

Con il primo motivo di reclamo viene contestata l'ordinanza del G.E. nella parte in cui ha disatteso le eccezioni svolte nel ricorso in opposizione all'esecuzione con riferimento alla insussistenza di un valido titolo esecutivo.

Il sig. [redacted] ha ribadito che, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza impugnata, il contratto di mutuo stipulato il 29.6.2001 non può costituire titolo esecutivo poiché l'erogazione delle somme non risulta dal contratto ed anzi è stata subordinata dalle parti al verificarsi delle condizioni indicate nell'atto.

Parte reclamata ha contestato la fondatezza del motivo deducendo che la somma mutuata è stata erogata e che il mutuatario ha rilasciato ampia e liberatoria quietanza.

II)

Il contratto di mutuo fondiario posto a fondamento dell'azione esecutiva intrapresa da Italfondario spa prevede, nelle premesse, quanto di seguito riportato:

"La società mutuante somministrerà a titolo di mutuo fruttifero ... alla parte mutuataria che sin d'ora accetta la somma di euro 103.292 allo scopo di facilitare l'acquisto dell'abitazione principale.

La somma di cui sopra sarà esigibile dalla parte mutuataria solo ed esclusivamente dopo il verificarsi di tutte le condizioni, nessuna esclusa, riportate nel presente atto ed allegato capitolato...

La parte mutuataria dichiara di riconoscersi debitrice della società mutuante della detta somma di euro 103.292 a titolo di mutuo fruttifero che le verrà accreditata sul conto corrente n. 41/00 acceso presso la filiale di Chiazzano della Cassa stessa ed intestato alla sig. [redacted].

L'art. 6 del contratto, infine, ha il seguente tenore: *"L'erogazione del mutuo verrà effettuata da parte della Cassa mutuante dopo aver ricevuto tre copie autentiche, di cui una in forma esecutiva, di questo atto ed il duplo originale della relativa nota di iscrizione ipotecaria nonché la restante documentazione richiesta e non appena verificato che tutte le condizioni previste nel presente atto e comunque stabilite dalla Cassa medesima siano state adempiute e che dall'esame sulla libertà, proprietà dei beni offerti in garanzia non risulti iscrizione e/o trascrizione pregiudizievole*



precedentemente all'iscrizione accesa a favore della Cassa mutuante in dipendenza del presente atto e purchè non si sia verificata anche una sola delle circostanze previste dall'art.12 del Capitolato allegato.

La parte mutuataria autorizza sin d'ora la Cassa mutuante ad effettuare l'erogazione del mediante accredito sul conto corrente n. 41/00 acceso presso la filiale di Chiazano della Cassa stessa, rilasciando fin d'ora ampia e liberatoria quietanza della somma in tal modo corrisposta...".

E' pacifico tra le parti che, verificate le condizioni previste in contratto ed iscritta l'ipoteca rilasciata a garanzia del mutuo, la somma mutuata sia stata accreditata il 19.7.2001 sul c/c indicato nel contratto.

L'effettiva erogazione della somma è questione di per sé non dirimente, dovendosi invece valutare se il contratto di mutuo concluso tra le parti, con la forma dell'atto pubblico notarile, costituisca titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 cpc. Non è in questione, in questo giudizio, l'esistenza del credito bensì la natura di titolo esecutivo del contratto di mutuo fondiario.

L'atto pubblico può costituire titolo esecutivo purchè rechi l'indicazione di un diritto certo (cioè incontroverso nella sua esistenza), liquido (ossia determinata nel suo ammontare) ed esigibile (in quanto non sussistano ostacoli, quale la condizione o il termine, alla sua riscossione). Tali requisiti del diritto non solo devono esistere, ma devono altresì risultare dal titolo, avuto riguardo alla sua funzione di individuare e documentare il diritto eseguibile per l'organo esecutivo.

Con riferimento, in particolare, al contratto di mutuo fondiario (quale quello in esame) il sistema attuale di cui agli artt. 38 e ss. T.U.B. contempla due diverse ipotesi:

a) la stipulazione mediante doppio contratto, la cui disciplina si articola nel contratto condizionato di mutuo o altra forma tecnica, la cui efficacia è sospesa fino alla iscrizione ipotecaria ed al successivo accertamento delle altre condizioni fissate dalla legge, e nel successivo atto di erogazione del finanziamento, con rilascio di quietanza



da parte del soggetto beneficiario; b) la stipulazione mediante contratto unico, in cui stipulazione del contratto ed erogazione del denaro formano oggetto di un atto unico. Va subito detto che, secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, anche il mutuo condizionato (cioè l'ipotesi sub a) può costituire un valido titolo esecutivo ma solo per effetto della sua integrazione tramite una quietanza rilasciata dal debitore nella forma dell'atto pubblico (ovvero, secondo parte della dottrina, anche nella forma della scrittura privata autenticata nella sottoscrizione). Si è infatti affermato (C. 17194/2015, C. 18325/14 e C. 17194/15) che il mutuo fondiario condizionato e il successivo atto notarile di erogazione e quietanza, danno luogo ad un titolo esecutivo complesso rappresentativo della obbligazione di restituzione di una somma di denaro certa, liquida ed esigibile. Affinchè il contratto di mutuo e l'atto di erogazione, unitariamente considerati, costituiscano titolo esecutivo ex art. 474 cpc è necessario che sia rispettato il requisito di forma imposto dalla legge (e quindi atto pubblico o scrittura privata autenticata).

La fattispecie in esame non è riconducibile a tale ipotesi giacchè è pacifica l'assenza di un atto di erogazione e quietanza redatto nella forma richiesta dall'art. 474 cpc. Occorre, quindi, valutare se il mutuo in esame, stipulato secondo la tipologia del contratto unico, costituisca titolo esecutivo e quindi rechi l'indicazione di un diritto certo, determinato ed attuale. Va premessa la considerazione che, nel contratto di mutuo fondiario, è essenziale l'iscrizione di una ipoteca di primo grado sugli immobili concessi in garanzia. Ciò spiega perché, nella prassi commerciale, i contratti di mutuo stipulati con un unico atto prevedano una serie di clausole, variamente formulate, mediante le quali la banca si cautela dalla possibilità di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, prevedendo contrattualmente che la somma finanziata venga costituita in garanzia, stabilendosi la liberazione di essa mediante lo svincolo dell'importo, una volta ottenuta la prova documentale dell'iscrizione dell'ipoteca di primo grado. La giurisprudenza ha vagliato la compatibilità di tali clausole con la natura di contratto reale del mutuo ed è giunta ad affermare, ormai in maniera costante i seguenti principi:



- il mutuo, pur avendo natura di contratto reale, non configura la consegna come la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, ritenendosi sufficiente il conseguimento della disponibilità giuridica, che sussiste tutte le volte 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 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 per soddisfare un interesse del primo (v. C. 17194/15 nonché Cass.14270/11 che richiama Cass.11116/92; Cass. 6686/94; Cass. 9074/01; Cass. 17211/04);
- il conseguimento della disponibilità giuridica della somma mutuata può ritenersi sussistente nell'ipotesi di consegna di un mandato alla propria cassa contenente l'ordine di versare la somma mutuata alla mutuataria accompagnato dalla dichiarazione di quietanza (C. 25569/2011) o nell'ipotesi di consegna alla parte mutuataria di un assegno circolare alla stessa intestato (Cass. 14/2011);
- si è anche ritenuto che il mutuo fondiario costituisca titolo esecutivo qualora la somma sia erogata mediante un assegno circolare intestato ai mutuatari “*e consegnato in custodia al notaio affinché potesse da costoro essere incassato esclusivamente una volta utilmente conseguita, con la relativa iscrizione, la garanzia dell'operazione finanziaria*” (C. 18260/14): in questa pronuncia la Corte di Cassazione ha ritenuto che la disponibilità dell'assegno da parte dei mutuatari era effettiva, sebbene mediata dall'attività di un professionista legale terzo rispetto alle parti, perché la condotta del notaio, congiuntamente incaricato dalle parti, era vincolata e scevra da qualunque discrezionalità, siccome indispensabile per la costituzione della garanzia ipotecaria concessa dalla parte mutuataria.



Ugualmente deve ritenersi, in linea con la prevalente giurisprudenza di merito, che sia configurabile una *traditio rei*, nei termini primi esposti di conseguimento di una disponibilità giuridica in capo ai mutuatari, qualora, come spesso nella prassi commerciale, l'importo erogato venga contestualmente costituito in pegno o in deposito. La costituzione di pegno o il deposito da parte del finanziato giuridicamente presuppongono che la somma sia entrata nella sua sfera giuridica di governo e di utilizzo. In tale evenienza, come già ritenuto da questo Tribunale in sede di reclamo ex art. 669 terdecies cpc (ord. 27.7.2016, pres. Amato, est. Carvisiglia, proc. 487/2016) *"il finanziato costituisce a favore del mutuante una garanzia provvisoria per le obbligazioni assunte (documentare, in primo luogo, la iscrizione ipotecaria di primo grado senza la quale di mutuo fondiario non potrebbe discorrersi) ed a presidio finale di un obbligo restitutorio già formalmente sorto in ragione del giuridico transito delle somme da una disponibilità (della banca) all'altra (della mutuataria). Per tale via, dunque, l'istituto di credito si ritrova nel possesso delle somme finanziate non perché non ha provveduto a mutuarle, ma ad altro, autonomo per quanto connesso, titolo giuridico, rappresentato dalla garanzia atipica costituita dal beneficiario del prestito, che consente alla banca di rientrare dallo scoperto, qualora verifichi l'inadempienza del finanziato, escutendo la garanzia solo negando lo svincolo di esse e trattenendole a titolo definitivo. Dunque, la banca non trattiene le somme concesse a mutuo, ma giuridicamente le riceve dal mutuatario ad altro titolo, ovvero in garanzia atipica, provvisoria, in vista di quella definitiva. In tale congegno negoziale risulta, allora, chiaro che l'importo mutuato ha ricevuto, mediante il suo utilizzo per la costituzione della garanzia, una specifica e convenzionale destinazione, ha costituito oggetto cioè di una speciale regolamentazione, che, innovando il titolo di appartenenza della somma stessa, l'ha per ciò solo posta nella esclusiva disponibilità giuridica del mutuatario"*.

I principi appena esposti vanno applicati alla vicenda per cui è causa.

Nel contratto si afferma espressamente (sia nelle premesse che nell'art. 6) che la somma mutuata non viene erogata ma lo sarà solo al verificarsi delle condizioni



indicate in contratto. Non vi è, quindi, né la consegna materiale del denaro né il conseguimento della disponibilità giuridica di esso da parte del mutuatario nei termini sopra esposti. Il denaro rimane nella disponibilità, materiale e giuridica, della parte mutuante che si riserva, verificato l'avveramento delle condizioni pattuite, di erogare la somma. Nella specie, in sostanza, l'importo finanziato non è stato messo a disposizione (materialmente o giuridicamente) della parte mutuataria. In applicazione dei principi sopra esposti, deve quindi affermarsi che il contratto concluso tra le parti il 29.6.2001 non è suscettibile di assumere valore di titolo esecutivo poiché non certifica la sussistenza di un credito certo ed esigibile.

In senso contrario non può valere la "dichiarazione di quietanza" che è stata effettuata dal mutuatario prima dell'erogazione della somma; detta dichiarazione è sostanzialmente un "*atto di fede*" piuttosto che una dichiarazione di scienza: il mutuatario non afferma che ha ricevuto la somma (questo il contenuto dell'atto di quietanza) ma "*fin d'ora*" dà quietanza della somma che riceverà dalla banca, eventualmente, al verificarsi delle condizioni pattuite. La dichiarazione del mutuatario non è, quindi, una quietanza ed è inidonea ad attribuire valenza di titolo esecutivo al contratto apparendo, se non formula di stile, contraddittoria con le clausole che sottopongono a condizione il trasferimento delle somme al mutuatario.

Alla stregua delle suesposte considerazioni il reclamo proposto va, dunque, accolto, con conseguente sospensione dell'esecuzione immobiliare n. 32/2016. Gli altri motivi di reclamo sono assorbiti, mentre sono certamente inammissibili, poiché estranei al presente giudizio cautelare, le domande di merito proposte da parte reclamante.

Dai registri di cancelleria risulta che l'odierno reclamante ha introdotto il giudizio di merito ex art. 618 c. 2 cpc (proc. rgac 2481/2017), e pertanto è superfluo valutare ammissibilità e fondatezza della domanda subordinata di parte reclamata di assegnazione del termine per introdurre il giudizio di merito.

Le spese di lite, comprese quelle della fase di sospensiva, sono integralmente compensate tra le parti, stante l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti in ordine alla questione oggetto della presente controversia.



P.Q.M.

Accoglie il reclamo e per l'effetto revoca il provvedimento del G.E. del 20.5.2017 e sospende l'esecuzione immobiliare n. 32/2016;

dichiara le spese di lite, comprese quelle della fase di sospensiva, integralmente compensate tra le parti.

Così deciso in Pistoia il 31.10.2017 dal Tribunale come sopra composto e riunito in Camera di Consiglio.

Giudice relatore

Dott. Sergio Garofalo

Il Presidente

Dott. Fabrizio Amato

