

## Percorso di giurisprudenza - Bancario

# Il contratto di mutuo

Data ultimo aggiornamento: | di Tofani Cristiano Augusto, De Ficchy Francesco

### Nota introduttiva

Il contratto di mutuo è la forma più tipica tra i contratti di finanziamento, seppure non esaurisca le possibili fattispecie nelle quali si può declinare l'espressione "contratto di finanziamento", che ricomprende diversi istituti e rapporti giuridici (per "finanziamento" si intende qualsiasi apprestamento di mezzi finanziari, ovvero qualsiasi forma che preveda l'erogazione e/o l'apertura di credito nei confronti di un soggetto).

Il Codice civile disciplina agli artt. 1813 e ss. il contratto di mutuo e le sue caratteristiche e finalità principali: mediante il contratto di mutuo, "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". La giurisprudenza qualifica il contratto di mutuo come un contratto reale richiedendosi che la cosa mutuata sia consegnata dal mutuante al mutuatario (la qualificazione di "realità" determina che la conclusione del contratto si perfezioni mediante la consegna materiale della cosa, ossia il bene oggetto del contratto - traditio rei).

Con la consegna, insorge in capo al mutuatario l'obbligo di restituzione di quanto ricevuto e degli interessi (salvo diversamente pattuito tra le parti). L'obbligo di corresponsione degli interessi può essere previsto espressamente dalle parti oppure per relationem (il contratto può prevedere un rinvio ad elementi esterni allo stesso contratto che siano tuttavia individuabili e quantificabili in modo obiettivo). La quantificazione degli interessi è lasciata all'autonomia privata seppure con il limite degli interessi usurari che comporterebbero la nullità della relativa clausola e la decadenza dall'obbligo di corresponsione di qualsiasi interesse.

Oltre alla normativa codicistica, il legislatore è intervenuto in merito all'estinzione anticipata dei mutui immobiliari, disponendo il divieto di previsione di clausole penali e della portabilità del mutuo. È nullo qualunque patto o clausola, stipulata anche successivamente alla conclusione del contratto originario di mutuo, che prevede l'obbligo in capo al mutuatario di pagamento di una penale o di qualsiasi tipologia di costo a favore del mutuante

per addivenire all'estinzione anticipata o parziale del mutuo (artt. 120-ter e quater del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

*Il mutuo di scopo.* Quale sub-specie del contratto di mutuo, rileva il mutuo di scopo, ovvero quella tipologia di finanziamento che si configura come una fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che assolve in modo analogo all'apertura di credito, una funzione creditizia. La vincolatività nella destinazione dei fondi comporta necessariamente un distacco dalla classica fattispecie codicistica del contratto di mutuo. Da ciò ne discende la diversa modalità di perfezionamento: il mutuo di scopo è concluso con la stipula del contratto mentre il contratto di mutuo ai sensi dell'art. 1813 c.c. è concluso soltanto con la traditio del bene. Nel mutuo di scopo, più precisamente, la consegna di una determinata quantità di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento costitutivo del contratto mediante il quale questo si perfeziona.

Il vincolo di destinazione, essendo l'elemento qualificante del mutuo di scopo, deve essere previsto non in modo generico, bensì in modo idoneo per consentire di interpretare il contenuto del contratto nel senso della volontà delle parti di vincolare l'impiego dei fondi ricevuti ad una determinata operazione economica.

*Il mutuo fondiario.* La disciplina codicistica del contratto di mutuo è integrata dalla normativa speciale relativa al mutuo fondiario. Ai sensi dell'art. 38 TUB, il mutuo fondiario ricorre in presenza di un finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su beni immobili che è concessa contestualmente alla stipula del contratto.

Come afferma la giurisprudenza, il mutuo fondiario non rientra nella tipologia del mutuo di scopo in quanto l'elemento essenziale di tale contratto non è la destinazione della somma ad uno specifico affare, come anche ad esempio per l'acquisto del bene o la ristrutturazione dello stesso. La Banca d'Italia determina il limite massimo dell'ammontare che le banche possono concedere per finanziare l'acquisto di beni immobili. Tale limite è fissato nella misura dell'80% del valore del bene ipotecato che può essere innalzato al 100% soltanto in presenza di ulteriori garanzie oltre l'ipoteca prestate dal mutuatario (quali fidejussioni bancarie ed assicurative, pegni su titoli, cessioni del quinto).

Ad ulteriore garanzia della stabilità del mutuo fondiario, rileva l'art. 39, comma 4, TUB ai sensi del quale le ipoteche poste a garanzia di mutui fondiari non subiscono la revocatoria fallimentare (quindi nel caso di fallimento del debitore) nel caso in cui siano state iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

Tale trattamento di favore da parte del legislatore in merito alla solidità della garanzia ipotecaria, ha incentivato le banche ad erogare mutui fondiari soltanto con il fine di estinguere precedenti linee di credito chirografarie. Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto tale comportamento pregiudizievole per gli interessi degli altri creditori e in violazione della par condicio creditorum, in particolare in caso di fallimento del debitore.

*Ius variandi.* L'art. 118 TUB prevede la possibilità di modificare il contratto anche in mancanza del consenso delle parti. Nei contratti a tempo indeterminato le parti possono prevedere una clausola che consente alla banca di modificare il tasso di interesse ed altre condizioni economiche in modo unilaterale, tuttavia soltanto in presenza di giustificato motivo.

Gli eventi e le condizioni sulla base delle quali il mutuante ha facoltà di modificare unilateralmente il contratto, devono essere predeterminati nel contratto di mutuo e la relativa clausola deve essere specificatamente approvata dal mutuatario. La modifica dovrà poi essere comunicata al mutuatario con un preavviso di almeno due mesi e, seppure qualificata come “proposta di modifica”, il mutuatario non ha facoltà di trattare la modifica delle condizioni contrattuali.

**Riferimenti normativi:**

Codice Civile (artt. 1813 e ss.)

Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia o TUB)

*Focus giurisprudenziale*

**Mutuo fondiario – Limite di finanziabilità di cui all'art. 38 TUB – Violazione – Nullità del contratto**

Il mancato rispetto del limite di finanziabilità, di cui all'art. 38 TUB e alle conseguenti disposizioni regolamentari, comporta in via diretta la nullità dell'intero contratto di mutuo fondiario. *Cassazione civile, 27 Novembre 2019, n. 31057*

**Mutuo fondiario - Superamento della soglia di finanziabilità di cui all'art. 38, comma 2, TUB - Conseguenze - Obbligo del creditore fondiario di preventiva notificazione del titolo esecutivo - Sussistenza – Ragioni**

In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, TUB non esaurisce i suoi effetti sul piano della condotta dell'istituto di credito mutuante, ma è elemento essenziale per la valida qualificazione del contratto di mutuo come fondiario e quindi, per l'applicabilità della relativa disciplina di privilegio, sostanziale e processuale, in favore del creditore; pertanto, il superamento di tale limite comporta, tanto ove sia necessario inferirne la nullità dell'intero contratto, salva la conversione ex art. 1424 c.c., quanto ove sia sufficiente la riqualificazione di quello come mutuo ordinario con disapplicazione della disciplina di privilegio, la sicura non operatività della norma che esenta il creditore fondiario dall'obbligo di previa notifica del titolo esecutivo ai sensi dell'art. 41, comma 1, TUB. *Cassazione civile, 28 giugno 2019, n. 17439*

**Credito fondiario - Distribuzione dell'onere della prova tra creditore e debitore sulla erogazione del mutuo e sulla restituzione delle somme - Opposizione allo stato passivo – Fattispecie**

In caso di stipulazione del contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 7 del 1976, l'onere della prova dell'erogazione della somma data a mutuo è assolto dall'istituto di credito mutuante mediante la produzione in giudizio dell'atto pubblico notarile di erogazione e quietanza, spettando, in tal caso, al debitore che si opponga all'azione esecutiva del creditore dare la prova della restituzione della somma mutuata e degli accessori ovvero di altre cause estintive dell'obbligazione restitutoria. (Nel caso di specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione con la quale il Tribunale, decidendo sull'opposizione al diniego d'ammissione allo stato passivo del fallimento di un credito portato da alcuni contratti di mutuo fondiario cui risultavano allegati i rispettivi atti di quietanza ed erogazione parziale, aveva motivato l'esclusione con la mancanza degli estratti conto comprovanti l'erogazione delle somme mutate). *Cassazione civile, 15 aprile 2019, n. 10507*

**Contratto di mutuo - Causale del versamento - Contestazione da parte dell'asserito mutuatario - Natura di eccezione in senso sostanziale - Esclusione - Onere probatorio a carico dell'attore - Permanenza**

Qualora l'attore fondi la sua domanda su un contratto di mutuo, la circostanza che il convenuto ammetta di avere ricevuto una somma di denaro dall'attore, ma neghi che ciò sia avvenuto a titolo di mutuo, non costituisce una eccezione in senso sostanziale, sì da invertire l'onere della prova, giacché negare l'esistenza di un contratto di mutuo non significa eccepirne l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione, ma vuol dire negare il titolo posto a base della domanda, benché il convenuto riconosca di avere percepito una somma di denaro ed indichi la ragione per la quale tale somma sarebbe stata versata, con la conseguenza, pertanto, che rimane fermo l'onere probatorio a carico dell'attore. *Cassazione civile, sez. II, 29 novembre 2018, n. 30944*

**Mutuo fondiario - Contratto - Requisiti di forma "ad substantiam" - Indicazione del valore del bene dato in garanzia - Necessità - Esclusione - Fondamento**

L'indicazione nel contratto di mutuo fondiario del valore del bene offerto in garanzia non assurge a requisito di forma prescritto "ad substantiam", non essendo previsto come tale dalla disciplina specifica di cui agli artt. 38 e 117 T.U.B. e non rientrando nell'ambito delle "condizioni" contrattuali di carattere economico. Ne consegue che la sua omissione non impedisce l'applicabilità del limite di finanziabilità, che è requisito di sostanza del contratto. *Cassazione civile, Ordinanza del 19 novembre 2018, n. 29745*

**Mutuo di scopo convenzionale - Nozione - Funzione - Vincolo nell'utilizzazione delle somme da parte del mutuatario - Elemento essenziale del contratto - Ampliamento della causa in concreto del contratto**

Il mutuo di scopo risponde alla funzione di procurare al mutuatario i mezzi economici destinati al raggiungimento di una determinata finalità, comune al finanziatore, la quale, integrando la struttura del negozio, ne amplia la causa rispetto alla sua normale consistenza, sia in relazione al profilo strutturale, perché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo concordato, mediante l'attuazione in concreto del programma negoziale, sia in relazione al profilo funzionale, perché nel sinallagma assume rilievo essenziale proprio l'impegno del mutuatario a realizzare la prestazione attuativa. La destinazione delle somme mutate alla finalità programmata assurge pertanto a componente imprescindibile del regolamento di

interessi concordato, incidendo sulla causa del contratto fino a coinvolgere direttamente l'interesse dell'istituto finanziatore, ed è perciò l'impegno del mutuatario a realizzare tale destinazione che assume rilevanza corrispettiva, non essendo invece indispensabile che il richiamato interesse del finanziatore sia bilanciato in termini sinallagmatici, oltre che con la corresponsione della somma mutuata, anche mediante il riconoscimento di un tasso di interesse agevolato al mutuatario. *Cassazione civile, Ordinanza del 18 giugno 2018, n. 15929*

**Ammissione al passivo di un credito ipotecario fondato su prova documentale - Eccezione di illiceità del contratto di mutuo - Onere della prova - A carico del curatore fallimentare**

In tema di ammissione al passivo di crediti ipotecari, a fronte della prova documentale dell'esistenza di un contratto di mutuo ipotecario offerta dalla banca mutuante, il curatore del fallimento del mutuatario, che eccepisce l'illiceità dell'operazione - per essere stato il contratto utilizzato al solo fine di promuovere un preesistente credito chirografario a credito ipotecario - ha l'onere ex art. 2697 c.c. di fornire la prova di tale assunto, trattandosi non di una mera contestazione della tesi della controparte ma di un fatto modificativo del diritto vantato dal creditore. *Cassazione civile, Ordinanza del 16 maggio 2018, n. 11955*

**Contratto concluso da banchiere di fatto - Mancanza dell'autorizzazione bancaria - Nullità "virtuale" ex art. 1418, comma 1, c.c. - Fondamento - Conversione in corrispondente contratto di diritto comune - Condizioni - Fattispecie relativa a contratti di deposito a risparmio**

È nullo per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. (cd. nullità "virtuale"), il contratto di deposito a risparmio concluso con soggetto professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 TUB, stante la rilevanza del requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari, nei quali una delle parti è individuata indefettibilmente in una banca, e degli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali di cui agli artt. 130 e 131 TUB; tale nullità per carenza di un requisito della fattispecie legale non osta tuttavia, in linea di principio, alla conversione ex art. 1424 c.c. ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti. *Cassazione civile, Ordinanza del 28 febbraio 2018, n. 4760*

**Fallimento – Opposizione allo stato passivo – Mutuo di somma di denaro – Momento perfezionativo – Effettiva erogazione delle somme – Uscita del denaro dal patrimonio del mutuante – Acquisizione delle somme al patrimonio del mutuatario – Sufficienza – Fattispecie.**

Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio della banca mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali. *Cassazione civile, Ordinanza del 27 ottobre 2017, n. 25632*

**Mutuo fondiario - Soglia di finanziabilità - Elemento essenziale del mutuo fondiario - Conseguenze - Nullità in caso di superamento della soglia - Ragioni - Finalità - Interesse pubblico**

In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, TUB è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il "quantum" della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa. *Cassazione civile, 31 Luglio 2017, n. 19016*

**Mutuo fondiario - Soglia di finanziabilità - Elemento essenziale del mutuo fondiario - Conseguenze - Nullità in caso di superamento della soglia - Ragioni - Finalità - Interesse pubblico**

In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ai sensi dell'art. 38, comma 2 TUB, è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il quantum della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa. *Cassazione civile, 13 luglio 2017, n. 17352*

**Norma imperativa - Mutuo ipotecario stipulato in violazione dell'art. 216, comma 3, l.fall. - Nullità del contratto per illiceità della causa**

La violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, giacché l'art. 1418, comma 1, c.c., con l'inciso «salvo che la legge disponga diversamente», impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti della norma, sicché, in assenza di un divieto generale di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, la stipulazione di un contratto di mutuo ipotecario in violazione dell'art. 216, comma 3, l.fall., che punisce la condotta di bancarotta preferenziale, non dà luogo a nullità per illiceità di causa, ai sensi del citato art. 1418 c.c., ma costituisce il presupposto per la revocazione degli atti lesivi della "par condicio creditorum". *Cassazione civile, 28 settembre 2016, n. 19196*

**Mutuo di scopo convenzionale - Finanziamento erogato in epoca successiva alla realizzazione dello scopo - Nullità - Esclusione**

Nel mutuo di scopo, sia esso legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate entra nella struttura del negozio connotandone il profilo causale, sicché la nullità di un tale contratto per mancanza di causa sussiste solo se quella destinazione non sia rispettata, mentre è irrilevante che sia attuata prima o dopo l'erogazione del finanziamento, tanto più in mancanza, specificamente per il mutuo di scopo convenzionale cui sia collegato il c.d. contratto di ausilio, di alcuna norma imperativa, dal contrasto con la quale possa derivarne una nullità sotto quest'ultimo profilo. *Cassazione civile, Sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25793*

### **Interessi – Clausola di determinazione degli interessi – Criteri prestabiliti ed estrinseci al contratto di mutuo**

La clausola di determinazione degli interessi in un contratto di mutuo, per essere valida ai sensi dell'art. 1346 c.c., deve prevedere un rimando a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci al contratto che tuttavia, devono essere obiettivamente individuabili e finalizzati alla quantificazione degli interessi. A tal fine, tale richiamo non deve contenere incertezze o consentire margini di discrezionalità al mutuante. *Cassazione civile, 27 novembre 2014, n. 25205*

### **Interessi ultralegali - Pattuizione - Atto scritto - Regime anteriore alla legge n. 154 del 1992 - Determinazione convenzionale "per relationem" - Ammissibilità - Riferimento al tasso vigente, alla data di stipulazione del contratto, per il tipo di operazione di credito agrario che ne è oggetto**

In tema di contratti di mutuo, affinché una convenzione relativa agli interessi ultralegali sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, c.c., da qualificarsi come norma imperativa, deve avere forma scritta e contenere l'indicazione della percentuale del tasso di interesse in ragione di un periodo predeterminato. Tale condizione si realizza anche quando il tasso di interesse è desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante, perché individuato "per relationem" mediante rinvio al tasso vigente, alla data di stipulazione del contratto medesimo, per il tipo di operazione di credito agrario che ne è oggetto, effettuata dalla sezione agraria di quel determinato istituto mutuante. *Cassazione civile, 29 gennaio 2013, n. 2072.*

### **Mutuo fondiario – Mutuo di scopo – Configurabilità**

Il mutuo fondiario, disciplinato dalla normativa speciale ai sensi degli artt. 38 e ss. TUB, non si configura quale un mutuo di scopo in quanto il vincolo di destinazione delle fonde erogate ad uno specifico affare non è l'elemento essenziale di tale contratto. *Cassazione civile, 26 marzo 2012, n. 4792*

### **Nozione del contratto di mutuo – Perfezionamento – Conclusione del contratto di mutuo**

Il contratto di mutuo è caratterizzato dalla realtà in quanto si perfeziona con la consegna della cosa mutuata ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della cosa. La traditio rei è l'elemento fondamentale del mutuo, ed al perfezionamento di questa, insorge l'obbligo di restituzione (e di corresponsione degli interessi pattuiti) in capo al mutuatario. *Cassazione civile, 3 gennaio 2011, n. 14*

### **Interessi – Determinazione per relationem – Criteri obiettivamente rilevabili**

Il contratto di mutuo non deve necessariamente prevedere gli interessi in modo compiuto, ma è sufficiente che questi siano determinabili mediante rinvio ad elementi esterni al contratto. Tali elementi estrinseci devono essere rilevabili in modo sicuro ed obiettivo al fine di consentire alle parti una concreta rilevazione. *Cassazione civile, 14 agosto 1997, n. 7627*

### **Contratto di mutuo – Diritto alla restituzione – Prescrizione – Termine indicativo per la restituzione della cosa mutuata concordato dalle parti**

Perché la prescrizione decorra è sufficiente che il titolare del diritto si astenga dal relativo esercizio. Nel caso le parti prevedano un termine indicativo per la restituzione della cosa mutuata, senza quindi alcuna determinazione precisa della scadenza del mutuo, il mutante

ha il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria per la determinazione del termine. In caso di inerzia del mutuatario per oltre dieci anni, si estingue il diritto alla restituzione sia del capitale mutuato sia degli interessi, in considerazione della accessorietà della relativa obbligazione. *Cassazione civile, 3 giugno 1997, n. 4939*

---