



# **PROCURA GENERALE**

## **della Corte di cassazione**

**Udienza pubblica del 18 febbraio 2025 – Sezioni Unite civili**

**Procedimento ex art. 363 *bis* c.p.c. R.G. n.**

**Memoria ex art. 378 c.p.c.**

### **I SOSTITUTI PROCURATORI GENERALI**

Visti gli atti del procedimento iscritto al R.G. 17439 del 2024;

osservano quanto segue.

**Il giudizio *a quo*, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Siracusa, il decreto del Primo presidente**

██████████ ha convenuto dinanzi al Tribunale di Siracusa la █████ s.r.l., procuratrice di ██████████ s.r.l., deducendo, per quel che ancora qui rileva, l'illegittimità dell'atto di precetto del 23.1.2024 con cui la predetta █████ s.r.l. le aveva intimato il pagamento di quanto ancora dovuto in virtù del contratto di mutuo fondiario stipulato

con Banca [REDACTED] soc. coop. per azioni in virtù di rogito del Notaio [REDACTED] del 25.11.2013.

A dire dell'opponente, detto contratto di mutuo non poteva valere come titolo esecutivo in quanto, in virtù di quanto previsto dal testo negoziale, ricevuto l'importo mutuato, ne aveva ordinato il contestuale ed immediato trasferimento su un deposito cauzionale infruttifero costituito all'uopo dall'istituto bancario e sottratto alla sua operatività in attesa che potesse riscontrarsi il corretto adempimento di alcune obbligazioni accessorie poste a carico del mutuatario; il suddetto contratto, dunque, benché corredato dall'atto di erogazione e quietanza, non consacrava l'esistenza di un diritto certo, liquido ed esigibile ed avrebbe potuto fondare l'esercizio dell'azione esecutiva solo a condizione che lo svincolo finale dell'importo mutuato fosse stato preventivamente attestato nelle forme previste dall'art. 474, comma 2, n. 3 c.p.c..

Il Tribunale di Siracusa, in composizione collegiale, investito del reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. con cui la Latino aveva impugnato il provvedimento recante il rigetto della istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del contratto di mutuo (adottato dal giudice unico nel corso della opposizione all'esecuzione di cui si è detto), con ordinanza del 31.7.2024, visto l'art. 363 *bis* c.p.c., chiedeva alla Suprema Corte di enunciare la *regula iuris* necessaria a definire il procedimento cautelare pendente dinanzi a sè.

Secondo il giudice *a quo* la Suprema Corte dovrà stabilire “*se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso che tale importo sia immediatamente e integralmente restituito alla mutuante con l'intesa che esso sarà svincolato a favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, la configurabilità a carico del medesimo mutuatario di una obbligazione attuale di restituzione della somma – per gli effetti di cui all'art. 474, comma 1, c.p.c. – imponga inderogabilmente che l'importo erogato sia stato successivamente svincolato ovvero se, al contrario, possano prospettarsi regolamenti contrattuali idonei a determinare l'insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità anche prima del detto svincolo;*

*conseguentemente, se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso che tale importo sia immediatamente e integralmente restituito alla mutuante con l'intesa che esso sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, il contratto così stipulato nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa fungere da titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 2, m n. 3 c.p.c. anche in assenza di attestazione dello svincolo effettuata secondo le modalità previste da tale ultima disposizione, allorchè il regolamento contrattuale sia idoneo a determinare l'insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità anche prima del detto svincolo”.*

Con ordinanza del 10.10.2024, la Prima Presidente della Corte di cassazione ha dichiarato ammissibile tale rinvio pregiudiziale richiamando, quanto alla sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 363 *bis* c.p.c., tutte le considerazioni svolte dal giudice rimettente.

### **La ammissibilità del presente rinvio pregiudiziale**

Come ritenuto dal Primo presidente con il decreto – filtro, il rinvio pregiudiziale di cui si è detto è ammissibile.

Non vi sono dubbi in merito al fatto che la questione di diritto “controversa” possa riproporsi in molteplici casi (i mutui strutturati sulla falsariga di quello per cui è processo corrispondono ad una tipologia ricorrente nella passi bancaria e il giudice dell'esecuzione, anche non sia stata proposta una opposizione all'esecuzione, è, comunque, chiamato a valutare, di ufficio, che il contratto di mutuo azionato configuri un titolo esecutivo).

La questione di diritto controversa è, inoltre, “nuova” benché già affrontata dalla Suprema Corte in più di una occasione ed è stata correttamente sollevata nell'ambito di un procedimento che consentiva la rimessione.

Con riferimento al primo profilo, va data continuità all'orientamento secondo cui la

ammissibilità del rinvio pregiudiziale non è esclusa nel caso in cui la questione di diritto sia stata già affrontata dalla Corte di cassazione purché essa non risulti ancora definitivamente “risolta” in virtù di una soluzione che superi i contrasti, anche solo latenti, tra i precedenti di legittimità (Cass. n. 12449 del 2024).

Con riferimento al secondo profilo, giova rammentare che è ormai consolidata in giurisprudenza la tesi (a tutt’oggi discussa in dottrina) secondo cui il rinvio pregiudiziale è consentito anche nel caso in cui la questione interpretativa sorga nell'ambito di procedimenti il cui provvedimento conclusivo abbia carattere interinale e cautelare e, pertanto, non sia impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione. La funzione nomofilattico-deflattiva del rinvio pregiudiziale giustifica, infatti, la soluzione più ampia e induce a considerare ammissibile il rinvio pregiudiziale disposto a cura di qualsiasi giudice innanzi al quale sia pendente un procedimento regolato dal codice di procedura civile o dalle leggi collegate, sia esso contenzioso, non contenzioso, camerale, esecutivo o cautelare (Cass. n. 11688 del 2024; Cass. n. 11399 del 2024).

### **Le questioni poste all’attenzione della Suprema Corte e la individuazione del perimetro di indagine**

Ai fini della enunciazione della *regula iuris* necessaria alla definizione del procedimento di reclamo cautelare *a quo*, occorre innanzitutto individuare quali siano le condizioni che debbono ricorrere affinché un contratto di mutuo possa considerarsi titolo esecutivo.

Solo dopo aver ricostruito le coordinate necessarie alla risoluzione della prima questione, sarà possibile valutare la incidenza del regolamento negoziale che impone al mutuatario di versare le somme già erogate a suo favore su depositi infruttiferi vincolati nonché stabilire se lo svincolo finale vada attestato attraverso la sottoscrizione di nuovo atto con forma solenne.

## **Il contratto di mutuo e la sua valenza di titolo esecutivo**

Affinché un contratto possa essere ricondotto al catalogo di cui all'art. 474, comma 2, n. 3 c.p.c. occorre innanzitutto che sia stato stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Tale requisito formale non è, però, sufficiente.

Dall'art. 474 c.p.c. si evince che sia il titolo giudiziale che quello stragiudiziale consentono di promuovere un processo di esecuzione forzata a condizione che documentino l'esistenza di un credito certo, liquido ed esigibile.

Il contratto di mutuo avente i necessari requisiti di forma è, perciò, titolo esecutivo a condizione che l'importo mutuato sia stato erogato.

L'erogazione vale, infatti, per un verso a perfezionare il negozio (di natura reale) e, per altro verso, a cristallizzare e documentare l'esistenza del diritto di credito dell'istituto mutuante divenuto, per effetto della erogazione, attuale e determinato e, perciò, certo, liquido ed esigibile (Cass. n. 25569 del 2011).

Va, peraltro, precisato che la erogazione potrebbe non essere contestuale alla sottoscrizione del contratto originario ma è necessario che essa rivesta le forme previste dall'art. 474 comma 2, n. 3 c.p.c..

In presenza di un atto di erogazione e quietanza postumo, pertanto, il titolo esecutivo avrà un contenuto complesso perché sarà rappresentato dal contratto originario, ad effetti solo obbligatori, integrato dal successivo atto di erogazione e quietanza.

Le considerazioni sin qui svolte consentono, perciò, di concludere affermando che il mutuo stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata non è titolo esecutivo nei casi di seguito indicati:

- quando l'istituto di credito si è impegnato ad erogare alla parte mutuataria una somma di denaro determinata da restituirsi secondo un piano rateale di rimborso già definito in tutti i suoi aspetti e non abbia, però, ancora provveduto a corrisponderla alla parte mutuataria; un siffatto contratto, invero, ha effetti meramente obbligatori e si dice, perciò, condizionato (Cass. n. 4293 del 1979;

Cass. n. 477 del 1983; Cass. n. 15219 del 2005; Cass. n. 14 del 2011; Cass. n. 17194 del 2015; Cass. n. 9389 del 2016; Cass. n. 6174 del 2020);

- - quando a seguito della sottoscrizione di un mutuo condizionato, l'istituto di credito abbia erogato l'importo mutuato in virtù di un atto che non riveste le forme solenni previste dall'art. 474 comma 2, n. 3 c.p.c. (cfr. Cfr. Cass. n. 17195 del 2015; Cass. n. 9389 del 2016 nonché Cass. n. 41791 del 2021).

Quanto sin qui esposto non esaurisce il tema di indagine.

È, infatti, necessario stabilire ulteriormente se l'erogazione debba essere curata attestando la materiale consegna dell'importo mutuato.

A tale quesito deve essere data risposta negativa.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità dal quale non vi è motivo per discostarsi, la *traditio* non deve essere necessariamente fisica, ma può essere pure solo giuridica, con la conseguenza che, al fine della sua realizzazione, occorre che il mutuante crei un titolo autonomo di disponibilità a favore del mutuatario (Cass. n. 11116 del 1992; Cass. n. 2483 del 2001; Cass. n. 17194 del 2015).; in sostanza, ai fini della erogazione, è sufficiente che l'istituto mutuante conceda al mutuatario un autonomo titolo di disponibilità giuridica concedendogli di utilizzare le somme di cui beneficia in piena autonomia e senza la sua intermediazione.

In questa prospettiva, è evidentemente possibile che l'istituto bancario possa erogare l'importo mutuato accreditandolo sul conto corrente del mutuatario che così acquista il diritto di utilizzarlo come crede (sulla *datio rei* giuridica, Cass., 30 novembre 2021, n. 37654; Cass., 8 marzo 1999, n. 1945).

Per completezza, giova precisare che, a parere dell'Ufficio, nessun rilievo può assumere la circostanza che il mutuatario abbia stipulato il contratto di mutuo per procacciarsi la provvista necessaria ad estinguere precedenti passività maturate nel rapporto con l'istituto mutuante e si sia, perciò, contrattualmente impegnato a destinare immediatamente a quest'ultimo l'importo erogatogli.

È, infatti, ragionevole ritenere che la finalità solutoria del mutuo non valga a trasformarne la natura.

Giova, inoltre, chiarire che non vi è ragione per escludere che il mutuo solutorio, quando redatto nelle forme di legge (e, dunque, ai sensi dell'art. 474, comma 2, n. 3 c.p.c.), configuri un titolo esecutivo. L'ordine di pagamento disposto dal mutuatario a favore del

mutuante, quantunque finalizzato ad estinguere debiti preesistenti è, infatti, stesso prova del fatto che il beneficiario avesse precedentemente ottenuto l'erogazione della somma mutuata accordatagli attraverso la costituzione a suo favore di un titolo autonomo di disponibilità giuridica.

### **La rilevanza delle clausole negoziali che prevedono il versamento delle somme erogate al mutuatario su un deposito cauzionale infruttifero in attesa dello svincolo finale**

Ai fini della elaborazione della *regula iuris* non è sufficiente individuare le condizioni per la azionabilità in sede esecutiva del titolo stragiudiziale ma, come già esposto, occorre stabilire se un contratto di mutuo, seguito dalla erogazione della somma mutuata (accordata mediante la costituzione a favore del beneficiario di un autonomo titolo di disponibilità giuridica), configuri un titolo esecutivo nei peculiari casi in cui il mutuatario, in adempimento degli impegni contrattuali assunti con il citato contratto, abbia immediatamente ordinato il versamento di quanto erogato in suo favore su un deposito cauzionale infruttifero costituito dalla banca e sottratto alla sua disponibilità e lo svincolo finale delle somme mutate non sia stato all'esito attestato in forma solenne. Tale questione è controversa.

Dall'esame della giurisprudenza di legittimità si ricava che a contendersi il campo sono due tesi.

Secondo l'orientamento prevalente (cfr. Cass. n. 25632 del 2017; Cass. n. 38331 del 2021; Cass. n. 38884 del 2021; Cass. n. 9229 del 2022; Cass. n. 5654 del 2023) la operazione sin qui descritta non vale ad escludere che il contratto di mutuo possa considerarsi titolo esecutivo; l'obbligazione di rimborso del mutuatario sorge, infatti, nel momento della *traditio rei* e non è posta nel nulla dagli atti dispositivi successivi del debitore mutuatario.

Secondo l'opposto orientamento (cfr. Cass. n. 12007 del 2024), il contratto di mutuo e il contestuale o successivo atto di erogazione e quietanza non attribuiscono all'istituto mutuante il diritto ad agire esecutivamente in danno del mutuatario per il recupero coattivo di quanto non rimborsato quando l'operazione si sia articolata nei termini sin qui descritti. Lo svincolo finale delle somme erogate e contestualmente vincolate dal

debitore nel deposito cauzionale infruttifero (sottratto alla sua disponibilità) deve, perciò, essere riscontrato dalle parti attraverso la sottoscrizione di un ulteriore atto avente forma equipollente ai precedenti.

Giova, inoltre, rammentare che il contrasto interpretativo si è manifestato anche nelle sedi di merito ove si riscontrano finanche decisioni con cui i giudici dell'esecuzione hanno disposto la chiusura anticipata dei processi di espropriazione in corso rilevando, di ufficio, che un mutuo dal contenuto complesso come quello per cui è processo non può valere come titolo esecutivo se all'atto di erogazione e quietanza non abbia fatto seguito la constatazione della definitiva attribuzione al mutuatario delle somme mutate. Detto ciò, la prima delle soluzioni interpretative cui si è fatto cenno è quella preferibile. In proposito, è decisivo osservare che il contratto di mutuo, in virtù della erogazione (contestuale o successiva), oltre a perfezionarsi, acquista valenza esecutiva nel senso, cioè, che diviene idoneo a documentare l'insorgenza del diritto di credito dell'istituto bancario che da quel momento in poi può pretendere la restituzione di quanto concesso alla controparte.

Tale conclusione non può essere smentita dalle specificità di un regolamento negoziale che imponga al mutuatario di disporre delle somme erogategli rinunciando temporaneamente ad utilizzarle onde accordare al mutuante una garanzia ulteriore destinata ad essere rimpiazzata dall'ipoteca già iscritta, quando sia divenuto ormai certo il suo consolidamento.

Diversi argomenti militano in tal senso.

Innanzitutto, l'atto con cui le somme erogate vengono versate sul deposito cauzionale infruttifero conforta la conclusione secondo cui il mutuatario, per effetto della pregressa erogazione, ha potuto utilizzare quanto ricevuto in totale e piena autonomia.

Alla conclusione che reputa indispensabile l'attestazione formale dello svincolo definitivo delle somme già ricevute potrebbe, dunque, accedersi solo arrivando a sostenere che l'intera operazione finanziaria di cui si è detto sino ad ora si risolve in una *fictio* perché il mutuatario, con l'ordine di versamento sul deposito cauzionale

infruttifero, retrocede l'importo mutuato all'istituto bancario che torna ad esserne proprietario a tutti gli effetti come se nulla fosse accaduto.

Tale suggestiva ricostruzione non può, però, essere accolta.

A ben vedere, infatti, la parte mutuataria si assume l'impegno di lasciare temporaneamente in giacenza la somma erogata nella misura in cui la banca si impegna contestualmente a garantirle, senza che occorran ulteriori incumbenti, il pieno godimento dell'importo al verificarsi di condizioni il cui avveramento è pressoché fisiologico in quanto conseguenziale al compimento delle formalità che valgono a scongiurare l'eventuale inefficacia dell'ipoteca iscritta.

L'istituto bancario, pertanto, non solo non deve nuovamente deliberare la concessione del mutuo, ma risulterebbe inadempiente ove, riscontrato il consolidamento del diritto reale di garanzia già concesso, non consentisse immediatamente al mutuatario di poter utilizzare senza alcuna limitazione la somma in precedenza erogata a suo vantaggio.

In questa prospettiva, perciò, richiedere l'attestazione dello svincolo finale equivale a pretendere il compimento di secondo atto di erogazione e quietanza che si sovrappone a quello già sottoscritto in precedenza, evidentemente ancora efficace.

Detto ciò, è opportuno domandarsi che natura abbia l'accordo accessorio al mutuo che prevede il temporaneo congelamento della somma mutuata.

In proposito, sembra potersi sostenere che lo speciale regolamento negoziale di cui si è detto sino ad ora costituisca una ulteriore estrinsecazione dell'autonomia negoziale delle parti e dia luogo alla conclusione di un contratto atipico, con causa di garanzia, accessorio e funzionalmente collegato al mutuo cui accede.

Va, infine, considerato che, solo nel remoto caso in cui l'ipoteca non dovesse consolidarsi, l'istituto di credito potrebbe esercitare il diritto ad incamerare in via definitiva la somma mutuata avvalendosi di quanto stabilito dall'accessorio contratto atipico di garanzia. A tale incameramento non potrebbe, quindi, conseguire la risoluzione del mutuo.

Può, pertanto, conclusivamente affermarsi che il diritto di credito della banca che abbia proceduto alla erogazione della somma mutuata possa ritenersi insussistente nella sola

ed eccezionale ipotesi in cui il titolo esecutivo stragiudiziale sia stato caducato in virtù dell'avverarsi di una vicenda negoziale sopravvenuta.

Per completezza, va chiarito che la situazione si atteggia in termini del tutto diversi nell'eventuale diversa ipotesi in cui al contratto di mutuo non sia seguita l'erogazione e, purtuttavia, l'istituto mutuante abbia vincolato le somme destinate al cliente su conto dedicato in attesa del verificarsi di alcune condizioni cui è subordinato lo svincolo.

Nel caso da ultimo citato, il mutuo non è titolo esecutivo, non per la mancata formale attestazione del verificarsi delle condizioni anzidette, ma a causa del fatto che è mancata la *traditio rei* in quanto l'importo mutuato non è mai stato posto, neppure temporaneamente, nella disponibilità materiale o giuridica del beneficiario.

Giova, infine, evidenziare che non va confuso il concetto di disponibilità delle somme erogate con quello di esigibilità del credito.

Non è escluso che un contratto di mutuo costruito sulla falsariga di quello per cui è processo possa prevedere un piano di ammortamento con decorrenza posticipata. In tal caso, il contratto di mutuo, che, per le ragioni sin qui esposte, è astrattamente titolo esecutivo senza la necessità del compimento di ulteriori atti in forma solenne, non consente l'esercizio dell'azione esecutiva non perché il diritto di credito non sia sorto ma solo in considerazione del fatto che l'obbligazione non è ancora scaduta e, perciò, la pretesa della banca non è ancora divenuta esigibile.

### **La *regula iuris* necessaria alla definizione del procedimento cautelare**

Alla luce di quanto precede, si chiede alla Corte di cassazione di affermare che:

*“il contratto di mutuo è titolo esecutivo ogniqualvolta esso si sia perfezionato con la traditio rei;*

*tale regola non può essere sconfessata nei casi in cui il contratto di mutuo preveda che il mutuatario, ottenuta l'erogazione, debba ordinarne il versamento su un deposito cauzionale infruttifero sottratto alla sua disponibilità in attesa del consolidarsi delle garanzie concesse all'istituto di credito allorquando tale istituto si sia obbligato a svincolare immediatamente le somme in giacenza al verificarsi delle condizioni pattuite; il contratto di mutuo cui accedano le clausole contrattuali appena citate è, perciò, titolo esecutivo sin dal momento della erogazione dell'importo mutuato ed è, perciò, idoneo a*

*fondare l'esercizio dell'azione esecutiva dell'istituto bancario quando il mutuatario, che si sia impegnato a rimborsare quanto ricevuto a far data dalla erogazione, sia risultato inadempiente ovvero non abbia rispettato il piano rateale di rimborso che lo obbliga alla restituzione secondo un piano di ammortamento a decorrenza immediata”.*

PER QUESTI MOTIVI

Chiede che la Corte di cassazione enunci la *regula iuris* innanzi riportata per la risoluzione della questione controversa:

Roma,

I Sostituti Procuratori Generali

Anna Maria Soldi

Giovanni Battista Nardecchia