

R.G. ES. IMM. [REDACTED]



TRIBUNALE ORDINARIO DI AREZZO
SEZIONE CIVILE
UFFICIO ESECUZIONI IMMOBILIARI

Il G.E. dott. Andrea Turturro,

a scioglimento della riserva assunta all'odierna udienza;

letto il ricorso in opposizione con il quale il debitore esecutato ha eccepito: i) l'inesistenza del titolo esecutivo, trattandosi di mutuo condizionato; ii) la nullità del mutuo solutorio;

letta la memoria di parte opposta;

osserva quanto segue.

L'istanza di sospensione non può essere accolta, difettando il *fumus* delle ragioni fatte valere dall'opponente.

1. Parte opponente eccepisce in primo luogo l'inesistenza del titolo esecutivo, dal momento che i contratti posti a fondamento della pretesa sarebbero mutui condizionati. Entrambi i contratti riportano la seguente formula: all'art. 1: "La [REDACTED] consegna alla Parte mutuatariaun mandato emesso sulle casse della Banca mutuante stessa contenente l'ordine di versare ad essa Parte mutuataria la somma" [detto articolo comprende anche la quietanza da parte del mutuatario] e all'art. 2 "La Parte mutuataria costituisce l'intera somma mutuata in deposito cauzionale infruttifero presso la Banca stessa finchè non sia stata giustificata alla Banca entro il termine di 90 giorni da oggil'assenza di iscrizioni, privilegi o trascrizioni pregiudizievoli all'ipoteca da iscrivere in dipendenza del presente atto".

In particolare, l'opponente fa leva su un recente arresto della S.C. 12007/2024, il cui percorso motivazionale merita di essere riportato:

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.

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).

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.

2.4 Va precisato che, nella descritta situazione, lo "svincolo" della somma mutuata (vale a dire, il nuovo trasferimento della proprietà di tale somma, già erogata alla parte mutuataria, ma subito da questa ritrasferita alla banca, mediante il suo ri-accredito su un conto nella libera disponibilità della mutuataria) è da ritenersi certamente obbligatorio, al verificarsi delle condizioni previste, secondo gli accordi negoziali trasfusi nell'atto pubblico.

Ma, altrettanto certamente, fino a tale momento, 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.

Stando così le cose, non possono considerarsi decisive, ai fini della risoluzione della questione posta nella presente controversia, le considerazioni sulla equipollenza delle forme alternative di trasferimento della disponibilità del denaro dato in prestito, in luogo della sua consegna materiale, equipollenza da sempre affermata da questa Corte (e che va senz'altro pienamente ribadita, come già visto): tali valide forme alternative di trasferimento del denaro mutuato implicano, appunto, che, in luogo della consegna materiale, ne sia trasferita la disponibilità.



Nella specie, non è, invero, contestabile che, ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo (considerato reale e non meramente obbligatorio), la disponibilità della somma fosse stata effettivamente trasferita alla società mutuataria, tanto è vero che questa ne aveva potuto ulteriormente disporre, versandola sul conto vincolato infruttifero presso la stessa banca mutuataria; è, però, altrettanto vero che non solo il mutuo, ma anche tale ulteriore successiva operazione di deposito rientra nel contenuto degli accordi negoziali consacrati nell'atto pubblico posto a base dell'esecuzione.

2.5 Di tali ulteriori pattuizioni, che vanno al di là della mera esistenza di un contratto di mutuo (reale e non meramente obbligatorio) regolarmente perfezionatosi, avrebbe, quindi, certamente dovuto tenersi conto, per stabilire ciò che ha rilievo ai fini dell'efficacia di titolo esecutivo dell'atto fatto valere come tale, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., e cioè se dal complesso di tutte le pattuizioni negoziali consacrate nell'atto pubblico in questione risultasse o meno una obbligazione attuale di pagamento di una somma di danaro a carico della debitrice intimata.

E, in proposito, non vi è dubbio che, fino al momento dell'effettivo "svincolo" delle somme depositate sul conto infruttifero presso la banca mutuante, non potrebbe dirsi esistente alcuna obbligazione restitutoria in capo alla società mutuataria, in quanto:

a) le somme date a mutuo, dopo il perfezionamento del relativo contratto, erano tornate immediatamente ed integralmente nella disponibilità della banca mutuante; b) la società mutuataria non ne aveva, quindi, più la disponibilità, per averle trasferite alla banca mutuante.

La corte d'appello non avrebbe dovuto, pertanto, limitarsi a verificare se era stato concluso un contratto, anche reale e non meramente obbligatorio, di mutuo, ma valutare anche tutte le ulteriori pattuizioni contenute nel complessivo accordo stipulato dalle parti mediante l'atto pubblico costituente il preteso titolo esecutivo, comprese quelle che regolavano i rapporti tra le parti successivamente al perfezionamento del mutuo.

A tal fine, avrebbe dovuto, in primo luogo, accertare chi era il soggetto che, in base a tutte le pattuizioni negoziali contenute nell'atto pubblico, avesse la effettiva "disponibilità" in concreto di quella somma, e nel cui patrimonio, quindi, tale somma si trovava, al momento della conclusione di quell'atto pubblico.

Laddove, come risulta evidente in base al contenuto della complessiva regolamentazione negoziale in questione, fosse emerso che la somma mutuata, dopo essere entrata nel patrimonio della mutuataria, era stata immediatamente ed integralmente (ri)trasferita alla mutuante mediante il suo deposito (irregolare) ed era pertanto tornata, dal punto di vista giuridico, nel patrimonio di quest'ultima, la corte territoriale avrebbe dovuto concludere che la sussistenza di una obbligazione attuale di restituirla alla banca era subordinata al preventivo svincolo del deposito in suo favore (e ciò, quindi, non semplicemente valutando se si era perfezionato il contratto di mutuo, ma in base al più ampio e complesso rapporto negoziale emergente dall'atto pubblico stipulato dalle parti).



Se avesse accertato che, fino al momento dello "svincolo" della somma depositata, di questa poteva disporre esclusivamente la banca, poiché la circostanza di fatto dell'avenuto 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).

In mancanza, avrebbe dovuto accogliere l'opposizione, negando al mero atto pubblico notarile posto alla base del precetto opposto valore di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., per insussistenza di un'attuale obbligazione di restituzione di somme di denaro

[...]

In definitiva, va 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 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».

Questo Tribunale non condivide tale arresto della Suprema Corte (in ciò inserendosi nel solco di una giurisprudenza di merito già significativa dal punto di vista quantitativo, pur essendo recente il dictum della Cassazione: tra gli altri v. Trib. Siena 13-16.6.2024; Trib. Milano 3-25.7.2024; Trib. Catania 24.7./1-8-2024; Trib. Bari 14-19.8.2024, peraltro sulla base di differenti orditi motivazionali).

Effettivamente, l'art. 1834 c.c., dedicato al deposito bancario, stabilisce che *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.

Tale tipo negoziale mal si attaglia al caso di specie. Ed infatti il deposito bancario assolve, dal lato del depositante, ad una funzione di custodia (peraltro non da intendersi in senso materiale), e, dal lato del depositario, alla funzione di consentire all'istituto di credito lo svolgimento della propria attività imprenditoriale (raccolta del risparmio, propedeutica all'esercizio del credito).

Non vi è dubbio che la funzione economica dell'operazione qui in esame sia tutt'altra, ossia consentire alla Banca di avere certezza del conseguimento delle garanzie correlate all'erogazione del mutuo.

Ed allora, se – come si ritiene – il deposito bancario costituisce una *species* del deposito irregolare- è al tipo negoziale generale che occorre volgere l'attenzione.

L'art. 1782 c.c., dedicato proprio al deposito irregolare, stabilisce che *se il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità*. Rispetto al deposito bancario, l'acquisto della proprietà delle cose fungibili oggetto nel negozio non è previsto in via generale ed automatica, ma solo laddove sia prevista la facoltà per il depositario di servirsene.

Nel caso che qui ci occupa, le parti non avevano pattuito la facoltà per la banca di servirsi delle somme in questione; ed infatti, come risulta dal capitolato allegato al contratto, la mutuante/depositaria avrebbe potuto servirsi delle somme solo previa risoluzione del contratto del contratto di mutuo.

Di conseguenza, dunque, deve ritenersi che la proprietà delle somme – già erogate a mutuo – fosse rimasta in capo alla parte mutuataria, alla quale era passata per effetto della incontestata *traditio*, risultante dallo stesso atto di mutuo (ed infatti è presente la quietanza). Ciò risulta corroborato dalla previsione di interessi passivi a carico del mutuatario anche a prescindere dallo svincolo.

A differenti conclusioni dovrebbe giungersi, probabilmente, ove il denaro venisse costituito non già in deposito bensì in pegno (irregolare). In tale evenienza, non sembra possa dubitarsi del fatto che le somme in un primo momento conseguite dal mutuatario vengano ritrasferite in proprietà all'istituto di credito (1851 c.c.); cfr. Cass. Civ. Sez. I 1.2.2008, n. 2456: *“non essendo contestato che il pegno, in virtù di una espressa pattuizione contrattuale era divenuto pegno irregolare, ciò comportava, come questa Corte ha più volte affermato, che le somme di danaro depositate presso il creditore sono divenute – diversamente che nell'ipotesi di pegno regolare – di proprietà del creditore stesso, che aveva diritto a soddisfarsi, non secondo il meccanismo di cui agli artt. 2796 – 2798 cod. civ. ... che postula l'altruità delle cose ricevute in pegno ..., bensì direttamente sulla cosa, al di fuori del concorso con gli altri creditori, in virtù di*



un'operazione meramente contabile, che resta anche fuori dall'ambito di operatività dell'istituto della compensazione".

Detta circostanza, tuttavia, non ricorre nel caso in esame.

Tanto osservato, occorre svolgere ulteriori considerazioni in ordine alla qualificabilità del mutuo (validamente perfezionatosi) come titolo esecutivo anche in assenza di certificazioni dello svincolo delle somme effettuate nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata *ex art. 474 c.p.c.*

Si deve osservare al riguardo che – una volta perfezionatosi il mutuo - il diritto restitutorio dell'istituto di credito risulta dotato del requisito dell'attualità, anche in caso di costituzione del deposito cauzionale (che, per le ragioni già dette, non comporta ritrasferimento della proprietà), salvo che risulti diversamente dal titolo (solo in tale ultima ipotesi si tratta effettivamente di mutuo sospensivamente condizionato, inidoneo a valere di per sé quale titolo esecutivo).

Ed infatti, in seguito alla erogazione della somma in favore del mutuatario, quest'ultimo è tenuto all'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di mutuo e, in particolare, alla restituzione dell'importo che gli è stato erogato al fine di estinguere il proprio debito.

In tale contesto, il deposito cauzionale del denaro ottenuto non assume la funzione di adempiere l'obbligo restitutorio, quanto piuttosto quella di disporre negozialmente dell'ammontare in origine ricevuto, per costituire una garanzia destinata ad essere poi rimpiazzata dall'ipoteca.

Di conseguenza, il mutuo notarile attesterebbe la sussistenza di due obbligazioni: una gravante sul mutuatario, da ritenersi attuale, dal momento che la somma è stata erogata al medesimo e deve essere da costui restituita al fine di estinguere il debito contrattuale; l'altra gravante sull'istituto di credito depositario, da considerarsi non attuale, poiché subordinata al verificarsi delle condizioni dello svincolo.

L'attualità dell'obbligazione del mutuatario risulta corroborata dalla già richiamata pattuizione negoziale in tema di interessi passivi.

A ciò si aggiunga la già menzionata previsione di una clausola risolutiva espressa: non ricorre, quindi, una previsione di sospensione dell'efficacia del mutuo sino alla prestazione della garanzia ipotecaria (e degli altri adempimenti), bensì un'ipotesi di un diritto potestativo per la banca creditrice di manifestare, in ipotesi di inadempimento, una volontà idonea a determinare la risoluzione del contratto, che pertanto non opera *ipso iure* (così deve intendersi la prevista facoltà di "ritenere risolto" il contratto).

Dall'altro lato, le parti hanno certamente concepito il mutuo e la costituzione del deposito come due negozi che, benché collegati, restano autonomi nelle rispettive validità ed efficacia. Ciò si desume in



particolare dalla previsione dell'utilizzo delle costituite in deposito per estinguere il mutuo, solo previa risoluzione: così facendo, le parti hanno del tutto svincolato l'efficacia dei due negozi prevedendo espressamente, come effetto dell'eventuale risoluzione, la possibile coesistenza di due obbligazioni differenti e reciproche (l'una, di rimborso da parte dei mutuatari del capitale e degli oneri ulteriori e, l'altra, di restituzione da parte della banca della somma sottoposta a deposito).

Tutte le suddette argomentazioni portano ad escludere che nel caso di specie si sia in presenza di un mutuo cd. condizionato, se è vero come è vero che l'efficacia del mutuo – e, soprattutto, dell'obbligazione restitutoria a carico dei mutuatari - prescinde dal deposito.

Consegue a quanto precede che non occorre alcun atto ulteriore (tantomeno consacrato in forma di atto pubblico ovvero di scrittura privata autenticata) di attestazione del ritrasferimento della somma di denaro ai mutuatari atteso che l'obbligazione restitutoria di questi ultimi non sorge per effetto dello svincolo, ma invero già esiste.

Consegue a quanto precede l'infondatezza del motivo di opposizione.

2. Per quanto attiene al secondo profilo, l'opponente si duole che agli articoli 2, secondo capoverso, di entrambi i contratti di credito fondiario posti a fondamento dell'azione espropriativa si legge: *“La Parte mutuataria autorizza fin d'ora la Banca mutuante ad utilizzare la somma costituita in deposito cauzionale, o parte della stessa, all'atto della messa a disposizione della medesima a favore della Parte mutuataria, per dimettere passività ed oneri gravanti l'immobile costituito in ipoteca”*.

Secondo l'opponente è *“chiaro che l'operazione finanziaria oggetto dei contratti non consente di qualificarli realmente quali mutui, in quanto la somma erogata risultava destinata a ripianare preesistenti pendenze debitorie del cliente nei confronti della banca, delle quali, peraltro, non era dato sapere né l'esistenza, né l'ammontare. In aderenza all'indirizzo espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 1517/2021 deve eccipirsi che nella fattispecie siamo di fronte all'utilizzo di importi da parte della banca mutuante finalizzati a ripianare la pregressa esposizione debitoria del Signor Serafini, con contestuale costituzione di una garanzia ipotecaria per l'istituto bancario. Siamo di fronte a un'operazione meramente contabile non inquadrabile nel mutuo ipotecario, con la conseguenza che deve affermarsi la nullità del contratto”*.

Tali deduzioni non possono essere condivise.

Questo Giudice non ignora che in tema di mutuo solutorio sussiste un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, sulla base del quale l'ordinanza interlocutoria n. 18903/2024 ha sollecitato l'intervento delle SS.UU.

Nel caso in esame, tuttavia, non occorre prendere posizione sulla questione, essendo irrilevante ai fini del decidere.



Ed infatti ricorre il mutuo solutorio nell'ipotesi in cui si proceda all'accredito su un conto corrente della somma necessaria a ripianare un pregresso debito del correntista nei confronti della banca mutuante. Nulla di tutto ciò ricorre nel caso in esame: ed infatti, come reso evidente dal testo della previsione negoziale sopra riportata, il mutuatario ha autorizzato la Banca ad utilizzare la somma costituita in deposito per "dimettere" passività e oneri gravanti sull'immobile sul quale veniva iscritta l'ipoteca, al solo fine di assicurare la capienza della garanzia reale e non già per ripianare una pregressa esposizione debitoria nei confronti della Banca (ed infatti l'opponente non ha neppure allegato che tra tali "passività ed oneri" vi fosse un pregresso debito nei confronti dello stesso istituto di credito).

3. Le spese della presente fase vanno poste a carico dell'opponente per il principio di soccombenza e sono liquidate come in dispositivo ex DM 55/2014 (parametri proc. cautelari), tenuto conto dell'importo del credito per cui si procede (art. 17 c.p.c.), in misura compresa tra minimi e medi (stante la semplicità delle questioni trattate), escluso il compenso per la fase istruttoria che non si è svolta.

P.Q.M.

- Rigetta l'istanza di sospensione;
- Condanna l'opponente [REDACTED] al rimborso delle spese di lite in favore della opposta, [REDACTED] [REDACTED], che liquida in euro [REDACTED] per compensi oltre spese generali, iva e cpa come per legge;
- Assegna termine sino al [REDACTED] per l'eventuale introduzione del merito dell'opposizione dinanzi al giudice competente

Si comunichi.

Arezzo, 19/02/2025

Il G.E.

Dott. Andrea Turturro

