

**CONTRATTO DI MUTUO, DEPOSITO IRREGOLARE, QUIETANZA  
E TITOLO ESECUTIVO: UN TENTATIVO DI SISTEMAZIONE**

*Rosario Franco* \*

SOMMARIO: 1. Il deposito bancario, quello irregolare e il trasferimento in proprietà – 2. Deposito irregolare e la *facoltà di servirsi* di quanto depositato – 3. Il deposito irregolare implica necessariamente l'effetto traslativo: critica – 4. Il deposito regolare e il mandato *in rem propriam* – 5. La prospettiva della clausola negoziale che prevede la condizione – 6 Il quadro sinottico delle conclusioni. – 7. Possibili soluzioni concrete per i procedimenti esecutivi in corso, ma sospesi in seguito alla sentenza della Cassazione.

1. – La Corte di Cassazione con sentenza del 3 maggio 2024, n. 12007 <sup>1</sup> ha espresso – in riferimento ad un contratto di mutuo fondiario con erogazione della somma e contestuale ri-consegna della stessa in deposito infruttifero fino alla costituzione di un'ideale garanzia ipotecaria ai sensi dell'art. 39, comma 4, T.U.B. – 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 come 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 patri-

\* Notaio.

<sup>1</sup> Consultabile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) e in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).



monio; 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». In accordo alla diffusione di una non nuova prassi bancaria, ove le parti concordassero di arricchire i profili strutturali e funzionali del loro regolamento negoziale al fine del soddisfacimento di ulteriori e distinti interessi intermedi e/o propedeutici (per la massimizzazione delle *garanzie* a favore della banca) alla realizzazione di quello finale (erogazione definitiva della somma), nelle modalità appena delineate nel principio di diritto affermato dalla Cassazione (deposito cauzionale) ovvero in altre versioni convenzionali (mandato, pegno irregolare, assegni circolari, conto corrente vincolato, ecc.), si dovrebbe così sostanzialmente prendere atto che il contratto di mutuo non costituirà più un autosufficiente titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*; dovendo il richiesto giudice dell'esecuzione sempre verificare se ad esso abbia o no fatto seguito l'atto di quietanza (redatto nelle forme richieste dalla medesima disposizione) dal quale possa risultare la formale messa a disposizione della somma a favore del mutuatario. Soltanto al riscontro di quest'ultimo, infatti, il titolo esecutivo sarebbe definitivamente, formalmente e regolarmente formato <sup>2</sup>.

Si vuole qui provare a svolgere – se non proprio dei pensieri a voce alta – qualche riflessione a 'caldo', provando ad organizzarle in un contributo di primissima lettura <sup>3</sup>, senz'altro meritevole di successivi approfondimenti ricostruttivi e sviluppi interpretativi, anche alla luce del dibattito che in proposito senz'altro s'ingenererà tra dottori, giudici ed operatori pratici del diritto. Il ragionamento della Corte <sup>4</sup> procede, con termini sicuri, verso una so-

<sup>2</sup> È bene subito sottolineare che il profilo che attiene alla verifica della intervenuta conclusione del contratto è da tenere puntualmente distinto da quello che si propone di accertare l'idoneità del medesimo contratto (*id est*: completezza) a formare un titolo esecutivo, valido ai sensi di legge. Un contratto di mutuo con dichiarazione successiva del mutuatario di aver ricevuto la somma mutuata, ad es., è vicenda che certifica la conclusione del contratto, ma non è di per sé idonea a formare un titolo esecutivo se il contratto non viene esibito unitamente ad un atto di quietanza nelle forme richieste dall'art. 474 c.p.c.

<sup>3</sup> Erano trascorse pochissime settimane dalla pubblicazione della sentenza allorquando queste brevi considerazioni sono state licenziate per la stampa.

<sup>4</sup> Peraltro non del tutto innovativo (sia pure senza ricevere un'eccessiva diffusione) nel panora-

luzione che non parrebbe mostrare *crepe* ricostruttive: se successivamente al mutuo, dal quale emerge una contestuale riconsegna della somma alla banca, non interviene un atto di quietanza (per atto pubblico o scrittura privata autenticata), il titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.* non potrà ritenersi formato. Per l'effetto, il giudice dell'esecuzione non potrà far iniziare il relativo giudizio ovvero dovrà sospenderlo (se già irregolarmente iniziato). E, tuttavia, il punto critico della pronuncia<sup>5</sup> che qui si intende verificare<sup>6</sup> – al netto di ogni (qui impossibile) riflessione sulla stessa predicazione della *realità* del

ma giurisprudenziale nostrano; cfr., infatti, per le medesime conclusioni fatte proprie dalla Cassazione, almeno – e per quanto è stato possibile consultare – Trib. Massa (Giud. Esec.), 23 ottobre 2015, confermata in sede di reclamo da Trib. Massa (comp. collegiale), 19 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*, dalla cui lettura (p. 4 del provvedimento) parrebbe emergere una non condivisibile funzionalizzazione dell'atto notarile di quietanza non tanto a certificare il trasferimento della somma nel patrimonio del mutuatario (che poi costituisce esattamente l'elemento suppletivo che conforma la peculiare struttura dei contratti reali), bensì la giuridica disponibilità di questa da parte del medesimo, sovrapponendo – ciò che invece deve rimanere concettualmente separato, anche con riferimento alla evidente peculiarità del bene-denaro – titolarità e disponibilità: il contratto reale, in altri termini, si perfeziona con la *dazione* della somma/cosa, non anche con la successiva verifica della sua *disponibilità*; Trib. Cassino, 16 maggio 2019, in *www.ilcaso.it*; Trib. Tivoli, 5 aprile 2019, in *www.ilcaso.it*, il quale, tuttavia, argomenta da un non condivisibile riconduzione dell'ipotesi contrattuale in commento al cd. mutuo condizionato; Trib. Avezzano (Giud. Esec.), 14 marzo 2019, confermata in sede di reclamo da Trib. Avezzano (comp. collegiale), 26 giugno 2019, in *www.ilcaso.it*; Trib. Lagonegro, 20 marzo 2018; Trib. Campobasso, 25 luglio 2017; Trib. Chieti, 13 luglio 2017; Trib. Pescara, 1° giugno 2017. Ma *contra*, Trib. Perugia, 15 dicembre 2021, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Roma, 16 gennaio 2019, in *Riv. esec. forz.*, 2019, p. 370 ss.: «[c]ostituisce titolo esecutivo idoneo all'esecuzione forzata il contratto di mutuo contenente indicazioni di avvenuta erogazione e quietanza della somma mutuata con contestuale costituzione della stessa, da parte del mutuatario, in deposito cauzionale infruttifero in favore della banca mutuante, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento di una serie di prestazioni a carico del cliente indicate nel contratto».

<sup>5</sup> Si tratta, come anticipato, di Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, la quale ha ricevuta immediate – quanto inattese – plurime adesioni da numerosi Tribunali sparsi su tutto il territorio nazionale. E, infatti, cfr., almeno, Trib. Brindisi, 25 giugno 2024; Trib. Catanzaro, 10 giugno 2024; Trib. Fermo, 31 maggio 2024; Trib. Gela, 27 maggio 2024; Trib. Teramo, 15 maggio 2024; Trib. Taranto, 14 maggio 2024. In proposito è intervenuta anche una solerte comunicazione del Tribunale di Monza in data 20 maggio 2024, in cui, dopo aver riportato il principio di diritto affermato dalla Cassazione, si avverte che «la verifica in ordine alla sussistenza di un valido titolo esecutivo deve essere effettuata d'ufficio dal Giudice, si invitano i Delegati alla Vendita – al fine di agevolare i Giudici nell'effettuazione dei rilievi ufficiosi – a comunicare entro trenta giorni dalla presente comunicazione, e in ogni caso prima degli esperimenti di vendita già fissati, se tra i titoli esecutivi azionati dai creditori (sia procedenti che intervenuti) vi siano dei contratti di mutuo aventi le caratteristiche so-

contratto di mutuo<sup>7</sup> e della certezza di non essere al cospetto della stipulazione<sup>8</sup> *bi-fasica* di cui all'art. 39, comma 2, T.U.B – va colto in riferimento al passaggio in cui i giudici di legittimità affermano che «il deposito bancario ha natura di deposito irregolare e, di conseguenza, fa acquistare al depositario [banca] la proprietà della somma di denaro depositata (art. 1834), con obbligo di quest'ultimo di restituirla nella stessa specie monetaria». Ne vien fatta derivare la conseguenza (inevitabile in questa prospettiva) che per *svincolare* detta somma si sarebbe dovuto procedere con un «successivo atto volontario [della banca], che [determini] il nuovo trasferimento della sua proprietà in favore della parte mutuataria[-depositante]»: solo così sarebbe po-

pra descritte». In senso contrario, a quanto finora consta, Trib. Foggia, 29 maggio 2024, ove si legge: «ritenuto non condivisibile il principio espresso dalla S.C. [Cass. n. 12007 del 2024], in quanto, a prescindere da quanto più volte affermato dalla stessa Cassazione circa la natura di titolo esecutivo di un mutuo in cui convivano consegna del denaro e deposito in attesa del consolidamento dell'ipoteca (cfr. Cass. 9229/22), non può ritenersi non emergente dal titolo un'attuale obbligazione restitutoria della parte mutuataria dal momento che il deposito infruttifero costituisce esclusivamente una cautela provvisoria per l'istituto di credito ed avente una già concordata efficacia temporanea emergente dal titolo».

<sup>6</sup> La sentenza, per la verità, esprime altri due principi di diritto: l'uno, con riguardo alle modalità sufficienti alla notificazione della cessione dei crediti in seguito alla procedura di cartolarizzazione ed altri in proposito dell'utilizzo di un coefficiente dell'Euribor che risultava *per tabulas* modificato illegittimamente da alcuni soggetti (ed oggetto di alcune intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza in quanto diretta alla manipolazione dei tassi), estranei tuttavia alle parti contrattuali.

<sup>7</sup> Per tutti, F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1957, p. 112 ss. e, per una esatta ricostruzione, V. Di Gravio, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, *passim*. Realtà vieppiù contestabile alla stregua di una serie di discipline più recenti che contemplan ipotesi di finanziamento consensuali, quali quelle relative ai c.dd. mutui di scopo e, più in generale, alla stregua delle più moderne tecniche di messa a disposizione/consegna della somma al mutuatario (in termini propriamente giuridici e non più soltanto materiali), in guida ad una rarefazione, spiritualizzazione, smaterializzazione di tale momento. Su tale punto, da ultimo, Cass. 27 febbraio 2023 n. 5921, in *Pactum*, 2023, p. 96 ss., con attento e puntuale commento di E. Capobianco, *Il mutuo bancario tra tradizione e innovazione: a proposito della formazione del titolo esecutivo* (p. 89 ss.), il quale – con riferimento all'atto di opposizione *ex art. 615 c.p.c.* proposto in occasione di vicende concrete assimilabili a quella investigata dalla Cassazione in commento – discute di «doglianza [...] oramai consueta da parte di chi viene colpito da una procedura esecutiva immobiliare». In termini, A. Di Majo, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*, a commento di Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ss.

<sup>8</sup> L'enunciata disposizione prevede che alla conclusione formale del contratto di mutuo faccia seguito – in un momento cronologicamente successivo – la conclusione di un atto di quietanza, nel quale si dia conto della materiale erogazione della somma al mutuatario: soltanto la presentazione di entrambi gli atti potrà comportare la formazione di un valido titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*

tuta sorgere «l'obbligazione di restituzione [di tale somma] a carico di quest'ultima»; la quale, al contrario, per quella originante dal mutuo, risulterebbe essere stata immediatamente estinta in seguito al collegato contratto di deposito (con effetto traslativo), in forza del quale la somma ricevuta a mutuo dal mutuatario trascorre in titolarità della banca. Da ciò che, in mancanza della formalizzazione<sup>9</sup> (per atto notarile) di tale atto di ri-trasferimento (per quanto nei fatti la somma sia stata effettivamente messa nella disponibilità della parte mutuataria); in mancanza, cioè, della stipula di un atto di quietanza da parte del mutuatario circa la nuova ricezione della somma (rispetto alla prima certificata e quietanzata nella convenzione di mutuo), la stessa non potrebbe che risultare (almeno formalmente, che è poi ciò che rileva sul piano della formazione del titolo esecutivo) ancora nella disponibilità esclusiva della banca, con il che il contratto di mutuo non potrebbe essere fatto valere come titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., in quanto mancante proprio del (secondo<sup>10</sup>) atto di quietanza.

Ebbene, l'indicato passaggio argomentativo e la conseguenza che si ritiene di poter ricavare – anche se rigorosamente espressi nell'assunzione iniziale e nelle deduzioni che se ne traggono – finiscono per manifestare un discorrere che fatica a convincere fino in fondo e non tarda a rivelarsi come fondato su affermazioni tutt'altro che sicure<sup>11</sup>, da un profilo propriamente giuridico.

<sup>9</sup> La Cassazione discute in termini di «consacrazione».

<sup>10</sup> La prima quietanza viene resa infatti dal mutuatario al momento della ricezione della somma erogata a titolo di mutuo. E ciò, come si sta provando ad argomentare nel testo, è sufficiente a formare il titolo esecutivo. Ne conviene, E. Capobianco, *Il mutuo bancario tra tradizione e innovazione: a proposito della formazione del titolo esecutivo*, cit., p. 94 s.

<sup>11</sup> Resterebbe da verificare in termini – senza che qui, però, sia consentito farlo in ragione del taglio da 'prima lettura' che le presenti riflessioni intendono assumere – come un'obbligazione (e, specificamente, quella di restituzione della somma presa a mutuo e) che, nel percorso proposto dalla Cassazione, parrebbe essere destinata all'estinzione in forza del successivo ri-trasferimento della stessa (fondato sul collegato contratto di deposito) dal debitore-mutuatario-depositante al creditore-mutuante-depositario, possa poi tornare a vivere in forza del medesimo contratto (il mutuo) che in tesi si sarebbe dovuto, però, esaurire nel relativo rapporto, avendo ricevuto completa ed esatta esecuzione (*id est*: l'immediata restituzione della somma). Rimarrebbe cioè da accertare come un'obbligazione fondata su di un titolo ed immediatamente estinta, in seguito al ritrasferimento in proprietà della somma mutuata dal mutuatario al mutuante-depositario possa poi ri-sorgere, al verificarsi di alcune condizioni, senza la necessità di prevedere la conclusione di un nuovo titolo (*id est*: un ulteriore contratto di mutuo, con tutta la relativa regolamentazione pattizia).

E così, senza spendere altre parole, inoltrandoci nell'analisi dell'intero punto 2 della sentenza, si deve innanzitutto rilevare che l'assunzione secondo cui il deposito 'bancario' ha natura di deposito 'irregolare' costituisce affermazione che avrebbe meritato almeno una (più) convincente dimostrazione, non rivelandosi di certo un principio autoevidente e che, in quanto tale, non avrebbe necessitato di esser dimostrato. Il deposito bancario (art. 1834) – anche allorché si opinasse nel senso della sua identità strutturale rispetto ai limitrofi contratti di deposito irregolare (art. 1782) e di mutuo (art. 1813) – non tarderebbe, infatti, a denunciare una sua propria individualità funzionale, ormai pacificamente accolta dal pensiero assolutamente dominante. E tale *tipicità funzionale* ben la si coglie nella circostanza dell'inserimento dei singoli depositi bancari (art. 1834), nelle alternative versioni di quello in denaro (artt. 1834-1837) e di quello relativo ai titoli in amministrazione, nella peculiare attività bancaria di raccolta del risparmio e degli investimenti in genere; una funzione, cioè, che s'individua in ragione dell'inserimento dei singoli depositi in una massa di operazioni di raccolta coordinate (anche soltanto per meri periodi temporanei) con quelle di impiego e la specifica regolamentazione pubblicistica dell'attività bancaria, tra custodia ed investimento.

I depositi del primo tipo costituiscono una tipica operazione passiva, finalizzata alla raccolta fra il pubblico dei fondi necessari per l'erogazione del credito e si caratterizzano funzionalmente proprio in quanto collegati ad un'attività specifica del soggetto-bancario in cui la raccolta del risparmio è strumentale all'esercizio del credito secondo le regole proprie della tecnica e legislazione bancaria. Da ciò che la specificità che caratterizza il deposito irregolare (art. 1782), secondo cui la titolarità<sup>12</sup> di quanto offerto in deposito si trasferisce al depositario allorché (ma, si badi, *soltanto* allorché) sia concessa a quest'ultimo (anche) la facoltà di *servirsene*, non trova evidentemente applicazione nel diverso *tipo* del deposito bancario nel cui ambito, al contrario, la titolarità del denaro si trasferisce (non soltanto *normalmente*, bensì) essenzialmente alla banca che, per l'appunto, «ne acquista la proprietà». Essenzialmente, poiché soltanto con il trasferimento in proprietà delle somme

<sup>12</sup> Si è ben consci, peraltro, che il denaro non può essere considerato alla stregua di una *cosa* e che il legame che intercorre tra un soggetto e il denaro non può essere *tout court* ricondotto a quello instaurato dal diritto di proprietà con la cosa. Per tutti, A. Di Majo, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 222 ss.

alla banca depositaria riuscirà ad esprimersi il *quid essentiae*, la funzione, la specificità stessa di questo autonomo *tipo* di deposito (art. 1834). Sennonché, il 'deposito bancario' di cui discute la Cassazione, per evidenti ragioni, non è dato in alcun modo a configurarsi nella vicenda in esame, giacché gli interessi delle parti sono modulati in senso affatto diverso. In questa, il deposito della somma concessa a mutuo, oltre ad avere una sua essenziale quanto intrinseca caducità (a differenza di quello bancario di cui all'art. 1834), non costituisce né un'operazione di investimento/risparmio, né tampoco un'operazione passiva per la Banca (stante la formale infruttuosità di interessi), né, ancora, un trasferimento della somma a quest'ultima per far sì che l'adoperi nelle sue attività imprenditoriali ed istituzionali. Dalla concreta organizzazione degli interessi della vicenda di cui al giudizio della Cassazione è, infatti, agevole comprendere che le parti non intendevano in alcun modo manifestare né un interesse all'investimento (il mutuatario), né un interesse alla raccolta del risparmio (la banca), integranti la funzione del deposito di cui all'art. 1834, bensì, diversamente, manifestare l'interesse a che la somma resti depositata in banca – senza che questa avrebbe potuto in alcun modo utilizzarla, né produrre interessi – a garanzia che l'evento o gli eventi dedotti nella condizione sospensiva (apposta al conseguimento della piena disponibilità della somma mutuata) si producano in conformità a quanto programmato dalle parti. Non, dunque, una funzione di investimento/raccolta del risparmio propria del deposito bancario (art. 1834), bensì una mera funzione di custodia (strumentale ad un immediato svincolo) di una somma che non potrà che essere adoperata (dal depositario) se non in accordo agli stringenti termini risultanti dal regolamento di interessi convenuto tra le parti (deposito irregolare *ex art.* 1782).

2. – Quanto al deposito irregolare – quantunque non si convenisse di distinguerlo da quello bancario, com'è, invece, ormai pacificamente riconosciuto<sup>13</sup>, riconducendo al contrario, quest'ultimo, al deposito di cui all'art.

<sup>13</sup> Per l'impostazione per cui il deposito bancario è un contratto tipico, cfr., almeno, G.F. Campobasso, voce *Deposito*, III, *Deposito bancario*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 2 s.; L. Guglielmucci, voce *Deposito bancario*, in *Dig. priv.-sez. comm.*, IV, Torino, 1987, p. 256 s.; F. Maimeri-R. Pierri, *Commento all'art. 1834*, in *Dei singoli contratti (artt. 1803-1860)*, a cura di D. Valentino, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 300 ss.; F. Criscuolo-F. Mazzotta, *Il deposito bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Tratt. dei contratti*,

1782, sì come mostra di ipotizzare la Cassazione – si deve prendere atto di come l'enunciato legislativo, in accordo con la sua funzione di custodia, indichi chiaramente che il depositario acquista la proprietà del denaro consegnato (o delle altre cose fungibili) soltanto se gli viene attribuita la *facoltà di servirsene*; a ragionar diversamente si incapperebbe nel serio rischio di un'ingiustificata *interpretatio abrogans*<sup>14</sup>. L'acquisto della proprietà, in altri termini, costituisce non già un effetto naturale del contratto, bensì una sua specifica implementazione effettuale fondata sulla preventiva ed espressa attribuzione al depositario del potere di servirsi delle *cose* offerte in deposito. D'altra parte è proprio questo uno dei profili sui quali si fonda – a volerla condividere – la differenza tra deposito bancario e deposito irregolare. Nel primo il trasferimento in proprietà è coesenziale, oltre che alla struttura, alla realizzazione in concreto della stessa funzione del contratto, là dove è agevole rendersi conto che senza il trasferimento in titolarità delle somme la banca non potrebbe svolgere alcune delle sue attività istituzionali; non, in ogni caso, quelle che costituiscono il contenuto del contratto di deposito bancario (art. 1834). Nel secondo – la cui disciplina, al pari del deposito, è collocata nel capo XII del codice civile e non nel XVII, relativo ai contratti bancari – la funzione essenziale resta quella della custodia e della sicurezza (di quanto dato in deposito), nonostante la peculiarità della natura di quanto consegnato, con il che risulta evidente il perché l'attribuzione al depositario della *facoltà di servirsene* (*id est*: in qualità di pieno proprietario e senza alcuna limitazione) deve costituire oggetto di una idonea manifestazione di volontà delle parti<sup>15</sup>. Il passaggio della proprietà dal de-

diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Milano, 2016, p. 765 ss., ai quali, peraltro, si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Una sintesi efficace del dibattito in L. Follieri, *Il deposito bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Lo rilevano puntualmente anche G.B. Portale-A.A. Dolmetta, *Deposito regolare di cose fungibili fallimento del depositario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 842 ss., spec., pp. 846, 847 s.: la tesi censurata nel testo «cozza frontalmente contro il positivo disposto dell'art. 1782 c.c. Si può dire, meglio, che [chi la sostiene] abroga, in pratica, la norma dell'art. 1782 c.c.»; R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, Milano, 2007, p. 97, il quale discute di «chiaro disposto dell'art. 1782».

<sup>15</sup> Cass., 25 gennaio 2022, n. 2128; Cass., 5 gennaio 2022, n. 193; Cass., 8 febbraio 2021, n. 2936; Cass., 8 febbraio 2021, n. 2935; Cass., 5 febbraio 2021, n. 2732; Cass., 5 aprile 2006, n. 7878; Cass., 14 ottobre 1999, n. 11540; Cass., 21 maggio 1999, n. 4943; Trib. Treviso, 20 gennaio 2016, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 90 ss. Filone inaugurato da Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, p. 141 ss., con nota (per quanto qui interessa) favorevole

positante al depositario, daccapo, non costituisce una conseguenza indefettibile della fungibilità delle cose depositate<sup>16</sup>, poiché tale effetto si realizza solo se al depositario è concessa (*anche*) la facoltà di servirsene nel proprio interesse: in questo ultimo caso, infatti, il deposito verrebbe ad assolvere (oltre alla funzione di custodia) *anche* una funzione di credito nell'interesse del depositario, lasciando agevolmente intuire il perché a tale specifico contratto si applicheranno, in quanto compatibili, le norme sul mutuo (art. 1782, comma 2). La fungibilità, in altri termini, potrà incidere sulle modalità alla cui stregua organizzare la (più o meno) complessa attività del custodire<sup>17</sup> e, quindi, per l'effetto, sui criteri alla cui stregua giudicare la diligenza (*melius*: l'esatto inadempimento) del depositario; giammai risulterà di per sé idonea a condizionare la stessa qualificazione dell'accordo privato, precludendo, in ipotesi, la configurabilità di un deposito irregolare senza attribuzione di facoltà di servirsi (al depositario) qualora ad oggetto del contratto risultassero proprio di beni fungibili (o

di L. Salamone, *La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di quantità di fungibili non individuati*. In dottrina: G.F. Campobasso, *Deposito*, cit., p. 2; G.B. Portale-A.A. Dolmetta, *Deposito regolare di cose fungibili fallimento del depositario*, cit., p. 842 ss.; F. D'Alessandro, *Disesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 476 s.; F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, p. 113, sia pure nell'ambito di una personale impostazione; R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., pp. 67 ss., 87, 89 ss., il quale, peraltro, puntualmente precisa che, a rigore, neppure l'attribuzione della facoltà di uso di quanto dato in deposito implichi il necessario realizzarsi dell'effetto traslativo, ipotizzando un'assegnazione al depositario della prima come facoltà autonoma ed indipendente dalla registrazione del secondo e ribadisce che «[p]ur nella varietà di opinioni [...] la dottrina è concorde nell'escludere che la natura dei beni sia requisito sufficiente del deposito [irregolare] traslativo»; A. Scalisi, *Il contratto di deposito*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011, p. 234; G. Amadio-F. Macario, *Diritto civile*, II, Bologna, 2014, p. 192; M. Fabiani, *Rivendica di cose fungibili in contesti concorsuali*, in *Il fallimento*, 2002, p. 352 s. Più criptico, sul punto, E. Simonetto, voce *Deposito irregolare*, in *Dig. priv.-sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 281.

<sup>16</sup> Né tampoco una specificità del deposito *irregolare*, allorché si convenga che la facoltà di servirsi di quanto depositato è elemento necessario, ma non sufficiente per definirne la tipicità, e, quindi, per la efficacia reale, risultando configurabile anche un deposito *regolare* con attribuzione della facoltà d'uso *ex art. 1770*. In proposito, cfr., A. Galasso, *Mutuo e deposito irregolare. I. La costituzione del rapporto*, Milano, 1968, p. 275; R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., p. 90. In giurisprudenza: Cass., 14 ottobre 1999, n. 11540, cit.

<sup>17</sup> Ne conviene, R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., p. 87.

denaro). D'altra parte, risulta sufficientemente pacifico che la funzione principale del deposito irregolare (custodia, conservazione, sicurezza) riuscirà a realizzarsi a prescindere dalla produzione dell'effetto traslativo; e che del pari trovi soddisfazione l'interesse tipico, sia pure senza la realizzazione di questo<sup>18</sup>.

In tal modo riuscirebbe a superarsi l'idea tradizionale secondo cui la *traditio* delle cose fungibili (oggetto di deposito) debba necessariamente implicare l'attribuzione al fatto (*melius*: al *valore*) che la realizza *anche* di un'insuperabile efficacia traslativa (*ex lege*), e così prendersi atto che la tipologia di effetto dipende da ciò che le parti hanno inteso pattuire nel relativo regolamento di interessi, in esercizio dell'autonomia privata. Invero, la costruzione tradizionale, fatta propria dalla Cassazione, se, per un verso, si distaccherebbe fortemente dalla disciplina formale delineata dal dettato dell'art. 1782, per l'altro, irrigidirebbe eccessivamente il procedimento interpretativo della volontà dei contraenti attribuendo a determinati comportamenti una rilevanza positiva che non trova riscontro nel tessuto normativo della fattispecie. In questa prospettiva si è scritto<sup>19</sup>, riportandosi pienamente ad una precedente impostazione<sup>20</sup>, che nel «sistema vigente [...] il passaggio della proprietà (dal depositante al depositario) non è conseguenza della mera fungibilità, ma dipende dalla causa del contratto di cui si tratta», nel senso che esso «dipende dall'atto di autonomia privata che abbia eventualmente attribuito al depositario il potere di disposizione sulle cose depositate», potendo al più il «carattere fungibile delle cose depositate [...] incidere, casomai, sulle modalità di custodia a cui è tenuto il depositario (e quindi sui termini dell'esatto adempimento dell'obbligazione di custodia)», non su altri profili. E, allora, non sulla titolarità di quanto oggetto di un deposito irregolare, essendo «la conformazione concreta del titolo che regola la consegna del bene e non la natura fungibile dello stesso a determinare il passaggio di proprietà in capo al depositario»<sup>21</sup>. Si può quindi acquisire che le «più recenti impostazioni della vicenda sono tutte nel senso di una valorizzazione dell'autonomia pri-

<sup>18</sup> R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., p. 61.

<sup>19</sup> G.B. Portale-A.A. Dolmetta, *Deposito regolare di cose fungibili fallimento del depositario*, cit., p. 847 s., per tutti i successivi virgolettati.

<sup>20</sup> A. Boer, *Contratto di lavorazione di materiale del cliente e comproprietà del coacervo indifferenziato*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 238.

<sup>21</sup> Cass., 8 febbraio 2021, n. 2935.

vata, contestando le teorie che, per la natura fungibile e disindividuata dei beni, ovvero per la presenza di determinati elementi della fattispecie (natura dei beni e facoltà d'uso), sottraggono l'effetto traslativo alla volontà dei contraenti. Coerentemente, accanto al deposito irregolare si ammette anche un deposito regolare di beni fungibili disindividuati, con o senza facoltà di servirsi dei beni stessi, anche nell'interesse proprio del depositario»<sup>22</sup>. Dunque, sarà al concreto regolamento di interessi che l'interprete deve rimettersi per verificare se, nell'ambito di un deposito irregolare, le parti abbiano o no inteso attribuire al depositario *anche* la facoltà di servirsi di quanto a quest'ultimo consegnato in custodia, con il conseguente trasferimento in proprietà. Non, quindi, un'aprioristica automaticità di effetti, che discenderebbero dall'adozione convenzionale dello schema negoziale del deposito irregolare, cui le parti dovrebbero supinamente sottostare, bensì una valutazione da condursi in concreto che esalti, nella massima espressività degli interessi modulati nel contratto, le selezioni assiologiche consegnate al testo contrattuale in una alla promozione di un meritevole esercizio dell'autonomia privata.

La conseguenza applicativa della (sintetica) proposta ricostruttiva, nella vicenda in esame, si delinea evidente: con il contratto di mutuo la somma viene trasferita nella titolarità (oltre che nella disponibilità) del mutuatario; il contestuale deposito irregolare (da questo alla banca) non comporterà necessariamente l'effetto traslativo della somma (stavolta a parti invertite), bensì la sua sola messa in disponibilità per la banca (peraltro funzionale allo svolgimento di mere attività esecutive<sup>23</sup>); non sarà, allora, sempre necessario un successivo (ed ulteriore<sup>24</sup>) atto di quietanza per la formazione del titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, che rimarrà formato dal(la sola obbligazione fondata causalmente sul) mutuo. Un atto di quietanza, invero, si renderebbe necessario soltanto allorché, nel voler aderire alla proposta ricostruttiva della Cassazione, si predichi che *invariabilmente* la somma mutuata trascorra, in forza del deposito, nella titolarità della banca.

<sup>22</sup> R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., p. 100; L. Salamone, *La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di quantità di fungibili non individuati*, cit., p. 214.

<sup>23</sup> Come in seguito si verificherà.

<sup>24</sup> Ulteriore rispetto alla prima quietanza che il mutuatario rilascia alla banca per la somma ricevuta a mutuo.

Si ritiene, invece, che l'interprete dovrà accertare caso per caso se per la piena e concreta realizzazione dei reciproci interessi l'attribuzione alla banca depositaria della *titolarità* della somma mutuata <sup>25</sup> (si badi, non della sola disponibilità, questa sì conseguente alla riconsegna) si profili o no come necessaria e insuperabile ovvero se non siano state le parti medesime ad aver contemplato (anche implicitamente) che la somma presa a mutuo sia immediatamente ritrasferita in titolarità alla banca (e non soltanto, daccapo, messa nella sua disponibilità): soltanto in queste ipotesi potrebbe convenirsi con il *decisum* della sentenza; diversamente il medesimo sporgerebbe rispetto alla concreta organizzazione degli interessi delle parti. Anzi, se dal regolamento di interessi nulla emergesse nel senso dell'appena delineata ipotesi; non emergesse, cioè, che il depositante abbia inteso attribuire al depositario la facoltà di servirsi di quanto depositato (trasferendone anche la titolarità), l'interprete non potrebbe che prendere atto che nella regolazione dei rispettivi interessi il deposito irregolare non produce *normalmente* il trasferimento della titolarità. Con il che l'obbligazione di restituzione originante dal mutuo, a carico del mutuatario, rimane esistente ed attuale; e non si estingue (a differenza di ciò che ritiene la Cassazione) *già e prima di tutto* perché la somma non viene trasferita in titolarità alla banca-depositaria <sup>26</sup>, ma a quest'ultima soltanto consegnata in disponibilità (al fine del verificarsi degli eventi dedotti in condizione). Non occorrerà, pertanto, che l'obbligazione da mutuo *ri-sorga* «nel momento in cui la somma [mutuata] sia successivamente svincolata in [...] favore [del depositante-mutuatario] ed entri nuovamente nel suo patrimonio», poiché quella originariamente sorta dal mutuo non è mai stata estinta; né è inesistente o inattuata, proprio perché la somma è passata nella disponibilità (ma, ancora una volta non nella titolarità) della banca-depositaria <sup>27</sup>. Il contratto di mutuo, daccapo,

<sup>25</sup> Titolarità che costituisce, ai sensi dell'art. 1782, comma 1, la conseguenza dell'attribuzione alla banca della facoltà di servirsi di quanto depositato.

<sup>26</sup> Ma, in verità, come subito in appresso avrà modo di verificarsi, anche in questa ipotesi – e cioè nel caso in cui emergesse dal contratto che le parti abbiano voluto che la somma si trasferisse in titolarità al depositario – il titolo esecutivo sarebbe parimenti formato esclusivamente dal contratto di mutuo, dal quale parimenti continuerebbe a risultare formalmente (quanto sufficientemente ai sensi dell'art. 474 c.p.c.) sia l'erogazione della somma al mutuatario, sia la quietanza di quest'ultimo. Né risulterebbe, altresì, che l'obbligazione di quest'ultimo di estingue in seguito alla riconsegna della somma, a titolo di deposito (però!), alla banca.

<sup>27</sup> Parrebbe sovenire illuminante in proposito l'esempio che ipotizzasse di individuare in un soggetto terzo, e non nella banca, il depositario della somma presa a mutuo. In una vicenda così

costituirà, esso solo, titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. sì come idoneo ad attestare formalmente: *i*) la stipula del mutuo; *ii*) il trasferimento e/o l'erogazione della somma al mutuatario; *iii*) la quietanza di questo a favore della banca; *iv*) l'obbligazione restitutoria del mutuatario (in ipotesi, poi, evidentemente, inadempita). C'è quanto sufficiente, ai sensi di legge, perché si possa ritenere formato un formale ed idoneo titolo esecutivo.

In altri termini, la circostanza che al mutuo sia collegato, in ragione di una più complessa organizzazione degli interessi dei contraenti, un deposito irregolare (in forza del quale la somma viene consegnata al depositario), imporrà di *costantemente* interpretare la concreta modulazione delle pattuizioni negoziali al fine di accertare se le parti abbiano inteso o no attribuire al depositario (anche) la titolarità (oltre che la disponibilità) della somma (già) concessa a mutuo. Soltanto se dalla convenzione negoziale emergesse espressamente quest'ultima circostanza, potrebbe convenirsi – a condividere però (senza qui concederlo) il ragionamento della Corte di legittimità – che per la formazione del titolo esecutivo si renderebbe necessario aggiungere all'atto formale di mutuo, l'ulteriore atto formale di quietanza, susseguente al trasferimento al depositante(-mutuatario) della somma depositata. Diversamente, come capita nella vicenda sottesa al giudizio di legittimità (ed in accordo alla ricostruzione sopra prospettata), il titolo esecutivo resterà formato dal solo contratto di mutuo, poiché il collegato deposito irregolare non avrà trasferito al depositario(-banca) la titolarità della somma consegnata.

D'altra parte, a spingere in avanti il discorso che si sta conducendo, si potrà ritenere che nel ragionamento della Corte parrebbe incorrersi – *absit iniuria verbis* – in una sovrapposizione tra le differenti prestazioni originanti dalle due porzioni negoziali delle quali, sia pur tra esse collegate, si compone il regolamento di interessi dei contraenti. Una sovrapposizione, cioè, tra il titolo sotteso all'erogazione della somma concessa al mutuatario e quello su cui si fonda la ri-consegna della somma dal mutuatario-depositante al mutuante-depositario, a prescindere – qui sta il punto – dall'indicata verifica interpretativa diretta ad accertare se alla divisata consegna sottenda o meno il trasferimento in titolarità della somma. Si sarebbe dovuto avere, infatti, in adeguata cifra di considera-

configurata a nessuno – si crede – verrebbe in mente di pensare che l'obbligazione restitutoria del mutuatario sia inattuale o inesistente fino al momento del successivo svincolo della somma presso il terzo depositata.

zione che il titolo sotteso alla somma trasferita a titolo di mutuo (e, quindi nella titolarità del mutuatario) è e rimane distinto da quello sotteso alla consegna della medesima somma alla banca: lì il trasferimento è a titolo di mutuo; qui la consegna (ma, senz'altro anche il ri-trasferimento) è a titolo di deposito. Non si vede allora come un'obbligazione – e cioè quella di restituzione – che origina dal contratto di mutuo potrebbe, in qualche modo, ritenersi sospesa, non attuale, non ancora sorta (come mostra di ritenere la Cassazione) allorché quella medesima somma fosse attribuita, sul fondamento però (si badi) di un altro titolo (vale a dire quello di deposito), al medesimo soggetto che l'aveva precedentemente erogata. Il mutuatario, in altri termini, è e continua ad essere obbligato alla restituzione della somma in forza del relativo contratto e, dunque, a titolo di mutuo, quantunque quella somma non fosse, per un determinato periodo, nella sua attuale disponibilità e/o titolarità. L'indisponibilità della somma (per essere stata consegnata alla banca a titolo di deposito) per nulla incide sulla giuridica esistenza e persistenza dell'obbligazione fondata sul distinto contratto di mutuo. Il mutuatario è, infatti, obbligato in forza di questo contratto; con il che la circostanza che non disponga, per un dato periodo, della somma non potrà revocare in dubbio l'esistenza e/o l'attualità della relativa obbligazione (che è e rimane fondata sul contratto di mutuo). Alla consegna della somma alla banca (in mera disponibilità ovvero in titolarità) è, d'accapo, sotteso *soltanto* il titolo del deposito, con la conseguenza che questa giammai potrà provocare vicende idonee ad incidere sull'obbligazione di restituzione (finanche estinguendola, a ragionar come vuole la Cassazione) giacché questa si fonda su un altro e distinto titolo (*id est*: il contratto di mutuo). Ed allora, se così stanno le cose, dovrà convenirsi, ancora una volta, che ciò che emerge dal contratto di mutuo è sufficiente affinché si formi un titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*

3. – E tuttavia, ove con la ricostruzione appena prospettata non si volesse concordare<sup>28</sup>; non si volesse, cioè, condividere l'impostazione secondo cui

<sup>28</sup> Per tutti, A. Dalmartello-G.B. Portale, voce *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 271, i quali con vigore scrivono: «[c]ogliamo l'occasione per sottolineare, in armonia con la inequivocabile lettera di questa disposizione [art. 1782], che l'effetto traslativo non dipende né dalla volontà delle parti, né da una vicenda (confusione) relativa alle cose; ma è un effetto legale degli elementi costitutivi della fattispecie: consegna di danaro o di altra cosa fungibile e consumabile con facoltà di servirsene»; in scia, V. Ivone, *Commento all'art. 1782*, in *Dei singoli contratti (art.*

nella figura del deposito irregolare la facoltà di servirsi di quanto consegnato debba essere specificamente attribuita al depositario, con un'idonea manifestazione di volontà, quantunque implicita, soltanto così potendosi ammettere che con esso si sia anche proceduto all'investitura di quest'ultimo nel diritto di proprietà di ciò che si è depositato – la prospettiva della ricerca non si vedrebbe costretta a ricalibrare il suo obiettivo. Il percorso argomentativo fatto proprio dalla Cassazione, infatti, continuerebbe a non convincere.

Nel senso cioè che, anche ad aderire alla posizione di chi rileva che per il deposito irregolare il (*melius*: l'effetto del) trasferimento in proprietà (al depositario) di quanto oggetto di consegna si rivela coesistente alla figura (*id est*: al tipo negoziale), a prescindere dalla conformazione che la figura potesse ricevere in esercizio dell'autonomia privata; e cioè, in altre parole, che il deposito in tanto è qualificabile in termini di *irregolarità* in quanto si produca essenzialmente il trasferimento in proprietà al depositario, non potendo le parti prefigurare una manifestazione concreta al fine di escludere proprio tale effetto, la soluzione alla questione sottoposta al giudizio della Cassazione continuerebbe a non modificarsi. Se, infatti, questa dovesse essere la ricostruzione del deposito irregolare – e cioè, d'accapo, un deposito che non potrebbe non produrre anche e necessariamente il trasferimento in proprietà, in ciò esaltandosi quel profilo di *irregolarità* rispetto al deposito di cui all'art. 1766 – allora si dovrebbe anche rilevare che le parti non avranno inteso, nel caso in questione, concludere, in alcun modo, come collegato al contratto di mutuo, un deposito irregolare<sup>29</sup>. Sarebbe agevole leggere alcune tra le più diffuse bozze contrattuali di mutuo che circolano nella pratica degli affari, predisposte in vista della partecipazione alla precedente compravendita (ovvero allo stesso contratto di mutuo) di un soggetto cd. fallibile, con il fine di scongiurare il rischio del mancato consolidarsi dell'intervenuta concessione

1655-1802), a cura di D. Valentino, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 813 s. Ma già F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1982, p. 22; M. Fragali, *Del mutuo. Artt. 1813-1822*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 285; U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 280 ed *ivi* nota 72.

In giurisprudenza: Cass., 27 ottobre 2020, n. 23477.

<sup>29</sup> Osserva, R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., p. 72 che anche la produzione dell'effetto traslativo «non modifica la caratterizzazione funzionale del contratto e la proprietà del depositario resta destinata alla soddisfazione dell'interesse principale del depositante alla custodia e conservazione dei beni depositati».

dell'ipoteca<sup>30</sup> ai sensi dell'art. 39, comma 4, T.U.B, per accorgersi – e senza sforzarsi di immaginare sofisticate relazioni negoziali tra le parti<sup>31</sup> – che i contraenti non avranno inteso in alcun modo prevedere, nell'organizzazione dei loro interessi, che il mutuatario riconsegna *in proprietà* alla banca mutuante la somma appena ricevuta a titolo di mutuo da quest'ultima. La riconsegna, infatti, non avrebbe altro scopo se non quello di *congelare* (*id est*: vincolare) la somma in deposito affinché la banca possa svolgere – nell'ampia limitazione alla sua libertà di azione – alternativamente soltanto due mere attività esecutive. Tutt'altro, dunque, che attività riconducibili all'esercizio di un preteso «diritto potestativo di dispor[re] lo “svincolo” della somma»<sup>32</sup>, sì come pensa di ritenere la Cassazione. Non è vero, in altri termini, che la banca, al consolidarsi dell'ipoteca ai sensi dell'art. 39, comma 4, T.U.B (e, dunque, al verificarsi dell'evento dedotto in condizione sospensiva ed al verificarsi, altresì, delle altre eventuali condizioni negozialmente apposte al contratto di mutuo) potrà liberamente valutare, in piena autonomia, se svincolare o no la somma in forza «di un proprio successivo atto di volontà non coercibile». La banca non ha alcuna libertà di valutazione, come, invece, afferma la Cassazione, «in ordine all'avvenuto verificarsi o meno delle condizioni indicate nel contratto»<sup>33</sup>: accertato che le condizioni si sono verificate, essa è obbligata, in accordo con le indicazioni fornitele dal depositante (ancorché anche nell'interesse del depositario), a mettere la somma nella disponibilità del mutuatario. Dunque, quanto di più lontano dal diritto potestativo prefigurato dai giudici di legittimità. La banca, daccapo, dovrà alternativamente consegnare la somma a titolo di prezzo al venditore (la cui giustifi-

<sup>30</sup> Questa – e principalmente questa – è l'ipotesi in cui si ricorre ad un contratto di mutuo in cui la somma presa a mutuo viene riconsegnata alla banca in attesa che trascorra il noto periodo di 10 giorni perché l'ipoteca (concessa dal mutuatario) a garanzia possa dirsi definitivamente *immune* dall'esercizio di un'eventuale azione revocatoria esercitata dai creditori nei confronti del percettore della somma (venditore o mutuatario), sempreché le somme stesse non fossero state impiegate per estinguere altri crediti di natura fondiaria (art. 39, comma 4, ult. par., T.U.B.).

<sup>31</sup> Come ad esempio – tra le prime che sovengono alla mente – quelle prefigurate per risolvere il (falso) problema della vendita con riserva dell'usufrutto ovvero del preliminare ad effetti anticipati, con la consegna (generalmente) dell'immobile in godimento al promissario acquirente già a far data dalla sottoscrizione del preliminare.

<sup>32</sup> Punto 2.3 in fine, anche per il successivo virgolettato. La posizione si attenua nel successivo punto 2.4.

<sup>33</sup> Punto 2.3 in fine

cazione e stabilizzazione nella sua sfera giuridica sarà ad individuarsi nel precedente contratto di compravendita), nel caso in cui il trascorrere dei dieci giorni avesse raggiunto il risultato di sottrarre all'azione revocatoria dei creditori del venditore l'atto di disposizione di quest'ultimo e della conseguente concessione dell'ipoteca (da parte dell'acquirente-mutuatario) ovvero utilizzarla, nel caso in cui tale consolidazione non si verificasse, per estinguere<sup>34</sup> l'esistente ed attuale obbligazione da mutuo. Insomma, anche l'assoluta peculiarità di quanto oggetto di deposito (il denaro) non comporterà necessariamente il dover ritenere verificato anche il trasferimento della proprietà all'*accipiens*: tale effetto non può essere collegato alla mera natura del bene oggetto del deposito, bensì alla funzione negoziale e, quindi, alla valutazione dei reciproci interessi dei contraenti che potrebbero esprimersi proprio nel senso di escludere tale trasferimento. Ed invero, nel passaggio censurato<sup>35</sup>, la Cassazione parrebbe proprio rievocare quella distinzione della quale la più accorta civilistica<sup>36</sup>, ormai da decenni, si affanna a ribadire l'inconsistenza; e cioè che i procedimenti di qualificazione e di interpretazione ovvero di valutazione e di conoscenza devono svolgersi in un sincronico momento del medesimo processo conoscitivo ovvero di quello diretto all'individuazione normativa, senza poter sottoporli ad una astratta divisione tra una precedente (quanto astratta) interpretazione ed una successiva (e concreta) qualificazione ovvero, al contrario, tra una priorità logica della qualificazione rispetto alla conseguente interpretazione. Interpretare allora è qualificare e qualificare è interpretare. D'altra parte, l'«interprete non potrà non tener conto del fatto che l'efficacia traslativa del deposito si pone come ipotesi eccezionale rispetto a quella ordinaria che determina in capo al depositario l'acquisto della mera detenzione. Si tratterà quindi di un'indagine che dovrà considerare i profili soggettivi (volontà delle parti) ed oggettivi (natura dei beni) della fattispecie e, [soltanto] dalla loro combinazione, si [potrà] dedurre l'eccezionale eventuale efficacia traslativa del deposito in questione»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Trib. Roma, 16 gennaio 2019, cit.

<sup>35</sup> E cioè punto 2.3 della sentenza.

<sup>36</sup> Per tutti, P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss., ora in Id., *Scuole, tendenze, metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, p. 29 ss.

<sup>37</sup> R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione del deposito di beni fungibili*, cit., p. 96.

4. – In questa direzione, si potrebbe provare a percorrere la via interpretativa che qualifichi la consegna della somma mutuata come deposito regolare, *ex art.* 1766, con ciò che immediatamente ne consegue in termini di individuazione del titolare della somma: senz'altro il mutuatario, giammai la banca depositaria<sup>38</sup>. La somma consegnata non si confonderebbe con il patrimonio del depositario, costituendo, al contrario, un patrimonio separato *ex lege*. Nonché, percorrere un'ulteriore ipotesi interpretativa che ipotizzasse, nella medesima vicenda giunta in Cassazione, la configurazione della stipula di un mandato (senza rappresentanza) che il mutuatario conclude con la banca mutuante, ora mandataria, anche nell'interesse di quest'ultima, si da qualificarlo come in *rem propriam*, in forza del quale il primo fornisca i mezzi necessari alla seconda per l'esecuzione dell'incarico ricevuto (art. 1719). Vale a dire, alternativamente, pagare la somma al venditore (nel caso in cui si verifichi l'evento della consolidazione dell'ipoteca offerta a garanzia del mutuo ai sensi dell'art. 38 TUB) ovvero utilizzarla per estinguere l'obbligazione del mutuatario-mandante, originante dal contratto di mutuo. Un'obbligazione che nell'ipotesi che si sta illustrando sarebbe, dunque, fondata *soltanto* sul mutuo e non si estinguerebbe in seguito alla (*id est*: per effetto della) consegna della somma alla banca, giacché l'interesse delle parti non sarebbe certo quello di trasferire tale somma in proprietà alla prima, bensì – più limitatamente ed nei termini funzionali allo scopo, con ciò però conformando dall'interno il diritto – quello di affidargliela perché possa adoperarla, nell'esclusiva qualità di mandataria-fiduciaria, nei precisi e stringenti

<sup>38</sup> Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, cit., ove si legge che occorre, in particolare, fare i conti con la disposizione dell'art. 1782 c.c., là dove «precisa che il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non costituisce una conseguenza *indefettibile* della fungibilità delle cose depositate, perché tale effetto si realizza solo se al depositario è concessa (anche) la facoltà di servirsi di tali beni nel proprio interesse». Ed invero, il «fatto che la concessione della facoltà d'uso concorra, con la natura delle cose depositate, a determinare l'acquisto della proprietà da parte del depositario rende evidente» — così si puntualizza — «che la proibizione di servirsi della cosa ricevuta in deposito (art. 1770, comma 1°, c.c.) sussiste anche quando tale contratto abbia ad oggetto una quantità di denaro o di cose fungibili e porta a riconoscere l'ammissibilità di un deposito regolare di beni fungibili che non siano stati individuati al momento della consegna». Nonché, F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, cit., p. 40 ss.; M. Rescigno, *Titoli rappresentati e circolazione delle merci*, Milano, 1992, p. 169 ss.; G.B. Portale-A.A. Dolmetta, *Deposito regolare di cose fungibili fallimento del depositario*, cit., p. 848 s., ai quali si rinvia anche per i numerosissimi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

limiti delineati dall'incarico contenuto nel mandato. In cui il mandante-mutuatario fornisce i mezzi necessari al mandatario-banca per poter (e soltanto al fine di poter) svolgere l'incarico convenzionalmente impartito, al quale risulterà estranea ed ultronea l'attribuzione dei poteri di legittimazione a disporre in qualità di proprietario. Per svolgere l'attività di cui allo *iussum* del contratto gestorio, in altri termini, risulterebbe evidentemente eccedentaria l'attribuzione al mandatario della proprietà di quanto depositato (la somma presa a mutuo, nel caso che ci occupa), foss'anche al solo fine e nei limiti<sup>39</sup> in cui dovrà essere poi consegnata al terzo: di ciò, infatti, nella vicenda indagata, non si percepirebbe la necessità, né tampoco l'utilità. Con ciò, peraltro, dimostrandosi che in nulla tornerebbe utile evocare l'antico, quanto irrisolto dibattito dapprima in termini di ammissibilità e poi di concreta operatività del meccanismo giuridico dei trasferimenti ovvero della precisa ricostruzione delle dinamiche di legittimazione sottese alla disposizione del diritto (che per quanto qui interessa, verrebbe in rilievo con specifico riferimento al denaro) per la controversa figura del mandato ad alienare.

D'altra parte risulta pacifico che la costituzione in deposito delle somme erogate a titolo di mutuo non ha mai costituito un ostacolo al conseguimento della titolarità (oltre che della disponibilità) giuridica della somma da parte del mutuatario, e, quindi, al perfezionamento del contratto di mutuo. La Cassazione, infatti, ha in più occasioni affermato che è priva di pregio l'opinione secondo cui la previsione di un deposito infruttifero intestato al mutuatario – destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento della realizzazione di alcune condizioni contrattuali – possa indurre a concludere nel senso della mancanza di una «effettiva erogazione della somma da parte della banca mutuante», poiché «la costituzione del deposito comunque realizza quella piena disponibilità giuridica da considerarsi equivalente alla traditio materiale della somma»<sup>40</sup>. In altri termini, ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, ma anche – e primariamente – per la preconstituzione di un idoneo titolo esecutivo, il trasferimento della somma dalla banca al patrimonio del mutuatario (comunque poi essa materialmente si realizzi) co-

<sup>39</sup> Non sono mai sussistiti eccessi dubbi circa la mera strumentalità degli acquisti del mandatario, sia dal mandante (nel mandato ad alienare), sia dal terzo (nel mandato ad acquistare).

<sup>40</sup> Almeno, Cass., 27 febbraio 2023, n. 5921; Cass., 7 dicembre 2021, n. 38884; Cass., 22 luglio 2019, n. 19654; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25632.

stituisce effettiva erogazione dei fondi, anche qualora la stessa contestualmente (ma in senso logicamente successivo) fosse poi ri-versata alla banca alla stregua di (*melius*: in forza del titolo costituito da) un collegato (e contestuale) deposito infruttifero<sup>41</sup>. La costituzione del deposito – anche all'interno del medesimo contratto di mutuo – costituisce, infatti, la più evidente dimostrazione che il mutuatario ha precedentemente conseguito la titolarità (oltre che disponibilità) giuridica della somma erogata (e che l'ha pure formalmente quietanzata) e che, in piena libertà ed in adesione all'accordo negoziale, l'ha riconsegnata al mutuante a garanzia del verificarsi di ulteriori condizioni contrattuali. Il rilascio della quietanza da parte del mutuatario integra, dunque, con certezza, l'avvenuto trasferimento, in via immediata<sup>42</sup>, della somma mutuata, essendo la parte stessa a riconoscere l'intervenuta sua ricezione<sup>43</sup>: l'obbligazione del mutuatario, allora, trova qui il suo persistente fondamento di attualità ed esistenza; senza che entrambe (e così la stessa obbligazione) possano mai essere revocate in dubbio in seguito alla disposizione che – a titolo di deposito – il mutuatario facesse della medesima somma.

Non si potrebbe, allora, non prendere atto che nella specifica ipotesi del deposito collegato al mutuo, in forza del quale la somma di denaro erogata in prima battuta (e, dunque, *trasferita* in proprietà e *disponibilità*) al mutuatario viene da questo riconsegnata alla banca perché la vincoli immediatamente al verificarsi di alcuni eventi dedotti in condizione, una volta soltanto realizzati i quali tale somma potrà rendersi nuovamente *disponibile*, va rilevato come dall'intero regolamento negoziale non emerga, in alcun modo, che gli interessi delle parti siano, anche minimamente, assimilabili né a quelli sottesi al deposito irregolare con trasferimento in proprietà alla banca delle somme concesse a mutuo, né a quelli coinvolti dalla figura tipica del deposito bancario. Non emerge, in altri termini, in nessuno dei regolamenti contrattuali di mutuo che comunemente vengono proposti dalle banche che le parti intendano o abbiano inteso procedere con il predisporre un deposito bancario propriamente detto (art. 1834), anche perché della funzione giuridica di quest'ultimo nella

<sup>41</sup> Cass. 24 gennaio 2022, n. 9229, in termini puntuali per una medesima fattispecie che prevedeva la conclusione di un deposito cauzionale infruttifero; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38884; Cass., 3 dicembre 2021, n. 38311, per la medesima ipotesi del deposito infruttifero; Cass. 22 luglio 2019, n. 19654; Cass., 27 giugno 2018, n. 16104.

<sup>42</sup> Ancora, Cass., 24 gennaio 2022, n. 9229, cit.

<sup>43</sup> Cass., 19 maggio 2015, n. 10202.

vicenda in parola non vi sarebbe traccia; né tampoco con un deposito irregolare con trasferimento della proprietà del denaro alla banca<sup>44</sup>. È pacifico, infatti, che il mutuatario, allorché, in accordo con la banca, consegna la somma ricevuta a titolo di mutuo non intende in alcun modo realizzare quegli interessi riconducibili allo svolgimento delle attività che caratterizzano il deposito bancario. Peraltro, altrettanto pacificamente, deve escludersi che le medesime vogliano che si produca l'effetto del trasferimento della somma (appena trasferita in forza del contratto di mutuo, nuovamente) nella titolarità della banca. L'interesse è quello a che la banca *custodisca* questa somma in funzione degli scopi (e soltanto per gli scopi) per i quali la somma le viene assegnata; non certo quello allo svolgimento di altre e distinte attività bancarie, rispetto alle quali il trasferimento delle somme in proprietà costituisce, per un verso, la *condicio sine qua non*, e, per l'altro, il presupposto per l'intestazione strumentale al loro svolgimento. Se, in altri termini, la somma viene convenzionalmente vincolata per poi essere successivamente svincolata pare evidente – anche a prendersi atto soltanto di ciò – che altro è la destinazione, altro il trasferimento. La sentenza non parrebbe prendere contezza che, dopo un ampio e contrastato dibattito, il nostro ordinamento ha recepito e formalizzato, accanto all'effetto unitario del trasferimento (cui conseguono gli effetti economici di perdita e acquisto del diritto), anche l'effetto destinatorio, al fine di recepire tutte quelle declinazioni di interessi rispetto alle quali il trasferimento *tout court* (e soprattutto definitivo) si rivelasse eccedentario rispetto agli interessi delle parti. Il destinare è altro dal trasferire, con il che se le parti contrattuali intendono destinare la somma mutuata ad uno specifico scopo, non vorranno perciò necessariamente (anche) trasferirla. Se di ciò si fosse preso atto, evidentemente non si sarebbe giunti ad affermare, come invece capita di leggere in sentenza, che *svincolare* significa (*melius*: non può significare altro che) *trasferire* nuovamente in proprietà (sia pure con direzione opposta al primo).

5. – Peraltro, al netto dei ragionamenti finora proposti, se si prova a leggere la clausola negoziale del contratto di mutuo da cui emerge la questione sotto-

<sup>44</sup> Dunque, non può non risultare quantomeno curioso che la Cassazione si premuri di affermare che «sulla base di quanto emerge incontestabilmente dal complessivo contenuto delle pattuizioni negoziali» la somma data a mutuo passa dalla titolarità del mutuatario a quella della banca, per effetto della previsione contrattuale del deposito.

posta al giudizio della suprema Corte – per come la stessa viene riportata anche in sentenza – verrebbe agevole comprendere, anche per questa diversa via interpretativa, che di un successivo atto di quietanza, diretto a dar formale ricezione della somma mutuata, costituita in deposito e poi liberata, non se n'avvertiva la necessità al fine di darsi formale contezza dello svincolo. Invero, nel rapporto tra esse, le parti hanno convenuto che «[e]ssendo il presente contratto di mutuo soggetto alla condizione che l'ipoteca a seguito di esso costituita sia valida e che la stessa non sia preceduta da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, la parte mutuataria deposita la somma datale a mutuo in conto infruttifero presso la Banca, accetta e riconosce che *tale somma verrà dalla Banca messa a sua libera disposizione* secondo le modalità (che) saranno indicate dalla parte mutuataria stessa *soltanto dopo che* – iscritta l'ipoteca di cui al presente contratto – *sarà provato che la stessa non sia preceduta da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli* e saranno state adempiute le altre condizioni stabilite nel presente contratto di mutuo»<sup>45</sup>. Ebbene, dalla piana lettura della clausola, emerge come la condizione per lo svincolo della somma data in deposito sia non già costituita – come ritiene la Cassazione – da un successivo atto di quietanza (in tesi, mancante), bensì dal verificarsi dell'assenza (*melius*: della prova dell'assenza) dell'iscrizione o trascrizione di precedenti formalità pregiudizievoli rispetto all'iscrizione dell'ipoteca concessa a garanzia del mutuo, la cui contezza, tuttavia, ben avrebbe potuto risultare dalla mera consultazione dei registri immobiliari tenuti dalla competente agenzia del territorio (se del caso fatti risultare da un'apposita certificazione notarile). Non già, dunque, l'evocata quietanza, avrebbe dovuto costituire il *quid* strumentale ad integrare un idoneo titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, bensì proprio e soltanto una più agevole certificazione notarile che accertasse la mancata presenza di formalità anteriori all'ipoteca costituita a favore della banca.

6. – In fondo a queste riflessioni, una sintesi a mo' di quadro sinottico potrebbe coadiuvare la più sintetica illustrazione dei risultati conseguiti a valle del discorso fin qui condotto. E tale quadro potrebbe – tra le varie – trovare la seguente sistemazione:

a) il deposito irregolare (art. 1872) è un *tipo* negoziale distinto dal deposito bancario (art. 1834), con, pertanto, distinte funzioni giuridiche;

<sup>45</sup> Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, punto 2.6, corsivo aggiunto.

b) il deposito irregolare non trasferisce automaticamente, insieme alla disponibilità, anche la titolarità di quanto consegnato: per la produzione dell'effetto traslativo sarà necessario che le parti manifestino una espressa volontà al riguardo (art. 1782, comma 1);

c) soltanto se il deposito irregolare sarà reso convenzionalmente idoneo a produrre anche il trasferimento della somma presa a mutuo si potrebbe porre il problema del ri-trasferimento della stessa (dalla banca-depositaria) al depositante-mutuatario e, quindi, la necessità di un eventuale nuovo atto di quietanza ai fini della formazione del titolo esecutivo;

d) in ogni caso, si produca o meno, in forza del deposito, il trasferimento in titolarità alla banca depositaria della somma già erogata a titolo di mutuo, il contratto di mutuo dal quale emerga la quietanza della somma – sebbene poi la medesima sia resa immediatamente oggetto di un deposito irregolare – è di per sé autosufficiente ad integrare tutti i presupposti del titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.

7. – Quanto, infine, alle possibili ipotesi di soluzione del caso di cui al giudizio oggetto della sentenza in commento, ma anche di tutti gli altri casi che nei diversi Tribunali d'Italia risultano essere stati sospesi nella fase di esecuzione, essendosi proceduto a contestare la regolarità del titolo esecutivo, si potrebbero provare a ipotizzare alcuni percorsi pratici; ben consapevoli, peraltro, dell'orientamento<sup>46</sup> che ribadisce come il titolo esecutivo, atto necessario all'introduzione dell'azione esecutiva, deve risultare *completo* già ed al momento stesso in cui questa è iniziata, non potendosi formare successivamente.

La via più agevole sarebbe senz'altro quella di convocare, da parte della banca, in atto notarile, il mutuatario-esecutato affinché quest'ultimo rilasci una dichiarazione di quietanza della somma già incamerata/svincolata; e così conseguentemente provvedere ad integrare la documentazione versata in atti processuali con il nuovo atto, sì da avere per definitivamente integrato quel titolo esecutivo che, a condividere il tracciato argomentativo della Cassazione, sarebbe risultato assente in tutte quelle vicende comunque assimilabili a quella in esame.

E al cospetto di un possibile (forse probabile) rifiuto del mutuatario ad intervenire nell'atto notarile di quietanza (ed al netto della valutazione pro-

<sup>46</sup> Per tutti, Cass., 24 maggio 2002, n. 7361.

cessuale che di tale condotta il giudice dovrà effettuare, anche in termini di una sorta di confessione implicita), si potrebbe pensare di ricorrere – al fine di evitare, diversamente, l'instaurazione di un nuovo e assai lungo giudizio di cognizione – all'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 2668 c.c., comma 3, in tema di accertamento unilaterale della condizione sospensiva da parte di colui che ha interesse *contrario* al suo verificarsi. È previsto, infatti, che l'avveramento della condizione sospensiva necessaria ai fini dell'annotamento della sua cancellazione nei registri immobiliari (e, dunque, in termini concreti, nel caso che ci occupa, del mancato verificarsi dei fatti impeditivi alla messa in disponibilità della somma al mutuatario, sì come negozialmente individuati), possa risultare anche da dichiarazione resa unilateralmente, se proveniente dalla parte «in danno della quale la condizione sospensiva si è verificata». E, nella vicenda in esame, tale parte non potrebbe che individuarsi proprio nella banca, poiché soltanto questa ha evidentemente interesse *contrario* allo svincolo della somma; ovvero a che lo svincolo avvenga soltanto allorché i fatti (anche negativi) dedotti in condizione risultino accertati (e, dunque, d'accapo, al verificarsi della condizione sospensiva). Un interesse che risulterà, allora, *contrario*, in base alla concreta modulazione dei contrapposti interessi negoziali, rispetto a quello del mutuatario che ha, invece, interesse a ricevere la somma vincolata. Ed allora, in questa prospettiva, e nel perseverante rifiuto del mutuatario a prestare quietanza, si potrebbe immaginare di far rendere alla banca una specifica dichiarazione in tal senso. Una dichiarazione, cioè, che – sulla base di puntuale documentazione a supporto, vale a dire l'esibizione/allegazione delle risultanze dei registri contabili propri, della ricevuta di eseguito trasferimento delle somme dal conto corrente infruttifero a quello del mutuatario, delle evidenze negativa/positiva delle partite dei rispettivi conti correnti – la banca renderebbe come parte «in danno della quale la condizione sospensiva si è verificata» e che, in analogia al disposto di cui all'art. 2668, comma 3, sarebbe pienamente funzionale a far constare, sia pure per altre vie, quella quietanza che la Cassazione richiede ai fini della formazione definitiva del titolo esecutivo (formato, nel caso in esame, dal contratto di mutuo e, per l'appunto, da tale dichiarazione, espressi entrambi per atto pubblico notarile). Una dichiarazione di estrema sinteticità, dunque, in forza della quale la banca, premettendo ciò che si è sopra divisato in termini documentali, affermi, in applicazione analogica del ri-

chiamato enunciato legislativo, che la somma è stata formalmente erogata al (*id est*: messa nella disponibilità del) mutuatario-esecutato. Da qui la formazione definitiva e la *sanatoria* del titolo esecutivo inizialmente posto a fondamento del giudizio introduttivo.

Infine, nell'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione ritenesse di non poter condividere tale proposta interpretativa, alla banca non rimarrebbe altro <sup>47</sup>, sempre al fine di salvare il processo esecutivo in corso ed evitare di rinviare il tutto al punto di partenza, con l'instaurazione di un nuovo processo di cognizione oltre che a tutela delle proprie prerogative e nel ripetuto perseverante rifiuto del mutuatario a fornire una dichiarazione di quietanza, di invocare, in applicazione analogica dell'art. 2932 c.c., l'esecuzione in forma specifica del consenso alla quietanza. Ciò al fine di garantire una *tutela reale* forte alla banca la quale, si rammenti, ha già erogato interamente la somma, dapprima vincolata. Non rimarrebbe altro, cioè, che invocare un intervento del giudice dell'esecuzione affinché emetta un provvedimento in forza del quale – alla luce dell'autoevidente documentazione versata in atti e di cui sopra e, quindi, anche *inaudita altera parte* – si sostituisca al mutuatario reticente e dia per formalmente quietanzato il ricevimento della somma da parte di quest'ultimo. Precisandosi che tale sostituzione non si realizzerebbe, evidentemente, con un consenso giudiziale in luogo di quello della parte, bensì con un provvedimento giudiziale «che produca gli effetti» [*melius*: i medesimi effetti] della quietanza non resa. Il titolo esecutivo *difettoso* sarebbe così nuovamente *sanato* e reso idoneo a fondare la prosecuzione del processo esecutivo ovvero la validazione delle risultanze di un processo esecutivo ormai in via di esaurimento.

<sup>47</sup> È evidentemente noto a chi scrive che la soluzione qui proposta come ultima *ratio* potrebbe apparire intempestiva (se non inconfidente) poiché la domanda *ex art. 2932* è propria del giudizio di cognizione, là dove, in tesi, nella vicenda di cui nel testo, si è nella fase di quello esecutivo. Tuttavia, al cospetto della marchiana reticenza di un mutuatario che, nonostante la ricezione sostanziale della somma, decidesse di non voler procedere con una dichiarazione di quietanza (necessaria, si ripeta, nella sola prospettiva argomentativa avanzata dalla Cassazione), l'interprete non potrebbe non farsi carico di ritrovare nell'ordinamento il rimedio più giusto alla funzionalità richieste per la tutela di un soggetto (la banca) che ha adottato definitivamente ogni sua possibile condotta diretta a predisporre quanto richiesto per la formazione del titolo esecutivo *ex art. 474* c.p.c. In caso contrario, il medesimo interprete dovrebbe assumersi la responsabilità di sostenere la necessità dell'introduzione, da parte della banca, di un nuovo giudizio di cognizione, il quale, per un verso, avrebbe un esito già scritto e, per l'altro, risulterebbe del tutto sfocato rispetto alle esigenze di tutela provenienti dalla vicenda concreta.

*Abstract*

Il lavoro si propone di rivedere, in termini critici, la recente conclusione cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in merito ai termini e condizioni secondo i quali potrà ritenersi formato il titolo esecutivo in caso di conclusione di un mutuo fondiario con somma erogata e successivamente (e immediatamente) ri-consegnata alla banca a garanzia del consolidamento cd. breve (10 giorni) dell'ipoteca contestualmente rilasciata. Si vuole reagire, quindi, all'affermazione secondo cui deve «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» per sostenere, al contrario, con diverse argomentazioni, che tale obbligazione esiste, è attuale e risulta definitivamente quietanzata, sì da consentire al creditore di ottenere immediatamente – e senza incertezze – l'emissione di un titolo esecutivo per procedere all'esecuzione forzata contro l'inadempimento del mutuatario. La riflessione si conclude prospettando alcune soluzioni pratiche per l'eventualità in cui la tesi della Cassazione dovesse diffondersi (come sembrerebbe stia accadendo, sebbene 'a macchia di leopardo') tra i giudici di merito.

The paper aims to reconsider, in critical terms, the recent conclusion reached by the jurisprudence of legitimacy regarding the terms and conditions according to which the enforceable title can be considered formed in the event of the conclusion of a land loan with a sum disbursed and subsequently (and immediately) re-delivered to the bank to guarantee the so-called consolidation. short (10 days) of the mortgage issued at the same time. We therefore want to react to the statement according to which it must be «excluded, pursuant to art. 474 c.p.c., that from the overall contractual agreement stipulated between the parties there is a current obligation on the part of the borrower to repay the sum itself' to argue, on the contrary, with various arguments, that this obligation exists, is current and has been definitively received, so as to allow the creditor to obtain immediately - and without uncertainty - the issuance of an enforcement order to proceed with forced execution against the borrower's default. The reflection concludes by proposing some practical solutions for the eventuality in which the Court of Cassation's thesis were to spread (as would seem to be happening, albeit 'patchy') among the judges of merit.