

Sentenza n. 8198/2021 pubbl. il 13/12/2021

RG n. 8604/2018

Repert. n. 7909/2021 del 13/12/2021

2) nullità del precetto per omessa spedizione del mutuo in forma esecutiva e per omessa menzione della stessa;

3) nullità del precetto in quanto fondato su mutuo fondiario condizionato;

4) nullità del precetto in quanto fondato su mutuo rinegoziato senza iscrizione ipotecaria delle modifiche adottate senza la forma dell'atto pubblico e con estraneità della garanzia al debito modificato;

5) illegittimità del precetto per 7709,00 azionati quale saldo debitore del conto di finanziamento n. 7127;

6) illegittimità del precetto per la parte a scadere del mutuo non essendo stata comunicata alcuna risoluzione;

7) usura originaria del tasso di mora di cui all'articolo 7 del contratto e contrarietà all'articolo 1283 cc; Chiedeva, quindi, declaratoria di inesistenza, nullità o illegittimità del precetto, per inesistenza del titolo e, in subordine, limitatamente alle somme non dovute.

Si costituiva l'opposta [redacted] chiedendo il rigetto dell'opposizione, previa confutazione delle argomentazioni avversarie".

All'esito del giudizio l'adito Tribunale di Roma decideva la causa con sentenza in data 21.06.2018 che accoglieva l'opposizione e dichiarava insussistente il diritto della banca opposta di agire esecutivamente; condannando la banca opposta al pagamento delle spese di lite.

Con citazione notificata in data 16.12.2018 [redacted] ha proposto appello deducendo e sostenendo l'erroneità della sentenza di primo grado e chiedendone l'integrale riforma in base alle seguenti conclusioni:

«Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, contrariis reiectis, accogliere il presente atto di appello, per tutti i motivi svolti in narrativa e riformare integralmente la sentenza impugnata nella parte in cui ha accertato e dichiarato che il contratto di mutuo del 19/4/2004 di € 145.000,00 dedotto in giudizio non costituisse titolo esecutivo, essendo privo dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. e dichiarare che il mutuo del 19/4/2004 è titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. e, per l'effetto, accogliere le conclusioni rassegnate nel giudizio di primo grado, che qui si ritrascrivono: "Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, rigettata ogni contraria istanza ed eccezione, per le causali di cui in premessa, PRELIMINARMENTE: Non concedere la sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo, essendo la presente opposizione infondata e pretestuosa, in fatto e in diritto;

NEL MERITO: rigettare la domanda di parte attrice perché infondata in fatto ed in diritto per i motivi di cui in atto;

Con totale vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio".

Si sono costituiti in questo grado i sigg. [redacted], [redacted] chiedendo il rigetto dell'appello in quanto inammissibile ed infondato.

In difetto di attività istruttorie la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni.

In vista dell'udienza di precisazione delle conclusioni, da ultimo fissata al 12.10.2021, è stata disposta la trattazione della causa ai sensi dell'art. 221 comma 4, legge 17.07.2020 n.77 "mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento", ed all'esito, precisate le conclusioni mediante deposito di foglio di p.c. come sopra riportato, la Corte ha riservato la decisione allo scadere dei termini concessi per lo scambio di comparse conclusionali e di repliche (ridotti a gg. 20 + gg. 20).

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'esame dell'appello impone di riportare per esteso la decisione resa dal Tribunale:

«L'opposizione è fondata e, pertanto, va accolta per quanto di ragione con declaratoria di nullità del precetto e condanna di parte opposta al pagamento delle spese sopportate ex adverso e liquidate come in dispositivo.

Ed invero, se infondata appare l'eccezione relativa all'illegittimità o inesistenza della notifica del precetto, contraddetta da parte avversa, e comunque sanata dalla proposizione dell'opposizione, come



anche il difetto della spedizione in forma esecutiva – come si evince dalla copia depositata dall'istituto di credito- deve ritenersi che il contratto di mutuo stipulato dalle parti non goda dell'efficacia di titolo esecutivo per difetto dei requisiti di cui all'articolo 474 c.p.c. -

L'accertamento dell'idoneità del contratto di mutuo a fungere da titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., poggia sulla verifica che lo stesso 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 (Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2015, n. 17194). Il trasferimento dell'immediata disponibilità giuridica della somma mutuata si realizza non solo mediante la materiale e fisica traditio di denaro nelle mani del mutuatario ma anche attraverso la semplice creazione di un autonomo titolo di disponibilità in favore di quest'ultimo e la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore" (cfr sentenza citata). La consegna, quale elemento costitutivo della fattispecie contrattuale in esame, non si configura più solo in termini materiali, essendo sufficiente che il mutuatario acquisisca la disponibilità giuridica della somma. La consegna, quindi, si presenta come creazione di autonomo titolo di disponibilità giuridica della somma mutuata in favore del mutuatario. La natura reale del contratto, inoltre, non può essere messa in dubbio dalla circostanza che il mutuo non contenga in sé la prova della consegna delle somme, ma sia integrato da successivo atto di erogazione e quietanza, in quanto: "l'esistenza di un separato atto di quietanza non è di per sé indice inequivoco di una semplice promessa di dare a mutuo o comunque di un contratto di mutuo di natura consensuale e non reale [in quanto], per poter verificare se il contratto in esame abbia o meno natura reale, esso non può essere esaminato atomisticamente ma deve essere esaminato e interpretato congiuntamente con gli altri atti accessori, che realizzano concretamente ed operativamente il conferimento ad altri della disponibilità giuridica attuale di una somma di denaro da parte del mutuante, ovvero, [...] congiuntamente con l'atto di quietanza".

Nel caso di specie, ancorché la somma mutuata sia stata dichiarata come erogata e quietanzata, solo prima facie risulta erogata dall'Istituto di credito alla parte opposta ma la stessa è stata costituita, presso la stessa banca mutuante, in deposito cauzionale a garanzia dell'adempimento di tutte le condizioni poste a carico della medesima parte finanziata. La somma di denaro, pertanto, risultando vincolata e giacente presso la banca, non poteva certamente ritenersi disponibile per il mutuatario e, conseguentemente, doveva escludersi la configurabilità di un titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., non essendo stato poi riprodotto in un successivo atto, avente i requisiti di forma, l'accertamento del verificarsi delle condizioni subordinanti l'effettiva e immediata disponibilità e lo svincolo della stessa. Nè vale a sostituire tale adempimento l'avvenuta rinegoziazione del mutuo avvenuta per semplice scrittura privata la quale ha effetti negoziali ma non costituisce titolo esecutivo.

Qualora il contratto di mutuo, pur se stipulato con atto pubblico notarile, preveda che la somma mutata sia rimasta indisponibile in deposito cauzionale presso la banca mutuante al sino al verificarsi di condizioni future ed incerte, quindi, rimesse anche in parte alla volontà della parte mutuataria, deve concludersi che il contratto, che, per definizione, dovrebbe essere reale, in realtà è condizionato, difetta della immediata consegna da intendersi come immediata immissione nella disponibilità giuridica della somma mutuata e quindi posticipa necessariamente ad un momento futuro ed incerto il perfezionamento negoziale, dando vita ad un mutuo condizionato in cui lo svincolo delle somme sia rimesso alla disponibilità del mutuante. Nonostante l'avvenuta apparente consegna delle somme il mutuante non poteva disporne, essendo il denaro vincolato, non per un interesse proprio del mutuatario, ma del mutuante. In tale contesto, il contratto di mutuo condizionato, pur recando la forma dell'atto pubblico, è inidoneo ad assumere l'efficacia di titolo esecutivo, giacché non documenta un credito dotato dei requisiti di certezza».

In relazione a questa motivazione la appellante ha formulato i seguenti motivi di appello:

1. ERRONEA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 115 E 116 C.P.C. IN RELAZIONE AGLI ARTT. 1 E 2 DEL CONTRATTO DI MUTUO, NONCHÉ VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 1362, 2700, 2730, 2732 E 2967 C.C. E ARTT. 38 E 39 T.U.B..



Sentenza n. 8198/2021 pubbl. il 13/12/2021
RG n. 8604/2018
Reper. n. 7909/2021 del 13/12/2021

La appellante censura la sentenza laddove il Tribunale ha escluso che il mutuo in data 19/04/2004 costituisse valido titolo esecutivo, in quanto non attesterebbe la *traditio* della somma mutuata dalla Banca alla parte mutuataria, avendo erroneamente valutato l'art. 1 del contratto di mutuo, nel quale la parte mutuataria ha dichiarato di aver ricevuto la somma richiesta a mutuo rilasciandone ampia e liberatoria quietanza, e per non aver correttamente valutato quanto stabilito dall'art. 2 del contratto di mutuo, escludendo che vi fosse stata la creazione di un autonomo titolo di disponibilità giuridica in favore della mutuataria, sebbene allo stesso art. 2 i sigg.ri [redacted] avessero consentito che le somme erogate fossero costituite in deposito cauzionale fino al verificarsi di alcune condizioni (nonostante la dazione delle somme alla parte mutuataria - art. 1 contratto di mutuo - e il consenso delle stesse alla costituzione del deposito cauzionale costituissero atti di disposizione delle somme, che non avrebbero potuto essere attuati laddove la parte mutuataria non avesse avuto effettiva disponibilità delle somme stesse). In tal modo, si sostiene, il Tribunale ha violato non solo l'art. 38 e l'art. 39 T.U.B., che consente la stipula del mutuo attraverso un solo negozio giuridico accedendo al meccanismo del versamento della somma erogata su un deposito cauzionale in attesa anche del consolidamento dell'ipoteca, rendendo peraltro una motivazione contraddittoria, ma ha altresì violato: (a) gli artt. 2700, 2730 e 2732 c.c., privando di fede pubblica la dichiarazione di quietanza contenuta nell'atto notarile (che fa piena prova fino a querela di falso di quanto in esso contenuto e della provenienza delle dichiarazioni in esso contenuto) e che ha efficacia di confessione stragiudiziale, revocabile esclusivamente mediante la prova che la stessa sia stata determinata da errore di fatto o da violenza, (b) l'art. 2967 c.c., avendo onerato la Banca, che deve esclusivamente provare l'erogazione (prova fornita non solo mediante l'art. 1 di cui all'atto pubblico di mutuo, ma anche mediante il deposito dell'estratto contabile del mutuo con l'indicazione delle rate versate dalla parte mutuataria e di quelle rimaste insolute, che evidentemente attestano che le somme mutate sono state erogate) e non anche l'assenza di fatti ostativi all'utilizzazione delle somme (come invece ha fatto il primo Giudice nel caso di specie, configurandosi un'illegittima inversione dell'onere della prova); (c) l'art. 115 non avendo mai le parti opponenti negato l'erogazione delle somme, (d) l'art. 116 c.p.c. non avendo il Tribunale correttamente valutato gli elementi di prova forniti dalla Banca a sostegno della natura esecutiva del mutuo (estratto contabile del mutuo con evidenza delle rate versate e di quelle rimaste insolute, di cui gli oppositori non hanno contestato la validità ed efficacia probatoria, in cui a pag. 4 è altresì indicata la data di erogazione (*rectius*, svincolo) delle somme - 5/4/2004 - all. 2 alla seconda memoria istruttoria e atto di rinegoziazione del mutuo).

Ciò, nonostante la Banca avesse eccepito sin dalla sua costituzione in giudizio l'infondatezza dell'avversa eccezione quanto all'inidoneità del contratto di mutuo del 19/4/2004 a costituire titolo esecutivo, atteso che la norma contrattuale indicata dagli oppositori al fine di sorreggere le proprie argomentazioni era stata erroneamente interpretata, poiché l'art. 2 del contratto di mutuo "*enuncia soltanto le modalità per usufruire a tutti gli effetti della somma mutuata, la cui erogazione si è perfezionata.*

Successivamente, tra l'altro, il mutuo è stato rinegoziato, con documento sottoscritto dai debitori (All. 3), ma i debitori sono stati anche messi in mora per il mancato pagamento di euro 113.508,03 quale capitale a scadere, a fronte di un mutuo di Euro 145.000,00, con lettera del 29 luglio 2014 (All. 4)" pagg. 7-8 comparsa di costituzione, ma si veda anche quanto ribadito in comparsa conclusoriale, laddove la Banca ha ribadito che "In ogni caso, si ribadisce quanto affermato nei precedenti scritti difensivi, e precisamente: del tutto infondata appare la doglianza di parte attrice secondo la quale non si sarebbe verificata la traditio di denaro atta a far ritenere che il mutuatario



abbia acquisito la mera disponibilità giuridica della somma, essendo detta somma solo apparentemente uscita dalla disponibilità della Banca per entrare in quella del mutuatario.

Non è andata così.

Parte opponente baserebbe la propria argomentazione su di un'erronea interpretazione dell'art. 2 del mutuo (All. 2 alla comparsa di costituzione e risposta) nel quale, tra l'altro si legge: "La relativa somma sarà resa disponibile per la parte mutuataria soltanto quando la stessa avrà fornito la predetta dimostrazione e avrà adempiuto alle suddette condizioni e comunque non prima di 10 giorni dalla data dell'iscrizione ipotecaria".

Sfugge alla controparte che, non solo, detta parte mutuataria ha ricevuto la somma dalla Banca, rilasciandone dichiarazione anche nel contratto di mutuo, validato dal Notaio (art. 1 ultimo comma), ma che l'art. 2 del suddetto emuncia soltanto le modalità per usufruire a tutti gli effetti della somma mutuata, la cui erogazione si è comunque indiscutibilmente perfezionata.

L'art. 2 disciplina i casi di risoluzione anticipata del contratto di mutuo da parte della Banca laddove, per qualche motivo, non si verificassero le condizioni ivi descritte.

Si tenga presente, in ogni caso, che il mutuo è stato, tra l'altro, successivamente rinegoziato, con documento sottoscritto dai debitori, (All. 3 alla comparsa di costituzione e risposta), e che i debitori sono stati anche messi in mora per il mancato pagamento di Euro 113.508,03 quale capitale a scadere, a fronte di un mutuo di Euro 145.000,00, con lettera del 29 luglio 2014 (All. 4 alla comparsa di costituzione e risposta).

Ciò a dimostrazione che essi avevano iniziato a rimborsare alcune rate, di un mutuo la cui somma era stata loro, evidentemente, consegnata, perfezionando così il contratto" pagg. 8-9 comparsa conclusionale). In particolare si impugna la seguente parte della motivazione: "deve ritenersi che il contratto di mutuo stipulato dalle parti non goda dell'efficacia di titolo esecutivo per difetto dei requisiti di cui all'articolo 474 c.p.c. - L'accertamento dell'idoneità del contratto di mutuo a fungere da titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., poggia sulla verifica che lo stesso 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 (Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2015, n. 17194). Il trasferimento dell'immediata disponibilità giuridica della somma mutuata si realizza non solo mediante la materiale e fisica tradito di denaro nelle mani del mutuatario ma anche attraverso la semplice creazione di un autonomo titolo di disponibilità in favore di quest'ultimo e la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore"(cfr sentenza citata). La consegna, quale elemento costitutivo della fattispecie contrattuale in esame, non si configura più solo in termini materiali, essendo sufficiente che il mutuatario acquisisca la disponibilità giuridica della somma. La consegna, quindi, si presenta come creazione di autonomo titolo di disponibilità giuridica della somma mutuata in favore del mutuatario. La natura reale del contratto, inoltre, non può essere messa in dubbio dalla circostanza che il mutuo non contenga in sé la prova della consegna delle somme, ma sia integrato da successivo atto di erogazione e quietanza, in quanto: "l'esistenza di un separato atto di quietanza non è di per sé indice inequivoco di una semplice promessa di dare a mutuo o comunque di un contratto di mutuo di natura consensuale e non reale [in quanto], per poter verificare se il contratto in esame abbia o meno natura reale, esso non può essere esaminato atomisticamente ma deve essere esaminato e interpretato congiuntamente con gli altri atti accessori, che realizzano concretamente ed operativamente il conferimento ad altri della disponibilità giuridica attuale di una somma di denaro da parte del mutuante, ovvero, [...] congiuntamente con l'atto di quietanza". Nel caso di specie, ancorché la



somma mutuata sia stata dichiarata come erogata e quietanzata, solo prima facie risulta erogata dall'Istituto di credito alla parte opposta ma la stessa è stata costituita, presso la stessa banca mutuante, in deposito cauzionale a garanzia dell'adempimento di tutte le condizioni poste a carico della medesima parte finanziata. La somma di denaro, pertanto, risultando vincolata e giacente presso la banca, non poteva certamente ritenersi disponibile per il mutuatario e, conseguentemente, doveva escludersi la configurabilità di un titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., non essendo stato poi riprodotto in un successivo atto, avente i requisiti di forma, l'accertamento del verificarsi delle condizioni subordinanti l'effettiva e immediata disponibilità e lo svincolo della stessa. Nè vale a sostituire tale adempimento l'avvenuta rinegoziazione del mutuo avvenuta per semplice scrittura privata la quale ha effetti negoziali ma non costituisce titolo esecutivo.

Qualora il contratto di mutuo, pur se stipulato con atto pubblico notarile, preveda che la somma mutata sia rimasta indisponibile in deposito cauzionale presso la banca mutuante sino al verificarsi di condizioni future ed incerte, quindi, rimesse anche in parte alla volontà della parte mutuataria, deve concludersi che il contratto, che, per definizione, dovrebbe essere reale, in realtà è condizionato, difetta della immediata consegna da intendersi come immediata immissione nella disponibilità giuridica della somma mutuata e quindi posticipa necessariamente ad un momento futuro ed incerto il perfezionamento negoziale, dando vita ad un mutuo condizionato in cui lo svincolo delle somme sia rimesso alla disponibilità del mutuante. Nonostante l'avvenuta apparente consegna delle somme il mutuante non poteva disporne, essendo il denaro vincolato, non per un interesse proprio del mutuatario, ma del mutuante. In tale contesto, il contratto di mutuo condizionato, pur recando la forma dell'atto pubblico, è inidoneo ad assumere l'efficacia di titolo esecutivo, giacché non documenta un credito dotato dei requisiti di certezza" (doc. 2).

In relazione a tutte queste considerazioni critiche la banca appellante ha chiesto la riforma della sentenza impugnata, onde vedere accertato e dichiarato che il mutuo dedotto in giudizio non era un mutuo condizionato, ma costituiva valido titolo esecutivo e tale da supportare l'azione esecutiva minacciata con la notifica del precetto opposto.

L'appello è fondato.

Ritiene il Collegio, invero, che la sentenza appellata sia errata e non condivisibile in quanto ha negato la natura di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. ad un contratto di mutuo redatto per atto pubblico, nel quale la parte mutuataria aveva dichiarato di aver ricevuto la somma erogata dalla banca e ne aveva dato ampia e liberatoria quietanza (art. 1 contratto di mutuo), essendo irrilevante la successiva costituzione delle somme erogate in deposito cauzionale infruttifero fino al verificarsi di alcune condizioni, sia in quanto la quietanza è stata dalla parte mutuataria rilasciata nell'atto di mutuo redatto per atto pubblico (art. 1 contratto), che fa piena prova di quanto in esso contenuto, fino a querela di falso (che non risulta essere stata proposta dalle parti appellate), sia in quanto la quietanza rilasciata in atto pubblico ha valore di confessione stragiudiziale, sia in quanto il tribunale, basandosi sull'erronea prospettazione avversaria, non ha correttamente interpretato l'art. 2 del contratto di mutuo, che prevedeva che sulla somma vincolata in deposito cauzionale gli interessi sarebbero decorsi dal momento dello svincolo delle somme, omettendo altresì di valutare correttamente la documentazione versata dalla Banca (rinegoziazione del mutuo e prospetto delle rate pagate e di quelle insolte depositato con la seconda memoria istruttoria). In tal modo il Tribunale ha altresì erroneamente interpretato la volontà dei contraenti, atteso che la parte mutuataria, rilasciando la quietanza liberatoria, aveva inteso dare atto dell'erogazione delle somme (che poi sono state costituite dalla stessa mutuataria in deposito cauzionale). Inoltre il Tribunale ha erroneamente applicato l'art.



Sentenza n. 8198/2021 pubbl. il 13/12/2021

RG n. 8604/2018

Report. n. 7909/2021 del 13/12/2021

2967 c.c. in materia di onere della prova, avendo ritenuto che spettasse alla Banca, anziché alla parte mutuataria, provare l'inesistenza di fatti ostativi all'utilizzazione delle somme mutate ed erroneamente applicato gli artt. 115 e 116 c.p.c., poiché ha escluso la natura di titolo esecutivo del mutuo sulla base della mera prospettazione degli opposenti della carenza dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c., senza tuttavia avvedersi, da un lato, che nessuna contestazione sull'erogazione della somma era stata effettuata dagli stessi, dall'altro, che il pagamento delle rate da parte della mutuataria (documentato con il deposito dell'all. 2 di parte opposta) aveva provato l'erogazione delle somme (a pag. 4 del prospetto depositato con la seconda memoria istruttoria era espressamente indicata la data di erogazione / svincolo - al 5/5/2004), così come tale prova era stata fornita dal successivo atto di rinegoziazione (il cui scopo, appare evidente, era quello di rinegoziare la restituzione del già avvenuto prestito di somme in base ad un mutuo già effettivamente erogato).

Preliminarmente va rilevato che, come statuito dalla Suprema corte di Cassazione, in sede di opposizione all'esecuzione 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. 2011 n. 16610 "L' opposizione all'esecuzione a norma dell'art. 615 cod. proc. civ. si configura come accertamento negativo della pretesa esecutiva del creditore procedente che va condotto sulla base dei motivi di opposizione proposti, che non possono essere modificati dall'opponente nel corso del giudizio. 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").

Circa la idoneità del contratto di mutuo a costituire titolo esecutivo va rilevato che il contratto di mutuo, trattandosi di contratto "reale", si perfeziona con la consegna della somma mutuata, insorgendo solo da tale momento l'obbligo di rimborso in capo al mutuatario. Ne deriva che in tanto il contratto di mutuo possa ritenersi titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 comma 2 n. 3 c.p.c. in quanto risulti l'effettiva dazione della somma nelle forme previste dalla norma citata.

Con specifico riferimento all'idoneità del contratto mutuo a fungere da titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, co. 2, n. 2 (se stipulato nella forma della scrittura privata autenticata) o 3 (se stipulato con atto pubblico) c.p.c., si tratta dunque di verificare, conformemente a quanto statuito dalla Suprema Corte di cassazione, attraverso la sua interpretazione 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 ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge (Sentenza n. 17194 del 27 agosto 2015).

Al fine di verificare, dunque, se il contratto di mutuo, posto a fondamento della intrapresa esecuzione possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., per quanto sopra richiamato, 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



Sentenza n. 8198/2021 pubbl. il 13/12/2021

RG n. 8604/2018

Repert. n. 7909/2021 del 13/12/2021

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.

La realtà del mutuo non si configura esclusivamente mediante la materiale e fisica traditio del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente la creazione di un autonomo titolo di disponibilità in favore di quest'ultimo e la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore. Sono questi i principi che la Corte di Cassazione ha espresso, rifacendosi a propria precedente giurisprudenza, con la sentenza del 27 agosto 2015 n.17194.

Com'è noto, l'art. 474 c.p.c. dispone che l'esecuzione forzata non possa aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo, per un diritto certo, liquido ed esigibile.

La tradizionale "realtà" del contratto di mutuo, considerati i tempi della "dematerializzazione" dei valori mobiliari e della loro sostituzione con annotazioni contabili, non sembra però messa in discussione dalla Cassazione, la quale ha tradizionalmente affermato la "consegna" resta elemento costitutivo del contratto, ma questa non si configura più solo come materiale e fisica traditio del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente che questi ne acquisisca la disponibilità giuridica.

In altri termini, la consegna si atteggia quale creazione di un autonomo titolo di disponibilità giuridica in capo al mutuatario.

Né inficia tale ragionamento la circostanza che il contratto di mutuo non contenga in sé la prova della consegna delle somme, ma sia integrato da successivo atto di erogazione e quietanza.

Proprio su questo punto la giurisprudenza si è pronunciata nel senso che l'esistenza di un separato atto di quietanza non è di per sé indice inequivoco di una semplice promessa di dare a mutuo o comunque di un contratto di mutuo di natura consensuale e non reale in quanto, per poter verificare se il contratto in esame abbia o meno natura reale, esso non può essere esaminato atomisticamente ma deve essere esaminato e interpretato congiuntamente agli altri atti accessori, che realizzano concretamente ed operativamente il conferimento ad altri della disponibilità giuridica attuale di una somma di denaro da parte del mutuante ovvero con l'atto di quietanza.

Nell'impianto motivazionale della decisione, tuttavia, traspare la necessità di distinguere due piani differenti: da un lato, quello relativo alla realtà del mutuo ed all'idoneità della separata quietanza a costituire elemento perfezionativo del contratto e, dall'altro, quello relativo all'idoneità del contratto di mutuo così perfezionato a costituire titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c..

Sul punto non può farsi a meno di notare come la Cassazione richiami precisi criteri affinché possa dirsi integrata la c.d. traditio, quando afferma che *"il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, 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"* (cfr. già Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116 e 15 luglio 1994, n. 6686; nonché Cass. n. 2483 del 2001, Cass. 5 luglio 2001, n. 9074 e 28 agosto 2004, a 17211; e poi anche Cass. 3 gennaio 2011, n. 14).

Tanto al fine di rispettare la stessa normativa cardine in materia di esecuzione forzata, ovverosia il già richiamato art. 474 c.p.c. e verificare se effettivamente il contratto azionato dal creditore possa o meno incorporare o fornire la prova di un credito "certo, liquido ed esigibile" (che altro non può voler dire se non che chi ha dato a prestito ad altri da questi chiede la restituzione di quanto prestato).



Pertanto il principio da cui occorre partire è quello secondo il quale il contratto di mutuo è un contratto reale che si perfeziona con la consegna della somma data in mutuo, elemento costitutivo del contratto; il momento perfezionativo del negozio coincide con la c.d. traditio, ossia con la consegna del denaro al mutuatario che ne acquista la proprietà, ovvero, come modalità alternativa ed equipollente della traditio, con il conseguimento della disponibilità giuridica per effetto della creazione da parte del mutuante di un autonomo titolo di disponibilità tale da determinare l'uscita della somma dal patrimonio del mutuante e l'acquisizione della medesima al patrimonio del mutuatario; in caso di mutuo cd. condizionato, al fine di accertare se esso possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, mediante la sua interpretazione integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente (e come nel nostro caso avvenuto in concreto), se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata e che entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione e/o quietanza, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge (conformemente la più recente Cass. civ. [ord.], sez. I, 27-10-2017, n. 25632: *"Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali"*; nel caso esaminato dalla Corte di cass. il tribunale aveva negato alla banca l'ammissione allo stato passivo fallimentare, ritenendo che le somme mutate, essendo state sottoposte a vincolo dall'istituto di credito, non fossero state effettivamente erogate; la suprema corte ha cassato la decisione, chiarendo che al mutuante compete provare di aver erogato al mutuatario le somme pattuite, ma non gli compete provare l'inesistenza di fatti ostativi alla loro utilizzazione, verificandosi altrimenti una ingiustificata inversione dell'onere della prova).

Nel caso del mutuo erogato dalla [REDACTED], risulta:

- l'art. 1 del contratto di mutuo del 19.4.2004 prevede quanto segue: *"La Banca concede a titolo di mutuo ai sensi dell'art.38 e seguenti del d.lgs 1.settembre 1993 n. 385 e alla condizioni appresso indicate un mutuo di €. 145.000,00 ... alla parte mutuataria, che accetta per lo scopo indicato nelle premesse.*

La parte mutuataria dichiara di aver ricevuto dalla banca la predetta somma rilasciandone con il presente atto ambia e liberatoria quietanza";

- l'art. 2 prevede che *"La parte mutuataria consegna alla banca l'intera somma mutuata perché venga costituita in deposito cauzionale infruttifero presso la banca stessa a garanzia della documentale dimostrazione della inesistenza sugli immobili ipotecati di iscrizioni, privilegi o trascrizioni pregiudizievoli all'ipoteca iscritta in dipendenza del contratto di mutuo, nonché a garanzia dell'adempimento delle altre condizioni stabilite nel contratto di mutuo stesso e comunque a garanzia della restituzione della somma erogate ove intervenga risoluzione del contratto di mutuo a norma del successivo comma del presente articolo"*.

Quest'ultimo articolo (art. 2) prosegue fissando che *"La relativa somma sarà resa disponibile per la parte mutuataria soltanto quando la stessa avrà fornito la predetta dimostrazione e avrà adempiuto alle suddette condizioni e comunque non prima di 10 giorni dalla data dell'iscrizione ipotecaria"*.

Ebbene tutto questo convalida quanto detto in precedenza perché v'è prova dell'erogazione delle somme agli appellati mutuatari (rilasciandone dichiarazione di quietanza anche nel contratto di mutuo



rogitato dal Notaio), anche perchè la seconda parte del citato art. 2 enuncia soltanto le modalità per usufruire a tutti gli effetti della somma mutuata, la cui erogazione si era già perfezionata.

L'art. 2, a ben vedere, disciplinava i casi di "immediata" (anticipata) risoluzione del contratto di mutuo da parte della Banca in presenza di ben precise condizioni tutte riguardanti lo stato giuridico del bene immobile al cui acquisto era stata finalizzata l'erogazione del mutuo e l'iscrizione ipotecaria della banca (che è evidente doveva essere "libero" da pesi ed oneri pregiudizievoli per poter garantire la mutuante in caso di inadempimento del mutuatario nel pagamento delle rate di mutuo come pattuite nel piano di ammortamento una volta che l'esecuzione del contratto di mutuo aveva avuto regolare inizio).

A tal riguardo non può essere nemmeno trascurato che – dopo l'avvenuta esecuzione del mutuo con l'erogazione delle somme e gli iniziali pagamenti delle rate restitutorie (a comprova dell'avvenuta liberazione del vincolo cauzionale) - il mutuo in questione venne in seguito rinegoziato, con documento sottoscritto dai debitori, (All. 3 alla comparsa di costituzione e risposta della banca), e che i debitori erano stati anche messi in mora per il mancato pagamento di Euro 113.508,03 quale capitale residuo, a fronte di un mutuo di Euro 145.000,00, con lettera del 29 luglio 2014 (All. 4 alla comparsa di costituzione e risposta della banca).

Ciò a dimostrazione che essi avevano iniziato a rimborsare alcune rate, di un mutuo la cui somma era stata loro, evidentemente, consegnata, perfezionando così il contratto "reale" di mutuo.

Pertanto, ferma restando la validità del negozio giuridico ed il relativo diritto della banca ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione restitutoria dei debitori, al contratto di mutuo stipulato il 19.4.2004 va riconosciuta efficacia di titolo esecutivo, legittimante la facoltà di dar luogo all'esecuzione forzata ex art. 474 c.p.c., senza alcuna necessità per potersi procedere all'esecuzione coattiva, di un preventivo accertamento giudiziale, esterno al procedimento esecutivo, dell'effettiva esistenza del quantum erogato e del conseguente obbligo restitutorio.

L'opposizione a suo tempo proposta dagli attuali appellati, quindi, va rigettata e, per l'effetto, va accertato che la banca appellante ha il diritto di procedere ad esecuzione costituendo il mutuo fondiario stipulato in data 19.0.2004 con atto a rogito [REDACTED], rep.8688 - titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474. c.p.c.

L'accoglimento dell'appello ed il rigetto dell'opposizione sotto il profilo della inesistenza del titolo esecutivo assorbe tutti gli ulteriori motivi posti dalle parti già opposenti (e comunque in questa sede non riproposti).

I soccombenti appellati vanno condannati, in solido, al pagamento delle spese dei due gradi del giudizio, a favore della appellante, liquidate tenuto conto del valore della controversia e delle attività e del pregio delle compiute dal procuratore della parte vittoriosa nel presente giudizio secondo i parametri ministeriali attualmente in vigore (d.m. 10.3.2014 n.55 aggiornati col d.m. 37/2018) che, per le cause avanti al Tribunale consentono un compenso totale €. 13.440,00 (oltre le spese vive documentate e le spese generali forfettarie) così determinato:

- scaglione di valore in questa causa è quello tra € 52.000,01/260.000,00;
- fasi processuali tenutesi in questo grado: n.1 (studio controversia) +n.2. (introduttiva) + n.3 (trattazione/istruttoria) + n.4 (decisoria);
- importi applicati (medi);

e per la causa avanti la Corte di Appello consentono un compenso totale €. 9.515,00 (oltre le spese vive documentate e le spese generali forfettarie) così determinato:



Sentenza n. 8198/2021 pubbl. il 13/12/2021
RG n. 8604/2018
Repert. n. 7909/2021 del 13/12/2021

- scaglione di valore in questa causa è quello tra € 52.000,01/260.000,00;
- fasi processuali tenutesi in questo grado: n.1 (studio controversia) +n.2. (introduttiva) +n.4 (decisoria);
- importi applicati (medi).

P. Q. M.

La Corte, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, così decide sull'appello avverso la sentenza del Tribunale di Roma depositata in data 21.06.2018 con il N. 12696/2018, proposto da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED]

a) in accoglimento dell'appello, ed in totale riforma della sentenza appellata, rigetta l'opposizione proposta dai sigg.ri [REDACTED], nei confronti del precetto notificato in data 14/09-04/10/2015 dalla [REDACTED] (intimante il pagamento della complessiva somma di € 167.236,43 oltre interessi di mora fino al successivo soddisfo);

b) Condanna [REDACTED], in solido tra loro, alla rifusione delle spese sostenute dalla [REDACTED] nel primo grado di giudizio, liquidando il compenso professionale in totali € 13.440,00 (oltre al rimborso forfettario delle spese generali pari al 15% del liquidato compenso), con l'IVA ed il CAP come per legge;

c) Condanna gli appellati [REDACTED], in solido tra loro, alla rifusione delle spese sostenute dalla appellante [REDACTED] nel presente grado di giudizio, liquidando il compenso professionale in totali € 9.515,00 e per spese € 1.165,50 (oltre al rimborso forfettario delle spese generali pari al 15% del liquidato compenso), con l'IVA ed il CAP come per legge.

Così decisa in Roma il 6.12.2021.

Il Presidente, estensore
(dr. Giuseppe Lo Sinno)

Firmato Da: GIUSEPPE LO SINNO Emesso Da: ARUBAPEC EU QUALIFIED CERTIFICATES CA G1 Serial#: 5610c9e40754c7e



Firmato Da: I AI RETI GIOVANNA Emesso Da: ARUBAPEC EU QUALIFIED CERTIFICATES CA G1 Serial#: 5610c9e40754c7e