

Mutuo

Contratto di mutuo e consegna del bene

TRIBUNALE DI LATINA, Sez. dist. Terracina, 18 maggio 2010 - Giud. Perinelli - Tizio e Caia c. Banca X s.p.a.

I

L'autorizzazione conferita dal mutuatario al mutuante a trattenere la somma va interpretata quale pattuizione consensuale di rinvio della consegna, con conseguente procrastinazione del momento perfezionativo del contratto.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116, in <i>Banca borsa tit. cred.</i> , 1994, II, 21 ss., con nota redazionale.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

II

Il contratto condizionato di mutuo fondiario non documenta l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di danaro e pertanto, pur se stipulato con atto pubblico notarile (per gli effetti che è destinato a produrre in ordine alla costituzione della garanzia ipotecaria), non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante che intenda procedere a espropriazione forzata per la restituzione delle somme erogate, atteso che difetta dei requisiti previsti dall'art. 474 comma 2 n. 3 c.p.c., né il contratto medesimo può assumere valore di titolo esecutivo, per effetto della sua integrazione con le quietanze dei versamenti fatti al mutuatario, trattandosi di atti non formalmente omogenei con esso, in quanto manca il ricevimento da parte del notaio della dichiarazione negoziale costitutiva di debiti pecuniari.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., 18 gennaio 1983, n. 477
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Svolgimento del processo

Il Giudice dell'esecuzione, sciogliendo la riserva assunta nel procedimento n. 743/2009/A sulla richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo azionato; rilevato che gli attori proponevano opposizione avverso l'atto di precetto notificato il 5 ottobre 2009, con cui la Banca X s.p.a. intimava il pagamento della complessiva somma di € 164.132,28, oltre spese legali e occorrente tutte e interessi di mora come dovuti in forza di contratto di mutuo a rogito notaio A. F. di ... del 1° giugno 2006, rep. n. ... racc. n. ... dell'importo di € 155.000,00; considerato che gli oppositori eccepivano:
– l'inesistenza originaria del titolo esecutivo;
– nullità della clausola di cui all'art. 3 del contratto di mutuo;

- non debenza degli interessi corrispettivi nel periodo successivo alla risoluzione contrattuale;
- violazione del divieto di anatocismo ex art. 1283 c.c.; rilevato che la parte opposta deduceva la legittimità dell'esecuzione intrapresa in virtù di contratto di mutuo con contestuale atto di erogazione e quietanza;

Osserva il Tribunale:

1. che il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la "traditio" del suo oggetto come è evidente dalla previsione della "consegna" di una determinata quantità di danaro o altre cose fungibili (art. 1813 c.c.). Nel caso in esame l'art. 2 comma 2 del contratto di mutuo fondiario a rogito notaio ... di ..., rep. n. ... del 1° giugno 2006, azionato con l'opposto precetto prevede che: «i mutuatari riversano alla banca la somma erogata,

che viene costituita come pegno irregolare infruttifero. Detta somma ... sarà svincolata a favore dei mutuatari ... dopo che i mutuatari a loro cura e spese, entro e non oltre 45 (quarantacinque) giorni da oggi (comprendendo nel computo anche tale giorno), abbiano provveduto a produrre alla banca ...».

Dunque l'operazione si è articolata nel seguente modo: la somma erogata è stata depositata in banca costituita in pegno infruttifero e, dopo che i mutuatari hanno consegnato la documentazione richiesta, è stata svincolata in loro favore.

2. Al fine di qualificare la fattispecie in esame (promessa di mutuo come sostenuto dagli oppositori ovvero mutuo come indicato dalla banca opposta) occorre verificare se tali modalità costituiscano una vera e propria consegna delle somme concesse in mutuo.

Naturalmente la nozione di consegna non deve essere ristretta al fatto materiale ma può essere attuata anche mediante attribuzione al mutuatario della disponibilità giuridica della somma.

In particolare occorre 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: sorge la "disponibilità giuridica" in capo al mutuatario allorché costui può disporre della somma mutuata non solo senza l'intermediazione necessaria del mutuante, ma anche "in-vito" mutuante.

Tali condizioni difettano nel caso in esame.

2.1. Innanzitutto non vi è prova dell'avvenuta consegna della somma mutuata al momento della stipula del contratto.

Infatti, come si legge nell'art. 2 del contratto di mutuo "erogazione e quietanza": «1. Il mutuo viene erogato in unica soluzione contestualmente alla stipulazione del presente contratto dalla banca ai mutuatari, che dichiarano di ricevere la somma di € 155.000,00 (centocinquantacinquemila virgola zero zero) costituente l'intero importo del mutuo, di cui dà ampia e finale quietanza. - 2. I mutuatari riversano alla banca la somma erogata, che viene costituita come pegno regolare infruttifero. Detta somma, al netto dell'importo complessivo di € 1.667,48 (milleseicentosestantasette virgola quarantotto), costituito dalle singole voci riportate nel documento contabile che i mutuatari dichiarano di aver ricevuto dalla banca, sarà svincolata a favore dei mutuatari stessi con valuta 15 (quindici) giorni da oggi (comprendendo nel computo anche tale giorno), dopo che i mutuatari, a loro cura e spese, entro e non oltre 45 (quarantacinque) giorni comprendendo nel computo anche tale giorno, abbiano provveduto a produrre alla banca un serie di documenti indicati nell'atto medesimo».

Occorre quindi valutare l'efficacia probatoria di tale atto. Deve osservarsi sul punto che l'atto pubblico fa fede fino a querela di falso solo relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese e agli altri fatti dal medesimo compiuti o che questi attestati essere avvenuti in sua presenza, come - ad esempio - nel caso in cui dal notaio

sia attestata la materiale dazione del prezzo in quanto avvenuta in sua presenza.

Pertanto, l'efficacia privilegiata che l'art. 2700 c.c. assegna all'atto pubblico non si estende alla intrinseca veridicità delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale dalle parti o alla loro rispondenza alla effettiva intenzione delle parti.

In particolare, ai sensi dell'art. 2700 c.c., un atto pubblico di vendita, il cui prezzo non sia stato contestualmente versato in presenza del pubblico ufficiale rogante, fa fede, fino a querela di falso, delle dichiarazioni rese dalle parti sull'ammontare del prezzo medesimo, ma non anche dell'intrinseca verità delle dichiarazioni stesse (Cass., n. 1025 del 1971).

Non vi è prova quindi che i mutuatari abbiano avuto la disponibilità autonoma di tali somme seppure per un breve periodo.

In pratica i mutuatari hanno autorizzato 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.

L'autorizzazione (conferita al mutuante) a trattenere la somma, pertanto, non può che essere interpretata quale pattuizione (consensuale) di rinvio della consegna, con conseguente procrastinazione del momento perfezionativo del contratto (Cass., 12 giugno 1969, n. 2076).

Perché tale pattuizione sia, al fine, efficace, però, occorre che essa non contraddica sostanzialmente alla natura reale del mutuo, e ciò avverrebbe se l'autorizzazione fosse indiscriminata e indeterminata.

Ciò che è necessario, quindi, è che l'autorizzazione soddisfi un "concreto" interesse del mutuatario e contenga la prefissione di un termine limitato e ragionevole rispetto al soddisfacimento di quell'interesse: ed entrambe le circostanze devono desumersi, espressamente o implicitamente, dallo stesso contratto di mutuo.

Nella specie invece la pattuizione soddisfa l'interesse del mutuante a conservare la disponibilità della somma sino al momento in cui sarebbe stata consegnata la documentazione richiesta.

Ne è riprova il fatto che, ove i mutuatari non fossero riusciti a consegnare la documentazione richiesta, il contratto si sarebbe automaticamente "risolto".

In realtà non si tratta di una vera e propria risoluzione contrattuale che comporta l'inadempimento agli obblighi assunti con il contratto bensì una condizione risolutiva dello stesso a seguito della quale «4. La banca avrà diritto di compensare la somma costituita in pegno con ogni debito dei mutuatari derivante dall'avvenuta risoluzione del contratto».

Ciò indica che le somme sono rimaste nella disponibilità della banca che può appropriarsene senza ulteriore attività.

Nel caso in esame quindi solo apparentemente e in modo fittizio le somme sono uscite dalla disponibilità della banca per entrare in quella dei mutuatari.

La fattispecie deve quindi essere qualificata come contratto di mutuo condizionato.

3. Il contratto condizionato di mutuo fondiario non documenta l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di denaro.

Detto contratto, pertanto, pur se stipulato con atto pubblico notarile (per gli effetti che è destinato a produrre in ordine alla costituzione della garanzia ipotecaria), non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante che intenda procedere all'espropriazione forzata per la restituzione delle somme erogate, atteso che difetta dei requisiti previsti dall'art. 474 comma 2 n. 3 c.p.c., né il contratto medesimo può assumere valore di titolo esecutivo, per effetto della sua integrazione con le quietanze dei versamenti fatti al mutuatario, trattandosi di atti non formalmente omogenei con esso, in quanto

manca il ricevimento da parte del notaio della dichiarazione costitutiva di debiti pecuniari.

Dunque il contratto condizionato di finanziamento, 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);

ritenuti pertanto sussistenti gravi motivi per sospendere l'efficacia esecutiva del titolo;

visto l'art. 624 c.p.c.

P.Q.M.

1. sospende l'efficacia esecutiva del contratto di mutuo stipulato tra le parti;
2. rinvia all'udienza, ex art. 183 c.p.c., del 25 ottobre 2010, ore 10.00.

IL COMMENTO

di Valerio Sangiovanni

L'ordinanza del Tribunale di Latina in commento si sofferma sulla natura del contratto di mutuo corredato della pattuizione in forza della quale il mutuante può trattenere presso di sé il danaro oggetto del mutuo. L'assenza della consegna della somma, quantomeno in forma simbolica, impedisce alla banca di poter ottenere la restituzione.

Introduzione e generalità sul contratto di mutuo

Una banca conclude un contratto di mutuo avente a oggetto la somma di € 155.000,00 (1). Tale importo viene solo fittiziamente consegnato al mutuatario e viene costituito come pegno irregolare (2). Al contratto di mutuo accedeva una clausola in forza della quale la somma sarebbe stata svincolata in via definitiva solo al verificarsi della condizione consistente nella consegna di determinati documenti alla banca (3).

Davanti al Tribunale di Latina si discute dell'efficacia di tale contratto, che viene qualificato come contratto condizionato di mutuo. Dal punto di vista

Note:

(1) Sulla disciplina del contratto di mutuo la letteratura giuridica è, ovviamente, molto ampia. A titolo esemplificativo cfr. T. Aggio, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Riv. not.*, 2009, II, 445 ss.; A. Benussi, *La c.d. "condizione risolutiva" tra vecchio e nuovo mutuo fondiario*, in *Obbl. contr.*, 2008, 989 ss.; D. Colavincenzo, *Mutuo usurario e investimento del capitale ricevuto: profili evolutivi della nozione di stato di bisogno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 158 ss.; G. Coltraro-S. Leuzzi, *Aspetti problematici dei mutui bancari nelle procedure esecutive e concorsuali in rapporto alla stabilità degli acquisti coattivi*, in *Dir. fall.*, 2009,

I, 333 ss.; L. Fantechi-F. Toschi Vespasiani, *Mutuo fondiario: contratto "a scopo di garanzia" tra novazione e nullità per difetto di causa concreta*, in questa *Rivista*, 2008, 1088 ss.; A. Favaro, *Condizione o clausola risolutiva nell'ipotesi di inadempimento del mutuo fondiario: le Sezioni Unite compongono il contrasto*, in *Dir. giur.*, 2008, 610 ss.; C. Leggieri, *Mutuo fondiario ed inadempimento del mutuatario: calcolo degli interessi di mora*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1149 ss.; E. Marini, *La rilevanza icu oculi dell'errore sul computo degli interessi di un mutuo*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 88 ss.; R. Muroli, *La portabilità del mutuo nella fase patologica del rapporto da rinegoziare ed in pendenza di procedure esecutive immobiliari*, in *Corr. giur.*, 2008, 1452 ss.; A. Riccio, *Nel mutuo fondiario è, dunque, illegittimo il cumulo degli interessi*, in *Contr. impr.*, 2008, 835 ss.

(2) In materia di pegno irregolare v. i contributi di E. Battelli, *Pegno irregolare e divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2005, 1419 ss.; V. Belluscio-A. Cristiano, *Disciplina fallimentare e modus operandi del pegno irregolare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 174 ss.; A. Bertani-A. Calvi-D. Loiacono, *Il trasferimento in funzione di garanzia tra pegno irregolare, riporto e diritto di utilizzazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 3 ss.; A. Bove, *In tema di pegno irregolare e di mandato irrevocabile all'incasso nel fallimento*, *ivi*, 2008, II, 473 ss.; S. Nicita, *Il pegno irregolare e la revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 40 ss.

(3) Con riferimento ai contratti di mutuo ai quali è apposta una condizione Cass., 8 marzo 1999, n. 1945, in *Foro it.*, 1999, I, 2569 ss., ha deciso che ove la consegna della somma mutuata debba essere successiva all'espletamento, da parte del mutuatario, di alcune formalità, la fattispecie negoziale non si perfeziona prima di tali adempimenti, ancorché la somma sia stata annotata nei registri della sezione mutuante della banca.

processuale (ce ne occuperemo nella parte finale di questa nota), il Tribunale ritiene che tale contratto non costituisca titolo esecutivo che consenta l'esecuzione forzata in quanto non soddisfa i requisiti dell'art. 474 comma 2 n. 3 c.p.c.

Prima di esaminare gli specifici problemi affrontati dal Tribunale di Latina (natura del contratto di mutuo in cui non avviene la consegna materiale del danaro nonché utilizzabilità dell'atto pubblico di mutuo come titolo esecutivo), è utile soffermarsi brevemente sulle caratteristiche salienti del contratto di mutuo in generale.

Secondo la definizione legislativa «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» (art. 1813 c.c.) (4).

Essendo il mutuo uno dei tanti contratti tipici previsti nel nostro ordinamento, sarà dapprima necessario verificare se ricorrono tutti i requisiti previsti per il contratto in generale: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma (art. 1325 c.c.).

Nel caso di specie *l'accordo delle parti*, inteso come incontro delle dichiarazioni di volontà dei contraenti, ha trovato espressione davanti a notaio mediante atto pubblico. Certamente l'elemento del consenso è essenziale affinché venga a esistenza il contratto, il problema è che - nel contratto di mutuo - l'accordo non basta, dovendosi aggiungere (come vedremo meglio nel prosieguo) la consegna del bene.

Anche nel caso specifico affrontato dal Tribunale di Latina *la causa* del contratto è sostanzialmente quella tipica del mutuo: una parte ha bisogno di danaro per realizzare un certo obiettivo, mentre la controparte (una banca) esercita professionalmente l'attività bancaria, consistente nella concessione di finanziamenti, al fine di trarne lucro mediante la percezione d'interessi sul mutuo erogato (5).

L'oggetto del contratto di mutuo consiste, nel caso di specie, nella concessione di un finanziamento dell'importo di € 155.000,00.

Infine risulta soddisfatto il requisito della *forma*. Al riguardo bisogna dire che, di norma, il contratto di mutuo non richiede il rispetto di forme particolari. Tuttavia una regola diversa vale nel caso di mutuo fondiario, quello che «ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili» (art. 38 comma 1 t.u.b.). Secondo la disposizione del codice civile, la concessione di ipoteca volontaria deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità (art. 2821 comma 1 c.c.).

La ratio del requisito della consegna del bene nel contratto di mutuo

Elemento caratteristico del contratto di mutuo è la "consegna" del bene, sulla quale ci soffermeremo a lungo nel prosieguo.

Dapprima mi pare però utile spendere qualche parola sull'oggetto della consegna nel contratto di mutuo. Come indica la legge, la consegna può concernere "danaro" oppure "altre cose fungibili" (nelle economie moderne il mutuo ha, però, quasi sempre a oggetto del danaro). Questa distinzione fra il danaro e le altre cose fungibili acquisterà nel corso dei ragionamenti che si svolgeranno in questa nota una sua rilevanza, considerando che - mentre per le "altre cose fungibili" non esistono particolari alternative alla consegna fisica dei beni - nel caso del danaro esistono numerose alternative alla consegna materiale. Anzi: si può ritenere che la consegna materiale del danaro rappresenti oggi un'ipotesi residuale di scarsa rilevanza pratica. Ciò pone dinanzi alla necessità di dare un'interpretazione ragionevolmente ampia della nozione di "consegna", se si vuole che la disciplina positiva del contratto di mutuo abbia ancora una sua utilità pratica. Torneremo più sotto su questo aspetto specifico.

Il testo dell'art. 1813 c.c. prevede che il contratto di mutuo è il contratto con il quale una parte "consegna" (e non semplicemente "si obbliga a consegnare") una cosa. Il fatto di dover eseguire immediatamente la prestazione distingue il contratto di mutuo e gli altri contratti reali dai contratti consensuali. La tecnica legislativa appena illustrata ricorre nei tipi contrattuali qualificabili come "reali": ad esempio nel riporto il contratto si perfeziona "con la consegna" dei titoli (art. 1549 c.c.); con il contratto estimatorio una parte "consegna" una o più cose mobili (art. 1556 c.c.); nel deposito la legge dice che una parte "riceve" (e non si obbliga a ricevere) dall'altra una cosa mobile (art. 1766 c.c.); il sequestro convenzionale è il contratto col quale due o più persone "affidano" a un terzo una cosa o una pluralità di cose (art. 1798 c.c.); nel comodato si dice che una par-

Note:

(4) Sulla nozione di contratto di mutuo v. in particolare M. Cian, *Commento all'art. 1813*, in AA.VV., *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian-A. Trabucchi, 9^a ed., Padova, 2008, 2258 ss.; R. Cristofari, *Commento all'art. 1813*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, 237 ss.

(5) In generale sulla causa del contratto cfr. U. Breccia, *Causa e "consideration"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 575 ss.; C. Scognamiglio, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 327 ss.

te “consegna” (e non si obbliga a consegnare) all'altra una cosa (art. 1803 c.c.). In tutti questi casi vi è insomma, già in sede di perfezionamento del contratto, un'attività materiale. Nei contratti consensuali invece il vincolo contrattuale si perfeziona con la mera espressione della volontà delle parti, che “si obbligano” a fare qualcosa (che faranno poi in un momento futuro, più o meno lontano dal momento della conclusione del contratto).

Dall'elemento lessicale appena esaminato (uso del termine “consegna” nell'art. 1813 c.c.) si ricava la necessità della consegna per il perfezionamento del contratto di mutuo. Il mutuo viene per tale ragione qualificato come contratto “reale”, non essendo sufficiente - per il perfezionamento del contratto - il consenso delle parti alla dazione in mutuo del bene. Il significato di contratto “reale” quale opposto a quello “consensuale” è stato spiegato dalla Corte di cassazione a sezioni unite in una sentenza del 2005 (6). La Cassazione evidenzia come i contratti si perfezionino di regola con il semplice consenso delle parti (c.d. principio consensualistico). Secondo l'art. 1376 c.c. «nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato» (7). Ci sono però alcuni contratti speciali, per i quali il consenso - pur sempre necessario - non basta, nel senso che il contratto è perfetto soltanto con la consegna della cosa, con la “*traditio*” alla controparte dell'oggetto del contratto (ciò avviene, ad esempio, nel deposito, nel comodato e nel mutuo). Prima della consegna non c'è contratto, ma solo uno dei due elementi della fattispecie complessa (consenso + *traditio*) di cui è composto il contratto reale. Pertanto la consegna non è effetto obbligatorio del contratto, ma elemento costitutivo del medesimo.

Per quale ragione il legislatore esige che abbia luogo la consegna nel contratto di mutuo (così come prevede, in modo analogo, per gli altri contratti reali)? Non si deve dimenticare che, in genere, il contratto si perfeziona con il mero consenso della parti. A questo risultato si giunge già solo sulla base della previsione dell'art. 1325 c.c., che indica i requisiti del contratto e - fra essi - non menziona la consegna del bene (o altre attività simili che generalmente fanno seguito all'accordo fra le parti e normalmente hanno natura esecutiva). A ciò si aggiunga che, come si è appena visto, nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa de-

terminata, la proprietà si acquista per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 c.c.). Nel caso del mutuo, ciò non avviene, esigendo invece il legislatore che abbia luogo la consegna.

Una possibile *ratio* della natura reale del contratto risiede nell'esigenza di tutelare il mutuante. Si vuole evitare che, sulla base del mero consenso, esso si trovi obbligato a dare a mutuo i beni promessi - perdendone la disponibilità - senza possibilità di ripensare la propria decisione. Se è costitutiva la consegna (e dunque un fatto materiale rispetto a una mera dichiarazione), la decisione del mutuante diventa giocoforza il frutto di una riflessione maggiore. Il requisito della realtà, insomma, “combatte” la possibile spontaneità dell'elargizione. Questa *ratio* può convincere nel caso di mutuo gratuito, quando il mutuante non riceve degli interessi come controprestazione. Ma nel caso di mutuo oneroso, ovviamente più ricorrente nella prassi, tale *ratio* non è poi così convincente. Nel caso di danaro dato a mutuo da una banca è ben difficile sostenere che questa debba essere tutelata, mediante la necessità del requisito della consegna, in quanto sussisterebbe il pericolo che essa si vincoli solo sulla base del consenso. La banca esercita un'attività professionale e lucra un guadagno dalla concessione del finanziamento: per questa ragione non si vedono ostacoli di fondo alla possibilità che il contratto di mutuo si perfezioni sulla base del mero consenso. È pertanto ragionevole assumere che questa *ratio* della natura reale del contratto di mutuo abbia oggi perso buona parte della sua rilevanza. Ciò nonostante, sulla base del dato testuale (uso del termine “consegna” nell'art. 1813 c.c.), la giurisprudenza continua a esigere la necessità della consegna.

Un'altra ipotizzabile ragione della necessità della consegna nel contratto di mutuo è data dall'esigenza di tutelare l'altra parte del contratto, cioè il mutuatario. La causa del contratto di mutuo, vista dalla prospettiva del mutuatario, è quella di far conseguire al mutuatario il più presto possibile la disponibilità del bene. Esigendo la legge la consegna immediata, tale obiettivo viene soddisfatto nel modo migliore, evitando che il mutuatario debba agire in

Note:

(6) Cass., 21 giugno 2005, n. 13294.

(7) Non si dimentichi, tuttavia, che vale una regola diversa nel caso di trasferimento di cosa determinata solo nel genere: in questa ipotesi «la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da essi stabiliti» (art. 1378 c.c.).

giudizio per ottenere l'adempimento dell'obbligo di consegna in caso di rifiuto del mutuante.

Un'ulteriore *ratio* che giustifica la natura di contratto reale del mutuo può essere identificata nell'esigenza di eliminare il periodo intercorrente fra l'assunzione dell'obbligo di consegna e l'adempimento del medesimo. Nel caso in cui il mutuo fosse stato costruito dal legislatore come contratto consensuale, sarebbe stato delicato il periodo intercorrente fra l'accordo delle parti e l'erogazione del mutuo. In ipotesi, difatti, le capacità finanziarie del mutuatario potrebbero peggiorare, fino al punto da mettere a repentaglio la possibilità di restituire i beni. In condizioni del genere parrebbe iniquo costringere il mutuante a consegnare comunque la cosa in esecuzione del contratto di mutuo consensuale concluso fra le parti. Anche questa argomentazione non è tuttavia convincente in quanto esistono delle disposizioni di carattere generale che si occupano della fattispecie. Il riferimento è all'art. 1461 c.c. sul mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti, ai sensi del quale «ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione».

Nel complesso le possibili giustificazioni sostanziali della prevista natura reale del contratto di mutuo non appaiono particolarmente soddisfacenti.

Bisogna però dire che il carattere reale del contratto di mutuo, con le rigidità che esso presenta, risulta - per varie ragioni - attenuato. Esistono difatti nel nostro ordinamento altre disposizioni di legge nonché interpretazioni giurisprudenziali che riducono notevolmente la valenza della natura reale del contratto in esame. Ci riferiamo essenzialmente alle seguenti circostanze:

1) il legislatore disciplina espressamente, all'art. 1822 c.c., la promessa di mutuo, fattispecie nella quale la consegna del bene non avviene contestualmente alla conclusione del contratto;

2) il testo unico bancario prevede la possibilità che il contratto di mutuo e l'erogazione del danaro formino oggetto di atti separati (art. 39 comma 2 t.u.b.);

3) si possono ritenere legittimi, per quanto non tipici, accordi in forza dei quali la consegna del bene viene posticipata rispetto all'accordo delle parti;

4) secondo l'interpretazione giurisprudenziale, la nozione di consegna di cui all'art. 1813 c.c. non coincide con la mera dazione materiale del bene, ma va intesa in senso lato come "dazione in disponibilità giuridica" della cosa (8). Sotto questo profilo la

"consegna" non deve necessariamente essere "fisica" o "materiale", ma può essere anche "simbolica" o "spirituale".

L'assenza di consegna immediata: la promessa di mutuo, il mutuo fondiario e gli accordi atipici di mutuo

Esaminando i punti appena elencati, ci si accorge come il nostro legislatore non abbia mostrato rigore nel qualificare il contratto di mutuo come reale.

In primo luogo si deve evidenziare che, in una diversa disposizione del codice civile, si prevede la possibilità che la consegna della cosa non sia contestuale all'accordo delle parti. Nel nostro diritto positivo, in assenza di consegna immediata della cosa si può realizzare la diversa fattispecie della "promessa di mutuo" (così la rubrica dell'art. 1822 c.c.), conosciuta anche come preliminare di mutuo: «chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie» (art. 1822 c.c.) (9). La promessa di mutuo consiste nell'assunzione della obbligazione di dare il bene promesso. Finché la cosa non viene consegnata, il contratto non si perfeziona. Sussiste dunque la possibilità di limitarsi a promettere di dare a mutuo (senza immediata consegna del bene). Dall'assunzione di tale obbligazione deriva l'obbligo di consegnare la cosa. Obbligo a cui ci si può sottrarre solo nel caso indicato nell'art. 1822 c.c.: quando le condizioni patrimoniali della controparte peggiorano notevolmente. Il legislatore ha cioè previsto espressamente una possibile soluzione al rischio indicato sopra: quello che il mutuante

Note:

(8) Fra le sentenze più recenti che contengono una statuizione del genere si può segnalare Cass., 2 aprile 2007, n. 8120, ai sensi della quale il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili) ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica da parte del mutuatario. Si veda inoltre Cass., 5 luglio 2001, n. 9074, 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 - allorché il risultato pratico concretamente raggiunto s'identifichi con quello che si sarebbe realizzato con la consegna materiale del bene mutuato.

(9) Cass., 16 settembre 1986, n. 5630, ha individuato come segue la distinzione fra mutuo e promessa di mutuo: il mutuo è un contratto reale la cui attuazione, secondo il disposto dell'art. 1813 c.c., si incentra nella consegna, da una parte all'altra, di una determinata quantità di danaro o d'altre cose fungibili e non già nell'obbligo di consegnare beni di tale genere che è previsto, invece, nel successivo art. 1822 c.c. come il contenuto proprio della promessa di mutuo.

si trovi costretto a dare i beni a mutuo a un mutuatario in condizioni finanziarie difficili, con il rischio che questi non possa restituirli.

La giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi dal caso in cui la banca ha promesso di dare una certa somma a mutuo per poi cambiare la sua intenzione e negare, senza motivo, la consegna del danaro. Secondo la Corte di cassazione il contratto condizionato di mutuo produce gli stessi effetti derivanti dalla promessa di mutuo, disciplinata dall'art. 1822 c.c. (10) L'istituto mutuante è tenuto a erogare le somme e può rifiutarsi di adempiere a questa obbligazione soltanto se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono diventate tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non sono offerte idonee garanzie. La Cassazione ha deciso che la mancata erogazione delle somme oggetto della promessa di mutuo non comporta una responsabilità precontrattuale, ma costituisce inadempimento contrattuale. Essa ha specificato che, nel caso di inadempimento di un contratto condizionato di mutuo, il mutuatario non può chiedere la condanna dell'istituto mutuante al pagamento della somma promessa, ma ha diritto al risarcimento del danno ai sensi degli artt. 1218 e 1223 c.c.

Il secondo elemento testuale che attenua il carattere reale del contratto di mutuo è rinvenibile nel t.u.b. Con riferimento al credito fondiario la legge prevede difatti espressamente che la stipulazione del contratto e l'erogazione del danaro possano formare oggetto di atti separati (art. 39 comma 2 t.u.b.).

Sotto un terzo profilo, e più in generale, pare possibile affermare che il carattere reale del contratto di mutuo non dovrebbe impedire alle parti - nell'esercizio della loro autonomia privata (art. 1322 c.c.) - di creare dei contratti di mutuo atipici. Tali contratti atipici si caratterizzano per il fatto di trasformare il contratto da reale a consensuale. In questa ottica il contratto si considera perfezionato per il semplice fatto che le parti concordano l'una di dare a mutuo e l'altra di prendere a mutuo. La consegna avverrà in un momento futuro e costituisce esecuzione dell'obbligazione assunta dalla parte mutuante nei confronti della parte mutuataria. Di contratto atipico di mutuo si è occupata la Corte di cassazione in una sentenza del 2003 (11). La Cassazione afferma che il contratto di finanziamento o mutuo di scopo (legale o convenzionale) - autonomo e distinto dal mutuo in senso proprio - è un contratto consensuale e atipico che assolve funzione creditizia. In particolare il finanziamento legale, dove sono già individuati i soggetti erogatori e i soggetti che possono beneficiare del finanziamento, deve riconoscersi come obbli-

gatorio e consensuale con l'effetto che la somma da corrispondere - normalmente per stati di avanzamento con contestuale controllo della progressiva realizzazione dello scopo - rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione. A differenza di quanto si verifica nel mutuo regolato dal codice civile, la consegna di una determinata quantità di danaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore anziché elemento costitutivo del contratto.

La distinzione fra consegna "fisica" del danaro e disponibilità "giuridica" del medesimo

Il Tribunale di Latina si sofferma, nell'ordinanza in commento, sulla nozione di "consegna" di cui all'art. 1813 c.c. Anzitutto si deve osservare che il termine "consegna" non viene definito dalla legge. Ciò è ben comprensibile dal momento che il codice civile, nella sua tecnica di legislazione, non si avvale del meccanismo delle definizioni. Come è noto, un approccio diverso viene seguito dal legislatore in altri contesti normativi. Si tratta in genere delle normative di attuazione del diritto comunitario. La tecnica legislativa di usare delle definizioni presenta il pregio di offrire all'interprete uno strumento di miglior interpretazione del testo normativo. Tale tecnica, però, presenta anche lo svantaggio di essere rigida, "cristallizzando" una certa definizione: soprattutto nelle aree in cui vi è veloce evoluzione tecnologica, le definizioni rischiano di essere superate in breve tempo. Nel caso che qui interessa, si tratta di una normativa del 1942, periodo nel quale certe modalità di trasferimento del danaro non erano nemmeno immaginabili. Proprio questa considerazione di ordine storico, però, legittima un'interpretazione ampia del termine "consegna" di cui all'art. 1813 c.c.

Non è allora un caso che, secondo gli orientamenti della giurisprudenza, la consegna non deve necessariamente coincidere con la dazione "materiale" del bene. Essa viene invece interpretata dai giudici come necessità che il mutuatario entri nella disponibilità "giuridica" della cosa.

Questa interpretazione per così dire "evoluta" del requisito della consegna è preferibile se si vuole consentire al mutuo, come tipo contrattuale, di avere ancora oggi un'ampia applicazione pratica. Si pensi al caso del danaro, per la sua rilevanza pratica. Nel

Note:

(10) Cass., 6 giugno 2003, n. 9101, in *Dir. fall.*, 2004, II, 231 ss., con nota di S. Ziino.

(11) Cass., 9 maggio 2003, n. 7773.

mondo moderno (suggestivamente definito come *cashless society*, società senza danaro contante (12)) sarebbe difficilmente praticabile prevedere forzatamente la necessità della consegna in natura di somme ingenti. Per effetto della tecnologia, le modalità di consegna del danaro sono - ai nostri tempi - considerevolmente differenti rispetto a quanto avveniva in passato. Basta riflettere sul fatto che - nella terminologia corrente - non si parla più di “consegna” del danaro, bensì di “trasferimento” del medesimo. Volendo scendere in dettaglio, ai nostri giorni di norma la “consegna” dal danaro avviene (non in natura, bensì) mediante consegna di assegno circolare o bancario al mutuatario oppure mediante bonifico bancario su un conto corrente di cui è titolare il mutuatario.

Gli *assegni* sono dei titoli di credito e non costituiscono in sé e per sé danaro: essi si limitano a incorporare il diritto a ottenere, successivamente (anche se magari a distanza di sole poche ore), un pagamento da parte di chi ha firmato l'assegno. Fino a quando il mutuatario non porta all'incasso l'assegno (e fino a quando l'assegno non gli viene materialmente pagato oppure accreditato sul conto corrente), egli non diventa titolare del bene “danaro”. Nel caso di pagamento mediante assegni non vi è dunque perfetta contestualità fra l'accordo delle parti e la consegna del bene, bensì una leggera sfasatura temporale fra queste due vicende. Inoltre anche quando l'accredito sul conto corrente del mutuatario è avvenuto, non si tratta - a rigore - di una “consegna” fisica del danaro.

Il fatto che gli assegni (salvo il caso in cui vengano incassati direttamente allo sportello in contanti) vengano normalmente incassati mediante accredito su un conto corrente, ci consente di passare a esaminare quella modalità di “consegna” del danaro consistente - appunto - nell'accredito. Un discorso analogo a quello appena fatto per gli assegni può difatti essere fatto con riferimento a quella modalità di pagamento consistente nell'*accredito di una certa somma di danaro su un determinato conto corrente*. L'accredito non è la stessa cosa della consegna fisica del bene: non solo nessuna delle parti ha un contatto fisico con il danaro, ma esse non si incontrano nemmeno di persona. L'accredito rappresenta solo una modalità moderna di trasferimento del danaro da un conto corrente a un altro, che serve - per ragioni di praticità e di sicurezza - proprio a evitare la consegna fisica. L'accredito viene però pacificamente equiparato dalla giurisprudenza alla consegna, ai fini dell'art. 1813 c.c. In questo senso è esemplare la statuizione della Corte di

cassazione, contenuta in una sentenza del 2001, secondo cui l'accredito sul conto corrente determina la disponibilità giuridica della somma ed è con l'accredito che il mutuo viene a esistenza (13). Fra le sentenze di merito si può segnalare un intervento del Tribunale di Genova del 2001, il quale ha affermato che la dazione della somma mediante accredito sul conto corrente integra la consegna ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo (14).

Quello che preme qui rilevare è che, in ambedue le modalità oggi più frequenti di trasferimento di danaro (assegni e bonifico), si utilizzano strumenti diversi dalla consegna fisica del danaro, anche se - alla fine - si ottiene lo stesso risultato della consegna materiale. Preferendo un'interpretazione rigida del requisito della “consegna” di cui all'art. 1813 c.c., si dovrebbe giungere alla conclusione che un contratto di mutuo non si è perfezionato con tali modalità di pagamento, mancando la consegna materiale del bene. Proprio per adattare la nozione classica di “consegna” alle caratteristiche tecnologiche dei nostri tempi, la giurisprudenza ha sviluppato un significato ampio di consegna del danaro, identificando la consegna con il fatto che il mutuatario ottenga la disponibilità giuridica della somma. Più sentenze contengono questa affermazione.

Ad esempio ai sensi di una sentenza della Corte di cassazione del 1994, il mutuo è 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 disponibilità giuridica di questa da parte del mutuatario, la quale 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 (15). In altre parole si tratta di una consegna simbolica del danaro. Non diversamente ha deciso una precedente sentenza della Corte di cassazione, secondo cui il mutuo si

Note:

(12) L'espressione è utilizzata da F. Murino, *Sull'incerta ricostruzione dei consolidamenti mediante mutuo fondiario o ipotecario concluso da un soggetto, già debitore della banca, poi dichiarato fallito*, in *Giur. it.*, 2002, 2110.

(13) Cass., 21 febbraio 2001, n. 2483.

(14) Trib. Genova, 16 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2108 ss., con nota di F. Murino.

(15) Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 41 ss, con nota di R. Teti; in *Giust. civ.*, 1995, I, 157 ss., con nota di M. Costanza.

perfeziona con il conseguimento da parte del mutuatario - come equipollente della consegna - della disponibilità giuridica della somma mutuata, la quale può ritenersi sussistente nel caso in cui il mutuante crei un autonomo ed esclusivo titolo di disponibilità in favore del mutuatario (16). La creazione di un titolo autonomo significa che la somma esce dal patrimonio del mutuante per entrare in quella del mutuatario. A questo punto vi è disponibilità giuridica in quando il mutuatario può disporre liberamente dell'importo ricevuto, anche senza il consenso del mutuante.

Il destinatario della consegna del denaro

Un altro aspetto problematico riguarda l'identificazione del soggetto a cui deve avvenire la consegna del danaro. Secondo il testo dell'art. 1813 c.c. la consegna deve avvenire "all'altra" parte, cioè al mutuatario. Nonostante tale tenore letterale si pone la questione di capire se sia possibile che venga a esistenza un valido contratto di mutuo anche nel caso in cui la consegna avvenga a un terzo. Sopra siamo giunti alla conclusione che per "consegna" del bene si intende non tanto la consegna fisica della cosa, bensì il fatto che il mutuatario ne ottenga la disponibilità giuridica. Sulla base di questa premessa si può ritenere che sia lecito che la consegna fisica dal danaro avvenga a un terzo. In altre parole si può ritenere valido un accordo di mutuante e mutuatario, accessorio al contratto di mutuo, in forza del quale il danaro deve essere consegnato a un terzo.

Il meccanismo funziona così:

- 1) con il contratto di mutuo il danaro viene "messo giuridicamente a disposizione" del mutuatario;
- 2) però il danaro viene consegnato a un terzo.

Si tratta di una sottile distinzione, che richiede particolare attenzione per essere compresa nella sua pienezza. Al riguardo è di aiuto esaminare il contenuto di alcune sentenze che hanno avuto occasione di occuparsi di questo aspetto.

La Corte di cassazione ha deciso, in una sentenza del 2004, che il contratto di mutuo si perfeziona mettendo la cosa a disposizione del mutuatario, ancorché - in forza di accordi fra 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 (17). Nel caso affrontato dalla Cassazione il danaro venne accreditato in un conto corrente aperto a favore di un soggetto terzo.

Da questa sentenza risulta la distinzione fra:

- 1) l'attribuzione della disponibilità giuridica al mu-

tuatario (determinante per il perfezionamento del contratto di mutuo);

- 2) la contestuale movimentazione del danaro in favore di un terzo (che configura esecuzione di un mero accordo accessorio rispetto al contratto di mutuo).

In altre parole la banca agisce su incarico del mutuatario e versa direttamente la somma a un terzo. Nulla di sostanzialmente diverso sarebbe successo se il danaro fosse stato accreditato immediatamente al mutuatario, per essere poi - anche solo un secondo dopo - trasferito sul conto di un terzo.

Ma vi sono anche altri precedenti degni di essere citati. Nel 1999 la Corte di cassazione ha affermato che il contratto di mutuo si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro o con il conseguimento da parte del mutuatario della disponibilità giuridica della medesima, che può ritenersi sussistente allorquando con apposita pattuizione il mutuatario abbia incaricato il mutuante d'impiegare la somma mutuata (in tutto o in parte) per soddisfare un suo interesse (18). Nel caso in cui il mutuante sia stato incaricato di destinare la somma per il pagamento di un debito del mutuatario, è come se si verificasse un duplice trasferimento del danaro mutuato, prima dal mutuante al mutuatario (nel cui patrimonio entra), e poi da questi al terzo. In questo caso manca la consegna fisica della somma al mutuatario, ma si verifica la consegna simbolica.

La Corte di cassazione, nel 1995, ha deciso che - nel contratto di mutuo - l'estremo della consegna della cosa mutuata ricorre anche quando la consegna venga eseguita dal mutuante non direttamente al mutuatario, ma a 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 danaro al mutuatario, il quale proprio attraverso il danaro preso a mutuo è in grado di soddisfare l'interesse a estinguere un precedente suo debito (19).

Di una simile fattispecie si è infine occupata la Corte di cassazione in una già citata sentenza del 1992

Note:

(16) Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, 21 ss., con nota redazionale.

(17) Cass. 28 agosto 2004, n. 17211, in questa *Rivista*, 2005, 147 ss., con nota di L. Polese.

(18) Cass., 13 agosto 1999, n. 8634, in *Fall.*, 2000, 429 ss., con nota redazionale.

(19) Cass., 3 agosto 1995, n. 8487, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 143 ss., con nota di R. Teti.

(20). Questo provvedimento ricostruisce la figura della "consegna simbolica". La disponibilità giuridica sorge in capo al mutuatario allorché costui può disporre della somma mutuata "invito" mutuante. Nell'atto possono essere contenute specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico - che il mutuatario dà al mutuante - d'impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse di esso mutuatario meritevole di tutela. In tal caso, pur non avvenendo la consegna materiale della somma, la consegna deve considerarsi come avvenuta - c.d. consegna simbolica - perché le parti, consensualmente, hanno posto in essere un meccanismo giuridico diretto a 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. La convenuta destinazione della somma, difatti, presuppone necessariamente che questa sia (fittiziamente) entrata nel patrimonio del mutuatario, che (solo) perciò ha potuto determinarne l'impiego concreto. Diversa, secondo la Cassazione, 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 disponibilità giuridica del mutuatario. La Corte di cassazione conclude pertanto, come fa l'ordinanza del Tribunale di Latina in commento, nel senso che l'autorizzazione conferita al mutuante a trattenere la somma va interpretata quale mera pattuizione consensuale di rinvio della consegna, con conseguente procrastinazione del momento perfezionativo del contratto.

Le conclusioni del Tribunale di Latina

L'esame effettuato dei precedenti della Corte di cassazione torna utile nel caso di specie, perché consente di comprendere i ragionamenti svolti dal Tribunale di Latina nell'ordinanza in commento. Ai sensi del contratto di mutuo concluso fra le parti, la consegna sarebbe dovuta avvenire secondo modalità molto particolari. La somma di danaro oggetto del mutuo sarebbe dovuta essere trasferita su di un conto corrente di cui erano titolari i mutuatari e contestualmente riversata alla banca. Secondo gli accordi intercorsi fra le parti, difatti, la consegna definitiva dell'importo sarebbe dovuta avvenire - al più tardi entro 45 giorni dalla stipula del contratto

di mutuo - solo nel caso i mutuatari avessero consegnato determinati documenti alla banca. Altrimenti il contratto si sarebbe risolto.

Nel caso di specie, tuttavia, non risulta provata l'originaria consegna del danaro con immediata contestuale restituzione alla banca. Secondo il Tribunale di Latina, pertanto, la somma rimase nella disponibilità della banca. Il Tribunale giunge a questa conclusione dopo aver affrontato la separata tematica del valore probatorio dell'atto pubblico. Nel contratto di mutuo stipulato con atto pubblico risultava essere avvenuta una consegna del danaro con immediata restituzione alla banca della medesima somma. Secondo la definizione legislativa l'atto pubblico fa piena prova «della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti» (art. 2700 c.c.). Nel caso di specie nessuno mette in dubbio la provenienza del documento dal notaio rogante. Il Tribunale di Latina osserva però che l'efficacia privilegiata dell'atto pubblico non si estende alla intrinseca veridicità delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale dalle parti. Tale Tribunale ne fa conseguire che non vi è la prova della reale consegna del danaro ai mutuatari. Bisogna però dire che questa ricostruzione del Tribunale di Latina in ordine all'efficacia probatoria dell'atto pubblico contenente il contratto di mutuo non riesce a convincere. Secondo un precedente intervento della Corte di cassazione, difatti, le dichiarazioni contenute nell'atto di mutuo ben possono avere valore confessorio (21). Ciò avviene quando il mutuatario dichiara di aver ricevuto la somma indicata nel contratto di mutuo, per di più rilasciandone quietanza. Secondo la ricostruzione del Tribunale di Latina non vi è stato alcun doppio scambio di danaro (dal mutuante ai mutuatari e, immediatamente dopo, dai mutuatari al mutuante). I mutuatari hanno in realtà autorizzato la banca a trattenere la somma mutuata. In questa prospettiva i mutuatari non hanno mai conseguito la disponibilità giuridica della somma mutuata. Considerato che la consegna del bene (anche solo nella modalità dell'attribuzione della disponibilità giuridica) costituisce elemento essenziale del contratto di mutuo, il relativo contratto non si è perfezionato.

Note:

(20) Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, 21 ss., con nota redazionale.

(21) Cass. 28 agosto 2004, n. 17211, in questa *Rivista*, 2005, 147 ss., con nota di L. Polese.

Cenni ai profili processuali

L'ordinanza del Tribunale di Latina si colloca nel contesto del processo di esecuzione. Appare pertanto opportuno, in conclusione, accennare ad alcuni profili processuali.

La banca chiede la restituzione della somma data a mutuo affermando che l'atto pubblico costituisce titolo esecutivo. Ai sensi della regola generale «l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile» (art. 474 comma 1 c.p.c.). Conseguentemente il creditore che vuole procedere all'esecuzione forzata deve munirsi di un titolo esecutivo.

La legge si premura di stabilire cosa valga come titolo esecutivo. Secondo l'art. 474 comma 2 c.p.c. costituiscono titolo esecutivo, fra gli altri, gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli. Nel caso di specie il contratto di mutuo riveste forma di atto pubblico trattandosi di mutuo cui accede come garanzia l'ipoteca. In linea di principio il contratto ricevuto da notaio può pertanto rappresentare un titolo esecutivo. Nel caso di specie tuttavia il Tribunale di Latina nega che il contratto di mutuo costituisca titolo esecutivo. Il Tribunale afferma che il contratto non dimostra la sussistenza di una pretesa alla restituzione della somma mutuata. La somma non è stata data originariamente a mutuo, il contratto non si è perfezionato e - pur rivestendo la forma di atto pubblico - non può essere utilizzato come titolo esecutivo da parte della banca.

Conseguentemente il giudice dell'esecuzione accoglie l'opposizione ai sensi dell'art. 624 c.p.c. e sospende l'efficacia esecutiva del contratto di mutuo. In passato la giurisprudenza aveva avuto occasione di occuparsi del contratto di mutuo come possibile titolo esecutivo ed era giunta ad analoghe conclusioni. In una sentenza del 1983, la Corte di cassazione aveva deciso che il contratto condizionato di finanziamento, 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 (22). Similmente la Cassazione, già nel 1979, aveva stabilito che il contratto condizionato di mutuo non documenta l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di danaro ancorché consenta l'erogazione di acconti con il sistema dei versamenti rateali durante il corso dei lavori edilizi, ma riguarda debiti pecuniari meramente eventuali e futuri (23). Secondo questa sentenza detto contrat-

to, pur se stipulato con atto pubblico notarile (per gli effetti che è destinato a produrre in ordine alla costituzione della garanzia ipotecaria), non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante la quale intenda procedere a espropriazione forzata, atteso che difetta dei requisiti previsti dall'art. 474 comma 2 n. 3 c.p.c. Né il contratto medesimo può assumere valore di titolo esecutivo, per effetto della sua integrazione con le quietanze dei versamenti fatti al mutuatario, trattandosi di atti non formalmente omogenei con esso, in quanto manca il ricevimento da parte del notaio della dichiarazione negoziale costitutiva di debiti pecuniari.

Note:

(22) Cass., 18 gennaio 1983, n. 477.

(23) Cass., 19 luglio 1979, n. 4293.