

# Efficacia esecutiva del cosiddetto “mutuo condizionato”

**Autore:** Lorenzo Crocini

**In:** Diritto civile e commerciale

di MATTIA CHERICI e LORENZO CROCINI

**SOMMARIO: 1. Il contratto di mutuo. - 2. Il mutuo e l'esecuzione forzata - 3. I principali orientamenti giurisprudenziali in ordine alla efficacia di titolo esecutivo del cosiddetto “mutuo condizionato”.**

## Il contratto di mutuo.

Il mutuo è un contratto di finanziamento disciplinato, nei suoi aspetti essenziali, dagli **artt. 1813 e ss.** del Codice Civile.

Mediante il contratto di mutuo, “una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità”.

Nella sua configurazione legal-tipica (art. 1815 c.c.), il mutuo è naturalmente oneroso sicché, salva diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante, per la determinazione dei quali si osserva l'art. 1284 c.c.. Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è ora nulla e non sono dovuti interessi, a seguito della novella recata dall'art. 4 l. 7.3.1996, n. 108, anteriormente alla quale erano invece dovuti gli interessi al saggio legale.

La giurisprudenza, così come la dottrina dominante, qualifica il contratto di **mutuo come un contratto reale** che pertanto si perfeziona in virtù, non del solo **consenso** legittimamente prestato dalle parti, ma anche della **consegna** del bene oggetto del contratto (traditio rei).

Per le sue caratteristiche strutturali, inoltre, il mutuo può essere qualificato come contratto di durata, poiché, da un lato, l'interesse delle parti si realizza attraverso un'utilità divisibile che si distribuisce nel tempo e, dall'altro, vi è un'attitudine del negozio a realizzare la sua funzione in maniera durevole. In altri termini, l'obbligazione restitutoria è necessariamente e strutturalmente differita in un tempo posteriore a quello in cui il contratto si perfeziona.

Accanto alla figura generale disciplinata dal Codice, il legislatore individua ulteriori forme nella normativa

speciale, in particolare notevole rilevanza riveste il **mutuo fondiario** previsto nel Testo Unico Bancario. Ai sensi dell'**art. 38 TUB**, il mutuo fondiario ricorre in presenza di un finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su beni immobili, concessa contestualmente alla stipula del contratto.

La Banca d'Italia determina il limite massimo dell'ammontare che le banche possono concedere per finanziare l'acquisto di beni immobili. Tale limite è fissato nella misura dell'80% del valore del bene ipotecato, che può essere innalzato al 100% soltanto in presenza di ulteriori garanzie, oltre l'ipoteca, prestate dal mutuatario (quali fideiussioni bancarie e assicurative, pegni su titoli, cessioni del quinto).

Ai sensi dell'**art. 39, comma 2, TUB** la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro possono formare oggetto di atti separati. In questo caso, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue, a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti; in tal caso, l'ipoteca iscritta fa collocare nello stesso grado gli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa.

A garanzia della stabilità del mutuo fondiario, rileva l'**art. 39, comma 4, TUB** ai sensi del quale le ipoteche poste a garanzia di mutui fondiari non subiscono la revocatoria fallimentare nel caso in cui siano state iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

## **Volume consigliato**

## **Il mutuo e l'esecuzione forzata.**

Il contratto di mutuo, ove rispetti i requisiti delineati dall'**art. 474 c.p.c.**, può costituire un valido titolo esecutivo idoneo pertanto a fondare l'esercizio dell'azione esecutiva.

Il titolo esecutivo è, infatti, la fattispecie da cui sorge l'effetto giuridico dalla tutelabilità esecutiva del diritto sostanziale e costituisce il presupposto necessario e sufficiente dell'azione esecutiva.

I titoli esecutivi disciplinati dall'art. 474 c.p.c. nonché dalla legislazione speciale, sono documenti ed atti di natura eterogenea che hanno in comune la caratteristica di offrire un certo grado di certezza in ordine alla sussistenza del diritto del creditore precedente o intervenuto, a fronte del quale il legislatore attribuisce loro una posizione di "vantaggio processuale" rispetto al debitore, consentendogli di attivare l'esecuzione forzata sui beni di quest'ultimo.

Il titolo esecutivo svolge quindi la funzione di individuare e documentare il diritto del quale al giudice dell'esecuzione verrà chiesta l'attuazione, senza che vi sia la necessità di una verifica del contenuto del titolo medesimo.

L'art. 474 c.p.c., al primo comma, sancisce che **l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.**

- Per "certezza" deve intendersi la precisa individuazione del diritto, il quale deve emergere esattamente e compiutamente, nel proprio contenuto e nei propri limiti dal relativo provvedimento giurisdizionale o atto negoziale.
- Con il termine "liquidità" del diritto si fa, invece, riferimento alla circostanza che il credito è costituito da un ammontare determinato oppure determinabile attraverso un semplice calcolo aritmetico in base agli elementi certi e positivi che risultano dallo stesso titolo.
- Infine, con "esigibile" si intende quel credito non sottoposto a termine o condizione e rispetto al quale sono assenti impedimenti che ne compromettano l'esercizio.

Al secondo comma la norma individua gli atti e documenti utilizzabili come titoli esecutivi, che possono essere classificati ed ordinati in due categorie, rispettivamente i titoli esecutivi giudiziali e quelli stragiudiziali.

In particolare sono titoli esecutivi:

1. le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;
2. le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;
3. gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

Generalmente, il contratto di **mutuo** riveste forma di **atto pubblico** trattandosi di negozio cui accede di

solito come garanzia l'ipoteca. In linea di principio, quindi, il contratto ricevuto da notaio **può rappresentare un titolo esecutivo.**

Essendo il mutuo un contratto reale, ai fini del perfezionamento, è **necessario verificare che si sia prodotta la consegna o traditio del bene.**

Quest'ultimo requisito, in un contesto come quello attuale di progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e loro sostituzione con annotazioni contabili, è da intendersi secondo la giurisprudenza, ormai consolidata, della Suprema Corte, non esclusivamente quale trasferimento materiale e fisico di denaro nelle mani del mutuatario, ma anche quale **trasmissione della disponibilità giuridica della delle somme mutate.**

Segnatamente, 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 .[1]

Nella pratica degli affari, accanto all'ipotesi in cui all'interno dello stesso contratto di mutuo le parti si diano reciprocamente atto che la somma oggetto del mutuo è stata consegnata dal mutuante al mutuatario, specificando le modalità di tale consegna (che possono andare dall'accredito dell'importo su un conto corrente alla consegna di assegni circolari, alla ormai recessiva consegna del denaro in contanti), può affiancarsi la redazione e autonoma sottoscrizione di un apposito atto di erogazione e quietanza, o di semplice quietanza a saldo, atto formalmente autonomo e distinto rispetto al mutuo, talvolta neppure contestuale alla conclusione del mutuo ma di poco successivo.

Con riferimento al credito fondiario inoltre la legge prevede che la stipulazione del contratto e l'erogazione del danaro possano formare oggetto di atti separati (**art. 39, comma 2, TUB**), scindendo espressamente il momento della prestazione del consenso delle parti dal momento della consegna del danaro, che avviene in una fase successiva

Tenuto conto di questi elementi, per poter verificare se il contratto in esame si sia in effetti perfezionato secondo la propria natura reale, esso non può essere **esaminato** atomisticamente ma deve essere considerato e **interpretato congiuntamente agli altri atti accessori**, che realizzano concretamente e operativamente il conferimento ad altri della disponibilità giuridica attuale di una somma di denaro da parte del mutuante.

L'**accertamento** demandato al giudice di merito non si potrà limitare alla **natura e all'effettivo contenuto del contratto, integrato con l'atto di quietanza a saldo**, ma dovrà contenere anche la

**verifica del requisito formale** richiesto affinché l'atto possa integrare la funzione di titolo esecutivo.[2]

## **I principali orientamenti giurisprudenziali in ordine alla efficacia di titolo esecutivo del cosiddetto “mutuo condizionato”.**

Nella prassi bancaria accade spesso che il netto ricavo dell'importo concesso a mutuo sia trattenuto in “deposito cauzionale” infruttifero presso l'istituto mutuante, a garanzia dell'espletamento degli obblighi posti a carico del mutuatario in occasione della stipula del finanziamento. All'adempimento di tali obblighi, (ad es. verifica di valida iscrizione ipotecaria e priorità del grado ipotecario o produzione di documenti), è subordinato il successivo svincolo, in favore del mutuatario, delle somme erogate.

In questi casi, da una lettura complessiva delle clausole del mutuo, si ricava che, nonostante la formale dichiarazione di quietanza, la effettiva consegna della somma è differita ad un momento successivo in quanto l'importo erogato resta espressamente fuori dalla disponibilità del mutuatario, che si impegna a non prelevarla fino a quando non saranno posti in essere gli adempimenti elencati.

In giurisprudenza, si registrano indirizzi discordanti in ordine alla idoneità di tali tipologie di contratti a costituire dei validi titoli esecutivi.

Secondo un **primo** e numericamente prevalente **orientamento giurisprudenziale**, il “deposito cauzionale” delle somme erogate presso la banca e i connessi adempimenti a carico del mutuatario, fungerebbero da condizione sospensiva del perfezionamento del contratto, e porterebbero ad escludere la concreta disponibilità degli importi da parte del medesimo.

Mancherebbe pertanto il verificarsi della traditio delle somme, formalmente erogate ma ancora giacenti presso la banca e sottratte alla diponibilità del mutuatario, con la rilevante conseguenza operativa che il contratto di mutuo non costituirebbe un idoneo titolo esecutivo per promuovere un'azione esecutiva, per la carenza dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c..[3]

L'atto, che pur si riconosce perfettamente valido, non documenterebbe la sussistenza di un diritto di credito certo, liquido ed esigibile, atteso che con la costituzione del deposito cauzionale la somma resterebbe nei fatti, e sostanzialmente, nella disponibilità del mutuante, tanto che lo stesso potrebbe appropriarsene, in caso di mancato adempimento degli obblighi da parte del finanziato, senza ulteriori attività.[4]

Tale operazione non farebbe altro che procrastinare, nell'interesse della banca, la consegna del denaro, con conseguente rinvio del momento perfezionativo del contratto, essendo solo fittiziamente prevista la

messa a disposizione della somma.

Un **secondo orientamento**, numericamente minoritario ma preferibile, ritiene invece che la costituzione in deposito cauzionale delle somme erogate non ostacoli il conseguimento della disponibilità giuridica della somma mutuata da parte del mutuatario. È stato osservato che la costituzione in pegno o in deposito cauzionale presso la banca delle somme erogate è un atto di disposizione del mutuatario che, in tutta evidenza, presuppone giuridicamente che la somma sia entrata nella sua sfera giuridica di governo e di utilizzo. [5]

Con tale atto di disposizione, il mutuatario costituisce a favore del mutuante una garanzia provvisoria per le obbligazioni assunte ed a presidio finale di un obbligo restitutorio già formalmente sorto in ragione del giuridico transito delle somme dalla disponibilità della banca a quella del mutuatario.

L'istituto di credito si ritrova nel possesso delle somme finanziate non perché non ha provveduto a mutuarle, ma in virtù di un ulteriore ed 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, ovvero negando lo svincolo di tali somme e trattenendole a titolo definitivo.[6]

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. Ciò, quindi, presuppone necessariamente che il soggetto finanziato abbia ricevuto la disponibilità della somma oggetto di mutuo, dato che altrimenti non avrebbe potuto costituire tale importo in garanzia.

In definitiva, la costituzione del deposito cauzionale, anche all'interno del medesimo contratto di mutuo, anziché essere indice del difetto di traditio, dimostra, al contrario, che il mutuatario ha ottenuto la disponibilità giuridica della somma erogata e che (proprio in virtù di tale disponibilità giuridica) ha riconsegnato tale somma al mutuante in garanzia dell'adempimento degli obblighi contrattuali.

In quest'ottica, il mancato verificarsi degli adempimenti posti a carico del mutuatario rappresenterà una condizione risolutiva, e non invece sospensiva, dell'efficacia del contratto di mutuo, evidentemente già perfezionatosi.[7]

Alcune pronunce hanno poi individuato, quale ulteriore indice idoneo a comprovare l'avvenuta traditio, il pagamento, da parte del mutuatario, di alcuni ratei del finanziamento, circostanza che impedisce di dubitare dell'effettiva acquisizione della somma data a mutuo ed inizialmente accreditata come deposito cauzionale sub condizione.[8]

Infine, anche la Corte di Cassazione sembra aderire a questo ultimo orientamento quando afferma che è infondato l'argomento 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 in quanto non realizzerebbe la disponibilità giuridica equivalente della traditio della somma. [9]

## Volume consigliato

### Note

[1] cfr. Cass. Civ. 12 ottobre 1992, n. 11116; Cass. Civ. 15 luglio 1994, n. 6686; Cass. Civ. 5 luglio 2001, n. 9074; Cass. Civ. 28 agosto 2004, n. 17211; Cass. Civ. 3 gennaio 2011, n. 14

[2] Cass. Civ. 27 agosto 2015, n. 17194: **"Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'articolo 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"**.

[3] Trib. Ancona 5 agosto 2019; Trib. Vallo della Lucania 23 luglio 2019; Trib. Cassino 16 maggio 2019; Trib. Tivoli 5 aprile 2019; Trib. Tivoli 23 luglio 2018; Trib. Pescara 24 luglio 2018; Trib. Lagonegro 20 marzo 2018; Trib. Chieti 27 ottobre 2018; Trib. Teramo 12 giugno 2018; Trib. Campobasso 25 luglio 2017; Trib. Pescara 5 aprile 2017; Trib. Chieti 19 luglio 2017.

[4] Trib. Roma 13 maggio 2015.

**[5]** Tribunale di Salerno 16 febbraio 2018: "Non assume alcuna rilevanza al fine di negare il requisito della realtà la costituzione da parte delle mutuatrici della somma erogata in deposito cauzionale infruttifero in favore dell'istituto di credito, come previsto dall'art. 1 atteso che tale operazione, ontologicamente distinta da quella della precedente traditio, era funzionalmente preordinata, nell'ambito di una più ampia ed articolata regolamentazione negoziale ed al fine di tutelare la posizione giuridica del mutuante, a consentire alle mutuatrici di provvedere all'iscrizione dell'ipoteca e di tutte i successivi adempimenti. D'altra parte che la costituzione in deposito cauzionale infruttifero della somma mutuata presupponeva a fortiori che la stessa appartenesse alla mutuatrica e dunque rientrasse nella sua sfera giuridico patrimoniale non potendo diversamente essere concessa all'istituto di credito a garanzia dell'attuazione degli incombenti assunti dalla mutuatrica". In senso analogo, Trib. Modena 7 novembre 2017; Trib. Genova 8 ottobre 2018; Trib. Pescara 8 gennaio 2019; Trib. Bergamo 3 aprile 2019; Trib. Catania 13 giugno 2019.

[6] Così Trib. Arezzo 24 giugno 2017; conformemente Trib. Roma 16 gennaio 2019; Trib. Roma 14 marzo 2019; Tribunale di Terni 19 luglio 2019

[7] Trib. Bergamo 3 aprile 2019

[8] Trib. Catanzaro 16 gennaio 2018

[9] Cass. Civ. ordinanza n. 25632/2017

<https://www.diritto.it/efficacia-esecutiva-del-cosiddetto-mutuo-condizionato/>