



TRIBUNALE DI PISTOIA

Ufficio Esecuzioni Immobiliari

N. [REDACTED] 2017 R.G.Es.

Il giudice dell'esecuzione, dott. [REDACTED]

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 14.2.2019;

osserva

L'opponente ha chiesto la sospensione dell'esecuzione ex art. 615 c. 2 cpc eccependo l'inesistenza di un titolo esecutivo in ragione dell'assenza di una immediata "disponibilità giuridica" della somma mutuata in capo al mutuatario.

La questione posta a questo Giudice è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza, di legittimità (v. Cass. ord. n. 25632 del 27/10/2017, C. 17194/15 nonché Cass.14270/11 che richiama Cass.11116/92; Cass. 6686/94; Cass. 9074/01; Cass. 17211/04) che è pervenuta all'affermazione dei 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;



- 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 (C. 25569/2011) o di un assegno circolare intestato alla parte mutuataria e alla stessa consegnato (Cass. 14/2011);
- si è anche ritenuto che costituisca titolo esecutivo il mutuo fondiario 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;
- è configurabile una *traditio rei*, nei termini sopra esposti di conseguimento di una disponibilità giuridica in capo ai mutuatari, qualora l'importo erogato venga contestualmente costituito in deposito;
- che 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;
- che 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. ████████ 6) *“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”;

Nel caso in esame l'art. 5 del contratto di mutuo, redatto in forma di atto pubblico, prevedeva: *“L'erogazione del mutuo verrà effettuata da parte della Cassa mutuante dopo aver ricevuto la polizza di assicurazione contro i rischi dell'incendio, scoppio del gas e caduta del fulmine, tre copie autentiche del contratto, di cui una in forma esecutiva, e la nota di iscrizione ipotecaria 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 e disponibilità degli immobili ipotecati non siano risultate formalità pregiudizievoli iscritte o trascritte 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 dai successivi artt. 11 e 12.*

La parte mutuataria autorizza sin d'ora la Cassa ad effettuare l'erogazione del mediante accreditamento sul conto corrente n. [REDACTED] acceso presso la filiale di



██████████ della ████████a stessa, rilasciando fin d'ora ampia e liberatoria quietanza della somma in tal modo corrisposta...”.

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 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.

La risposta, applicando i criteri sopra esposti, non può che essere negativa. Nel contratto si afferma espressamente (sia nelle premesse che nell'art. 5) che la somma mutuata non viene erogata ma lo sarà solo al verificarsi delle condizioni indicate in contratto. E' poi pacifico tra le parti che l'erogazione sia avvenuta il 23.4.2004, e quindi venticinque giorni dopo la stipula del mutuo. 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. Deve quindi affermarsi che il contratto concluso tra le parti il 29.3.2004 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 senso dell'atto di quietanza) ma "*fin d'ora*" dà quietanza della somma che riceverà, al verificarsi delle condizioni pattuite, dalla banca. La dichiarazione del mutuatario non è, quindi, idonea ad attribuire valenza di titolo esecutivo al contratto apparendo una formula di stile, contraddittoria con le clausole che sottopongono a condizione il trasferimento delle somme al mutuatario. Ovviamente l'effettiva erogazione della somma mutuata è questione che non rileva in questa fase in cui si discute della sussistenza o meno di un titolo esecutivo e non del diritto di credito.



Va sottolineato che a tali conclusioni questo Tribunale è già pervenuto, in sede di reclamo ex art. 624 c. 2 cpc, valutando un contratto di mutuo che conteneva una clausola avente l'identico tenore di quella del mutuo in esame (v. Trib. Pistoia, ord. in sede di reclamo, dep. 2.11.2017, [REDACTED]).

Alla stregua delle suesposte considerazioni, che appaiono assorbenti rispetto agli altri motivi di opposizione, l'istanza di sospensione dell'esecuzione va, dunque, accolta con fissazione del termine per l'introduzione del giudizio di merito.

P.Q.M.

In accoglimento dell'istanza, sospende l'esecuzione immobiliare n. [REDACTED].

Assegna il termine di 60 giorni per l'eventuale introduzione di [REDACTED] giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo a cura della parte interessata, salva la riduzione dei termini a comparire della metà.

Si comunichi alle parti, al professionista delegato e al custode.

Pistoia, 14.2.2019

Il G.E.

Dott. [REDACTED]

