

Il mutuo condizionato non è titolo esecutivo

di AVV. VINCENZO CANCRINI

Sentenza commentata: **Cassazione Civile, 3 maggio 2024, n. 12007, Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo***

Con la recente sentenza n. 12007 del 3 maggio 2024 la Suprema Corte di Cassazione (Terza sezione civile) è tornata a pronunciarsi, tra le altre cose, sulla idoneità o meno del mutuo ipotecario a costituire titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., nei casi di mutuo “condizionato”, caratterizzati cioè dal fatto che la somma mutuata, pur apparentemente consegnata al mutuatario, resta in realtà nel patrimonio della Banca mutuante, in attesa che venga svincolata al verificarsi di determinate condizioni.

In realtà, la sentenza in commento statuisce nell'interesse della legge, a norma dell'art. 363 c.p.c., anche in relazione alla validità della clausola di determinazione degli interessi ancorata all'Euribor nel periodo in cui tale tasso era stato oggetto di manipolazione (29 settembre 2005 / 30 maggio 2008).

Tuttavia, per ragioni di sintesi espositiva, ci vediamo costretti a rinviare ad un secondo articolo la trattazione analitica anche di tale aspetto della sentenza.

La prima questione di rilevante importanza affrontata dalla sentenza in argomento è, quindi, quella di aver analizzato in modo dettagliato la prassi, piuttosto diffusa e desumibile dallo

stesso atto di mutuo, di ricostituire la somma mutuata in deposito irregolare presso lo stesso Istituto di credito mutuante subordinandone lo “svincolo” in favore della mutuataria ad eventi futuri ed incerti e di aver ritenuto tale prassi in grado di rendere il mutuo medesimo carente sotto il profilo dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c., salvo che lo “svincolo” del denaro non risulti accompagnato da un ulteriore atto avente le stesse caratteristiche dell'atto notarile di mutuo (atto pubblico o scrittura privata).

La Suprema Corte ha escluso che in tali casi il mutuo ipotecario possa, esso solo (senza, cioè un atto di quietanza paritetico all'atto pubblico di mutuo), costituire idoneo titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.

Nella motivazione la Cassazione chiarisce che, nella fattispecie esaminata, non era in contestazione la validità del contratto di mutuo come contratto reale ai sensi dell'art. 1813 c.c. (secondo cui «*il mutuo è il contratto col quale una parte **consegna** all'altra una determinata quantità di denaro*») che nella specie era

Note:

- * Sentenza disponibile sul sito internet di Centro Anomalie Bancarie all'indirizzo: <https://centroanomaliebancarie.eu/wp-content/uploads/2024/05/1947-Cass.-Civ.-Sez.-III-03-maggio-2024-n.-12007.pdf>

sicuramente da ritenersi concluso e perfezionato con il trasferimento della somma di denaro dalla Banca mutuante al mutuatario, tramite consegna di assegno circolare non trasferibile.

La questione di diritto da risolvere, secondo la Suprema Corte, non riguardava, quindi, la sussistenza e la validità del contratto di mutuo, ma l'efficacia di tale atto a fungere da Titolo Esecutivo nel caso in cui la somma erogata fosse stata immediatamente dopo ritrasferita al mutuante (tramite deposito irregolare, infruttifero) e, quindi, vincolata in attesa del perfezionamento della garanzia ipotecaria o del perfezionamento di una polizza assicurativa o altro.

Si legge, infatti, nella sentenza n. 12007/2024 «Poiché, però, la questione di diritto da risolvere, nella specie, non riguardava semplicemente la sussistenza e la validità del contratto di mutuo, **ma l'efficacia di titolo esecutivo dell'atto pubblico notarile** posto dalla società procedente alla base dell'azione esecutiva minacciata con il precetto opposto, e poiché tale atto pubblico conteneva ulteriori pattuizioni tra le parti, oltre alla mera stipulazione del contratto di mutuo, la corte d'appello non avrebbe dovuto limitarsi ad accertare il regolare perfezionamento, l'esistenza e la validità del contratto di mutuo, ma avrebbe dovuto verificare se, sulla base del complessivo rapporto negoziale posto in essere dalle parti ed emergente dall'atto pubblico fatto valere come titolo esecutivo, sussistesse o meno una obbligazione attuale di pagamento di una somma di danaro a carico della società mutuataria ed in favore della banca mutuante, come richiesto dall'art. 474 c.p.c., ovvero se l'eventuale obbligazione della suddetta società mutuataria non fosse attuale, in quanto essa sarebbe sorta solo al verificarsi di determinate condizioni, successive alla stipulazione ed estranee ai documenti in base ai quali il mutuo era stato – pure correttamente – ricostruito come concluso, come sostenuto dalla società opponente» (Cfr. punto 2.2).

In breve, il focus andava fatto sull'intero contratto

di mutuo e, dunque, non soltanto sulla *traditio* del denaro (nella specie, risultante dalla consegna dell'assegno circolare), quanto e soprattutto sulle ulteriori obbligazioni altrettanto desumibili dal medesimo atto pubblico notarile di mutuo e, segnatamente, andava accertato se sulla base delle **«ulteriori pattuizioni tra le parti (...) sussistesse o meno una obbligazione attuale di pagamento di una somma di danaro a carico della società mutuataria ed in favore della banca mutuante, come richiesto dall'art. 474 c.p.c., ovvero se l'eventuale obbligazione della suddetta società mutuataria non fosse attuale, in quanto essa sarebbe sorta solo al verificarsi di determinate condizioni, successive alla stipulazione ed estranee ai documenti in base ai quali il mutuo era stato – pure correttamente – ricostruito come concluso, come sostenuto dalla società opponente»** (Cfr. punto 2.2. cit.).

Ciò significa che la Corte territoriale avrebbe dovuto altresì verificare le ulteriori pattuizioni contenute nel contratto di mutuo, quale atto complesso, al fine di valutare se lo stesso avesse i requisiti per valere come Titolo Esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c.

In tal senso, si legge altresì nella sentenza in commento «Ora, dagli accordi contenuti in tale atto pubblico (la circostanza è pacifica) emerge che **la somma mutuata, effettivamente ricevuta dalla società mutuataria, era stata da quest'ultima nuovamente trasferita alla banca mutuante, mediante il suo deposito su un conto corrente vincolato presso la stessa**» (Cfr. punto 2.3).

Era evidente, dunque, che sulla base dello stesso contratto di mutuo la somma mutuata era tornata nella esclusiva disponibilità della banca mutuante (che, in quanto depositaria, ne aveva riacquisito la proprietà).

Si legge nella sentenza n. 12007/24: «In proposito, è appena il caso di sottolineare che **il deposito bancario ha natura di deposito irregolare e, di conseguenza, fa acquistare al depositario la proprietà della somma di denaro depositata** (art. 1834 c.c.), con obbligo

di quest'ultimo di restituirla nella stessa specie monetaria: tale obbligo, nel caso in esame, viene indicato dalle parti come "svincolo" della somma depositata e risulta subordinato al verificarsi di talune condizioni indicate nello stesso contratto di mutuo (sostanzialmente, il consolidarsi della garanzia ipotecaria, nonché le altre condizioni specificamente indicate)» (Cfr. punto 2.3).

L'art. 1834 c.c. è chiaro ed inequivocabile: «Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, **questa ne acquista la proprietà** ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi».

Il deposito di denaro c.d. "ad uso" (art. 1834 c.c.) obbedisce alle norme generali sulla capacità e sulla validità dei contratti e risponde a regole particolari discendenti dalla propria struttura. Secondo la dottrina dominante, il deposito "ad uso" di denaro costituisce un contratto unilaterale, come tale non soggetto alla *exceptio inadimpleti contractus*, né alla condizione risolutiva tacita. È un **contratto reale**, per cui, ove manchi la *traditio*, si avrà un *pactum de contraendo* e non un deposito¹.

Per effetto del deposito bancario "ad uso", dispone espressamente la norma di legge, **la proprietà della somma depositata passa al depositario**, il quale è tenuto a restituire la medesima somma numerica ricevuta nella medesima specie e quantità, ove così sia stato pattuito.

La natura giuridica del deposito irregolare fa altresì comprendere perché la sentenza in esame si concentra proprio sullo "svincolo" delle somme depositate. Infatti, si legge nella sentenza n. 12007/24: «Dunque, **lo "svincolo" della somma concessa in mutuo ma immediatamente depositata presso la banca mutuante e, quindi, rientrata nel patrimonio della stessa, richiedeva un successivo atto volontario di quest'ultima**, che determinasse il nuovo trasferimento della sua proprietà in favore della parte mutuataria, affinché sorgesse l'obbligazione di restituzione di

essa a carico di quest'ultima.

La somma mutuata, sulla base di quanto emerge incontestabilmente dal complessivo contenuto delle pattuizioni negoziali, **oltre ad essere giuridicamente tornata nel patrimonio della banca** in virtù del suo deposito irregolare, **non risultava, infatti, più in alcun modo nella disponibilità della società mutuataria, ma esclusivamente nella disponibilità della stessa banca: fino al momento del suo svincolo (subordinato al verificarsi delle condizioni indicate nel contratto), infatti, di tale somma la mutuataria non poteva disporre, mentre ne poteva disporre esclusivamente la banca, sia in quanto depositaria in virtù di deposito irregolare, quindi comunque proprietaria del denaro, sia in quanto alla stessa banca era attribuito il diritto potestativo di disporre lo "svincolo" (cioè il trasferimento della proprietà) in favore della mutuataria stessa, in virtù di un proprio successivo atto di volontà non coercibile, a seguito di una autonoma valutazione in ordine all'avvenuto verificarsi o meno delle condizioni indicate nel contratto» (Cfr. punto 2.3).**

Ciò spiega perché fino allo "svincolo", **«non solo sulla parte mutuataria non può ritenersi gravare alcuna obbligazione di restituzione della predetta somma, che si trova in realtà già nel patrimonio giuridico della banca, ma, addirittura, al contrario, è la banca che risulta obbligata (al verificarsi delle condizioni convenzionalmente previste) a trasferirla alla mutuataria»** (Cfr. punto 2.4).

Si legge altresì nella sentenza in commento che se la Corte di Appello di Milano «avesse accertato che, fino al momento dello "svincolo" della somma depositata, di questa poteva disporre esclusivamente la banca, poiché la circostanza di fatto dell'avvenuto svincolo certamente non emerge direttamente dall'atto pubblico, ma richiede l'accertamento di un fatto ulteriore, non consacrato in detto atto, avrebbe dovuto escludere che il contratto notarile utilizzato come titolo esecutivo fosse, di per sé, tale, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., in quanto da solo non

sufficiente a costituire fonte dell'obbligazione azionata e avrebbe, pertanto, dovuto verificare se vi era un atto integrativo che attestasse l'effettivo svincolo della somma mutuata in favore della società mutuataria, dotato anch'esso della necessaria forma richiesta dall'art. 474 c.p.c. (atto pubblico o scrittura privata autenticata)» (Cfr. punto 2.5).

Come affermato in precedenza, in virtù di tale deposito irregolare sorge in capo alla banca l'obbligazione a restituire la somma depositata nella stessa specie monetaria. Tale obbligo viene indicato come "svincolo" e risulta subordinato al verificarsi delle condizioni indicate nel contratto di mutuo (consolidamento della garanzia ipotecaria ed altre condizioni ivi previste). Pertanto, «lo "svincolo" della somma concessa in mutuo ma immediatamente depositata presso la banca mutuante e, quindi, rientrata nel patrimonio della stessa, richiedeva un successivo atto volontario di quest'ultima, che determinasse il nuovo trasferimento della sua proprietà in favore della parte mutuataria, affinché sorgesse l'obbligazione di restituzione di essa a carico di quest'ultima» (Cfr. punto 2.3).

Non bisogna confondere la fattispecie in esame con la c.d. "traditio per equipollente" o "consegna simbolica". Quest'ultima ipotesi ricorre ogni qualvolta, proprio in funzione della progressiva dematerializzazione del denaro, l'atto di mutuo crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in modo che quest'ultimo possa utilizzare la somma mutuata, non solo senza l'intermediazione necessaria del mutuante, ma anche "invito domino" (Cfr. Cass. civ., Sez. I, del 12/10/1992 n. 11116).

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cfr. Cass. civ. Sez. I, 12.10.1992 n. 11116; Cass. civ. Sez. I, 15.7.1994 n. 6686; Cass. civ. Sez. I, 21.02.2001 n. 2483; Cass. civ. Sez. III, 5.7.2001 n. 9074; Cass. civ. Sez. I, 28.8.2004 n. 17211, Cass. civ. Sez. I, 3.1.2011 n. 14, Cass. civ. Sez. III, 27.08.2015 n. 17194, Cass. Sez. III, 27.2.2023 n. 5921), il mutuo è un contratto di natura reale che si perfeziona con

la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili) ovvero con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario, la quale può ritenersi sussistente, come equipollente della "traditio", solo nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo; mentre non possono considerarsi indicative di detta disponibilità, né istruzioni che il mutuatario dia unilateralmente circa la destinazione della somma, né l'autorizzazione al mutuante a trattenere la somma stessa presso di sé, che è un modo indiretto per procrastinare il perfezionamento del contratto (Cfr. per tutte Cass. n. 11116/1992 cit.).

Decisivo ai fini della insorgenza della detta "disponibilità giuridica" è, quindi, soltanto il comportamento del mutuante, e non invece quello del mutuatario². E ciò perché è al mutuante che incombe l'obbligo della consegna e costui può adempierlo conferendo non la somma nella sua materialità, ma la "disponibilità giuridica" della stessa. Ma affinché ciò si realizzi non è - ovviamente - sufficiente che il mutuante trattenga la somma presso di sé, pronto a destinarla secondo le istruzioni che il mutuatario gli vorrà impartire, a nulla rilevando il fatto ulteriore che esso mutuante dichiari altresì espressamente al mutuatario questa sua posizione di attesa e di disponibilità. Occorre, invece, che il mutuante "crei" un titolo autonomo di disponibilità a favore del mutuatario, perché è solo in tal modo che la somma esce dal patrimonio del mutuante ed entra in quello del mutuatario (Cfr. Cass. n. 11116/1992, cit.).

Nel caso di specie, invece, non possono ritenersi equipollenti alla successiva riconsegna

materiale della somma, forme alternative di trasferimento della disponibilità del denaro: fino al momento dello svincolo non può esistere alcuna obbligazione restitutoria in capo al mutuatario in quanto fino a tale momento è solo la banca mutuante che può disporre della somma depositata.

Nel caso in cui il mutuatario, dunque, sulla base del contratto di mutuo non abbia l'immediata disponibilità delle somme, da utilizzare come meglio ritiene, non risulta dal titolo *«l'indefettibile passaggio della somma dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario e la possibilità di quest'ultimo di valersi della effettiva disponibilità, in quanto il mutuante ha espressamente rimandato il passaggio delle somme e dunque l'effettiva disponibilità ad un momento successivo alla stipula del contratto, vincolando le somme all'avveramento di una condizione»* (Cfr. Trib. Fermo n. 51 del 19.01.2024). Dunque, ci si trova in presenza di un contratto condizionato di mutuo, **«inidoneo a provare l'esistenza attuale di una obbligazione di denaro, nonostante la stipula per atto pubblico ed inidoneo a costituire titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. per la restituzione di somme asseritamente erogate»** (Cfr. Trib. Fermo n. 51/2024 cit.). Difatti, nonostante il mutuo sia stato stipulato con atto notarile, in mancanza dell'attualità dell'obbligazione restitutoria in capo al mutuatario, esso difetterà altresì dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità di cui all'art. 474 c.p.c.

Secondo la Cassazione, nel caso di specie, la Corte di Appello territoriale avrebbe quindi dovuto non limitarsi ad accertare il regolare perfezionamento, l'esistenza e la validità del mutuo, ma avrebbe dovuto verificare altresì se, in base al complesso rapporto negoziale emergente dall'atto pubblico (azionato come titolo esecutivo) **«risultasse o meno una obbligazione attuale** di pagamento di una somma di danaro a carico della debitrice intimata» (Cfr. punto 2.5) o se, invece, tale obbligazione sarebbe sorta solo successivamente al verificarsi di determinate

condizioni.

Nella fattispecie, era evidente che fino al momento dello "svincolo" la somma era nella disponibilità della banca e, pertanto, l'atto notarile di stipula ed erogazione del mutuo non poteva essere utilizzato come valido titolo esecutivo ma, a tal fine, occorreva verificare se vi fosse stato un atto integrativo che attestasse l'effettivo svincolo della somma mutuata in favore della mutuataria dotato anch'esso della necessaria forma richiesta dall'art. 474 c.p.c. (Cfr. Cass. civ., Sez. 3°, 28/12/2021, n. 41791). In mancanza, il mutuo non costituisce valido titolo esecutivo.

Ciò si evince chiaramente anche da numerosi precedenti della stessa Corte di Cassazione, tra i quali merita di essere citata la nota pronuncia della III Sezione Civile n. 17194 del 27/08/2015 (Pres. Salmè, Rel. Rubino), nella parte in cui espressamente afferma che *«Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l'interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo e di erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge»* (Cfr. Cass. civ. Sez. III 17194/2015).

Il suddetto precedente spiega perché la Corte, nella sentenza n. 12007 del 2024, ha affermato il seguente principio di diritto: *«nel caso in cui venga stipulato un complesso accordo negoziale in cui una banca concede una somma a mutuo e la eroghi effettivamente al mutuatario (anche mediante semplice accredito, senza consegna materiale del danaro), ma, al tempo stesso, si convenga altresì che tale somma sia immediatamente ed integralmente restituita dal mutuatario alla mutuante (e se ne dia atto nel contratto), con l'intesa che essa sarà svincolata in favore del mutuatario stesso solo al verificarsi di determinate condizioni,*

benché debba riconoscersi come regolarmente perfezionato un contratto reale di mutuo, deve però escludersi, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., che dal complessivo accordo negoziale stipulato tra le parti risulti una obbligazione attuale, in capo al mutuatario, di restituzione della somma stessa (che è già rientrata nel patrimonio della mutuante), in quanto tale obbligazione sorge – per volontà delle parti stesse – solo nel momento in cui la somma in questione sia successivamente svincolata in suo favore ed entri nuovamente nel suo patrimonio; di conseguenza, deve altresì escludersi che un siffatto contratto costituisca, da solo, titolo esecutivo, essendo necessario un ulteriore atto, necessariamente consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 c.p.c. (atto pubblico o scrittura privata autenticata) che attesti l'effettivo svincolo della somma già mutuata (e ritrasferita alla mutuante) in favore della parte mutuataria, solo in seguito a quest'ultimo risorgendo, in capo a questa, l'obbligazione di restituzione di quella somma» (Cfr. punto 2.7). Si noti che tale principio risulta essere alla base di un orientamento di merito ormai abbastanza consolidato e che continua a rafforzarsi proprio a seguito di altre recentissime pronunce che, citando la sentenza oggi in commento, la individuano come un tassello fondamentale, in grado di individuare le verifiche cui i Giudici dell'Esecuzione sono tenuti d'ufficio, dando peraltro continuità ad un indirizzo giurisprudenziale già formato (Trib. Verona del 17.05.24, Trib. Teramo del 15.05.24, Trib. Chieti 21.05.24, Trib. Taranto, decreto del 14 maggio 2024, Est. Paiano; Trib. Roma Ordinanza del 20.05.24).

È bene, infatti, sottolineare che sia il Tribunale di Verona (Ord. del 17.05.24) sia il Tribunale di Chieti (Ord. 21.05.24), in presenza di un mutuo con contestuale ricostituzione in deposito infruttifero della somma mutuata, hanno richiesto d'ufficio al creditore procedente l'esibizione dell'atto pubblico di erogazione e quietanza.

A ciò si aggiungano le pronunce del Tribunale di

Fermo che già in precedenza si era allineato ai suddetti principi (Cfr. Trib. Fermo del 19.01.2024 e del 25.05.2020).

L'orientamento maggioritario risulta essere a questo punto indiscutibile nel senso sopra indicato.

Peraltro, già nel 2011 con la sentenza n. 16610 del 28.07.2011, la Suprema Corte di Cassazione, sez. Lavoro si era pronunciata, affermando l'essenzialità della previa verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c.: «L'esistenza del titolo esecutivo con i requisiti prescritti dall'art. 474 cod. proc. civ. costituisce, peraltro, presupposto indefettibile per dichiarare il diritto a procedere all'esecuzione. Ne consegue che il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere - con accertamento che esaurisce la sua efficacia nel processo esecutivo in quanto funzionale all'emissione di un atto esecutivo e non alla risoluzione di una controversia nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione - di verificare l'idoneità del titolo e di controllare la correttezza della quantificazione del credito operata dal creditore nel precetto, mentre in sede di opposizione l'accertamento dell'idoneità del titolo ha natura preliminare per la decisione dei motivi proposti anche se questi non investano direttamente tale questione» (Cfr. Cass. n. 16610/2011 cit.). Ne consegue che «l'accertamento dell'idoneità del titolo a legittimare l'azione esecutiva si pone come preliminare dal punto di vista logico per la decisione sui motivi di opposizione, anche se questi non investano direttamente la questione» (Cass. civ. Sez. II, 09/08/2019 n. 21240 Rel. G. Tedesco).

Le recenti pronunce della Suprema Corte, tra cui quella in commento, dimostrano come questo orientamento sia stato condiviso fino ad oggi.

Infatti, nell'Ordinanza della 3° sezione della Corte di Cassazione n. 52 del 3.01.2023 (Pres. De Stefano, Rel. A. Tatangelo), si legge: «In tema di esecuzione forzata intrapresa in forza di un atto pubblico notarile (ovvero di una scrittura privata autenticata), che documenti un credito solo

futuro ed eventuale e non ancora attuale e certo (pur risultando precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza), al fine di riconoscere all'atto azionato la natura di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. è necessario che anche i fatti successivi, determinanti l'effettiva insorgenza del credito, siano documentati con le medesime forme (vale a dire con atto pubblico o con scrittura privata autenticata)." Identico principio lo ritroviamo anche nella Ordinanza n. 41791 del 28.12.21 della medesima 3° Sez. civile della Corte di Cassazione.

Sulla stessa linea, è l'Ordinanza della Corte di Cass. Civ., Sez. 3° n. 5921 del 27.02.23 (Pres. Rubino; Rel. Condello) la quale, citando la massima sopra riportata, prosegue asserendo che *"nel caso di specie, alla stregua dell'accertamento di fatto operato dal Tribunale e avallato dalla Corte d'appello, il contratto di mutuo azionato dal dante causa dell'odierna ricorrente, stipulato in forma pubblica notarile, non prevede l'erogazione contestuale delle somme e non può, pertanto, valere come titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474 c.p.c"* (Cfr. Cass. n. 5921/2023 cit.).

Ciò significa che secondo l'orientamento oramai consolidato della Suprema Corte di Cassazione, bisogna escludere l'esistenza di un contratto (reale) di mutuo, valido come titolo esecutivo, ove non risulti che *"anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata (Cass. sez. III n. 5921/23; Sez. III 41791/21; Sez. III 17194/2015; Sez. I 14/2011) ..."* (Cfr. Trib. Teramo del 15.05.24 - Est. Conciatori).

Quindi, tra gli atti preliminari a carico del G.E. va annoverata la verifica del titolo esecutivo finalizzata a riscontrare se la banca mutuante abbia creato o meno un **autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario** o se sussistano **specifiche pattuizioni** del contratto di mutuo atte a **garantire l'acquisizione immediata della disponibilità giuridica della somma mutuata**.

A questo punto va esaminato quello che si

potrebbe definire l'orientamento minoritario contrario, inaugurato dalla Prima Sezione della Corte di Cassazione.

In realtà, analizzando approfonditamente i precedenti giurisprudenziali in parola, vediamo che gli stessi principi sopra esposti sono ribaditi anche da tali pronunce.

Infatti, la Cass. civ. sez. 1° con l'Ord. n. 25632 del 2017, ha ritenuto infondato *"l'argomento centrale della motivazione del decreto impugnato secondo cui la costituzione presso la banca di un deposito cauzionale infruttifero intestato alla mutuataria, destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento degli obblighi e alla realizzazione delle condizioni contrattuali, non possa considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte della banca mutuante perché la costituzione del deposito, oltre a non essere provata, non aveva comunque realizzato quella piena disponibilità giuridica considerabile come equivalente alla traditio materiale della somma"*. Tuttavia, nel caso di specie la Corte aveva altresì sottolineato che non era stata *"tenuta in conto dal Tribunale la prova dell'effettiva erogazione della somma di 801.000 euro, al netto degli oneri fiscali, fornita da parte della banca in via documentale con richiesta di provare ulteriormente l'effettiva utilizzazione della somma con la prova testimoniale"* (Cfr. Cass. Civ. sez. 1° con l'Ord. n. 25632 del 2017). Il caso in questione, così e come quelli di cui si dirà appresso, è caratterizzato dal fatto che solo una parte della somma era stata destinata al deposito cauzionale. Quindi, il titolo, per la parte di denaro effettivamente erogato al mutuatario, valeva come tale ai sensi dell'art. 474 c.p.c.

Situazione analoga la si ritrova nell'Ordinanza n. 9229 del 2022 della Terza Sezione civile della Suprema Corte nonché nell'Ordinanza n. 38884 del 2021 della Sesta Sezione civile. In tali casi, si legge che la Corte di merito aveva *"accertato che la somma era stata messa a disposizione del mutuatario, che ne aveva rilasciato quietanza di saldo, anche se poi parte di essa era stata vincolata a deposito infruttifero a garanzia del*

corretto adempimento degli obblighi accessori in capo al mutuatario (deposito che ha costituito una mera cautela contrattuale di cui si è avvalsa la banca)" (Cass. Civ. sez. 6°, con la n. 38884 del 2021).

In questi casi, come visto, al momento dell'atto notarile di mutuo, la *traditio*, sia pur parziale, di una parte soltanto delle somme mutate, vi era stata, ancorché una parte consistente delle somme mutate era stata ritrasferita in deposito alla Banca mutuante. Pertanto, il mutuo, sia pur *in parte qua*, aveva valore di Titolo Esecutivo ex art. 474 c.p.c.

In tal senso, si legge altresì nell'Ordinanza n. 34116 del 6/12/2023 (Pres. De Stefano, Rel. Valle) della Terza sezione civile della Suprema Corte: *«Come condivisibilmente affermato dal Procuratore generale nelle sue conclusioni scritte, con argomenti che il Collegio ritiene di fare propri a sostegno della decisione: "Il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altra cosa fungibile) ovvero con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario, la quale può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in modo tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo (Cass. Sez. I, 7116/1998; 6686/1994; 11116/1992; 2076/1969). Nel caso di specie la disponibilità delle somme in capo al mutuatario ricorrente, a fronte di un contratto stipulato il (Omissis), si è verificata nelle date (Omissis), in cui sono avvenute concretamente le erogazioni. Tutte precedenti la notificazione dell'atto di precetto. Nessuna norma, però, impone un lasso di tempo insuperabile, rispetto alla stipulazione del mutuo, per l'avveramento del requisito della realtà del contratto; di talché ben può affermarsi che il titolo esecutivo posto a base del precetto opposto è venuto in essere nella ultima delle date suddette, **consacrata in atto pubblico di quietanza***

del (Omissis), in relazione ai diversi importi complessivamente erogati, evidentemente in attuazione di un piano rateale previsto nel medesimo contratto».

Ciò significa che in siffatti casi la prova dell'atto pubblico di quietanza è requisito essenziale ai fini della validità del titolo esecutivo, atteso che, senza quest'ultima, come si legge nella sentenza in commento, è impossibile provare *«l'effettivo svincolo della somma già mutuata (e ritrasferita alla mutuante) in favore della parte mutuataria, solo in seguito a quest'ultimo risorgendo, in capo a questa, l'obbligazione di restituzione di quella somma»* e, dunque, l'esistenza di un valido titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c.

Note:

1. [Per la sua natura di rapporto viene considerato a titolo gratuito, in quanto il contraente ne avrà vantaggio soltanto in caso di stipulazione di un interesse e da stipularsi in forma scritta.](#)
2. [Si rammenta che secondo Cass. civ., Sez. 3°, 28/12/2021, n. 41791 «ai sensi dell'art. 474 c.p.c., nel caso in cui l'atto pubblico notarile \(ovvero la scrittura privata autenticata\) documenti un credito non ancora attuale e certo, ma solo futuro ed eventuale, benché risultino precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza, ai fini della sua efficacia esecutiva sarà necessario che anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata»](#)