

LA FUNGIBILITÀ DELL'OGGETTO DEL MUTUO

Carmelo Restivo*

SOMMARIO: 1. Il problema dell'oggetto del contratto – 2. Il concetto di fungibilità – 3. Il ruolo della fungibilità nello schema del mutuo – 4. Fungibilità e consumabilità.

1. – È questione controversa la determinazione di ciò che l'art. 1325 c.c., enumerando gli elementi essenziali del contratto, qualifica come oggetto (e dunque del dato cui devono riferirsi i requisiti della liceità, della possibilità e della determinabilità previsti dall'art. 1346 c.c.). La dottrina ha formulato teorie contrastanti, che – semplificando un panorama assai frastagliato – individuano l'oggetto ora nel bene dedotto quale oggetto della prestazione o dell'attribuzione patrimoniale¹, ora nella prestazione², ora negli interessi regolati³. Per altro verso, si è osservato che l'oggetto, al pari dei soggetti, costituisce il termine esterno cui sono destinati a riferirsi e ad appuntarsi gli effetti del negozio: sarebbe improprio assumerlo tra i requisiti essenziali del contratto, poiché esso, quale presupposto materiale della fattispecie, costituirebbe elemento estrinseco ad essa⁴. Si comprende, dunque, perché

* Ricercatore di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Palermo.

¹ F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973, I, 138; L. Bigliuzzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile. 1. Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, II, 689; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*², Padova, 2004, 161 s.

² Cfr. in questo senso G. Osti, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 503-504; P. Perlingieri, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, 67 s.; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 33 s.; G. De Nova, *L'oggetto del «contratto di informatica»: considerazioni di metodo*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. Alpa-V. Zeno Zencovich, Milano, 1987, 22; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2001, 335-338. La nozione di prestazione viene qui assunta in senso lato, quale (mezzo giuridico che assicura il raggiungimento del) risultato dedotto: ciò al fine di individuare una definizione dell'oggetto idonea anche a fronte dei contratti ad effetti reali.

Non manca chi individua l'oggetto ora nel bene che il contratto trasferisce, ora nella prestazione a seconda che il contratto abbia effetti traslativi o obbligatori: cfr. F. Galgano, *Il negozio giuridico*², in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2002, 120-122; G. Gitti, *Problemi dell'oggetto*, in *Regolamento*, a cura di G. Vettori, in *Tratt. Roppo*, II, Milano, 2006, 11.

³ E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1950, 231.

⁴ F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*², Napoli, 1966 (rist. 2002), 129.

una parte della dottrina si sia preoccupata di indagare il meccanismo logico attraverso il quale l'oggetto verrebbe attratto nella struttura formale del contratto⁵; e perché altra parte della dottrina abbia suggerito una soluzione radicalmente diversa, negando che l'oggetto sia il bene o la prestazione e individuandolo nel contenuto del contratto (*id est*: quanto le parti hanno stabilito e programmato)⁶. Tali divergenze sono alimentate dalle oscillazioni terminologiche riscontrabili già nel codice, che denunciano – il rilievo è unanime – una certa confusione tra oggetto del contratto, oggetto dell'obbligazione e oggetto della prestazione, e che hanno indotto anche a dubitare tanto della configurabilità di una nozione unitaria di oggetto, quanto della sua utilità⁷.

Queste sintetiche considerazioni potrebbero indurre un certo scetticismo sulla possibilità di stabilire, con esiti condivisi, quale sia l'oggetto del mutuo. Ma così non è: nessuno dubita che oggetto del mutuo debbano essere considerate le cose fungibili che il mutuante consegna al mutuatario e di cui il secondo è obbligato a restituire la medesima quantità⁸. In effetti la

⁵ Nella ricerca del veicolo logico attraverso il quale la *res*, termine esterno cui si riferiscono gli effetti del contratto, diventa elemento strutturale della relativa fattispecie, la dottrina ha costruito raffinate elaborazioni. Il nesso di collegamento è stato individuato ora nella previsione volitiva delle parti (G. Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti. I. La disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 81 s.), ora nella rappresentazione programmatica del bene (A. Auricchio, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 105-106; N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 141; E. Gabrielli, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 2006, 719-722), ora nel combinato disposto del momento volitivo dell'intento e del momento rappresentativo della descrizione (G. Furgiele, *Vendita di «cosa futura» e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, 146 s.).

⁶ R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, 350-353; R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, 473 s.; F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, 1987, I, 211-213; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*², Milano, 2000, 320-321; G. Alpa, *Oggetto e contenuto*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa-U. Breccia-A. Lisserre, in *Tratt. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 363-364.

⁷ È questa la tesi sostenuta da G. Gorla, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, 289 s.: secondo l'A. nella disciplina dell'oggetto confluiscono ipotesi di invalidità talmente eterogenee da rendere vano il tentativo di enuclearne una nozione unitaria che possa risultare di qualche utilità.

⁸ In senso parzialmente differente A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 705: «l'oggetto del mutuo dovrà essere identificato... nella programmata attribuzione al mutuatario della disponibilità temporanea della quantità di denaro o delle altre cose fungibili dedotte nel negozio».

letteratura in materia non ha mai considerato un problema degno di considerazione l'individuazione dell'oggetto del mutuo.

Questa incongruenza rispetto alla frastagliata varietà delle tesi sostenute nel definire l'oggetto sul piano della disciplina generale del contratto è significativa del *loop* teorico in cui si cade quando si dimentica che i concetti giuridici non hanno una sostanza di cui possa cogliersi l'essenza con una definizione⁹. In effetti la prospettiva muta radicalmente quando ci si chiede non già cosa l'oggetto del contratto sia, ma quale funzione esso assolva. Questo diverso approccio svela che esso rappresenta solo il luogo normativo in cui si agglutinano le regole di validità (se si preferisce, i requisiti, come recita la rubrica dell'art. 1346 c.c.) dettate dagli artt. 1346-1349 c.c.; regole eterogenee – onde le rilevate oscillazioni terminologiche – che il codice unifica nella categoria dell'oggetto e che, attraverso questo veicolo logico, assume tra i requisiti essenziali del contratto (art. 1325 c.c.).

Non a caso scorrendo dal piano della disciplina generale del contratto a quello del singolo tipo contrattuale, i nodi che affaticano la teoria dell'oggetto sembrano quasi sfaldarsi: qui l'attenzione è immediatamente attratta dal modo in cui si atteggiavano e operano, nel contesto del tipo contrattuale considerato, le regole in cui si sostanzia la disciplina dell'oggetto; e sono proprio queste regole a condurre al dato che incarna l'oggetto, dato individuato dall'elemento – nel mutuo: il denaro o le cose fungibili diverse dal denaro che una parte consegna all'altra – cui esse di volta in volta si appuntano. La disarticolazione del problema dell'oggetto nelle regole operative che ad esso sono sottese, disarticolazione possibile solo se e in quanto allo schema astratto del contratto si sostituisca il singolo tipo contrattuale, avvia dunque a soluzione questioni altrimenti inestricabili.

D'altra parte alcune di queste regole – ecco la conferma dell'opportunità di condurre il discorso sull'oggetto alla latitudine del singolo tipo contrattuale – sono inapplicabili a determinati schemi negoziali. Si consideri, ad esempio, l'art. 1348 c.c., che consente di dedurre in contratto «la prestazione di cose future». Sarebbe vano sforzarsi di applicare questa disposizione ad un contratto reale qual è il mutuo, perché esso si perfeziona

⁹ Preziose, sul punto, le pagine di R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 s., ora in Id., *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113 s. e ivi, in particolare, 173-178.

solo con la consegna della *res*, e dunque di una *res* già venuta ad esistenza¹⁰. Per altro verso, la consegna implica che l'oggetto sia già determinato; onde risulta inconciliabile con la struttura del mutuo (finché esso si struttura quale contratto reale) la possibilità che l'oggetto del contratto sia solo determinabile (art. 1346 c.c.), o che la sua determinazione sia demandata ad un terzo (art. 1349 c.c.).

2. – Il mutuo può avere ad oggetto esclusivamente «una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili»¹¹.

È dunque la fungibilità dell'oggetto il dato centrale su cui occorre soffermarsi¹², pur nella consapevolezza che l'interesse pratico di questa riflessione è ridimensionato dalla marginalità del mutuo non pecuniario.

¹⁰ D'altra parte la circostanza che il mutuante abbia potuto consegnare al mutuatario cose di un determinato genere esclude la possibilità logica di prospettare quale cosa futura, cioè non ancora venute ad esistenza, il *tantundem eiusdem generis* che il secondo dovrà restituire al primo alla cessazione del rapporto; sicché cade anche la possibilità di affermare che l'art. 1348 c.c. consenta di dedurre cose future quale oggetto dell'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario.

¹¹ Il riferimento alla quantità non implica che oggetto del contratto debba essere necessariamente una pluralità di cose, poiché è dettato dal fatto che normalmente le cose fungibili assumono consistenza e vengono individuate in ragione del peso, del numero o della misura. Questa caratteristica è stata assunta in un noto frammento di Paolo (2, 1, D. 12) quale elemento centrale della definizione del concetto di fungibilità: sarebbero fungibili le *res quae pondere, numero, mensurave constant*. Per una critica di tale definizione *cf.* A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, 25-26.

Si ammette dunque che possa essere mutuato anche un singolo bene, purché esso rilevi non già nella sua specifica individualità, ma per la sua appartenenza ad un genere, e sia considerato fungibile con ogni altro bene appartenente al medesimo genere (tesi ampiamente condivisa: M. Fragali, *Del mutuo*², in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 1813-1822*, Bologna-Roma, 1966, 130; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 706; P.M. Vecchi, *Il contratto*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, a cura di V. Cuffaro, Bologna, 2005, 29; R. Teti, *Il mutuo*, in *Obbligazioni e contratti*, IV, 2², a cura di F. Trifone-C. Lazzara-A. Luminoso-R. Teti, in *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 2007, 606; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, in *Tratt. Sacco*, VII, Torino, 1999, 453-454; L. Nivarra-G.W. Romagno, *Il mutuo*, Milano, 2000, 207-208).

¹² La distinzione tra cose fungibili e cose infungibili affonda le radici nella tradizione romanistica, ma è stata ignorata dal codice civile, almeno quale criterio generale di classificazione dei beni. Vero è, però, che il riferimento alla natura fungibile o infungibile di un bene compare in diverse disposizioni, determinando conseguenze significative sul piano delle regole (si vedano, senza pretese di completezza, gli artt. 670, 1202, 1243, 1516 c.c.): il che spiega perché la distinzione sia sopravvissuta e trovi spazio anche nella manualistica.

Secondo la dottrina prevalente la fungibilità è un dato oggettivo¹³: sono fungibili i beni sostituibili con altri che presentano uguali caratteristiche strutturali e funzionali. Inoltre, poiché solo le cose appartenenti ad uno stesso genere presentano uguali caratteristiche, si tende a risolvere la fungibilità nel dato della riconducibilità ad un *genus*¹⁴. Pertanto, dire che un rapporto giuridico ha ad oggetto cose fungibili significa dire che esse rilevano non già nella (e per la) loro specifica individualità, ma per l'appartenenza ad un genere, all'interno del quale vi è piena surrogabilità tra i singoli elementi.

¹³ A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 706; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, cit., 397; B. Biondi, *I beni*, in *Tratt. Vassalli*, IV, 1, Torino, 1956, 48 s.; F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 22; U. Majello, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957, 182.

Invero, anche tra i sostenitori di questa concezione oggettiva della fungibilità vi è chi osserva che occorre fare riferimento non alle caratteristiche fisiche della cosa, ma al modo in cui essa viene considerata nella dimensione economico-sociale (F. Vassalli, *Individuazione e fungibilità delle cose*, in *Id.*, *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 640 s.; F. De Martino, *Infungibilità del motore di aeromobile*, in *Riv. dir. nav.*, II, 1949, 250 s.). D'altra parte – osserva G. Astuti, *Cosa (storia)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 11 – già nella tradizione romanistica le distinzioni delle cose «sono apparentemente naturalistiche, ma in realtà fondate su criteri economico-sociali». Ciò relativizza la nozione di fungibilità e introduce in essa un momento valutativo, per quanto connotato da tipicità.

¹⁴ Questa corrispondenza è segnalata da numerosi Autori: *cf.* per tutti F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 397; S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, 211; F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*², in *Tratt. Vassalli*, VIII, 2, Torino, 1957, 123; A. Galasso, *Il comodato*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2004, 262, nt. 6. Deve però segnalarsi il tentativo di distinzione tracciato da chi ha contrapposto al carattere oggettivo della fungibilità la natura eminentemente soggettiva della classificazione che conduce alla individuazione di un genere: B. Biondi, *Cosa fungibile e non fungibile*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, 1019-1021; F. Vassalli, *Individuazione e fungibilità delle cose*, cit., 635 s.; U. Majello, *L'individuazione nella vendita di genere*, cit., 181 s.

In senso contrario *cf.* A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 83-90 il quale, pur riconoscendo la loro connessione, contesta che i due concetti – fungibilità e genericità – coincidano: l'uno, secondo l'A., riguarda il momento dinamico dell'obbligazione, perché indica la possibilità di adempiere prestando indifferentemente una cosa o l'altra; l'altro si colloca invece sul piano statico, poiché implica che l'oggetto dell'obbligazione è individuato solo con riferimento al genere cui appartiene. Muove una serrata critica alla sovrapposizione tra le due categorie anche A. Gambaro, *I beni*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 156-158: la fungibilità è un predicato del bene, onde è possibile distinguere le cose fungibili da quelle che non lo sono; il genere rappresenta invece un medio logico per designare l'oggetto del contratto attraverso l'indicazione di una classe di beni. Le cose di genere, in sé, non esistono nel mondo fisico. Non a caso, osserva l'A., nelle fonti romane non si parla di cose di genere, ma di *genus in obligatione deductum*.

Questo quadro concettuale, apparentemente lineare, diviene problematico appena si rifletta più accuratamente sui suoi assunti.

Si consideri, in prima battuta, la scelta di legare la fungibilità di un bene alla sua riconducibilità ad un *genus*. L'ampiezza di un genere è funzione dei caratteri che di volta in volta si assumono quali criteri per la sua individuazione¹⁵: tanto più specifico è il criterio adottato, quanto più ristretto è l'ambito che esso individua. L'elasticità e la relatività che connotano il processo di costruzione del *genus* comportano, dunque, che l'appartenenza ad esso costituisce un dato precario, dal quale non appare corretto, in punto di metodo, inferire argomenti per affermare o negare la fungibilità di un bene¹⁶.

Ancora: è semplicistico affermare che vi sia necessaria e incondizionata equivalenza tra le cose del medesimo genere. L'art. 1178 c.c., ai sensi del quale nelle obbligazioni generiche il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media, costituisce la consacrazione normativa delle differenze esistenti tra le cose dello stesso genere e della loro rilevanza¹⁷. E sono un'ulteriore conferma della possibile ricorrenza di queste differenze gli artt. 1782 e 1813 c.c.: tali disposizioni – individuando, con riferimento al deposito irregolare e al mutuo, l'oggetto della prestazione restitutoria nelle cose «della stessa specie e qualità di quelle ricevute» – mostrano che l'appartenenza al medesimo genere non è sufficiente a prospettare una incondizionata fungibilità¹⁸.

¹⁵ A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 52 e 80.

¹⁶ Chianti e Barolo possono considerarsi fungibili sol perché si tratta pur sempre di vino? E ancora, possono considerarsi fungibili due bottiglie di Chianti di annate diverse?

¹⁷ B. Biondi, *Cosa fungibile e non fungibile*, cit., 1019-1021; A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 85-86.

¹⁸ Cfr. ancora A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 88-89: l'A., con riferimento alle obbligazioni restitutorie, afferma che «non vi è quindi fungibilità tra tutte le cose appartenenti al genere dovuto, ma soltanto tra quelle della stessa qualità di quelle precedentemente ricevute dal debitore: solo queste ultime possono costituire oggetto di adempimento, essendo idonee a soddisfare l'interesse del creditore».

Diversa invece è la ricostruzione suggerita da P. Ghirelli, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 264-268: secondo l'A. si può sostenere che il concetto di fungibilità individui un ambito più ristretto rispetto a quello di genere solo finché si assuma il genere come una categoria meramente logica, all'interno della quale gli artt. 1178, 1782 e 1813 c.c. ritagliano un segmento qualitativo circoscritto di cose fungibili. Se però il genere – come l'A. ritiene più corretto – viene assunto come categoria giuridica, e viene costruito sulla base di un apprezzamento qualitativo condotto alla stregua degli artt. 1178, 396

Soprattutto, l'idea che la fungibilità rilevi in termini oggettivi discende dall'assunto che essa sia un predicato attribuibile alla cosa in sé, considerata al di fuori della concretezza dei rapporti giuridici di cui costituisce di volta in volta oggetto. Tuttavia la fondatezza di questo assunto è dubbia.

È opportuno muovere dal piano dell'utilità del bene, cioè dal piano della sua attitudine a realizzare un determinato interesse. In prima battuta può dirsi che un bene è fungibile quando può essere sostituito da un altro bene idoneo a soddisfare in modo uguale l'interesse dedotto, essendo indifferente che venga prestato l'uno o l'altro.

Da questa prima osservazione si possono ricavare due indicazioni. Per un verso, risulta che il concetto di fungibilità esprime una relazione tra due o più beni¹⁹. Per altro verso, si evince che la fungibilità è carattere predicabile in ordine non alla cosa in sé, ma al modo in cui essa viene assunta quale oggetto di un rapporto giuridico e alla sua idoneità a soddisfare l'interesse ivi dedotto.

Qualunque valutazione comparativa richiede l'assunzione di un punto di vista ed è relativa al punto di vista assunto; essa presuppone l'individuazione dei profili che saranno considerati rilevanti ai fini della valutazione medesima. Non ha senso domandarsi in termini assoluti se due cose siano reciprocamente sostituibili; ha senso domandarsi se lo siano nella prospettiva dell'interesse cui la loro prestazione è preordinata²⁰: due beni

1782 e 1813 c.c., allora cade la possibilità di distinguere al suo interno cose ora fungibili, ora infungibili (rispetto ad un parametro che, nelle obbligazioni restitutorie, è rappresentato dalle cose consegnate al debitore). In questo modo l'A. opera una *reductio ad unitatem* dei due concetti di fungibilità e di genere.

¹⁹ A rigore, dunque, dire che un bene è fungibile è affermazione priva di senso logico finché non si indica il secondo termine rispetto al quale si predica la sussistenza di un rapporto di fungibilità. Si parla di cose fungibili senza specificare altro solo per esigenze di brevità.

²⁰ A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 46-49 e 54: «il giudizio di equivalenza assume il significato di relazione esistente tra cose capaci di assolvere la stessa funzione nell'attuazione del rapporto obbligatorio. La qualificazione non è più rivolta alla cosa quale generico elemento della realtà, ma alla cosa in quanto elemento di un rapporto obbligatorio, cioè alla cosa quale oggetto di prestazione. Nell'ambito di questo elemento del rapporto vi può essere una possibilità o una impossibilità di sostituzione tra alcune cose, nel senso che l'obbligo possa o non possa essere attuato, indifferentemente, con l'utilizzazione dell'una o dell'altra cosa, da considerarsi equivalenti in funzione del concreto rapporto. L'elemento di giudizio, come risulta evidente, è l'interesse del creditore». Per considerazioni analoghe cfr. P. Ghiretti, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, cit., 257 s.

sono fungibili se risultano ugualmente idonei a soddisfare un determinato l'interesse²¹. Ora, l'interesse vive solo nella concretezza di un rapporto giuridico; e sono le parti a strutturare il rapporto, a conformare l'interesse ivi dedotto, a definire il modo in cui esso si atteggia e, infine, a individuare quale prestazione lo realizza. Così, dire che la fungibilità attiene al bene quale oggetto di un rapporto giuridico significa riconoscere che della sua fungibilità è arbitro il volere delle parti²².

La questione può essere declinata anche in termini diversi, poichè si risolve in ultima istanza nell'alternativa tra due concezioni – una oggettiva e una soggettiva – della fungibilità. Secondo la prima, che si è detto essere prevalente, le parti non possono assumere come fungibili cose che non hanno uguali caratteristiche strutturali e funzionali: la fungibilità è una qualità obiettiva del bene²³. La seconda concezione, invece, ritiene che la valutazione della fungibilità spetti all'autonomia privata²⁴: le parti possono

²¹ Si deve a A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 50-63 la sottolineatura del ruolo determinante che l'interesse dedotto nel rapporto assume nel giudizio di fungibilità: «è l'interesse dei soggetti a rendere la cosa fungibile o infungibile» (pag. 52). Nello stesso senso cfr. A. Gambaro, *I beni*, cit., 156.

²² Uno spunto in questo senso è rintracciabile già in S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., 212-213 (sulla scia di N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*⁴, Milano, 1929, 253-254). L'A., per un verso, afferma che «la fungibilità opera come qualità obiettiva delle cose e produce i suoi effetti indipendentemente dalla volontà delle parti. Gli atti di autonomia privata... non possono attribuire alla cosa la qualità di fungibile, se infungibile, o viceversa»; ma, per altro verso, aggiunge che «non bisogna confondere la fungibilità con il modo di designazione dell'oggetto del contratto: questa dipende dalla volontà dei contraenti». Anche secondo Vecchi, *Il contratto*, cit., 27-28 «ordinariamente si ammette» che la fungibilità non ha riguardo alla natura delle cose, ma dipende anche dal modo in cui esse vengono prese in considerazione dalle parti.

²³ A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 706; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, cit., 397; B. Biondi, *I beni*, cit., 48 s.; F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, cit., 22; U. Majello, *L'individuazione nella vendita di genere*, cit., 182.

²⁴ In questo senso: M. De Simone, *I negozi irregolari*, Napoli, 1952, 116; A. Pino, *Osservazioni sulla fungibilità dei beni*, in *Bancaria*, 1955, 931 s.; A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., *passim*; A. Gambaro, *I beni*, cit., 151 s.

Ritiene «preferibile adottare una soluzione intermedia» A. Galasso, *Il comodato*, cit., 262, nt. 6: secondo l'A. «la fungibilità dei beni è il risultato di un giudizio di equivalenza che si fonda sulla obiettiva constatazione degli attributi fisici o economici delle cose appartenenti ad un medesimo *genus*. Per contro le parti sono libere di estendere o ridurre l'ambito del *genus*, entro i limiti di identità dei suddetti caratteri». Quest'ultima precisazione riduce molto la portata della premessa: non a caso l'A. afferma che le parti possono «considerare infungibili beni che nel comune apprezzamento sociale sono fungibili»; ma non aggiunge che possano

considerare fungibili, deducendole in contratto come tali, anche cose che sul piano oggettivo presentano differenze²⁵.

Al fine di stabilire quale concezione accogliere occorre muovere dalla distinzione tra fatto e norma. Sul piano del fatto può solo constatarsi se due cose abbiano uguali caratteristiche strutturali e funzionali. Ma la fattispecie contrattuale, intesa quale regola di un rapporto, si colloca sul piano della norma; e in questo diverso piano non esiste il bene in sé, ma la sua rappresentazione. Pertanto è improprio ancorare il giudizio di fungibilità ai caratteri obiettivi della cosa: decisiva è piuttosto la prospettiva con la quale le parti la assumono quale elemento della fattispecie contrattuale attraverso il medio logico della sua rappresentazione. Decisivo, in termini più chiari, è il modo in cui si atteggia la relazione di strumentalità tra il bene e l'interesse dedotto nel rapporto, relazione che è funzione delle caratteristiche ritenute dalle parti rilevanti ai fini della realizzazione di tale interesse.

anche considerare fungibili beni che nel comune apprezzamento sociale sono infungibili. *Cfr.* anche E. Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953, 177.

L'idea che la qualificazione del bene dipenda dalle sue caratteristiche obiettive finché non sopraggiunga una diversa valutazione delle parti è contestata – sul piano del metodo – da A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 29-34: secondo l'A. la prevalenza della volontà delle parti, presentata come una eccezione rispetto alla regola, cioè rispetto ad una concezione oggettiva della fungibilità, in realtà svuota tale regola di ogni rilevanza, perché individua nell'autonomia privata il criterio ultimo, e dunque decisivo, di qualificazione. Vi è dunque un'aporia logica nella pretesa di mantenere ferma una nozione oggettiva di fungibilità e di sovrapporle, al contempo, le indicazioni divergenti che eventualmente risultino dal titolo del rapporto: i due termini sono inconciliabili. E questa aporia si supera solo elidendo il dualismo tra il riferimento alle caratteristiche obiettive del bene e il riferimento alla volontà delle parti.

²⁵ Anche secondo A. Gambaro, *I beni*, cit., 151-155 la qualificazione di un bene dipende dalla volontà dei contraenti, i quali «possono considerare fungibili beni che comunemente non sono considerati tali e viceversa» (pag. 152). L'A., però, evidenzia che il più delle volte le parti non regolano tutti i profili del rapporto e, tra questi, non specificano se il bene è stato dedotto in contratto quale cosa fungibile o infungibile. In questi casi occorre fare riferimento agli usi – normativi e negoziali – i quali ovviamente «danno rilievo a qualità obiettive del bene...», perché se dette qualità non fossero obiettive non potrebbe formarsi un consenso generale sul modo di riconoscerle o valorizzarle» (pag. 153). Ecco perché la distanza tra la concezione oggettiva e quella soggettiva della fungibilità, netta e ampia sul piano concettuale, risulta invece sfumare nella prassi negoziale, ove la pervasività degli usi, alimentata dalla frequente incompletezza dei contratti, diventa veicolo della prevalenza di una nozione di fungibilità fondata sulle caratteristiche fisiche del bene, sia pure mediate dalla valutazione socialmente tipica delle stesse.

La concezione oggettiva – secondo la quale la fungibilità è un predicato imposto dalla natura obiettiva della cosa – tradisce una certa confusione tra il piano del fatto e quello della norma. Fungibilità e infungibilità, in quanto qualificazioni giuridiche, vivono nella dimensione della norma²⁶. In questa dimensione non esiste la cosa in sé, ma la sua rappresentazione; e questa costituisce l'esito di un processo logico di assunzione di un dato materiale nella fattispecie contrattuale di cui è artefice l'autonomia privata, cui soltanto compete costruire la regola funzionale alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito; cui, in particolare, compete dire se due cose, al di là delle loro differenze, siano parimenti idonee al soddisfacimento dell'interesse dedotto²⁷. In questo senso è decisivo il modo in cui la cosa viene rappresentata nella regola del rapporto.

D'altra parte, si ammette – l'opinione è unanime – che le parti possano assumere come infungibile un bene che, sul piano oggettivo, appare surrogabile: il valore d'uso è legato anche a interessi non patrimoniali di natura soggettiva²⁸. Ciò dimostra ulteriormente che i concetti di fungibilità e infungibilità vivono in una dimensione normativa e non sono meccanicisticamente determinati dalle caratteristiche che il bene presenta in punto di fatto.

²⁶ A. Galasso, *Il comodato*, cit., 262, nt. 6 li definisce «concetti normativi ricavati dalla obiettivazione di comportamenti divenuti prassi».

²⁷ A ben vedere – come osserva F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., 397 – il fatto che due beni siano fungibili non significa che essi siano identici: tra due manufatti della stessa serie vi sono sempre piccole differenze; la qualità di un prodotto alimentare dipende dalle peculiarità del terreno in cui è stato prodotto. Tuttavia «il più delle volte la differenza non acquista rilievo per le parti, le quali considerano un qualsiasi esemplare del tipo come idoneo a soddisfare il bisogno pratico che ha dato luogo al negozio». Ciò dimostra che la sussistenza di una relazione di fungibilità tra due beni è sempre filtrata dalla valutazione delle parti. È significativo, sotto questo punto di vista, che A. Galasso, *Il comodato*, cit., 264, nt. 10 – sulla scia di S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., 213 – ritiene opportuno, al fine di spiegare il dato normativo della fungibilità, il ricorso al concetto di equivalenza: due beni possono essere considerati fungibili, nonostante non siano e non possano essere identici, in base ad un giudizio di equivalenza.

²⁸ Naturalmente il contratto con il quale una parte consegna all'altra una cosa convenendo che quest'ultima riconsegna al termine del rapporto non già un'altra cosa dello stesso genere (sebbene ciò sia teoricamente possibile) ma la stessa cosa consegnata non costituisce un mutuo, ma un comodato o una locazione, a seconda che il contratto sia a titolo gratuito o oneroso (M. Fragali, *Del mutuo*, cit., 132; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 706; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, cit., 397).

3. – Queste riflessioni consentono di affrontare con maggiore consapevolezza il problema dell'oggetto del mutuo²⁹.

L'adesione ad una concezione soggettiva della fungibilità conduce a qualificare come mutuo un contratto in cui una parte possa restituire cose qualitativamente diverse, ma ritenute fungibili, rispetto a quelle ricevute all'inizio del rapporto³⁰. Si pensi, ad esempio, al caso in cui siano consegnati dieci litri di vino con l'accordo che vengano restituiti, al termine stabilito, dieci litri di birra: sarebbe sufficiente che le parti assumano birra e vino come *res* fungibili, ritenendo determinante la natura alcolica della bevanda e irrilevante ogni altra differenza. Questa conclusione è però abnorme; lo è perché individua l'ambito di pertinenza dello schema del mutuo muovendo dal dato della fungibilità dell'oggetto, laddove questo ambito è funzione dell'assetto causale che contraddistingue il contratto.

Il problema, dunque, è stabilire se dedurre quale oggetto dell'obbligazione restitutoria cose diverse, ma soggettivamente fungibili, rispetto a quelle consegnate sia compatibile con la causa che individua il mutuo quale tipo negoziale³¹.

Al di là delle dispute che ancora impegnano la dottrina, un dato è certamente acquisito: è estranea allo schema causale del mutuo la dinamica dello scambio³². L'obbligazione gravante sul mutuatario ha natura restitutoria, perché è diretta a reimmettere nel patrimonio del mutuante – sia pure attraverso la prestazione del *tantundem* – ciò di cui questi si è (temporaneamente) privato³³.

Che, poi, oggetto dell'obbligazione restitutoria non siano gli stessi

²⁹ È isolata la posizione di F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, cit., 131-132 il quale ritiene che possano costituire oggetto di mutuo anche cose infungibili, purché consumabili.

³⁰ La dottrina prevalente si esprime in senso negativo: cfr. F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*, cit., 121-122; M. Fragali, *Del mutuo*, cit., 132; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, cit., 397; Nivarra-Romagno, *Il mutuo*, cit., 210. In senso contrario invece cfr. F. Messineo, *Operazioni di borsa e di banca. Studi giuridici*², Milano, 1954, 96 s.

³¹ È opportuno ricordare – con A. Gambaro, *I beni*, cit., 154 – che «i problemi di compatibilità tra la qualità dei beni e la struttura di determinati tipi contrattuali equivalgono a problemi di qualificazione dei contratti e non già di validità dei medesimi».

³² Sul punto cfr. per tutti L. Nivarra-G.W. Romagno, *Il mutuo*, cit., 73 s.

³³ A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 707; A. Dalmartello, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1955, 834.

esemplari ricevuti, ma il *tantundem eiusdem generis*, riflette la peculiarità della posizione del mutuatario, caratterizzata da due profili contrastanti.

Per un verso, egli può godere e disporre liberamente delle *res* consegnategli. La pienezza di queste prerogative è infatti condizione necessaria al fine di realizzare l'interesse – rilevante sul piano della causa – di cui è portatore: trarre dalle cose mutate ogni possibile utilità. Il mutuatario può dunque goderne e disporre liberamente, anche se ciò implica che gli esemplari ricevuti vengano consumati, alienati o confusi con altre cose del medesimo genere presenti nel suo patrimonio.

Al contempo, per altro verso, l'attribuzione che il mutuo realizza non ha carattere definitivo e, proprio per questo motivo, è circoscritta sul piano temporale da un'obbligazione restitutoria.

Il conflitto tra questi due profili – la pienezza delle prerogative di cui il mutuatario è investito e la temporaneità dell'attribuzione – trova soluzione nel modo in cui si atteggia l'obbligazione in esame: il suo oggetto è costituito non già dagli stessi esemplari consegnati, ma dal *tantundem eiusdem generis*. Questa vicenda, rideclinata in termini dogmatici, si traduce nella efficacia traslativa del mutuo (art. 1814 c.c.). Dovendo restituire il *tantundem*, il mutuatario acquista la proprietà delle *res* ricevute: trova così fondamento, nel più ampio dei titoli formali, la pienezza delle prerogative che la causa del rapporto esige di riconoscergli³⁴.

Questa soluzione concilia l'esigenza di assicurare al mutuatario le utilità cui il prestito è preordinato con quella di reintegrare il patrimonio del mutuante. Essa, tuttavia, presuppone che le *res* consegnate possano essere surrogate da un *tantundem eiusdem generis* del tutto equivalente, perché solo così la prestazione preserva un carattere restitutorio nonostante non vi sia identità fisica tra il prestato e il ricevuto; presuppone – così normalmente si afferma – il dato della fungibilità. Ma quest'ultima affermazione non è corretta.

E invero, la natura restitutoria dell'obbligazione gravante sul mutuatario è imposta dall'esigenza di non contaminare la causa del rapporto con profili di scambio che lo allontanerebbero inesorabilmente dallo schema del mutuo, avvicinandolo a quello della permuta. E la natura restitutoria di questa obbligazione pone al suo oggetto un vincolo di equivalenza rispetto alle cose consegnate dal mutuante ben più stringente di quello discendente dal ricorso

³⁴ L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, 38.

alla nozione di fungibilità. Esula, infatti, dalla figura del mutuo un contratto nel quale le parti convengano la restituzione di beni (oggettivamente diversi ma soggettivamente) fungibili rispetto a quelli consegnati: in questa ipotesi l'obbligazione restitutoria non sarebbe propriamente tale e si colorerebbe di connotati inconciliabili con lo schema causale del mutuo.

Si giunge così ad una conclusione. Il problema della compatibilità tra la natura restitutoria della prestazione del mutuatario e il suo necessario riferirsi ad un *tantundem* trova già una soluzione esaustiva nel momento in cui si afferma che le cose mutate rilevano non *in individuum*, ma in quanto appartenenti ad un genere. È – questa – condizione necessaria e sufficiente ad assicurare l'aderenza allo schema negoziale del mutuo, perché essa già soddisfa l'esigenza della (potenziale) surrogabilità delle *res* date con ogni altro esemplare dello stesso genere. Aggiungere quale requisito essenziale dell'oggetto del mutuo la sua fungibilità è invece superfluo³⁵, se non tautologico, ancor prima che scorretto: collocato il dato della fungibilità nella dimensione soggettiva che gli compete, il suo ricorrere dipende dalla volontà delle parti; una *res* risulta fungibile con un'altra solo se e in quanto le parti hanno ritenuto che lo sia.

Riassumendo: dell'oggetto del mutuo può solo dirsi, e basta dire, che esso è costituito da cose appartenenti ad un genere. Anzi, è più corretto affermare che nel mutuo viene dedotto quale oggetto un *genus*³⁶, perché le stesse cose consegnate non rilevano in sé, ma in quanto esemplari di quel genere.

Questa tesi potrebbe apparire eversiva rispetto al dato normativo, atteso che anche il legislatore utilizza l'aggettivo «fungibile» per qualificare le cose diverse dal denaro che possono costituire oggetto di mutuo. Ma l'impiego di questo aggettivo – che probabilmente reca le tracce di una concezione oggettiva della fungibilità – assolve ad un ruolo differente, perché rileva sul piano della valutazione dell'esattezza dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario³⁷. Come infatti si evince dall'art. 1813

³⁵ Anche A. Zarrelli, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, cit., 113-116 ritiene che l'aggettivo «fungibile» risulti superfluo nell'interpretazione dell'art. 1813 c.c.; non a caso, osserva l'A., esso non appare nell'art. 995 c.c., sebbene anche nel quasi usufrutto l'obbligazione restitutoria abbia ad oggetto cose della stessa specie e qualità di quelle ricevute.

³⁶ A. Gambaro, *I beni*, cit., 156-158.

³⁷ P. Ghiretti, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, cit., 264.

c.c., costituisce esatto adempimento di tale obbligazione la prestazione di cose non solo dello stesso genere, ma anche «della stessa specie e qualità». Su questo piano la fungibilità – quale veicolo di una esigenza di equivalenza a fronte dell'interesse dedotto in contratto – può assolvere un ruolo cui il mero riferimento al *genus* è inadeguato: dire infatti che il mutuatario deve restituire cose della stessa specie e qualità significa dire che deve restituire beni parimenti idonei a realizzare l'interesse dedotto e, dunque, fungibili rispetto a quelli ricevuti.

La fungibilità, pertanto, non è un predicato dell'oggetto del mutuo; è – piuttosto – parametro di valutazione della prestazione del mutuatario, la quale costituisce esatto adempimento solo quando vengano restituite cose fungibili, perché della stessa specie e qualità, rispetto a quelle originariamente consegnate.

4. – Il mutuo può avere ad oggetto tanto cose consumabili, cioè destinate ad esaurirsi con l'uso, quanto cose inconsumabili³⁸. L'opinione contraria, che considera la consumabilità carattere essenziale, non trova infatti riscontro alcuno nel codice, che in altri luoghi non ha invece esitato a contemplarla quale elemento della fattispecie (art. 995 c.c.)³⁹.

L'idea che il mutuo debba avere ad oggetto cose consumabili rappresenta, allora, il retaggio di una tradizione che risale al codice Napoleone (art. 1892)⁴⁰. Tuttavia, se il codice civile del 1865 risentiva ancora dell'influenza francese, poiché definiva il mutuo quale «prestito di consumazione» (art. 1819), quello del 1942 ha assunto sul punto una posizione di netta discontinuità.

Detta idea, inoltre, è alimentata da un equivoco innescato dalla circostanza che l'obbligazione restitutoria del mutuatario ricade sul *tantundem eiusdem generis*.

La ragione di questo peculiare atteggiarsi della disciplina del mutuo non risiede, però, nella natura consumabile delle cose mutate e nella conseguente impossibilità di restituire gli esemplari originariamente

³⁸ A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., 706; Vecchi, *Il contratto*, cit., 29; L. Nivarra-G.W. Romagno, *Il mutuo*, cit., 214-216; A. Galasso, *Il comodato*, cit., 263.

³⁹ A. Galasso, *Il comodato*, cit., 263

⁴⁰ «Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité».

consegnati. Basterebbe osservare, in senso contrario, che la restituzione degli stessi esemplari può risultare impossibile per motivi del tutto indipendenti dalla loro eventuale (in)consumabilità; può accadere, ad esempio, che il mutuatario li abbia alienati o, banalmente, che essi si siano confusi con cose dello stesso genere già presenti nel suo patrimonio. In effetti, la *ratio* della sostituzione delle cose mutate con il *tantundem* è individuabile – come si è ampiamente detto – nella pienezza delle facoltà di godimento e di disposizione di cui si vuole investire il mutuatario⁴¹. D'altra parte, la circostanza che venga dedotto quale oggetto del contratto non il bene in sé, ma il *genus* cui appartiene, rende del tutto indifferente al mutuante che gli venga restituito esattamente ciò che egli aveva consegnato al mutuatario o il *tantundem*⁴².

Vero è che normalmente i beni fungibili sono anche consumabili. Ma un dato meramente statistico né autorizza improprie sovrapposizioni tra le due nozioni⁴³, né consente di dedurre dalla fungibilità – *rectius*, dalla riconducibilità ad un genere – delle cose mutate una regola che assume quale carattere essenziale la loro consumabilità. Le cose fungibili, d'altra parte, possono essere tanto consumabili (un esempio: il sale) quanto non consumabili (si pensi ai manufatti industriali prodotti in serie).

⁴¹ M. Fragali, *Del mutuo*, cit., 132

⁴² Per questa constatazione *cfr.* A. Galasso, *Il comodato*, cit., 264; R. Teti, *Il mutuo*, cit., 607; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, cit., 454.

⁴³ La necessità di non confondere le nozioni di fungibilità e di consumabilità è avvertita da tutta la dottrina: *cfr. ex multis* S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., 213; F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*, cit., 123; A. Galasso, *Il comodato*, cit., 263; L. Nivarra- G. W. Romagno, *Il mutuo*, cit., 214; R. Teti, *Il mutuo*, cit., 606; F. Mastropaolo, *I contratti reali*, cit., 397 e 452.