



Prospettive in tema di mutuo solutorio e accordo di non chiedere: in attesa delle Sezioni Unite



Tommaso dalla Massara

Prof. ord. dell'Università Roma Tre

SOMMARIO: **1.** Due ordinanze, in tema di mutuo solutorio e di sua esecutività, e imminente giudizio delle Sezioni Unite. – **2.** Accordo di non chiedere e patto di dilazione: il tema dell'esigibilità. – **3.** La *traditio* della somma e la sua effettiva disponibilità da parte del mutuatario. – **4.** Riflessione conclusiva.

1. Due ordinanze, in tema di mutuo solutorio e di sua esecutività, e imminente giudizio delle Sezioni Unite

Alcune recenti ragioni suggeriscono di tornare a riflettere sui profili dell'accordo di non chiedere.

Con l'ordinanza interlocutoria del 10 luglio 2024, la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della riconoscibilità – nonché, se del caso, della configurazione – del mutuo solutorio¹.

¹ Sull'ordinanza, faccio rinvio in specie al recente contributo di D'ONOFRIO, *La validità del c.d. mutuo solutorio: la parola alle Sezioni Unite*, in *Arch. dir. civ.*, 2024, 199 ss. Prima di tale ordinanza, cfr. FAUCEGLIA, *La dilazione innova o nova il rapporto obbligatorio?*, in *Contratto e impresa*, 2024, 200 ss., in specie 219 ss.; BONFATTI, *La disciplina del mutuo fondiario erogato per la estinzione di passività pregresse*, in *Fallimento*, 2023, 482 ss.; MAUCERI, *Una soluzione esaustiva per il mutuo fondiario eccedentario?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 397 ss.; ID., *Nullità e violazione del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *Contr.*, 2022, 679 ss.; LA SPINA, *Mutuo fondiario eccedentario e necessaria elasticità del rimedio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 386 ss.; TATARANO, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, Napoli, 2022, 88 ss.; PEZZELLA, *Mutuo destinato a ripianare un debito pregresso: contratto autonomo o 'pactum de non petendo ad tempus'?*, in *giustiziacivile.com*, 5 dicembre 2022;

A venire all'attenzione è dunque – in estrema sintesi – quel prestito che venga erogato dal mutuante al mutuatario con l'unico scopo di estinguere un precedente finanziamento.

Con provvedimento del 10 ottobre 2024, la Prima Presidente della Suprema Corte ha ritenuto ammissibile il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., proposto dal Tribunale di Siracusa, sulla questione degli effetti dell'accordo negoziale con cui un soggetto (nella specie, una banca) aveva concesso una somma a mutuo, convenendo però che l'importo erogato fosse immediatamente e integralmente restituito al mutuante.

Come s'intende, anche in questo secondo caso la cornice tematica è quella del mutuo solutorio, però il profilo controverso è rappresentato dal riconoscimento o meno di effetti esecutivi – di cui all'art. 474, comma 1, c.p.c. – al titolo sulla base del quale il mutuo era stato erogato, giacché l'attualità del vincolo restitutorio risultava subordinata «al verificarsi di determinate condizioni».

Si può senz'altro affermare che gli aspetti rimessi all'attenzione delle Sezioni Unite riguardano profili differenti e complementari del mutuo solutorio.

D'altra parte, che il tema di riferimento sia proprio quello dei problemi posti dal mutuo solutorio è confermato dalle parole della Prima Presidente, impiegate in chiusura del provvedimento dello scorso ottobre, ove si precisa che l'una e l'altra ordinanza toccano questioni “in parte sovrapponibili”.

A questo punto, ci si potrebbe chiedere per quale ragione in esordio io abbia rilevato l'opportunità di un ripensamento sui profili dell'accordo di non chiedere: per quello che è il punto di vista che in queste brevi note propongo di adottare, un aspetto nevralgico risulta in effetti rappresentato dall'impiego dell'accordo di non chiedere in guisa di lente di lettura di fenomeni di finanziamento; specificamente, l'antico *pactum de non petendo* si presterebbe a guidare la comprensione del mutuo solutorio in chiave di accordo dilatorio non novativo.

Ma conviene procedere per gradi.

Ridotta nei suoi termini essenziali, la domanda da porsi è la seguente: se l'erogazione della somma da parte del mutuante (di regola, per l'appunto, una banca) che programmaticamente sia destinata a estinguere o a ridurre un'esposizione debitoria già in essere presupponga la configurazione di un contratto distinto e autonomo rispetto all'originario mutuo.

Ebbene, in caso di risposta affermativa, quell'accordo sarebbe da intendersi come certamente novativo del rapporto contrattuale preesistente².

G. SALVI, *La Cassazione boccia ancora l'utilizzo fraudolento del mutuo fondiario ad estinzione di debiti pregressi*, in *Giur. it.*, 2021, 1073 ss.; BACCIARDI, *Mutuo solutorio e causa concreta del contratto*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 924 ss.; CAPOTORTO, *Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti tra le parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1073 ss. Più indietro nel tempo, su questi problemi, FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 334 ss.

² In questo senso, Cass. (ord.) 9 giugno 2023, n. 16377; Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, in *giustiziavivile.com*, 5 dicembre 2022, con nota di PEZZELLA, *Mutuo destinato a ripianare un debito pregresso*:

In alternativa, si potrebbe pensare che il fenomeno meriti di essere letto – in un certo senso, riduttivamente – in chiave di dilazione del termine di restituzione della somma oppure di accordo di non chiedere quella stessa somma³.

Eccoci allora giunti allo snodo che a me sembra di maggior interesse sistematico.

Al netto di quel che tra breve dirò in ordine alla (profonda, per vero) differenza tra dilazione del termine e *pactum de non petendo*, appare chiaro che, qualora la prospettiva da preferirsi fosse quella per seconda descritta, l'operazione economica di rifinanziamento prescinderebbe dalla configurazione di un contratto autonomo. Sicché, se il mutuo solutorio, lungi dall'esibire dignità di contratto autonomo, intervenisse sul tronco dell'obbligazione precedente – come accennato – non scaturirebbero effetti novativi.

Si dovrebbe pertanto concludere nel senso che quell'accordo interverrebbe esclusivamente sul piano dell'esigibilità del credito.

Il tema, a questo punto, si mostra in tutta la sua latitudine; inoltre, la recente – in parte inattesa – attenzione che la civilistica ha dedicato all'accordo di non chiedere troverebbe riscontro entro scenari applicativi nuovi, nonché di rilevanza nient'affatto marginale⁴.

contratto autonomo o 'pactum de non petendo ad tempus'?; Cass. (ord.) 30 novembre 2021, n. 37654; Cass. (ord.) 18 gennaio 2021, n. 724, in *Corriere giur.*, 2021, 1331 ss., con nota di COLOMBO, *Mutuo o 'pactum de non petendo ad tempus'? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito*; Cass. 8 marzo 1999, n. 1945; Cass. 9 maggio 1991, n. 5193, in *Foro it.*, 1992, I, c. 152 ss., con nota di FABIANI. Tale orientamento è stato di recente avallato da ABF Torino 15 aprile 2024, n. 4521. Propende in questo senso BALESTRA, *Il mutuo di scopo tra 'arricchimento' degli interessi perseguiti e deviazioni dal modello codicistico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 1133 ss.

³ Su questa linea, Cass. 19 aprile 2022, n. 12480, in *Fallimento*, 2022, 1405 ss., con nota di ANDRETTO, *Mutuo erogato in funzione solutoria di un debito pregresso: ricadute sulla 'causa petendi' della domanda d'ammissione al passivo*; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517, in *Corriere giur.*, 2021, 1331 ss., con nota critica di COLOMBO, *Mutuo o 'pactum de non petendo ad tempus'? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito*; nonché in *Giur. it.*, 2021, 1883 ss., con nota di LOMBARDO, *Estinzione debiti preesistenti tra le parti - Utilizzo strumentale?*; Cass. 8 aprile 2020, n. 7740, in *Giur. it.*, 2021, 308 ss., con nota di SCARPINELLO, *Revocatoria di ipoteca accessoria a credito fondiario per debito preesistente già ipotecario*; Cass. 5 agosto 2019, n. 20896.

⁴ Sulla figura del *pactum de non petendo*, la più recente ricerca monografica è di D'ONOFRIO, *Il 'pactum de non petendo': struttura e disciplina*, Napoli, 2021; in precedenza, le monografie di riferimento sono quelle di ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, e di RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004. Cfr., inoltre, i lavori di ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024; ID., *Prescrizione e riduzione*, in *Pers. merc.*, 2023, 7 ss.; ID., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 447 ss.; ID., *'Pactum de non petendo' e riduzione del rapporto*, in *St. iuris*, 2001, 1441 ss.; P. GALLO, *'Pactum de non petendo' e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 ss.; ID., *'Pactum de non petendo'*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ. online, 2020, 1 ss. In precedenza, il tema era stato affrontato da F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo'*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 135 ss.; SARGENTI, *'Pactum de non petendo' e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, 299 ss. Sono da vedere poi gli inquadramenti proposti da DE VILLA, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Nuovo dig. it.*,

In altre parole, si tratterebbe di valutare se la figura del mutuo solutorio risulti rappresentabile nei termini di una peculiare forma di *pactum de non petendo*.

Merita a questo punto una precisazione.

Resterà sullo sfondo, nell'economia delle riflessioni di queste pagine, il tema della qualificabilità del mutuo solutorio *sub specie* di mutuo fondiario; si tratta di un tema assai rilevante – come subito s'intende – per il profilo delle garanzie che assistono quella forma di finanziamento: tuttavia indagarne le implicazioni allontanerebbe dal nucleo delle questioni su cui ho ritenuto di concentrarmi⁵.

2. Accordo di non chiedere e patto di dilazione: il tema dell'esigibilità

Prima di ogni altro sviluppo del ragionamento, pare a me utile chiarire che i profili del *pactum de non petendo*, in realtà, non si attagliano in modo appropriato alla comprensione del mutuo solutorio.

Com'è noto, a mezzo di accordo di non chiedere il creditore concede al debitore un'eccezione, in forza della quale è a quest'ultimo consentito opporsi all'agire del creditore medesimo, lasciando però – qui il tratto caratterizzante – al contempo intatto il debito.

La centralità dell'eccezione, intesa in senso stretto (dunque quale *Einrede*, fatto defensionale rimesso alla disponibilità del debitore-convenuto), è fondamentale per comprendere la separazione dei due piani, da un lato quello processuale e dall'altro quello sostanziale: in presenza di *pactum de non petendo*, il debito – in sé considerato – non cessa di esistere, sebbene il debitore-convenuto disponga dell'eccezione.

Se si pone mente alla struttura del mutuo solutorio (per come esso viene per lo più costruito nella prassi), occorre rilevare che non è previsto l'operare di alcuna eccezione.

IX, Torino, 1939, 408 ss.; BERGER, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615; inoltre, RUSCELLO, *'Pactum de non petendo' e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss.; ID., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un 'vecchio' lavoro*, in *Studi in memoria di G. Gabrielli*, II, Napoli, 2018, 1699 ss., G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul 'pactum de non petendo' alla luce di un rimeditato concetto del 'patto' nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, I, 587 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 367 ss.; M. CONFORTINI, *'Pactum de non petendo' e prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur. it.*, 2021, 367 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a DALLA MASSARA - ORLANDI, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma, 2024. Nella letteratura tedesca di inizio Novecento, fondamentale è la ricostruzione del tema, basata su fonti romane, ma orientata al contemporaneo, di REICHEL, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935, 1 ss., reperibile anche in lingua italiana nella traduzione critica a cura di dalla Massara e D'Onofrio, Pisa, 2018.

⁵ Su questo specifico aspetto, rinvio *in toto* alle pagine di D'ONOFRIO, *La validità del c.d. mutuo solutorio: la parola alle Sezioni Unite*, cit., 207 s.

Più calzante, per la comprensione della dinamica del mutuo solutorio, si rivela invece la figura dell'accordo dilatorio. Per tale è da intendersi il patto a mezzo del quale debitore e creditore convengano un diverso termine dell'adempimento, senza che per ciò stesso risulti inciso il vincolo obbligatorio originario. In tal caso, nella dinamica dei rapporti tra debitore e creditore, non è contemplato il meccanismo dell'eccezione.

Ciò detto, in una più ampia prospettiva di sistema, è addirittura al di là della differenziazione strutturale tra *pactum de non petendo* e accordo solutorio che occorre guardare.

In effetti, la divaricazione più profonda alla base delle possibili letture del fenomeno del mutuo solutorio riguarda un altro aspetto.

Come detto, per un verso, si può immaginare che debitore e creditore diano vita a un contratto dotato di autonomia; si tratterebbe di un contratto incidente sul precedente contratto di mutuo.

Per altro verso, è possibile credere che debitore e creditore intervengano unicamente sul piano dell'esigibilità del debito (a mezzo di eccezione, in ipotesi di *pactum de non petendo*; oppure – più plausibilmente – a prescindere dall'eccezione, in caso di accordo dilatorio), ossia operando sull'unico debito sorto in forza dell'originario contratto di mutuo.

Siffatta prospettiva appare degna di attenzione, a questo punto, non soltanto in relazione al problema specifico della configurabilità del mutuo solutorio, giacché a balzare all'attenzione è una tendenza – di vasto scenario – ad attribuire un'ampia e inattesa area di applicazione alla categoria dell'esigibilità.

Proprio operando sulla leva dell'esigibilità, i paciscenti intervengono a modulare gli effetti dell'obbligazione, specialmente in ragione degli scenari che via via vengono a profilarsi.

L'esigibilità appare pertanto come una valvola di flessibilizzazione dell'obbligazione nella distensione cronologica.

Così, tanto elastica quanto per molti versi sfuggente, l'esigibilità funge da criterio di gradazione – rimesso in definitiva all'attenta lettura dell'interprete – degli effetti dell'obbligazione (unica e originaria); di quel criterio si avverte evidentemente l'utilità, quasi si trattasse di un polmone di compressione e di espansione.

3. La *traditio* della somma e la sua effettiva disponibilità da parte del mutuatario

Poc'anzi mi sono riferito all'accordo di non chiedere come a un'utile lente di lettura dei fenomeni: in effetti, sebbene nei profili del mutuo solutorio appaia difficile ravvisare quelli del *pactum de non petendo*, resta tuttavia confermata l'utilità di una riflessione che si concentri su accordi caratterizzati dal fatto di incidere sull'esigibilità, ma non anche sull'esistenza del debito.

Prima di procedere nel ragionamento, occorre a questo punto evidenziare alcuni aspetti che concorrono a meglio chiarire il quadro dei problemi rimessi alla definizione delle Sezioni Unite.

Una prima e decisiva questione è quella legata al rilievo dell'art. 1231 c.c.: com'è noto, la disposizione prevede che «l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione».

Si tratta di un aspetto rilevante al fine di sgombrare il campo, almeno *in thesi*, rispetto all'ipotizzabilità di accordi incidenti unicamente sul piano dell'esigibilità, fin tanto che la modificazione possa dirsi “accessoria”; per quanto detto, a mio giudizio non sarebbe quindi esclusa la possibilità di configurare un accordo di dilazione (non novativo) con cui sia negoziato, per esempio, un diverso termine di estinzione del rapporto di mutuo.

Per vero, si potrebbe anche pensare che le parti definiscano una variazione del tasso di interesse, oppure convengano che il debitore presti nuove garanzie. Senza dubbio, sarebbe immaginabile anche un mutamento del titolo da cui deriva l'obbligo restitutorio, fermo restando che in tale ultimo caso ci si collocherebbe al di fuori del raggio delle “modificazioni accessorie”.

Insomma, il tema a questo punto diviene quello di definire con esattezza i confini della nozione di “modificazioni accessorie”; sicché lo scenario delle “modificazioni accessorie” meriterebbe di essere esplorato con attenzione, fermo restando che soltanto un'analisi caso per caso potrebbe rivelare se l'accordo di mutuo solutorio si mantenga o meno all'interno di quei margini: con l'effetto che tale accordo permarrrebbe allora entro lo spettro dell'atto non novativo, incidente sul piano dell'esigibilità dell'obbligazione originaria.

Una seconda e altrettanto delicata questione è quella legata alla ricostruzione dell'erogazione di denaro nei termini tradizionali della *datio rei*.

Si tratta di una questione che, in relazione al mutuo solutorio, esibisce due facce.

In via del tutto generale, il processo storico di smaterializzazione del denaro ha mutato nel profondo la configurazione della *traditio* quale atto di messa a disposizione di una certa quantità di beni fungibili⁶; in modo ancor più evidente nel caso del mutuo solutorio, il finanziamento passa attraverso una mera operazione di conto.

Vi è poi un secondo aspetto, il quale si rivela assorbente rispetto al primo: in ragione di una bimillenaria regola che contraddistingue il regime del mutuo, la messa a disposizione del denaro, comunque la si reputi perfezionata (dunque anche a mezzo di forme virtualizzate e del tutto prescindenti dal passaggio della *res*), postula la piena disponibi-

⁶ Sul punto, Cass. 30 novembre 2021, n. 37654, stando alla quale «il requisito della realtà, proprio della tipologia contrattuale del mutuo, può essere integrato anche mediante il conseguimento della disponibilità giuridica della cosa che si verifica quando la somma risulta erogata per il ripianamento di una passività». Sul punto, LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 701 ss., sottolinea invero il ruolo strumentale della consegna, ammettendo forme di consegna “spiritualizzate”. Su questi aspetti mi ero soffermato in DALLA MASSARA, *Le trasformazioni della moneta*, in questa *Rivista*, 2024, 21 ss.

lità della somma da parte del mutuatario. Il punto è, d'altro canto, che tale disponibilità all'evidenza manca di darsi, allorché a essere realizzata sia un'operazione di mutuo solutorio.

In effetti, l'erogazione della somma da parte della banca che concede il mutuo solutorio è *ab origine* destinata all'estinzione, totale o parziale, del debito originario, senza che al mutuatario residuino margini per realizzare atto di disposizione alcuno della somma.

Tant'è che, almeno in termini generali, non sembra eccentrico evocare la figura del mutuo di scopo⁷.

Per vero, fermo restando che la giurisprudenza non si mostra incline ad assecondare questa prospettiva assimilatoria, occorre riconoscere che una lettura del mutuo solutorio in termini di mutuo di scopo non condurrebbe a esiti significativi.

In specie, si faticherebbe a immaginare in concreto il ricorrere di ragioni di nullità ovvero di risolvibilità per tradimento dello scopo: effettivamente, la destinazione al fine sarebbe intrinsecamente e insuperabilmente assicurata dalla struttura stessa del contratto.

Come detto, l'operazione contabile viene realizzata con l'unico obiettivo di protrarre l'operazione di finanziamento: sicché, per come quell'operazione è costruita (in sostanza, nei termini di una mera partita di giro), i binari contrattuali sono rigidi e ineludibili, né residua al debitore beneficiario del nuovo prestito alcun margine di manovra per distrarre la somma erogata.

Proprio sui profili da ultimo evidenziati s'innesta la questione posta al centro del provvedimento con cui è stato ammesso il rinvio pregiudiziale dell'ottobre scorso.

A valle di tale rinvio, le Sezioni Unite si troveranno a decidere sulla base di un'alternativa fondamentale.

Da un lato, si potrebbe pensare che «il contratto di mutuo stipulato nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa reputarsi da solo idoneo titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474, comma 2, n. 3, c.p.c., sebbene all'erogazione iniziale del denaro al cliente abbiano fatto immediato seguito la sua restituzione alla banca e la

⁷ In tema di mutuo di scopo, recentemente, BALESTRA, *Il mutuo di scopo*, cit., 1133 ss.; TATARANO, *Mutuo di scopo*, cit., 9 ss. Precedentemente, tra molti, cfr. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 471 ss.; ID., *Del mutuo*, cit., 69 ss.; GIAMPICCOLO, voce *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Milano, 1977, 455 ss.; CLARIZIA, voce *Finanziamenti (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 754 ss.; MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 619 ss.; ID., voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.; ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario delle imprese*, Milano, 1984; ZIMATORE, *Il mutuo di scopo: problemi generali*, Padova, 1985; RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 558 ss.; CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, *I contratti di alienazione di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 741 ss.; MASTROPAOLO, *I singoli contratti*, VII, *I contratti reali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, 547 ss. NIVARRA - WERTHER ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, 425 ss.

sua costituzione in deposito destinato ad essere svincolato in favore del mutuatario al verificarsi di predeterminate condizioni».

Dall'altro lato, vi sarebbe spazio invece per credere che «l'accordo negoziale col quale una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario, ma convenendo al tempo stesso che tale somma sia immediatamente ed integralmente restituita alla mutuante, con l'intesa che essa sarà svincolata in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, ancorché idoneo a perfezionare un contratto reale di mutuo, non consente di ritenere che dal negozio stipulato tra le parti risulti una obbligazione attuale, in capo al mutuatario, di restituzione della predetta somma (immediatamente rientrata nel patrimonio della mutuante), in quanto tale obbligo sorge, per esplicita volontà delle parti stesse, solo nel momento in cui l'importo erogato è successivamente svincolato ed entrato nel patrimonio del soggetto finanziato; conseguentemente, si deve escludere che un siffatto contratto costituisca, di per sé solo, titolo esecutivo contro il mutuatario, essendo necessario a tal fine un ulteriore atto, necessariamente consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 (atto pubblico o scrittura privata autenticata), attestante l'effettivo svincolo della somma già mutuata (e ritrasferita alla mutuante) in favore della mutuataria, sorgendo in capo a quest'ultima, solo da tale momento l'obbligazione di restituzione di detto importo»⁸.

Ebbene, la lunga citazione testuale del provvedimento a firma della Prima Presidente della Corte di Cassazione pare utile per comprendere come al tema originario – e concettualmente prevalente – della ricostruzione del mutuo solutorio si sovrapponga una questione più specifica (quanto rilevante sul piano pratico), che è quella del riconoscimento dei presupposti del titolo esecutivo di cui all'art. 474 c.p.c.

Dal punto prospettico dell'art. 474 c.p.c., il tema si presenta sotto l'aspetto delle “condizioni di svincolo” della somma erogata a mutuo; e, anche così osservato, esso rinvia alla ricostruzione del mutuo nei termini antichi del contratto reale, nel quale una certa qual *traditio* certamente non manca di riscontrarsi.

Nondimeno, allorché si tratti di mutuo solutorio, quella *traditio* appare profondamente trasfigurata nei suoi tradizionali contorni⁹.

Come dicevo in apertura, le questioni oggetto delle differenti ordinanze si presentano come due facce della medesima medaglia, giacché – in estrema sintesi – nella misura in cui si reputi che il mutuo solutorio non integra un contratto autonomo bensì opera

⁸ L'eco è quella della pronuncia della Terza Sezione della Suprema Corte, 3 maggio 2024, n. 12007 (Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo), stando alla quale «non è idoneo titolo esecutivo il mutuo notarile il quale, prevedendo che la somma sia immediatamente restituita dal mutuatario al mutuante, non sia accompagnato da ulteriore atto attestante lo svincolo della somma nella forma solenne prevista dall'art. 474 c.p.c.».

⁹ Con attenzione alle origini romanistiche del mutuo, cfr. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020; GIOMARO, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Fano, 2012. Più risalente, ma classico, il contributo di LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano, 1933.

sul piano dell'esigibilità, si rende evidente il problema di rinvenire le forme idonee cui agganciare gli effetti esecutivi.

Oppure, se si preferisce dir così, tanto più ci si affidi alla categoria dell'esigibilità nell'affrontare la lettura del mutuo solutorio (e quella dell'esigibilità è una chiave di lettura che mi è parsa fondamentale di fronte all'ordinanza del luglio 2024), maggiormente si lascerà avvertire la necessità di rinvenire punti d'appoggio chiari, in guisa di atto pubblico o scrittura privata autenticata, ai fini dell'esecutività di cui all'art. 474 c.c.

4. Riflessione conclusiva

Sembra di poter concludere nel senso che, nel prisma dei problemi posti dal mutuo solutorio, risultano leggibili alcune linee sistematiche che conducono il nostro sguardo al di là del perimetro della figura specifica: così, non solo si tratta di dire se quel contratto sia riconoscibile e quale sia la configurazione del suo peculiare regime; più ampiamente, a venire in discussione è come il nuovo accordo si sovrapponga all'obbligazione scaturita dal mutuo originario, nell'alternativa se quell'accordo sia novativo oppure operi soltanto sul piano dell'esigibilità.

Per quanto detto in queste pagine, pare a me che nel mutuo solutorio non tanto siano da intravedere i profili di un *pactum de non petendo* – a meno che nel caso specifico l'accordo contempra espressamente il meccanismo dell'eccezione – quanto piuttosto sia possibile ravvisare i profili di un patto di dilazione.

In una visione ancor più generale, lo scenario sembra quello segnato da una significativa spinta verso forme “leggere”, modificative ma non novative, degli effetti dell'obbligazione; si tratta in effetti di forme che si rivelano utili, addirittura preziose, specialmente in funzione di una modulazione dell'obbligazione nella distensione cronologica, in ragione di molte e differenti circostanze.

ABSTRACT

Il contributo si concentra su alcuni profili problematici del mutuo solutorio. In forza di questo contratto, il mutuante concede al mutuatario una somma, che viene immediatamente destinata a estinguere precedenti passività, però senza entrare nell'effettiva disponibilità del mutuatario. In specie, ci si chiede allora se tale accordo intervenga in via novativa sull'obbligazione precedente; ove così non fosse, si potrebbe ritenere che sia realizzata una dilazione del termine oppure che prenda forma un *pactum de non petendo*. Il riferimento alla figura del *pactum de non petendo* si rivela utile quale lente di lettura dei problemi, giacché consente di cogliere una spinta – di scenario generale – verso accordi che intervengano unicamente sul piano dell'esigibilità dell'obbligazione.

This essay focuses on certain problematic profiles of the so-called “mutuo solutorio” (i.e. loan aimed at fulfilling past obligations). Under this contract, the lender grants the borrower a sum, which is immediately allocated to extinguish previous debts, without entering into

the actual availability of the borrower. In particular, the question arises as to whether this agreement intervenes in a novative manner on the previous obligation. If this is not the case, it could be qualified as a postponement of the term or as a pactum de non petendo. The reference to the pactum de non petendo is useful as a lens through which to interpret the problems, since it shows a general trend towards the conclusion of agreements that only intervene on the level of enforceability of the obligation.