



DR

Diritto del
Risparmio

**MUTUO CON CONTESTUALE
COSTITUZIONE DELLA SOMMA IN
DEPOSITO CAUZIONALE: È TITOLO
ESECUTIVO? NOTA CRITICA A
CASSAZIONE NN. 9229/2022 E NN.
38884/2021.**

di Gloria NATICCHIONI*.

Recent rulings of the Supreme Court regarding the usability as enforceable title of the loan contract in which the sum is given as disbursed and at the same time bound to the bank in a non-interest bearing security deposit, with the bank's option to self-satisfy on the same in the event of default by the borrower certain documentary obligations deserve further reflection, given the traceability of the security deposit in question to the scheme of the Marcian pact, or rather of the irregular pledge pursuant to art. 1851 of the Civil Code, integrating an executive self-defense instrument alternative to that of forced execution.

The present paper therefore has the purpose, through a critical itinerary of the analogical extension of the jurisprudential principles dictated on the subject of the completion of the loan contract to the different subject of the fungibility of the same as an enforceable title, to highlight how this non-interest bearing security deposit, aka pledge irregular, reverberates its effects on the "executive" force of this loan agreement, negating it in root.

fascicolo 1/2023

*Avvocata del Foro di Roma, specializzata in materie di diritto civile e commerciale, in procedure di natura imprenditoriale, bancaria, giuslavoristica, appaltistica, privata e pubblica.

ISSN 2785-3004

Rivista di Diritto del Risparmio

Mutuo con contestuale costituzione della somma in deposito cauzionale: è titolo esecutivo?

*Nota critica a Cassazione nn. 9229/2022 e 38884/2021.**

di Gloria NATICCHIONI**

Recent rulings of the Supreme Court regarding the usability as enforceable title of the loan contract in which the sum is given as disbursed and at the same time bound to the bank in a non-interest bearing security deposit, with the bank's option to self-satisfy on the same in the event of default by the borrower certain documentary obligations deserve further reflection, given the traceability of the security deposit in question to the scheme of the Marcian pact, or rather of the irregular pledge pursuant to art. 1851 of the Civil Code, integrating an executive self-defense instrument alternative to that of forced execution.

The present paper therefore has the purpose, through a critical itinerary of the analogical extension of the jurisprudential principles dictated on the subject of the completion of the loan contract to the different subject of the fungibility of the same as an enforceable title, to highlight how this non-interest bearing security deposit, aka pledge irregular, reverberates its effects on the "executive" force of this loan agreement, negating it in root.

Marzo

Fascicolo 1/2023

*Contributo approvato dai *referee*.

**Avvocata del Foro di Roma, specializzata in materie di diritto civile e commerciale, in procedure di natura imprenditoriale, bancaria, giuslavoristica, appaltistica, privata e pubblica.

Abstract

Recent rulings of the Supreme Court regarding the usability as enforceable title of the loan contract in which the sum is given as disbursed and at the same time bound to the bank in a non-interest bearing security deposit, with the bank's option to self-satisfy on the same in the event of default by the borrower certain documentary obligations deserve further reflection, given the traceability of the security deposit in question to the scheme of the Marcian pact, or rather of the irregular pledge pursuant to art. 1851 of the Civil Code, integrating an executive self-defense instrument alternative to that of forced execution.

The present paper therefore has the purpose, through a critical itinerary of the analogical extension of the jurisprudential principles dictated on the subject of the completion of the loan contract to the different subject of the fungibility of the same as an enforceable title, to highlight how this non-interest bearing security deposit, aka pledge irregular, reverberates its effects on the "executive" force of this loan agreement, negating it in root.

Recenti ordinanze della Suprema Corte circa l'utilizzabilità come titolo esecutivo del contratto di mutuo in cui la somma viene data per erogata e contestualmente vincolata alla banca in deposito cauzionale infruttifero, con facoltà della banca di autosoddisfarsi sulla stessa in ipotesi di inadempimento della parte mutuataria a determinate obbligazioni documentali, meritano una più approfondita riflessione, alla luce delle conseguenze derivanti dall'inquadramento giuridico del deposito cauzionale in questione, che va annoverato nello schema del patto marciano, o meglio del pegno irregolare ex art. 1851 c.c., integrante uno strumento di autotutela esecutiva alternativo a quello dell'esecuzione forzata.

Il presente scritto ha dunque lo scopo, attraverso un itinerario critico della estensione analogica dei principi giurisprudenziali dettati in tema di perfezionamento del contratto di mutuo al diverso tema della fungibilità dello stesso come titolo esecutivo, di porre in luce come tale deposito cauzionale infruttifero, alias pegno irregolare, riverberi i suoi effetti sulla forza "esecutiva" di tale contratto di mutuo, negandola in radice.

Mutuo con contestuale costituzione della somma in deposito cauzionale: è titolo esecutivo?

Nota critica a Cassazione nn. 9229/2022 e 38884/2021.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un contratto di mutuo pur perfezionato e valido, non per questo integra *ex se* automaticamente un valido titolo esecutivo. – 3. La fattispecie esaminata nella sentenza “capofila” dell'orientamento qui criticato, e anche quelle oggetto di pronunce successive, non riguardavano affatto la questione della forza esecutiva del mutuo. – 4. L'aspetto che rileva ai fini dell'art. 474 c.p.c. non riguarda (esclusivamente) il perfezionamento del contratto di mutuo, ma l'esistenza di un atto avente pubblica fede che attesti il sorgere dell'obbligo restitutorio. – 5. Deposito cauzionale infruttifero quale pegno irregolare *ex art.* 1851 cod. civ. o patto marciano sospensivamente condizionato. – 6. La presenza del “patto marciano” e la forza esecutiva del titolo in sede giudiziale: un “ossimoro” giuridico. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Dopo gli arresti di Cassazione nn. 38884/2021 e n. 9229/2022, entrambe nel senso di ritenere valido titolo esecutivo il contratto di mutuo stipulato per atto notarile con somma che si dà per erogata e quietanzata dalla parte mutuataria, la quale, immediatamente la riconsegna alla banca perchè sia costituita in deposito cauzionale infruttifero a garanzia dell'esatto adempimento di obbligazioni in favore della stessa, si potrebbe dire che, oramai, il dibattito sulla questione sia chiuso.

Soprattutto, considerando il tono perentorio di Cassazione 9229/2022, in cui si dice che “*sul punto la giurisprudenza di questa Corte è da tempo consolidata*”.

Tuttavia, non solo la giurisprudenza di merito è rimasta altalenante ed affatto persuasa dell'anzidetta conclusione¹ ma, a ben vedere, le pronunzie richiamate a sostegno di quello che

¹ Si veda, da ultimo, Trib. Catania 2 novembre 2022, est. Marino, sent. 4486/2022 che rientra tra coloro che restano di avviso contrario.

è stato definito il “consolidato” orientamento di legittimità² non paiono affatto esprimere il principio che le si è voluto attribuire.

Nelle due pronunce citate in apertura, sembrerebbe invece doversi rinvenire una scarsa accortezza dell'interprete, il quale – come nel gioco del telefono senza fili – ha tradotto, letteralmente ed in maniera acritica, le parole dettate nella ordinanza che potremmo definire “capofila” di un orientamento che, come si vedrà *infra*, si è prestato ad essere “travisato” (Cass. 25632/2017), senza porsi i problemi né dell'effettiva portata della stessa, né del contesto in cui essa è stata resa, né tantomeno della fattispecie particolare a cui la stessa si riferiva.

2. Un contratto di mutuo pur perfezionato e valido, non per questo integra *ex se* automaticamente un valido titolo esecutivo.

Posto che non possono esistere dubbi sull'importanza del fatto che l'esecuzione forzata può avere luogo soltanto sulla base di un atto **dal quale la posizione giuridica del creditore procedente deve emergere in modo compiuto ed esatto**³, desta stupore il fatto che queste recenti pronunce di legittimità, abbiano appunto trasposto dei criteri dettati dalla giurisprudenza in materia di perfezionamento del mutuo, alla diversa questione relativa alle condizioni per individuare nel contratto di mutuo un valido titolo esecutivo. È evidente che la circostanza che il contratto di mutuo possa dirsi effettivamente “perfezionato” appare prodromica rispetto al successivo problema della sua validità come titolo esecutivo, **ma è altrettanto evidente che i termini delle due questioni coincidono solo parzialmente**, in quanto, un contratto di mutuo pur perfezionato e valido, non per questo integra *ex se* automaticamente un valido titolo esecutivo.

In questa prospettiva, quindi, è la critica che qui si illustrerà tanto a Cassazione 9229/22 che

² Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 25632 del 27.10.2017 e Cass. Sez. 1, sentenza n. 38331 del 3.12.2021, al netto di Cass. Sez. 6-1, Ordinanza n. 38884 del 7.12.2021.

³ E' infatti orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che: «..Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 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». (Cass. Sent. n. 17194/2015; conformi: Cassazione nn. 41791/2021, in parte motiva, 6174/2020 e 9389/2016).

a Cassazione 38884/21, le quali hanno *sic et simpliciter* “travasato” criteri interpretativi relativi alle condizioni perchè il mutuo abbia a ritenersi validamente concluso al tema, **solo parzialmente coincidente**, relativo alle condizioni per individuare nel contratto di mutuo un valido titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*

3. La fattispecie esaminata nella sentenza “capofila” dell'orientamento qui criticato, e anche quelle oggetto di pronunce successive, non riguardavano affatto la questione della forza esecutiva del mutuo.

L'ampissimo dibattito giurisprudenziale che si è sviluppato in merito alla individuazione del momento perfezionativo del contratto di mutuo e, in particolare, del momento in cui deve ritenersi avvenuta la “*traditio*” o “la giuridica disponibilità delle somme” in capo al mutuatario⁴, si è venuto a confrontare anche con l'ipotesi all'esame.

Per sviluppare il ragionamento non ci si può esimere dal dare conto del fatto che, in passato, secondo numerosi arresti giurisprudenziali, laddove il contratto di mutuo, ancorché stipulato con atto pubblico notarile, prevedeva che la somma mutuata fosse costituita in un deposito cauzionale presso la banca mutuante fino al verificarsi di condizioni future ed incerte (come nel caso di specie), non si riteneva realizzata la giuridica disponibilità delle somme in capo al mutuatario e, quindi, l'orientamento di legittimità era nel senso di non ritenere perfezionato il mutuo in questo caso, proprio perchè la somma si riteneva ancora nella sfera di disponibilità della banca (così Cass. 12 giugno 1969, n. 207; Cass. 11116/1992; Cass. 6686/1994).

Vi è poi stato che la **Suprema Corte, con l'ordinanza 25632/2017** si è venuta a confrontare con una **particolare ipotesi** che riguardava il diniego espresso in sede fallimentare di una insinuazione di una banca allo stato passivo. Dunque, ivi si verteva in tema di impugnazione di un decreto di mancata ammissione di una banca al passivo di un fallimento in virtù di un mutuo.

Già il contesto fallimentare in cui la pronuncia in questione ha trovato ragion d'essere è determinante poiché, come noto, in tema di fallimento, la domanda di ammissione al passivo non deve necessariamente essere suffragata da un vero e proprio titolo esecutivo ai sensi

⁴ Considerata correttamente equivalente della consegna materiale: per tutti si veda Cass. 25569/2011 e, recentemente, in giurisprudenza di merito, Trib. Lecce 20 settembre 2019 e Trib. Chieti 19 luglio 2017, entrambe in ilcaso.it.

dell'art. 474 c.p.c., ben potendo essere avanzata in base ad un titolo di diverso tenore, purché sia comprovato il credito. Ebbene, leggendo integralmente il testo dell'ordinanza (e non soffermandosi solo alla massima⁵ che ne è stata estrapolata che, nella sintesi, fa perdere di vista l'effettiva portata della pronuncia non idonea a quelle successive generalizzazioni che ne sono state tratte), la Suprema Corte in detta ipotesi ha cassato il decreto di mancata ammissione al passivo non già perché ha affermato che la costituzione del deposito cauzionale determina l'effettiva acquisizione in capo alla parte mutuataria di un autonomo titolo di disponibilità giuridica sulle somme, ma perché ha rilevato (in fatto) che una parte dei soldi (quella per la quale era rivendicata l'ammissione al passivo) era stata effettivamente erogata alla mutuataria, mentre solo un'altra (e meno consistente) parte non lo era stata, essendo stata costituita in deposito cauzionale presso la banca stessa a garanzia di adempimenti della mutuataria.

In altri termini, in quel caso la Corte di Cassazione ha riformato il decreto per specifiche ragioni in fatto che dimostravano l'effettiva erogazione di parte della somma mutuata (che era poi la parte rivendicata in sede di ammissione al passivo dalla banca).

Sempre in ambito fallimentare ed in fattispecie del tutto analoga a quella già esaminata nel 2017, Cassazione n. 19654/2019 ha nuovamente riformato un decreto di mancata ammissione allo stato passivo, senza minimamente toccare la questione della validità del titolo esecutivo.

Proseguendo nel dare conto dell'iter giurisprudenziale non si può poi omettere di citare Cassazione n. 38331/2021 (che a torto Cass. n. 9229/2022 inserisce nel filone che vorrebbe ritenere da tempo consolidato a favore della rinvenibilità del titolo esecutivo nel mutuo assistito da deposito cauzionale della somma erogata).

Questa ordinanza, ha fatto seguito ad una pronuncia di merito del Tribunale di Taranto che dichiarò la nullità del pignoramento negando la sussistenza del titolo esecutivo, posto che dal

⁵ La massima è: «*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. (Nella specie, 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 S.C. 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). (Cassa con rinvio, TRIBUNALE NAPOLI, 29/09/2011)».*

contratto di mutuo azionato emergeva soltanto che la somma era vincolata alla banca in deposito cauzionale infruttifero. Ebbene, la Suprema Corte, ha - sia pure implicitamente - condiviso tale aspetto, passando poi ad esaminare il diverso profilo della nullità del mutuo per suo mancato perfezionamento, stante la doglianza circa il fatto che la costituzione della somma in deposito infruttifero non integrava il requisito della disponibilità giuridica.

Soltanto a questo diverso fine, quindi, la Cassazione, richiamando tra l'altro la citata pronuncia n. 25632/2017, ha fatto valere il principio per il quale "*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*".

Sicchè, Cass. 38331/2021 ha ritenuto valido il mutuo, senza tuttavia occuparsi *funditus* della diversa questione della sua validità come titolo esecutivo, se non rilevando che il Tribunale tarantino aveva decisamente escluso tale validità.

A questo punto intervengono le due pronunce qui criticate - Cass. n. 38884/2021 e n. 9229/22 - le quali hanno tradotto il principio enunciato da Cassazione 25632/2017, nell'ambito della questione della forza esecutiva *ex art.* 474 c.p.c. del mutuo assistito dal patto di deposito cauzionale, senza porsi problemi di raccordo sistematico con principi fondamentali, ribaditi anche in Cass. 41791/2021 (peraltro pure richiamata in Cass. 9229/2022).

4. L'aspetto che rileva ai fini dell'art. 474 c.p.c. non riguarda (esclusivamente) il perfezionamento del contratto di mutuo, ma l'esistenza di un atto avente pubblica fede che attesti il sorgere dell'obbligo restitutorio.

Secondo costante giurisprudenza di legittimità, per costituire un titolo esecutivo dotato dei requisiti prescritti dall'art. 474 c.p.c., comma 1, l'atto ricevuto da notaio deve documentare **l'esistenza attuale di un'obbligazione avente ad oggetto la restituzione di una somma di denaro** e, in mancanza di tale requisito - quando, cioè, l'atto notarile **riporta esclusivamente un credito futuro ed eventuale** - **lo stesso non può essere integrato con la semplice prova, anche se documentale, del fatto successivo generatore dell'obbligazione, a meno che anche quest'ultima non sia dotata della medesima**

forma dell'atto notarile (così Cass. 41791/2021, in tema di apertura di credito, la quale richiama giurisprudenza consolidata attinente al contratto di mutuo condizionato: Cass., Sez. 1, Sentenza n. 4293 del 19/07/1979; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 477 del 18/01/1983; Cass. 15219/2005; 17194/2015; 9389/2016; 6174/2020).

Quindi, l'aspetto che rileva ai fini dell'art. 474 c.p.c. **non** concerne la questione dell'avvenuto perfezionamento del contratto di mutuo – che oramai da tempo la giurisprudenza ammette essere possibile mediante il mero trasferimento della disponibilità giuridica della somma mutuata (come naturale che sia in una società basata sulla circolazione “virtuale” del denaro) – bensì il diverso e dirimente profilo inerente la forza di titolo esecutivo dell'atto, dal momento che, ai sensi della norma dianzi citata, l'esecuzione forzata non può avere luogo se non in base ad un atto **dal quale la posizione giuridica del creditore procedente deve emergere in modo compiuto ed esatto**⁶.

5. Deposito cauzionale infruttifero quale pegno irregolare ex art. 1851 cod. civ. o patto marciano sospensivamente condizionato.

Lo schema del contratto di mutuo in questione è quello di attestare l'avvenuta erogazione, di acquisire la quietanza dalla parte mutuataria che, nel contempo, riconsegna la somma alla banca in deposito cauzionale infruttifero **con facoltà della banca di disporre di detta somma in funzione autosatisfattiva del proprio credito** sia in ipotesi di inadempimento della parte mutuataria agli obblighi ipotecari e assicurativi dell'immobile offerto in garanzia, sia per l'avverarsi di altre circostanze.

Il fatto è, quindi, che la lettura delle varie clausole che prevedono questo deposito cauzionale all'interno del contratto di mutuo, conduce a concludere che esso realizza uno **strumento di autotutela esecutiva sospensivamente condizionato** (all'inadempimento della parte mutuataria).

⁶ E' infatti orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che: «...Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 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.» (Cass. Sent. n. 17194/2015; conformi: Cassazione nn. 41791/2021, in parte motiva, 6174/2020 e 9389/2016).

Punto nodale è, infatti, mettere bene a fuoco la natura del deposito cauzionale infruttifero al fine di verificare come lo stesso si riverbera sulla fungibilità esecutiva dell'atto di mutuo. Il deposito cauzionale in questione appartiene al novero delle **convenzioni con funzione autosatisfattiva**, modellato sugli effetti dei molteplici sottotipi dei “**patti marciani bancari**”⁷. Esso dà vita ad uno strumento di autotutela esecutiva stragiudiziale che si colloca lungo la stessa linea concettuale del **pegno irregolare ex art. 1851 c.c.** ed è diretto ad assicurare l'autosoddisfacimento di un creditore in via stragiudiziale, con effetto liberatorio del debitore.

Il pegno irregolare è previsto dall'art. 1851 cod. civ. nell'ambito del contratto di anticipazione bancaria, **ma è considerato figura di applicazione generale** (cfr. *ex multis* Cass. 12964/2005, Cass. 26154/2006)⁸. Rientra, ad esempio, nell'ambito del pegno irregolare la cauzione che viene versata dal conduttore a garanzia delle obbligazioni assunte nei confronti del locatore, ovvero da chi intende partecipare ad un incanto a garanzia delle obbligazioni che gli derivano dalla partecipazione e dall'eventuale aggiudicazione. La norma fa **riferimento al vincolo di depositi di denaro**, merci o titoli che non siano stati individuati **o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre**.

Si tratta di beni fungibili, che passano in proprietà alla banca (soprattutto nel pegno irregolare accessorio ad operazioni bancarie), che assume correlativamente l'obbligo di restituzione del *tantundem* nell'ambito del *genus* di cui fanno parte il denaro, le merci od i titoli oggetto della garanzia. In tutti questi casi la consegna della cosa comporta l'autorizzazione al creditore a disporre **e sostanzialmente il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia**⁹.

⁷ A questo novero certamente appartengono il Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato di cui all'art. 48 bis D.Lgs. 385/1993, nonché la disciplina del mutuo denominata “credito immobiliare ai consumatori” di cui agli artt. 120 quinquies e seguenti del D.lgs. 385/1993.
⁸ Sul pegno irregolare si veda Realmonte, Il pegno, in Trattato di diritto privato a cura di Rescigno, Torino, XIX, 1985, 644 ss; Vittoria, Il pegno irregolare, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1990, XXII.

⁹ La giurisprudenza ha ritenuto in più occasioni che il vincolo su di una somma di denaro di pertinenza del debitore che si trovi nella disponibilità della banca integri gli estremi di un pegno irregolare e non di un pegno di credito, anche se la banca è debitrice della somma nei confronti del debitore. Sulla scorta di autorevole dottrina si è infatti osservato, con specifico riferimento al pegno su libretto di deposito bancario, che la banca acquista la proprietà del denaro depositato con obbligo di restituzione del *tantundem* alla scadenza. Cfr. App. Milano 17 maggio 1985, in Banca, borsa, tit. cred. 1987, II, 32; Trib. Milano 18 ottobre 1984, in “Il Fallimento” 1985, 748 e, meno recentemente, Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, in Banca, borsa, tit. cred. 1978, II, 419; Cass. 17 luglio 1974, n. 2132, in Giust.civ. 1974, I, 1724; Cass. 2 agosto 1956, n. 3020, in Banca, borsa, tit. cred. 1956, II, 301; Trib. Catania 14 maggio 1981, in Banca, borsa, tit. cred. 1981, II, 332. In dottrina cfr. Fiorentino, Del conto corrente - dei contratti bancari, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1969, 142; Molle, Contratti bancari, Milano, 1981, 362, nota 13 ed ivi ulteriori riferimenti.

Dunque, il deposito cauzionale infruttifero presente nei contratti di mutuo, integra un meccanismo esecutivo di natura privata del tutto stragiudiziale, che regola una fase dell'attuazione dell'obbligazione documentale della parte mutuataria e ne disciplina il profilo dell'inadempimento e delle conseguenze di esso.

6. La presenza del “patto marciano” e la forza esecutiva del titolo in sede giudiziale: un “ossimoro” giuridico.

Stando alla struttura del contratto di mutuo, la garanzia in questione, quale congegno di autosoddisfacimento del creditore, mette in luce un angolo visuale dal quale non è possibile prescindere nella valutazione della forza esecutiva del titolo in sede giudiziale.

Nella misura in cui il contratto di mutuo è assistito da una clausola di garanzia, quale quella del deposito cauzionale infruttifero, ciò che emerge dal titolo è che il finanziamento, pur erogato, risulta garantito da deposito cauzionale infruttifero sospensivamente condizionato, ove la condizione riferita alla garanzia del deposito è data dall'inadempimento del mutuatario agli obblighi documentali. La convenzione *latu sensu* “marciana” data da detto accordo cauzionale assolve ad una funzione di autosoddisfacimento del creditore, perciò **essa ricade nell'area della realizzazione privata del credito**, che la Banca può ottenere con l'incameramento del deposito.

Ne consegue che, la presenza di tale patto marciano nel contratto di mutuo (che esclude di per sé solo la perseguibilità di un'esecuzione giudiziale, perchè esso ne costituisce l'*alter ego* convenzionale stragiudiziale) impone alla Banca, per agire *in executivis* giudizialmente, di dimostrare il mancato avveramento definitivo della condizione sospensiva collegata all'accordo cauzionale, elemento che fa cessare la funzione autosatisfattiva del deposito.

In altri termini, l'atto di mutuo in questione documenta un ***finanziamento erogato garantito da deposito cauzionale sospensivamente condizionato***, dove il deposito cauzionale ha chiaramente una funzione alternativa (e contraria) all'esecuzione giudiziale.

Quindi, per procedere esecutivamente in sede giudiziale, è dirimente che la Banca dia la prova (sempre per atto pubblico) del fatto che la liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio non è avvenuta secondo quella modalità autosatisfattiva stragiudiziale contrattata con il debitore stesso.

Nell'ambito di queste considerazioni assume rilievo che la Suprema Corte ha fatto notare

come, con riguardo all'originaria formulazione del n. 3 del secondo comma dell'art. 474 c.p.c. (che faceva riferimento agli "atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli **relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute**" - la parte in neretto è stata poi eliminata), non si sia mai dubitato che, per assumere efficacia esecutiva, l'atto ricevuto da notaio dovesse documentare l'esistenza attuale di una obbligazione avente ad oggetto una somma di danaro e che, in mancanza di tale requisito, laddove cioè l'atto notarile documentasse esclusivamente un "credito eventuale", esso non potesse essere integrato con la semplice prova, anche se documentale, del fatto successivo generatore dell'obbligazione, occorrendo che anche quest'ultimo fosse dotato della medesima forma notarile¹⁰. In tema di esecuzione forzata intrapresa in forza di un atto pubblico notarile (ovvero di una scrittura privata autenticata) che documenti un credito solo futuro ed eventuale **e non ancora attuale e certo** (pur risultando precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza), al fine di riconoscere all'atto azionato la natura di titolo esecutivo *ex* art. 474 c.p.c. è necessario che anche i fatti successivi, determinanti l'effettiva insorgenza del credito, siano documentati con le medesime forme e, cioè, con atto pubblico (o con scrittura privata autenticata) (cfr. Cass. 41791 del 28 dicembre 2021)¹¹

Dunque, se le Parti hanno inserito nel mutuo uno strumento convenzionale di "autotutela esecutiva" che assicura alla Banca finanziatrice la possibilità, in caso di inadempimento del finanziato agli obblighi dettagliatamente previsti nel contratto di mutuo, di incamerare la somma erogata e costituita in deposito cauzionale, allo scopo di soddisfare le sue ragioni creditorie, è evidente che – in sede esecutiva giudiziale – affinché il credito possa essere ritenuto "attuale e certo" serve la dimostrazione della caducazione della garanzia autoesecutiva rappresentata dal deposito cauzionale, per mancato avveramento della condizione sospensiva ad essa accessoria, da documentarsi anch'essa per atto pubblico (secondo costante insegnamento della Suprema Corte).

¹⁰ Giurisprudenza risalente e costante: cfr., ad esempio, con riguardo al contratto di mutuo condizionato o obbligatorio, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 4293 del 19/07/1979, Rv. 400808 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 477 del 18/01/1983, Rv. 425280 - 01; nel medesimo senso, cfr. anche Sez. 3, Sentenza n. 15219 del 19/07/2005, Rv. 583283 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 17194 del 27/08/2015, Rv. 636305 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 9389 del 10/05/2016, Rv. 639901 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 6174 del 05/03/2020, Rv. 657140 - 01.

¹¹ In applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione che aveva ritenuto regolarmente avviata, da parte della banca creditrice pignorante, una procedura per espropriazione immobiliare fondata su un contratto di apertura di credito in conto corrente bancario, assistito da garanzia ipotecaria e stipulato per atto pubblico notarile.

7. Conclusioni.

Le pronunce di legittimità che hanno trasposto il principio in tema di perfezionamento del mutuo nel diverso contesto della fungibilità del mutuo con deposito cauzionale quale titolo esecutivo, non pare che si siano affatto poste il problema degli effetti autosatisfattivi a favore della banca insiti nella clausola negoziale che regola il deposito cauzionale. Effetti sia pure sospensivamente condizionati, ma che non sembrano compatibili con il requisito della certezza del credito azionato, posto che il contratto si ferma a documentare l'esistenza di un meccanismo negoziale di per sé idoneo a soddisfare pienamente in sede stragiudiziale le ragioni creditorie della banca.

Il contratto in questione – scevro della prova per atto pubblico della mancata attuazione del cd. “patto marciano” che è rinvenibile nell'accordo cauzionale - non incorpora né fornisce *ex se* la prova di un diritto di credito certo liquido ed esigibile ed è pertanto (come pure ritiene una parte della giurisprudenza di merito), inidoneo, pur se stipulato con atto pubblico notarile, ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme ivi promesse.

Nel moderno contesto, ove la circolazione del denaro avviene mediante passaggi non più “reali”, ma diremmo addirittura “digitali” o virtuali, si è in un certo senso stati costretti ad una interpretazione attuale del contratto di mutuo, ritenendolo perfezionato anche con la sola disponibilità giuridica della somma, non essendo più necessaria la *traditio*.

Tuttavia, rispetto alla forza esecutiva del titolo, il perfezionamento del mutuo mediante la disponibilità giuridica della somma, se è un aspetto certamente necessario non è però esaustivo, perché ad esso deve aggiungersi il requisito che il documento, assistito da pubblica fede, incorpori *ex se* l'obbligazione restitutoria, oppure, la stessa possa evincersi da un atto separato di svincolo della somma, che deve anch'esso esser redatto nella forma dell'atto pubblico.

In altri termini, se è condivisibile che nella moderna società digitale il mutuo si ritenga perfezionato anche con la sola disponibilità giuridica della somma, non sembra invece che la coesistenza nell'ambito del contratto di mutuo del patto marciano *alias* pegno irregolare, in cui consiste il deposito cauzionale della somma, possa essere trascurata, perché questo significherebbe mettere in crisi la coerenza del sistema alla base della forza esecutiva del titolo

stragiudiziale.