

Civile Sent. Sez. 3 Num. 23149 Anno 2022

Presidente: DE STEFANO FRANCO

Relatore: ROSSETTI MARCO

Data pubblicazione: 25/07/2022

Oggetto: mutuo c.d.
"solutorio" - validità -
sussistenza - qualificabilità
come *pactum de non petendo*
- esclusione - ragioni.

SENTENZA

sul ricorso n. 8675/19 proposto da:

....., elettivamente c.....
....., difesi dall'avvocato Marco
.....
in virtù di procura speciale apposta in calce al ricorso;

- ricorrenti -

contro

..... in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
niziato a Roma, via Caio M..... difeso dagli
..... occhio, a e V..... in virtù di
pposta in calce al controricorso,

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Torino 25 luglio 2018 n.
1387;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23
giugno 2022 dal Consigliere relatore dott. Marco Rossetti;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale
dott. Giovanni Battista Nardecchia che ha concluso per il rigetto del
ricorso;

FATTI DI CAUSA

1. La Banca Antonveneta concesse al proprio correntista Eva,
che già era suo debitore, un mutuo ipotecario che venne contestualmente

imputato a ripianamento dell'esposizione pregressa del mutuatario verso la banca.

2. Il mutuo non venne restituito e nel 2012 la società F s.r.l. (cui il credito della banca era pervenuto per effetto di cessione, e che in seguito muterà ragione sociale in C iniziò l'esecuzione forzata in danno degli eredi del debitore, nelle more succeduto.

Quale titolo esecutivo venne invocato il contratto di mutuo.

3. Gli eredi di Eva Ann. Jari Gi Priscil proposero opposizione all'esecuzione dinanzi al Tribunale di Verbania, allegando - per quanto ancora rileva - due ragioni:

- a) il contratto di mutuo era nullo, perché utilizzato per ripianare un debito pregresso: in tal modo ne era stata distorta la causa tipica;
- b) il passivo del conto corrente, a ripianamento del quale era stato concesso dalla banca al correntista il mutuo ipotecario, era stato determinato applicando interessi anatocistici ed ultralegali (deve ritenersi, in assenza di patto scritto), oltre che una commissione di massimo scoperto non dovuta.

4. Il Tribunale di Verbania con sentenza 31.3.2014 n. 202 rigettò l'opposizione, sul presupposto che il contratto di mutuo concesso per pagare un debito del mutuatario verso il mutuante non è nullo.

Dichiarò, invece, la litispendenza rispetto ad altra causa introdotta dai medesimi attori dinanzi al Tribunale di Bari, con riferimento alla domanda di accertamento della nullità del patto di interessi previsto dal contratto di conto corrente, a ripianamento del quale fu erogato il mutuo.

La sentenza venne appellata dai soccombenti limitatamente alla questione concernente la validità del mutuo (così riferisce la sentenza impugnata, p. 6, primo capoverso, ultimo periodo).

5. La Corte d'appello di Torino con sentenza 16.6.2015 n. 1184 dichiarò l'appello tardivo.

La sentenza d'appello venne cassata con rinvio da questa Corte con l'ordinanza 27.3.2017 n. 7824, sul presupposto che avendo gli opposenti

proposto sia una domanda di accertamento della nullità del titolo esecutivo, sia una domanda di accertamento della nullità di taluni patti del contratto di conto corrente (per il cui ripianamento venne stipulato il mutuo), la connessione delle due domande assoggettava il processo alla regola della sospensione dei termini feriali, erroneamente esclusa dalla Corte d'appello.

6. Riassunto il giudizio, con sentenza 25.7.2018 n. 13857 la Corte d'appello di Torino rigettò il gravame, rilevando che il mutuo fondiario non è un mutuo di scopo; che pertanto la somma data a mutuo può essere impiegata in qualunque modo; che di conseguenza il contratto era valido, come valida era l'ipoteca concessa a garanzia di esso, dal momento che *"garantire crediti pregressi con la costituzione di un'ipoteca non è vietato dalla legge"*.

7. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da Anr
e Prisci" i con ricorso fondato su due motivi.

h assistito l'

8. Il ricorso, già fissato per l'udienza del 15 febbraio 2022, venne rinviato all'odierna udienza per malattia del consigliere relatore.

i depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Col primo motivo i ricorrenti lamentano, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli artt. 38 d. lgs. 1.9.1993 n. 385 (Testo Unico Bancario) e 15 d.p.r. 29-09-1973 n. 601 (Disciplina delle agevolazioni tributarie).

Muovendo dal presupposto che il contratto di mutuo può avere come unica causa la "erogazione di liquidità", deducono che erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto valido un contratto di mutuo che, essendo servito ad assolvere una funzione di garanzia, doveva ritenersi nullo.

2.1. Il motivo è infondato.

Il mutuo stipulato per ripianare un debito pregresso del mutuatario verso il mutuante non è nullo. Esso infatti non è contrario né a norme di legge

(vanamente se ne cercherebbero in tal senso, a meno di assai fantasiose interpretazioni), né all'ordine pubblico, posto che il pagare i propri debiti è - esso sì - principio di ordine pubblico.

Non può escludersi in astratto che la concessione d'un mutuo c.d. "solutorio" possa nel singolo caso celare un atto in frode dei creditori o un mezzo anomalo di pagamento: ma in tali casi l'atto sarà nullo o revocabile *per questa ragione*, e non perché sia stato concesso allo scopo di saldare un debito pregresso. E nel presente giudizio gli opposenti non hanno mai fatto questione né di revocatoria, né di ammissione ad un passivo fallimentare.

Del resto, che mutui e finanziamenti persino agevolati od erogati dallo Stato possano essere utilizzati per estinguere debiti pregressi, anche verso lo Stato stesso, è previsto in alcuni casi dalla legge [art. 2 l. 8.8.1977 n. 546; art. 43 d.l. 18.11.1966 n. 976 (convertito dalla l. 23.12.1966 n. 1142); art. 16 r.d.l. 15.4.1926 n. 765], sicché appare arduo predicare la nullità d'una operazione consentita dalla legge.

2.2. Questi principi sono pacifici e risalenti nella giurisprudenza di questa Corte. Pacifico è, in particolare, che:

-) il mutuo solutorio non è nullo, perché *"il ripianamento della passività costituisce in definitiva una possibile modalità di impiego dell'importo mutuato"* (Sez. 3 - , Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01);

-) deve ritenersi *"superato il precedente indirizzo"* secondo cui il mutuo solutorio è un contratto simulato oppure illecito; *"il ricorso al credito come mezzo di ristrutturazione del debito è previsto dalla stessa normativa vigente, che a mezzo degli artt. 182-bis e 182-quater della legge fall."* (Sez. 1 - , Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01);

-) il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non può considerarsi di per sé illecito dal momento che, a tutela di chi risulti danneggiato da tale atto negoziale, l'ordinamento appresta rimedi speciali e la sanzione dell'inefficacia (cfr. Cass., Sez. III, 31/10/2014, n. 23158; Cass., Sez. II, 11/10/2013, n. 23158; Cass., Sez. I, 4/10/2010, n. 20576);

-) la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto (Sez. 1 - , Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01);

-) il perfezionamento del contratto di mutuo, con la consequenziale nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo, non rilevando, a detto fine, che il contratto abbia le caratteristiche del mutuo cd. di scopo, nel quale sia previsto l'obbligo di utilizzare quella somma ad estinzione di altra posizione debitoria verso il mutuante. (Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01).

2.3. Negli ultimi anni, in verità, è affiorata nella giurisprudenza di questa Corte l'isolata opinione secondo cui, quando l'intero mutuo sia destinato a ripianare un debito pregresso, tale operazione andrebbe qualificata non come un contratto autonomo, ma come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente, o *pactum de non petendo* che dir si voglia (così Sez. 1 - , Ordinanza n. 20896 del 05/08/2019, Rv. 655022 - 01 e Sez. 1 - , Sentenza n. 1517 del 25/01/2021, Rv. 660370 - 01, ambedue dovute al medesimo estensore): con la conseguenza - comunque non invocata dai ricorrenti nel presente giudizio - che il titolo esecutivo rappresentato dal mutuo solutorio in realtà non sarebbe tale, poiché il credito scaturirebbe dal contratto pregresso, non dal mutuo stipulato per estinguerlo (che, come detto, costituirebbe una pura dilazione di pagamento).

2.4. Per quanto la suddetta questione non venga strettamente in rilievo nel presente giudizio, reputa doveroso il Collegio prendere le distanze da tale orientamento.

Esso infatti si fonda su un (unico) assunto così riassumibile: il mutuo solutorio costituisce un *pactum de non petendo* perché in esso "non vi è spostamento di denaro" dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario.

Affermazione, questa, non sostenibile per molte ragioni, tanto evidenti quanto inoppugnabili.

2.5. In primo luogo, è principio ricevuto nella giurisprudenza di questa Corte che nel contratto di mutuo la *datio rei* deve essere giuridica e non fisica, con la conseguenza che anche l'accredito in conto corrente basta a tal fine (*ex permultis*, Sez. 3 - , Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01).

2.6. In secondo luogo, il "patrimonio" di ogni persona si compone di beni materiali, beni immateriali e crediti. E chi usa il denaro ricevuto a mutuo per estinguere un debito verso il mutuante purga il proprio patrimonio d'una posta negativa: dunque la consistenza del patrimonio del mutuatario cambia, e se cambia è arduo sostenere che non vi è stato "spostamento di denaro".

2.7. In terzo luogo, il pagamento di una somma di euro 285.000 euro (tale era l'importo del mutuo erogato a l' non può oggi, e non poteva all'epoca in cui venne erogato (31.1.2008), avvenire in contanti, ma solo per accredito in conto corrente (art. 49, comma primo, d. lgs. 21.11.2007 n. 231, che all'epoca fissava in euro 5.000 il tetto dei pagamenti consentiti in contante).

Negare, quindi, che si sia al cospetto d'un mutuo quando l'accredito al mutuante avvenga in via contabile significa sostenere un'interpretazione contrastante con le norme sull'uso del contante.

2.8. In quarto luogo, sostenere che il mutuo solutorio esuli dalla "natura tipologica" del contratto di mutuo perché si ridurrebbe ad una "partita contabile" è affermazione che prova troppo: in epoca di moneta elettronica, infatti, qualsiasi *solutio* si riduce ad una "partita contabile". Anche il pagamento eseguito con carta di credito, carta di debito, carta *revolving* o *PayPal*, a ben riflettere, altro non è che una "annotazione" contabile o una *delegatio solvendi*, "attesa la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e la loro sostituzione con annotazioni contabili e tenuto altresì conto che sia la normativa antiriciclaggio che le misure normative tese a limitare l'uso di contante

nelle transazioni commerciali hanno accentuato l'utilizzo di strumenti alternativi ad trasferimento di danaro" (sono parole di Sez. 1, Sentenza n. 38331 del 3.12.2021).

2.9. In quinto luogo, la tesi del *pactum de non petendo* svela la sua fragilità quando il credito estinto e il mutuo concesso per estinguerlo fossero soggetti a regole diverse quanto a interessi, accessori e garanzie (anche personali).

2.10. Da ultimo, ma è quel che più rileva, la tesi del *pactum non petendo* mortifica la libertà negoziale delle parti, negando loro la facoltà di stipulare accordi di ristrutturazione atipici. La novazione oggettiva o la dilazione del pagamento, infatti, sono istituti previsti dall'ordinamento cui le parti potrebbero tranquillamente ricorrere. Se non lo fanno, e preferiscono ricorrere ad un mutuo solutorio, tale scelta costituisce un esercizio di libertà negoziale da tutelare, non un atto da sopprimere solo perché non gradito alle personali convinzioni giuridiche o, peggio, sociologiche o addirittura politiche dell'interprete.

Dinanzi ad un mutuo solutorio, in conclusione, il mutuatario resta libero di invocare un vizio del consenso, un approfittamento dello stato di bisogno o un accordo simulatorio: ma se non vi riesce, ebbene ch'egli si rassegni al principio *pacta sunt servanda*.

2.11. Nel concludere l'illustrazione del primo motivo di ricorso, a p. 9, ultimi due capoversi, i ricorrenti compiono un fugace cenno al fatto che la Corte d'appello avrebbe "del tutto obliterato" le loro deduzioni concernenti la nullità di varie clausole del contratto di conto corrente, per ripianare il cui saldo venne stipulato il mutuo solutorio.

Ritiene il Collegio che tale fugace accenno non possa essere interpretato come una censura di "omessa pronuncia", e se lo fosse sarebbe infondata.

Non costituisce una censura perché priva di una adeguata illustrazione, e dunque è inammissibile ai sensi dell'art. 366, n. 4, c.p.c..

Ma anche - benevolmente - a voler supporre che, con questa parte del ricorso, i ricorrenti avessero voluto denunciare una omessa pronuncia sul

motivo di opposizione concernente la nullità del patto di interessi anatocistici, essa sarebbe infondata, in quanto su tale questione il Tribunale di Verbania dichiarò la litispendenza, con statuizione non censurata in appello.

3. Col secondo motivo i ricorrenti lamentano la violazione degli articoli 112 c.p.c. e 1424 c.c..

Deducono che la Corte d'appello non avrebbe potuto "convertire" d'ufficio il contratto nullo (e cioè il mutuo solutorio) in un contratto atipico, in assenza di una espressa domanda in tal senso da parte della società creditrice.

3.1. Il motivo resta assorbito dal rigetto del primo, e comunque è infondato.

La Corte d'appello, infatti, non ha affatto ritenuto che quello stipulato tra le parti fosse non un mutuo solutorio, ma un contratto atipico (quel che, peraltro, le sarebbe stato comunque consentito, trattandosi di qualificazione giuridica del negozio). La Corte d'appello si è limitata a rilevare che il contratto di mutuo solutorio era perfettamente valido ed efficace, e dunque non ha compiuto alcuna operazione di "conversione" degli effetti d'un contratto nullo.

4. Le spese del presente giudizio di legittimità vanno a poste a carico dei ricorrenti, ai sensi dell'art. 385, comma 1, c.p.c., e sono liquidate nel dispositivo.

Per questi motivi

la Corte di cassazione:

(-) rigetta il ricorso

(-) condanna Ann. _____ e Prisci _____ in solido, alla rifusione in favore _____ delle spese del presente giudizio di legittimità, che si liquidano nella somma di euro 10.200, di cui 200 per spese vive, oltre I.V.A., cassa forense e spese forfettarie ex art. 2, comma 2, d.m. 10.3.2014 n. 55;

(-) ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da

parte dei ricorrenti, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile