizionato, fattispecie complessa in cui alla dazio- ne della somma è contestuale la sua costituzione in deposito irregolare presso lo stesso mutuan- te, con previsione che essa sia «svincolata» a favore del mutuatario/ depositante al verificarsi delle condizioni indicate contrattualmente. Per il mutuo condizionato, infatti, pur non escludendosi la costituzione reale del vincolo se- condo gli stessi criteri appena esaminati per il mutuo solutorio, è esclusa l'idoneità a formare titolo esecutivo in favore del mutuan- te (43). È opinione del giudice

(43) Come argomentato in Cass. 3 maggio 2024, n. 12007, in *Foro it.*, 2024, I, c. 1422, con note di S. PAGLIANTINI e R. PARDOLESI, *Nullità da Euribor manipolato: alla fiera degli equivoci*; M.F. CAMPAGNA, *Osservazioni a valle dell'intesa sull'Euribor*; e S. DE MARCO, *Clausola Euribor e alea*

di legittimità che la combinazione negoziale di mutuo e deposito irregolare impedisca di collocare in capo al mutuante un obbligo attuale di restituzione della somma mutuata, derivando questo solo dall'erogazione della somma depositata in seguito all'avveramento della condizione dedotta nell'accordo.

4. La potenziale abusività dell'operazione

Le circostanze fattuali in cui si svolge l'operazione economica in esame, pur non rilevando sotto il profilo della configurabilità o della validità dell'atto, difficilmente possono essere confinate nel giuridicamente irrilevante. Secondo le Sezioni Unite residua un loro spiraglio di rilevanza, la cui portata non è compiutamente approfondita per via dell'estraneità del tema rispetto al caso concreto. Il Supremo Collegio, incidentalmente, ha rilevato che lo schema del mutuo solutorio possa in concreto prestarsi ad occasioni di abuso, celando un atto in frode ai creditori o un «mezzo anormale di pagamento» (44).

L'osservazione appare di particolare pregnanza soprattutto alla luce della casistica giurisprudenziale, invero non recente, che vede ricorrere lo schema secondo cui una banca mutuante concede un prestito assistito da garanzia ipotecaria per estinguere un precedente debito privo di garanzia, di fatto sostituendo a un credito chirografario un credito ipotecario. In questi termini – e impregiudicata la qualificazione formale di mutuo del contratto con cui sono attribuite le risorse per estinguere il debito pregresso – l'operazione si indirizza al raggiungimento di un fine ulteriore, ben potendosi inquadrare secondo la logica del negozio indiretto (45).

La disciplina del mutuo, sia quella codicistica, sia quella speciale, ne consente la ricostruzione quale contratto di credito (46), la cui funzione consiste nell'attribuzione di un immediato vantaggio al mutuante (47) – tratto dall'acquisto della

contrattuale: presagi di un contenzioso infinito dall'esperienza dell'anatocismo bancario; e in Resp. civ. prev., 2024, p. 793, con nota di F. GRECO, *Caos Euribor: tra tutela del cliente e «probatio diabolica»*, richiamata dalla sentenza in commento.

(44) Riprendendo la terminologia dell'art. 67, comma 1, n. 2, L. fall, che si conserva invariata nella disposizione dell'art. 166, comma 1, lett. b), CCIL.

(45) Categoria che ha il pregio di cogliere l'insoddisfazione per la pressoché assoluta irrilevanza dei motivi nel negozio, come osserva C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, cit., pp. 190 e 191. Nei motivi del negozio, infatti, si annida il concreto assetto degli interessi delle parti, in base alla cui valutazione si colgono i profili di deviazione del significato complessivo dell'operazione economica individualmente considerata rispetto alla causa tipica, secondo l'autorevole insegnamento di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 354. Sul mutuo solutorio come negozio indiretto, cfr. S. SCUDERI, *Collegamento negoziale e contratti di finanziamento*, Napoli, 2025, p. 213.

(46) E, anzi, ne costituisce il prototipo: cfr. G. FAUCEGLIA, *Del mutuo*, in *Dei singoli contratti*, cit., p. 113; L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, p. 97.

(47) F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 603.

proprietà dei beni mutuati – e nel corrispondente obbligo per quest'ultimo di restituire il *tantundem* e gli interessi, se convenuti (48). Al di là di questo astratto e costante assetto di interessi del mutuo, che ne definisce la causa tipica, dalla casistica appena delineata emerge l'interesse delle parti a procurare al mutuante un titolo di prelazione nel modo più idoneo a renderlo «inattaccabile» nell'ipotesi in cui sia lesivo per i concreditori del mutuatario.

Il medesimo risultato concreto a cui si giunge «atipicamente» ricorrendo al mutuo solutorio con contestuale concessione di garanzia ipotecaria, infatti, è ottenuto tipicamente tramite la modifica del contratto originario che assicuri una dilazione di pagamento a favore del mutuatario a fronte della sua prestazione di garanzia. Con la non trascurabile differenza che, nella seconda ipotesi, la garanzia sarebbe concessa a titolo gratuito ai fini della revocatoria ordinaria(49), donde deriverebbe una posizione peggiore per la banca creditrice, nei cui confronti potrebbe essere dichiarata l'inefficacia della garanzia a prescindere dalla sua conoscenza del pregiudizio sofferto dai concreditori.

L'esigenza per la banca creditrice di procurarsi una posizione maggiormente vantaggiosa nei confronti della massa dei creditori emerge ancor più chiaramente quando sia avvertito il rischio di una imminente liquidazione giudiziale del debitore. Si rileva, a tal proposito, che le pronunce che hanno concluso nel senso della riqualificazione del mutuo (50) condividevano quale medesima genesi fattuale l'insinuazione nello stato passivo da parte della banca in seguito alla dichiarazione di fallimento del debitore. Nelle sentenze appena richiamate, dunque, il *thema decidendum* atteneva più precisamente al pregiudizio subito dal ceto creditorio a seguito di un'operazione in cui la funzione del mutuo veniva strumentalizzata per preconstituire un apparentemente nuovo ed autonomo credito (51).

Al di là del giudizio analitico sulla fattispecie del mutuo stipulato con funzione solutoria, anche a voler inquadrare il discorso in una prospettiva rimediabile, sarebbe parimenti inappropriato concludere *tout court* per la soluzione della nullità o della simulazione del contratto. Sia difettandone i presupposti, sia perché a venire in rilievo non è sempre in astratto l'interesse di una delle parti o ragioni di interesse generale condensate in norme imperative o in principi di ordine pubblico. Ne consegue che la conclusione possa difficilmente essere oggetto di generalizzazioni,

(48) Queste caratteristiche ne hanno sovente determinato la ricostruzione alla stregua della concessione temporanea di godimento di un bene (secondo la c.d. *Nutzungstheorie*) o dello scambio di cosa presente con cosa futura, per le cui critiche cfr. L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, pp. 80 e 86.

(49) In quanto concessa non contestualmente al sorgere del credito, secondo quanto disposto a tal fine dall'art. 2901, co., c.c. La contestualità che le parti tentano di dare alla garanzia in questo genere di operazioni, infatti, è puramente apparente, come osserva F. CAPPAI, *op. cit.*, p. 819.

(50) Richiamate in nt. 5.

(51) M. CAPOTORTO, *op. cit.*, p. 1074.

giacché solo talora, in concreto, può emergere l'interesse giuridicamente tutelato dei soggetti che, sebbene estranei al contratto, traggono da questo un pregiudizio (52).

Con riferimento a quest'ultimo scenario, sotto la vigenza della legge fallimentare, si registra un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che si esprime nel senso della revocabilità *ex art. 67, comma 1, n. 2, L. fall. del mutuo ipotecario e della garanzia così concessa, in quanto mezzi anormali* (53) di estinzione delle precedenti obbligazioni del mutuatario (54).

Posto allora che, in presenza di circostanze analoghe a quelle del caso da cui origina il giudizio in commento, il mutuo sia correttamente configurato e non sia possibile riqualificarlo quale *pactum de non petendo* o semplice modifica contrattuale, la portata risolutrice della decisione delle Sezioni Unite si attesta nella considerazione che i problemi sottesi allo schema negoziale del mutuo solutorio vadano risolti in chiave di inefficacia relativa degli atti in frode ai creditori, ovvero, se mai, in chiave di tutela risarcitoria derivante da concessione abusiva del credito. Siffatta soluzione, seppur solo lasciata intravedere dalle Sezioni Unite, recupera una coerenza sistematica non sempre dimostrata dal Supremo Collegio in tema di pluralità e diversità qualitativa dei rimedi dell'ordinamento.

Chiamate a dirimere il contrasto maturato in seno alle sezioni semplici, le Sezioni Unite si sono pronunciate in ordine alla configurabilità e alla validità del c.d. mutuo solutorio. Analizzando una fattispecie ormai ricorrente nella prassi del mercato bancario, le Sezioni Unite si sono confrontate con gli istituti della dilazione di pagamento,

(52) Cfr. G. SALVI, *op. cit.*, p. 202, il quale condivisibilmente attribuisce l'errore a un'esigenza di tutela dei creditori che può mancare nel caso concreto, rischiando di far trasbordare la soluzione drastica dell'invalidità in casi non problematici.

(53) Per un'ampia panoramica sul concetto di anormalità dei mezzi di pagamento nel contesto della revocatoria fallimentare cfr. G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2001, pp. 402 e ss. Sulla revocabilità della rimessa con finalità solutoria, cfr. anche S. PAGLIANTINI e F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti bancari*, cit., p. 1599.

(54) In tal senso, cfr. Cass. 25 marzo 1999, n. 2801, in *Foro it.*, 2000, I, c. 185; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1801, con nota di A. CANNELLA, *Revocatoria fallimentare di negozi collegati*; e in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 327, con nota di G. RAGO, *La revocatoria del procedimento indiretto*; Cass. 1° ottobre 2007, n. 20622, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 124; in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 567, con nota di A. ARCURI, *Fiscalità del nuovo concordato preventivo ai fini delle imposte indirette*; e in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 181, con nota di M. CORDOPATRI, *Ancora in tema di revocabilità del mutuo fondiario e decadenza dal beneficio del consolidamento dell'ipoteca*; Cass. 16 febbraio 2022, n. 5034, cit. In particolar modo, secondo la motivazione di Cass. 22 febbraio 2021, n. 4694, cit., l'operazione realizzata mediante mutuo solutorio «è impugnabile per revocatoria, in presenza dei relativi presupposti, in quanto diretta per un verso ad estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione, e per altro verso a costituire una garanzia per il debito preesistente, dovendosi ravvisare il vantaggio conseguito dalla banca non già nella stipulazione del mutuo fondiario in sé, ma nell'impiego dello stesso come mezzo per la ristrutturazione di un passivo almeno in parte diverso».

della novazione e del pactum de non petendo ad tempus, concludendo nel senso per cui l'accredito in conto corrente con saldo negativo integra gli estremi della traditio richiesta per il perfezionamento del mutuo. La destinazione della somma mutuata a ripianare il debito preesistente viene considerata lecita dalle Sezioni Unite, acquistando rilievo, tutt'al più, quale atto dispositivo potenzialmente assoggettabile ad azione revocatoria.

Called upon to settle the dispute arisen within the lower courts, the Supreme Court ruled on the configuration and validity of the so-called "mutuo solutorio" (loan for settlement). Analysing a case that has become commonplace in banking practice, the Supreme Court compared this kind of loan with payment deferral, novation and pactum de non petendo ad tempus, concluding that the credit to a banking account with a negative balance meets the requirements for the completion of the loan. The use of the loaned sum to settle the pre-existing debt is considered lawful by the Supreme Court, acquiring significance, at most, as an act potentially subject to revocation.