

CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI  
DI CUNEO, ALBA, MONDOVI' E SALUZZO

STUDIO N. 9 APPROVATO IL 6 OTTOBRE 2005  
COPIA ESECUTIVA

---

PREAMBOLO

- tra i compiti degli organi del notariato vi è quello di porre in essere tutti gli strumenti per consentire ai notai di svolgere nel modo più agevole possibile i propri compiti istituzionali, anche al fine di assicurare uniformità di comportamento che non crei disorientamento tra i fruitori della funzione notarile;

- scopo degli studi è quello di dotare i notai di una serie di interpretazioni uniformi che, pur non essendo ovviamente vincolanti per il singolo notaio, costituiscano un punto di riferimento e orientamento;

- l'applicazione dei principi interpretativi è rimessa, in ogni caso, alla prudente valutazione di ciascun notaio sul quale grava la responsabilità della scelta per ogni singolo caso concreto.

---

CASO

Sono stati proposti diversi quesiti in tema di rilascio di copia (od originale) in forma esecutiva da parte del notaio, in particolare relativamente alle seguenti fattispecie negoziali:

- 1) - erogazione mutuo contestuale, riconsegna della somma alla banca in pegno in attesa del perfezionamento dell'iscrizione;
- 2) - atti di erogazione di mutui stipulati non con unico contratto;
- 3) - mutuo / riconoscimento di debito unilaterale;
- 4) - costituzione di ipoteca da parte di terzo non debitore;
- 5) - riconoscimento di debito nei confronti di privato;
- 6) - apertura di credito
- 7) - scrittura privata (autenticata prima del 1 gennaio 2006; a raccolta; non a raccolta);

rispetto alle quali si pone la esigenza operativa di comportamenti possibilmente uniformi da parte dei Notai del Distretto.

MASSIMA

a) sono idonei a costituire titolo esecutivo e il notaio, se richiesto, potrà rilasciarne copia in forma esecutiva:

- il c.d. contratto di mutuo condizionato o consensuale, senza contestuale erogazione della somma concessa a mutuo, precisandosi che, secondo la prassi tale copia in forma esecutiva potrà anche essere integrata da copia anche in forma esecutiva dell'atto o degli atti di erogazione;
- il contratto di mutuo con erogazione contestuale e contestuale deposito con vincolo di indisponibilità o costituzione in pegno da parte del mutuatario della somma mutuata, fino al momento della iscrizione dell'ipoteca nel grado richiesto e della verifica delle altre condizioni pattuite;
- l'atto unilaterale di concessione dell'ipoteca a garanzia di un mutuo, anche da parte di un terzo garante, purché contenente la ricognizione del debito da parte del mutuatario;
- in generale l'atto di riconoscimento di un debito pecuniario da parte del debitore;

b) è dubbia (e si propende per la negativa) l'idoneità a costituire titolo esecutivo della apertura di credito;

c) non appaiono idonei a costituire titolo esecutivo e quindi al rilascio di copia in forma esecutiva:

- l'atto di concessione di ipoteca da parte di un terzo garante, senza l'intervento del debitore a riconoscere il proprio debito;
- l'atto unilaterale di accettazione da parte del mutuatario di una proposta di mutuo formulata per lettera o comunque per scrittura privata non autenticata dal mutuante (caso distinto questo da quello di mutuo stipulato per scrittura privata semplice, che

con atto pubblico o scrittura privata autenticata unilaterale contenga la ricognizione del debito da parte del mutuatario e la concessione della garanzia ipotecaria);  
d) per quanto riguarda le scritture private autenticate, siano esse formate in unico originale e conservate a raccolta o formate in uno o più originali rilasciati, per cui, secondo quanto previsto dall'art. 475 c.p.c. la spedizione in forma esecutiva, con la apposizione della formula di rito, potrà riguardare tanto una copia, quanto un originale, è stato affermato, in un primo sommario commento (G. Petrelli "Novità normative primo semestre 2005") che "sarà possibile rilasciare copie esecutive di scritture private autenticate a partire dal 12 settembre 2005 (termine prorogato al 1° gennaio 2006 ex legge 17 agosto 2005, numero 168 ndr), possibilità che si estenderà peraltro anche alle scritture autenticate anteriormente a tale data. Lo stesso dicasi per gli obblighi di consegna scaturenti da atti stipulati in data anteriore a quella suindicata". (Cfr., nello stesso senso, Pierluigi Fausti su Federnotizie n. 4/2005 pag. 130 e seg. : "Per effetto del disposto dell'art. 3 quater, la norma entrerà in vigore centoventi giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale: quindi il 12 settembre 2005 (prorogato al 1° gennaio 2006 ndr). Nessuna disciplina transitoria è stata dettata. E' probabile che, quantomeno limitatamente al rilascio di copie, si tratti di un provvedimento "ad efficacia permanente", cosicché, a partire da detta data del 12 settembre (1° gennaio 2006 ndr) p.v., potranno rilasciarsi copie in forma esecutiva anche di contratti per scrittura privata autenticata perfezionati prima di tale data.").

Questa affrettata prima interpretazione, alla luce dei principi sopra esposti non appare convincente. Infatti presupposto per la spedizione in forma esecutiva è che vi sia un titolo esecutivo, nato come tale. E se il titolo deve essere tale fin dalla sua nascita, solo le scritture private formate dopo l'entrata in vigore della modifica legislativa, cioè dopo il 1° gennaio 2006, sono astrattamente idonee a costituire titolo esecutivo, non quelle autenticate anteriormente, stante il principio di irretroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale). Né l'apposizione della formula esecutiva può certo servire ad attribuire ex-post valore di titolo esecutivo ad un atto che non lo ha quando è stato formato.

#### MOTIVAZIONE

E' stato giustamente osservato come manchi "sia in dottrina, che in Giurisprudenza, un approccio metodologico volto ad inquadrare i principi in forza dei quali sarebbe possibile una corretta individuazione del titolo esecutivo, ossia grazie quali un determinato atto possa annoverarsi tra quelli produttivi degli effetti di cui all'articolo 474 n. 3. Al contrario si rileva una casistica piuttosto disorganica". Ed ancora come spesso venga frainteso il ruolo del Notaio nella spedizione della copia in forma esecutiva (Caccavale, Chizzini, De Rosa, Marasà, Trimarchi in Appunti sul titolo esecutivo notarile - Studio del CNN del 12/02/2001). Lo stesso Consiglio Nazionale del Notariato, prima dello Studio del 2001, testé citato, aveva espresso con riferimento a singoli casi pareri contrastanti (Cfr. C.N.N., Ufficio studi, Rilascio di copia esecutiva da parte del notaio, in Studi su argomenti di interesse notarile, vol. X, Roma 1979, p. 36 ss.; F.P. Lops, Rilascio di copia esecutiva di un contratto di apertura di credito garantito ipotecariamente, Studi e Materiali del CNN, II p. 283 e ss.; M. Avagliano, Appunti in tema di rilascio di copia in forma esecutiva effettuata sulla base di un atto pubblico unilaterale di costituzione di ipoteca da parte di un terzo, Studi e Materiali, V, p. 530 ss.; M. Avagliano, Può il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito?, Studi e Materiali, VI, 2, p. 821 ss.).

Appare dunque opportuno, di più necessario, definire in linea generale alcuni principi in tema di titolo esecutivo, in base ai quali dare una risposta coerente ed organica ai quesiti formulati, piuttosto che limitarsi a riportare le soluzioni caso per caso adottate dalla giurisprudenza, con giustificazioni spesso eterogenee. In particolare poi, in relazione alla novella dell'articolo 474 c.p.c., introdotta dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazione nella Legge 14 maggio 2005, n. 80, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 111 del 14 maggio 2005, Suppl. Ordinario n. 91, con effetto dal 12 settembre 2005 (ex art. 3-quater della stessa L. 80/2005), prorogato al 1° gennaio 2006, che ha così sostituito il n. 3: "3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, o le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in essi contenute.", occorre riferirsi a tali principi, per risolvere il quesito relativo alle scritture private autenticate in data anteriore a quella dell'entrata in vigore della novella.

Non v'è motivo per non aderire al sopra citato studio del 2001 del CNN, ove gli Autori (Caccavale, Chizzini, De Rosa, Marasà, Trimarchi) definiscono i detti principi, in base ai quali trovano coerente risposta anche i quesiti particolari sopra formulati, con possibilità di uniformare sotto il profilo operativo il comportamento dei Notai.

Si riporta, per memoria e per facilità di consultazione, uno stralcio di detto Studio, omesse alcune parti ai nostri fini non essenziali.

-----  
"BREVI OSSERVAZIONI IN ORDINE AL RAPPORTO TRA TITOLO ESECUTIVO E

## PROCESSO DI ESECUZIONE

di Caccavale, Chizzini, De Rosa, Marasà, Trimarchi.

### a) Generalità

Il processo di esecuzione è quell'insieme di norme strumentali volte funzionalmente a consentire al creditore il soddisfacimento di un credito non adempiuto dall'obbligato (ancorché non necessariamente nel senso di garantire la medesima prestazione dovuta) attraverso una serie di attività per le quali l'esistenza del diritto (rectius del credito) è, processualmente, postulata al di fuori della logica del rapporto azione-eccezione.

In questo processo il "convenuto" è, si dice, in una situazione di soggezione almeno nel senso che il medesimo subisce una azione del creditore la quale è prioritaria rispetto ad una qualsivoglia attività (di difesa) del debitore [1].

Al binomio azione-eccezione proprio del processo di cognizione, nel processo di esecuzione, si sostituisce (e contrappone) la dicotomia azione-opposizione, identificandosi, quest'ultima, nel diritto di difesa avverso la postulazione attorea il cui fondamento non ha bisogno di alcuna dimostrazione, contro la quale, cionondimeno, assicura la libertà del convenuto, il rispetto della difesa, e l'esigenza del contraddittorio [2].

In questo ambito si è sottolineato che esiste una pregiudizialità della cognizione all'esecuzione, sia nel senso che il giudice dell'esecuzione non ripercorre il cammino già effettuato dal giudice della cognizione, e sia perché nel processo di esecuzione non si dà luogo né ad una cognizione formale né ad un accertamento munito di autorità di cosa giudicata fuori dal sistema delle opposizioni [3]. Ciò, comunque, non vuol dire che giudice dell'esecuzione ed organi esecutivi, all'interno del processo esecutivo, non svolgano, o non possano svolgere una serie di accertamenti, anche se si esclude che possano formare oggetto dell'accertamento i fatti costitutivi estintivi e modificativi del credito per la cui realizzazione si svolge il processo: detto accertamento può riguardare i presupposti processuali e le condizioni per l'azione [4].

### b) Il titolo esecutivo: cenni alla natura giuridica

Il "titolo esecutivo" si inserisce nel complesso sistema appena accennato. L'articolo 474 primo comma c.p.c., stabilisce che: "L'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un credito certo, liquido ed esigibile ...".

Quale sia la natura del titolo esecutivo è questione assai controversa in specie in dottrina. All'opinione di quanti ne hanno fornito una ricostruzione in termini di "prova legale" [5], ossia di documento necessario allo scopo di evitare che chi ne risulti titolare (abbia titolo) debba provare il proprio diritto per procedere ad esecuzione si è contrapposta la tesi di chi ha affermato la sostanziale identificazione tra titolo (documento) e diritto (di credito) [6]. Impostazione, quest'ultima, ripresa da quanti hanno affermato che il titolo è costitutivo della situazione documentata ritenendo che il credito "esista" e che "il creditore è tale" solo in quanto "esiste l'azione" [7].

Senza che qui occorra dilungarsi sul dibattito che è in corso, nella dottrina, in ordine alla ricostruzione del rapporto titolo-diritto, vale piuttosto segnalare che secondo l'opinione seguita anche dalla Giurisprudenza [8] più recente il titolo è considerato come prova legale non tanto del credito, quanto dell'atto negoziale contenuto nel medesimo documento, riconoscendo, conseguentemente, al titolo esecutivo efficacia costitutiva dell'azione esecutiva. Ciò appare confortato dal letterale tenore dell'articolo 474 c.p.c. primo comma per il quale: "l'esecuzione non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo ...".

In questa prospettiva acquisisce un senso particolare l'enunciazione legislativa di cui alla più volte citata norma: il legislatore nel primo comma ha stabilito da un lato quale sia il presupposto dell'azione esecutiva: il titolo, dall'altro quali le condizioni per l'azione stessa: che il titolo afferisca ad un diritto (di credito) certo, liquido ed esigibile.

Nel secondo comma - ed in tre diversi numeri - ha enunciato gli atti e/o provvedimenti che sono titoli esecutivi, ossia quelle fattispecie che, per la loro intrinseca natura (taluni provvedimenti amministrativi), per la loro funzione (le sentenze) per i congegni normativi di cui sono espressione (il diritto cambiario con i suoi principi cartolari), o per la particolare qualifica dei soggetti che svolgono attività di formazione negoziale (i Notai limitatamente agli atti ricevuti e relativamente alle obbligazioni di denaro in essi contenute), sono dalla Legge ritenuti - per ciò stesso, ed indipendentemente da ultronee attività presupposti dell'azione esecutiva.

Peraltro, l'eterogeneità delle categorie enunciate induce a ritenere condivisibile l'opinione di quanti ritengono che non esiste una nozione astratta di titolo esecutivo ma tante figure tipiche quante ne prevede in concreto il legislatore [9].

Forse il minimo comune denominatore è proprio nella funzione del titolo: l'essere il presupposto per la notificazione del precetto e quindi per procedere a pignoramento.

### c) Titolo esecutivo ed azione esecutiva

Quanto sopra esposto giova a ribadire che occorre, dunque, distinguere tra atto e/o provvedimento astrattamente idoneo a costituire il presupposto di un azione esecutiva e titolo esecutivo materialmente idoneo a "dare luogo" ad esecuzione forzata.

Distinzione che sembra recepita nell'enunciazione del secondo e primo comma

dell'articolo 474 c.p.c., e peraltro, sia saldamente coerente con il sistema: l'articolo 475 c.p.c. stabilisce che il titolo per valere per l'esecuzione forzata debba essere munito di formula esecutiva, salvo che la Legge non disponga diversamente [10], e quindi riconosce che possa esservi titolo esecutivo non idoneo a valere per l'esecuzione". La distinzione non è di poco conto, dal momento che il Legislatore ha inteso affidare al Notaio un duplice ruolo: quello di soggetto idoneo a ricevere un atto qualificabile in abstracto come titolo esecutivo, e quello di soggetto idoneo a spedire l'atto medesimo in forma esecutiva, ossia a renderlo in concreto valevole come fondamento per l'esercizio dell'azione esecutiva.

Il primo scopo il Notaio soddisfa in conseguenza dell'attività di ricezione di atti pubblici (relativamente ad obbligazioni di danaro in essi contenute) senza che - rispetto alla concreta attività di ricezione - il medesimo debba aggiungere altro; ciò dipendendo dalla specifica fede che l'ordinamento riconosce all'atto pubblico notarile [11].

In altri termini il ruolo svolto dall'atto pubblico, diretta conseguenza dell'opera del notaio in margine a specifici rapporti giuridici, soddisfa, di per sé, quella funzione sopra definita come propria del titolo esecutivo; funzione, dunque, di cui si "appropria" l'atto pubblico (notarile) in quanto tale.

Il secondo è soddisfatto da una specifica attività del Notaio: quella consistente nella spedizione in forma esecutiva dell'atto da lui stesso ricevuto.

E' l'analisi di questi distinti ruoli alla luce del sistema del primo e secondo comma dell'articolo 474 c.p.c. che può concorrere a chiarire alcuni dei problemi legati alla delicata materia in esame.

#### IL N. 3 DELL'ARTICOLO 474 DEL CODICE PROCEDURA CIVILE

##### 1. La casistica

Per quanto d'interesse notarile il Codice di Rito sancisce la natura di titolo esecutivo per gli atti "ricevuti da Notaio ... relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute".

L'atto, dunque, deve essere ricevuto dal Notaio, il che consente di escludere (pacificamente) che abbiano natura di titolo esecutivo le scritture private autenticate [12].

Ciò a parte, sembra a chi scrive che manchi sia in dottrina, che in Giurisprudenza, un approccio metodologico volto ad inquadrare i principi in forza dei quali sarebbe possibile una corretta individuazione del titolo esecutivo, ossia grazie quali un determinato atto possa annoverarsi tra quelli produttivi degli effetti di cui all'articolo 474 n. 3.

Al contrario si rileva una casistica piuttosto disorganica.

E così si è sottolineato che la formulazione attuale, modificando quella dell'articolo 554 c.p.c. del 1865 la quale faceva espresso riferimento ai "contratti", indurrebbe a ritenere che rientrino nel novero del n. 3) citato anche "atti negoziali a contenuto dichiarativo ricognitivi dell'obbligazione (pecuniaria) come pure il riconoscimento reso attraverso il congegno della confessione di aver posto in essere il debito" [13].

Alla luce di ciò la dottrina si è interrogata in ordine alla riconducibilità al n. 3) dell'art. 474 c.p.c. della costituzione di una ipoteca, per atto pubblico unilaterale.

Nella detta prospettiva, infatti, la costituzione d'ipoteca, dal punto di vista della genesi negoziale, non dà luogo, né, più genericamente sarebbe "relativa" ad obbligazioni di somme di danaro, in quanto l'effetto diretto del negozio sarebbe solo quello costitutivo del diritto di garanzia.

Purtuttavia si è ritenuto doversi considerare l'atto in questione quale titolo esecutivo ai sensi della citata norma in quanto l'espressione "relativamente alle obbligazioni ... in essi contenute" di cui al più volte citato n. 3) dell'articolo 474 c.p.c. non necessariamente implica che la stessa debba essere interpretata nel senso che l'atto pubblico debba costituire l'obbligazione di danaro, ma più semplicemente che ne possa fare un ragionevole riferimento, al fine di "documentare all'organo esecutivo l'esistenza di un diritto accertato come eseguibile" con il correlativo dovere dell'organo esecutivo stesso di eseguirlo qualora ne sia richiesto nelle forme di Legge [14].

A ciò si è pervenuto considerando, in linea di principio, che quando l'ipoteca è concessa dal debitore il relativo atto costitutivo includa anche una ricognizione di debito.

OMISSIS

Ancora, si è dubitato della natura di titolo esecutivo in relazione ad un contratto di apertura di credito garantito ipotecariamente ciò in quanto il credito (rectius l'obbligazione pecuniaria) non sarebbe esistente al momento della conclusione del contratto, il quale ha lo scopo di garantire "la disponibilità" delle somme da un minimo ad un massimo, ed il preciso ammontare del debito si accerterebbe successivamente, ossia in forza dei singoli atti di utilizzazione.

Al riguardo si è, di contro, osservato, in riferimento al requisito di "certezza" di cui all'articolo 474 c.p.c., che il debito presenterebbe comunque detto requisito ancorché il medesimo si conseguirebbe in base a criteri, estrinseci, al contenuto negoziale, ma comunque, matematici, e tali per cui il preciso ammontare del debito potrebbe in ogni momento essere determinato [20].

Nella medesima prospettiva si è sancito che: "non costituisce titolo esecutivo né nei

confronti del mutuatario, né nei confronti del fideiussore il contratto di finanziamento condizionato stipulato con atto pubblico notarile in difetto del requisito di certezza [21]. Si è esclusa, inoltre, la natura di titolo esecutivo al contratto condizionato di mutuo alberghiero o fondiario dal momento che questo non documenta l'erogazione di acconti durante il corso di lavori e non è possibile l'integrazione con quietanze successive [22] (in difetto, dunque, del requisito della liquidità, oltre che, probabilmente, anche della certezza).

La ricognizione casistica che precede non può non accompagnarsi ad una considerazione di fondo: le opinioni per stabilire se un certo atto sia o meno un titolo esecutivo si fondano su eterogenee considerazioni dogmatiche: ora si motiva dalla natura del negozio, ora dall'esistenza lato sensu dell'obbligazione, ora dalla diffusa convinzione per cui il titolo esecutivo esista solo se e nel momento in cui sussistano i requisiti per l'azione esecutiva: ossia la certezza, liquidità ed esigibilità del credito ai sensi del primo comma dell'articolo 474 c.p.c. [23].

Questo dato appare a chi scrive - per quanto sopra chiarito - una petizione di principio in quanto il legislatore stabilisce che vi è titolo esecutivo quando si ricevono (da Notaio) atti pubblici "relativamente alle obbligazioni di danaro in essi contenute".

Dunque l'individuazione del corretto significato da attribuire a questa espressione, e non il ricorso ad altri elementi, dovrebbe garantire la corretta applicazione della normativa in esame.

In particolare, poi, va segnalato che alcuni scrittori [24] hanno precisato che certezza, liquidità, ed esigibilità (ossia i requisiti dell'azione esecutiva) devono sussistere nel momento in cui si esercita l'azione e non nel momento in cui il diritto è sorto.

E la Giurisprudenza ha ribadito in più di una occasione detta conclusione, tanto nel senso per cui le vicende successive alla notifica del titolo esecutivo sono sempre inidonee a rendere legittima l'esecuzione prima illegittima giacché la legittimità rileva al momento della proposizione dell'azione esecutiva [25], quanto nel senso per cui detti requisiti originariamente esistenti devono permanere per tutta la durata del processo esecutivo, ossia dall'esperimento dell'azione, sino alla conclusione dell'esecuzione [26]. L'attenzione dell'interprete dovrebbe incentrarsi, pertanto sull'espressione "relativamente alle obbligazioni di danaro in essi contenute" giacché sembra proprio che l'inciso in esame esegui all'interprete l' id quod plerumque accidit in ordine al concetto di "titolo esecutivo" quale deriva dall'atto pubblico notarile.

Si è visto che generale tendenza della Dottrina e Giurisprudenza è quella di concordare sul fatto che detta espressione ricomprenda, sicuramente, l'ipotesi in cui l'atto sia (anche) il momento genetico dell'obbligazione: La Banca Alfa dà (rectius consegna) a titolo di mutuo a Tizio una somma di danaro, il debitore, per converso, assume l'obbligo di restituirla entro un certo termine con degli interessi. Essendo, in tal caso (oramai quasi di scuola) soddisfatto il requisito della realtà del mutuo (pacificamente riconosciuto e sul quale non è questa la sede per discutere) [27] si può ritenere, che perfezionato il contratto, e quindi avendo, il medesimo, dato luogo al sorgere dell'obbligazione pecuniaria, non vi sia alcuna obiezione possibile all'esistenza di un titolo esecutivo ex art. 474 n. 3 c.p.c..

E', del pari, tendenza diffusa (dottrinale e giurisprudenziale) quella volta a ritenere titolo esecutivo anche l'atto meramente ricognitivo dell'obbligazione, almeno nel caso in cui il riconoscimento provenga dal debitore.

Tutte le volte in cui, quindi, l'obbligazione si configura come "esistente" (o perché costituita, o perché riconosciuta) l'atto pubblico che la "contiene" è considerato titolo esecutivo.

OMISSIS

Chiarito quanto sopra, si comprendono le ragioni delle perplessità che ostacolano il riconoscimento di cittadinanza, in termini di titolo esecutivo, alle ipotesi in cui atti pubblici contengano riconoscimento di obbligazioni pecuniarie da parte del terzo, o alle ipotesi in cui - per effetto di disposizioni legislative, o di clausole contrattuali - non viene soddisfatto il requisito della realtà del mutuo, ossia a quelle ipotesi in cui il contratto (di mutuo) non può dirsi perfezionato, in assenza della traditio, che, di norma, è rimandata ad un momento successivo (iscrizione ipotecaria con un certo grado, certificazione attestante il grado conseguito, etc.) [29].

In tali fattispecie l'obbligazione pecuniaria non sarebbe "esistente" e dunque non verrebbe soddisfatto il requisito (costitutivo) del dover essere l'atto pubblico "relativo ad obbligazioni di somme di danaro" ai sensi dell'articolo 474 secondo comma n. 3. Sembra, tuttavia, a chi scrive che occorrerebbe dimostrare la coincidenza del concetto di esistenza dell'obbligazione con quello di sua attualità e/o efficacia, anche alla luce della funzione del titolo esecutivo.

Nel contratto di mutuo fondiario (o in quello di mutuo a questo assimilabile per le succitate disposizioni contrattuali) il cosiddetto "preliminare" è fonte dell'obbligazione pecuniaria, la quale verrà ad esistenza solo al verificarsi della condizione dedotta dalla legge (o dalle clausole contrattuali). In altri termini il titolo dell'obbligazione è certo, incerta ne è la venuta ad esistenza, subordinata, com'è al verificarsi di specifici eventi:

di norma grado dell'iscrizione ipotecaria contenuto in idonea certificazione notarile, seguito dalla stipula dell'atto di erogazione e quietanza.

L'evento, per così dire, fisiologico connesso al "normale" svolgimento del rapporto di mutuo fondiario (o a questo assimilabile come sopra) è proprio il verificarsi dell'evento condizionante, e della stipula dell'atto di erogazione, rispetto al quale il mancato verificarsi deve apprezzarsi come "patologico".

In questo ambito sembra difficile potersi negare, già al contratto detto "preliminare di mutuo", la natura di titolo esecutivo in quanto fonte di obbligazioni pecuniarie. Sia pure "fonte" che si completa con altro atto successivo.

A codesto riguardo, infatti, va segnalato che La Suprema Corte ha sottolineato come "di norma il titolo esecutivo è costituito da un unico documento quale la sentenza, il titolo di credito, o l'atto pubblico notarile. Sussistono casi in cui l'atto menzionato nell'articolo 474 non ha di per sé efficacia esecutiva, ma la acquista mediante un atto o documento distinto e normalmente successivo" [30].

Si parla in tali casi di titoli complessi, avvertendosi, però, che titolo è e rimane l'atto originario, la cui efficacia esecutiva si acquista con l'atto successivo [31].

Né, d'altro canto, la funzione del titolo esecutivo sia pure inquadrata - come retro - nello specifico profilo probatorio autorizza a ritenere titolo esecutivo solo ciò che, processualmente, inibisce qualsivoglia attività del creditore (in assoluta assenza di valutazioni giuridiche).

Autorevole Dottrina [32], infatti, ha chiarito che la funzione del titolo esecutivo è compatibile con l'attività del creditore volta a "provare la scadenza del termine, e la sopravvenienza della condizione sospensiva, mentre il verificarsi della condizione risolutiva andrebbe eccepito dal debitore in sede di opposizione" e che comunque ai fini della qualificazione di un atto come titolo esecutivo e della sua utilizzabilità processuale è possibile fare ricorso ad altri documenti che "rivestano le stesse forme prescritte per i titoli esecutivi e dai quali risultino la destinazione specifica ad integrare i precedenti". Chiarito quanto sopra non può, ragionevolmente, negarsi natura di titolo esecutivo (ancorché complesso) al contratto di mutuo fondiario (o al mutuo a questo assimilabile per effetto di specifiche clausole contrattuali) mentre restano perplessità in ordine all'apertura di credito garantita ipotecariamente, come per l'ipotesi di concessione d'ipoteca da parte di terzo.

Infatti la funzione del contratto di apertura di credito (per atto pubblico) garantito da ipoteca consiste nella "messa a disposizione della somma" a prescindere dall'effettiva utilizzazione, la quale, quindi è eventuale [33]. Rispetto alla disponibilità, quindi, il o i singoli atti di utilizzazione si pongono al di fuori del congegno funzionale del contratto di tal che la loro sussistenza o non sussistenza è - per così dire - indifferente. Ciò al contrario di quanto avviene nel mutuo fondiario (o assimilabile) ove la nascita dell'obbligazione di restituire si è sopra definita come fisiologica dell'operazione. Per questa ragione l'atto pubblico di apertura di credito (garantita ipotecariamente) potrebbe non rientrare nel novero dei titoli esecutivi ai sensi dell'articolo 474 c.p.c. più volte citato.

Parimenti dovrebbe ritenersi non soddisfatta la condizione suesposta per aversi titolo esecutivo nell'atto di costituzione d'ipoteca da parte di un terzo in quanto dovrebbe ritenersi preclusa, al terzo, la facoltà di emettere dichiarazioni ricognitive dell'altrui obbligazione. Questo atto, infatti, astrattamente idoneo alla produzione degli effetti di cui all'articolo 1988 del Codice Civile (inversione dell'onere della prova), produce effetti non favorevoli alla sfera giuridica del debitore in violazione del principio pacificamente riconosciuto come esistente nel nostro ordinamento della cosiddetta relatività degli negoziali [34].

Dunque il relativo atto di costituzione d'ipoteca (non potendo contenere la dichiarazione in commento) non può considerarsi "relativo ad obbligazioni di somme di danaro" ma solo volto a costituire garanzia ipotecaria.

La prassi recente ha insegnato a non sottovalutare, sotto codesto profilo, le problematiche connesse al cosiddetto atto unilaterale di mutuo [35].

In generale appare opportuno distinguere l'ipotesi in cui il mutuo suddetto integri un'ipotesi ricognitiva, da quella in cui si specifichi come accettazione di una precedente proposta contrattuale.

Nella prima ipotesi coerentemente con le cose dette, avuto riguardo al significato al noto inciso, e contestualmente alla funzione del titolo esecutivo e dell'atto ricognitivo, non vi sono ragioni per escluderne la natura di titolo esecutivo nel senso dianzi delineato.

Se invece trattasi di atto di accettazione di una proposta contrattuale (di mutuo) con contestuale costituzione d'ipoteca, l'idoneità del detto documento a costituire titolo esecutivo lascia adito a non pochi dubbi: non può non rilevarsi, infatti, come detto atto, di per sé, non sia la "fonte" dell'obbligazione (in realtà è fonte solo parziale), e per ciò stesso risulti scarsamente compatibile con il principio espresso dalla formula "relativamente ad obbligazioni di danaro in essi contenute"; come pure non deve tacersi che codesti atti, di per sé, non contengono ricognizioni di debito [36].

## IL N. 1 DELL'ARTICOLO 474 C.P.C.: CENNI ALLE NOZIONI DI CERTEZZA, LIQUIDITA', ED ESIGIBILITA' DEL CREDITO

Il titolo esecutivo da luogo ad esecuzione solo per crediti certi, liquidi ed esigibili.

Sul significato di codesti presupposti Dottrina e Giurisprudenza hanno raggiunto un sufficiente grado di omogeneità.

E dunque certezza implica che la "situazione giuridica accertata in favore di un soggetto deve emergere esattamente e compiutamente, nel suo contenuto e nei suoi limiti, dal provvedimento giurisdizionale o dall'atto negoziale ..." [37]. Di recente si anche sottolineato che certezza indica l'esistenza di un creditore ben individuato [38].

La liquidità indica la circostanza per cui il credito deve essere indicato in modo determinato. Dottrina e Giurisprudenza, pacificamente, ammettono che è sufficiente avere i criteri per una facile quantificazione dell'ammontare del credito, ossia criteri di calcolo, matematici, sulla base di dati certi e positivi [39].

Nel caso dei mutui la determinazione del credito con tassi fissi non dà mai luogo a particolari problemi e di solito, quando vi sono tassi variabili, gli elementi per il calcolo matematico sono contenuti nel titolo o talora indicati con chiarezza per relatio .

Si è, al riguardo, sottolineato che il credito non è liquido, se gli elementi di calcolo devono essere forniti dal creditore medesimo (ad esempio da una certa data il tasso applicabile sarà quello praticato dalla banca nei confronti di primaria clientela; ovvero per l'ipotesi in cui la determinazione del tasso è commisurata al Prime Rate ABI, almeno per l'ipotesi in cui la mutuante sia una delle Banche che concorrono alla rilevazione del dato) [40].

La conclusione appare di sicura condivisibilità nel primo caso (tasso di riferimento quello che l'istituto erogante applica a primaria clientela) in quanto il criterio del calcolo non è sicuro ab origine. Non è nemmeno sicuro come criterio: chi è, infatti, la "primaria clientela" di un istituto? Peraltro "primaria clientela" non è nozione né finanziaria, né matematica, né, tantomeno, giuridica.

Per la seconda ipotesi non si può fare a meno di sollevare un qualche dubbio: è sufficiente, infatti, considerare che il Prime Rate ben difficilmente è determinato sulla base dell'interesse di un singolo Istituto del cartello, meno che meno per singole ipotesi di erogazione finanziaria. Lo stesso si fonda su criteri d'identificazione generali (ancorché riferiti ad un certo gruppo di Banche) e matematici, che, quindi, potrebbero soddisfare il requisito in commento.

Esigibilità indica la necessità che l'obbligazione non sia sospensivamente condizionata né soggetta a termine iniziale [41].

## LA SPEDIZIONE IN FORMA ESECUTIVA: IL RUOLO DEL NOTAIO

Il Notaio, dunque, riceve atti che, a certe condizioni, rivestono la qualità di titoli esecutivi, ed i cui crediti, nel rispetto di taluni presupposti, "danno luogo" ad esecuzione forzata ai danni del debitore.

Tuttavia, questi atti " per valere come titoli per l'esecuzione forzata debbono essere muniti della formula esecutiva, salvo che la legge disponga diversamente ..." (art. 475 c.p.c. primo comma).

Si ricorda che detta spedizione necessitano solo le sentenze e gli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria (salvo che la legge non disponga diversamente) e gli atti notarili. Ossia i titoli esecutivi di cui ai numeri 1 e 3 dell'articolo 474.

Non anche quelli di cui al n. 2: le cambiali.

Perché?

Se la spedizione in forma esecutiva - che per il Notaio si concreta nel duplice momento della collazione di una copia dell'atto pubblico con l'originale (giacché quest'ultimo deve rimanere conservato nel relativo Fascicolo) e nell'apposizione della formula di cui al combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'articolo in commento - avesse il ruolo pregnante di un controllo specifico da valersi ai fini dell'esecuzione, a prescindere da quanto più avanti si dirà a tale riguardo - non si comprenderebbe un dato di fondo assai singolare: che detto controllo debbano avere proprio quegli atti (le sentenze e provvedimenti giudiziari, e gli atti notarili) che per la loro natura, struttura, e funzione danno sufficienti garanzie in ordine alla loro predisposizione, esistenza e conservazione, mentre, paradossalmente ne sarebbero sottratti proprio quei titoli (le cambiali) che nella fase costitutiva non offrono le medesime garanzie in quanto difettano della presenza della funzione Giurisdizionale o Notarile.

Anteriormente alla riforma del Codice di Commercio, titoli esecutivi erano solo le sentenze e gli atti Notarili. La dottrina affermava allora che l'apposizione della formula esecutiva (e quindi la spedizione della copia in forma esecutiva) fosse il momento qualificante l'auctoritas statale e riconosceva, perciò stesso, a questa attività del Notaio natura Giurisdizionale, ancorché volontaria [42].

Il riconoscimento successivo di titolo esecutivo alla cambiale, scrittura privata sebbene con natura cartolare, sconvolse questa impostazione ed indusse la Dottrina successiva a ritenere che il titolo esecutivo avesse efficacia ex se, di tal che la formula nulla aggiunge all'efficacia esecutiva spettante al titolo [43].

Per parte della dottrina essa è un relitto storico la cui singolare vitalità, sovente

capziosamente invocata da recalcitranti debitori, è stata "corretta" dalla Giurisprudenza la quale ha chiarito che i relativi difetti non danno luogo neppure ad opposizione, ma solo a correzione [44].

Essa non è tuttavia inutile, anzi, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che "nel sistema indicato dall'articolo 475 c.p.c. la spedizione del titolo in forma esecutiva non comporta l'accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, né dell'inesistenza di fatti impeditivi o estintivi dell'azione esecutiva, ma una verifica formale per il debitore dell'esistenza dello stesso titolo esecutivo ..." [45].

La sentenza è di particolare interesse: essa nel delineare in positivo la funzione attuale della spedizione in forma esecutiva dell'atto pubblico, sottolineandone l'utilità nei termini della verifica formale dell'esistenza del titolo [46], connota l'attività notarile, al momento della spedizione in forma esecutiva, anche in negativo: escludendo che detta spedizione comporti accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, ossia la concreta fruibilità del titolo nel processo di esecuzione, come pure di fatti impeditivi (o estintivi) dell'azione (come ad esempio i propri requisiti di certezza, liquidità, ed esigibilità). Al Notaio, dunque, l'ordinamento commette la ricezione di "titoli esecutivi", e la loro spedizione in forma esecutiva, escludendo che in tale momento il Notaio debba svolgere accertamenti ultronei rispetto: a) alla verifica formale del titolo da spedire (ossia se atto pubblico contenente - nel senso dianzi accordato e/o auspicato alla parola "relativamente" - obbligazioni di danaro); b) all'indagine sulla legittimazione del richiedente - se creditore (o suo successore) (art. 475 c.p.c.); c) all'unicità, salvo specifico provvedimento del Presidente del Tribunale, della copia in forma esecutiva (art. 476 c.p.c.).

Opinare diversamente implicherebbe il riconoscimento al Notaio di un ruolo Giurisdizionale, e/o comunque di ausiliario della Giurisdizione Esecutiva che non emerge dal sistema, e che anzi è respinto dal sistema, tosto che il Legislatore ha accordato al debitore la facoltà di opporsi all'esecuzione (articolo 615 c.p.c.) contestando "il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione" e quindi anche i presupposti del titolo esecutivo.

Imporre al Notaio un controllo dei presupposti dell'azione esecutiva significa inoltre che, il medesimo al momento della spedizione e del rilascio della copia esecutiva, debba accertare elementi di norma estranei all'atto da lui ricevuti ed esterni al medesimo (è sufficiente pensare che praticamente tutti i mutui sono inesigibili) senza che il legislatore, al riguardo abbia precisato né i termini del (preteso) obbligo d'indagine, né la relativa responsabilità.

In conclusione il Notaio, al momento del rilascio della copia esecutiva, deve svolgere quel controllo strettamente connesso alla propria funzione senza intervenire (sindacandoli) sui detti presupposti i quali dovranno emergere dal titolo medesimo (rectius dall'atto) e/o dai documenti strettamente al medesimo connessi (per l'ipotesi sopra evidenziate di titoli esecutivi complessi) ed in forza dei quali il creditore, valutati i propri interessi, procederà esecutivamente contro il proprio debitore, al quale, comunque, l'ordinamento riconosce il diritto di contestare sia in generale il diritto di procedere all'esecuzione, sia in particolare i singoli atti esecutivi.

**SOGGETTI CUI VA RILASCIATA LA COPIA ESECUTIVA, RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO DI SEGUITO AL RILASCIO ERRONEO DI COPIE ESECUTIVE O IN CASO DI PLURALITÀ DI COPIE ESECUTIVE**

L'articolo 476 c.p.c. enuncia il principio per cui la copia esecutiva deve essere unica. Le ulteriori vanno emesse solo previo provvedimento del Presidente del Tribunale della circoscrizione in cui l'atto venne formato.

Dunque il Notaio deve rilasciare alla "parte" una sola copia esecutiva. Si discute se per "parte" debbesi intendere il titolare della posizione processuale de qua contemplato nell'atto, ovvero anche il suo successore a titolo universale e/o particolare [47].

La sanzione correlata al divieto giustifica la prassi dell'annotazione del rilascio sull'originale [48].

**OMISSIS**

Il rifiuto a rilasciare copie esecutive esclude la configurabilità del reato di omissione di atti d'ufficio in difetto dell'elemento psicologico del reato [51].

La spedizione in forma esecutiva di un titolo non esecutivo (si sono viste le problematiche, talora connesse a tale non facile inquadramento) non è sanzionata dal Legislatore.

Dovrebbe farsi ricorso ai generali principi di responsabilità civile: se la spedizione configura un danno il Notaio dovrebbe essere chiamato a risponderne, altrimenti la circostanza dovrebbe ritenersi irrilevante.

Un danno in abstracto ipotizzabile potrebbe derivare dall'assoggettamento del debitore ad una procedura esecutiva illegittima. Ma al debitore compete il potere (dovere) di opposizione. In una fattispecie di tal fatta potrebbe allora ritenersi applicabile il disposto dell'articolo 1227 comma secondo, a mente del quale "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe dovuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

Per questa ipotesi quindi potrebbero reliquare soltanto quei danni esclusivamente

consistenti nelle spese sostenute per proporre (vittoriosamente) opposizione all'esecuzione fondata su un titolo spedito illegittimamente in forma esecutiva. Altra ipotesi di danno potrebbe consistere nel mancato guadagno (ad es. perdita di un affare) eventualmente cagionato dalla presenza di una formalità pregiudizievole come la trascrizione di un pignoramento - e nelle more della cancellazione del medesimo - i cui tempi potrebbero rivelarsi lunghi a prescindere dalla diligenza del debitore opponente.

In tal caso fornita adeguata prova del danno non può che ritenersene responsabile il Notaio che ne diede origine con le conseguenze di Legge.

#### NOTE

- (1) La China, Esecuzione Forzata (Profili Generali), Milano, 1975, 3 e ss.; Nasi, Contraddittorio, in Enc. Dir., Milano 1961, Vol. IX, 726 e ss.; Vaccarella, Titolo Esecutivo, Precetto, Opposizioni, in Giurisprudenza Sistemática di Diritto Processuale Civile diretta da A. Proto-Pisani, Torino 1993, 130 e ss. vedi infra ampia rassegna bibliografica.
- (2) Cfr. Satta, Diritto Processuale Civile, XI° edizione, Bologna, 1992, 623.
- (3) Bonsignori, voce Esecuzione Forzata in Genere, in Nov. Dig. It., Vol. VII, Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Torino, 1998, 578 e ss.
- (4) Bonsignori, ibidem.
- (5) Carnelutti, Titolo Esecutivo e Scienza del Processo, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1934, I, 154.
- (6) Liebman, La Sentenza come Titolo Esecutivo, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1929, I, 17.
- (7) Satta, op. cit., 626.
- (8) Cfr. Mandrioli, Corso di Diritto Processuale Civile, III, Torino 1985 18 e ss. ed ampia rassegna bibliografica ivi riportata; Cass. 12 giugno 1968, n. 1883, in Foro It., 1968 voce Esecuzione Forzata in genere, n. 16; Cass. 10 aprile 1973 n. 1041, in Giur. Civ., 1974, I, 117 e ss.; Cass. 2 aprile 1980 n. 2140, in Foro It. voce Ingiunzione, n. 57.
- (9) Bonsignori, op. ult. cit. 587.
- (10) A titolo esemplificativo si ricorda che sono titoli esecutivi ex lege tra gli altri: le ordinanze relative alle liquidazione dei compensi al Consulente Tecnico 263 c.p.c., gli onorari liquidati all'arbitro rituale, art. 814 c.p.c., il decreto di trasferimento del bene espropriato, art. 586 c.p.c.
- (11) Sul punto Satta, op. cit., 626.
- (12) Boero, La Legge Notarile Commentata, Torino, 1993, Vol. II, 414.
- (13) Cass. 13 novembre 1965 n. 2372 in Commentario al Codice di Procedura Civile a cura di Battaglini e Novelli Milano, 1981 1056.
- (14) Avagliano, Appunti in tema di rilascio di copia esecutiva effettuata sulla base di un atto pubblico unilaterale di costituzione di ipoteca da parte di un terzo, in Casi e Materiali ,5.1 Milano, 1997, 533.
- (20) Lops, Rilascio di copia esecutiva di un contratto di apertura di credito garantito ipotecariamente, in Casi e Materiali, Milano, 2, 1988, 283 e ss.
- (21) Cass. 18 gennaio 1983, in Giur Civ., 1983, I, 1493.
- 22) Cass. 9 luglio 1979 n. 4293 in Banca Borsa e Titoli di credito, 1981, II, 5.
- (23) Testualmente in tal senso Lops, op. cit. 283 e dottrina ivi rassegnata in nota 1.
- (24) A. Roveda, Mutui Ipotecari, Riflessioni e Tecniche contrattuali, in Giornate di studio del Convegno di Bergamo 13 novembre 1998, MILANO, 1999 426 ed ampia rassegna di bibliografia processualista ivi rassegnata, in nota 55.
- (25) Cass. 12 giugno 1968, n. 1883, in Foro It., 1968, voce Esecuzione forzata in genere, n. 16; Cass. 10 aprile 1973 n. 1041, in Giur. Civ., 1974, I, 117.
- (26) Per tutti Cass. Sez. Unite 15 marzo 1982 n. 1669 in Foro It., 1982, I, 985.
- (27) Sul punto cfr. l'amplissima bibliografia in Tedeschi, Mutuo, Contratto di, in Nov. Dig. Ital. sezione civile, Vol. XI, 537.
- (29) Oltre alle sentenze sopra citate in note 25 e 26, anche Roveda, op. cit. 431.
- (30) Cass. 30 agosto 1995 n. 9195.
- (31) Si precisa che la sentenza in esame riguardava l'ipotesi di contratto di apertura di credito per atto pubblico e di successiva modifica del lato attivo del rapporto obbligatorio.
- (32) Andrioli, Appunti di Diritto Processuale Civile, Napoli, 1964, 257; Redenti, Diritto Processuale Civile, III, Milano, 1954, 122-123.
- (33) Ferri, Apertura di credito, in Enc. Dir., II, Milano 1985, 516.
- (34) Cfr. Donisi, Il Problema dei negozi giuridici unilaterali, Napoli, 1972, 169-185.
- (35) Per il quale, in generale, ed anche con riferimento al tema del rilascio della copia esecutiva cfr. Caccavale, Gli atti unilaterali di mutuo nel credito bancario in corso di pubblicazione.
- (36) Va comunque ribadito che sarebbe auspicabile una generale rimeditazione della tematica anche alla luce di due diversi presupposti che consentirebbero il "recupero" di codesti atti al novero dei titoli esecutivi: da un lato, infatti, occorrerebbe verificare, ove si ravvisi comunque in questa categoria funzione (anche) ricognitiva, se detta

circostanza funzionale possa avere riferimento a debiti contestuali-futuri; dall'altro, poi, potrebbe approfondirsi la problematica legata alla circostanza se l'atto costitutivo d'ipoteca in quanto tale possa considerarsi come contenente sempre e comunque una vicenda giuridica equiparabile ad una obbligazione pecuniaria. Sul punto più ampiamente Caccavale, op. ult. cit.

(37) Cass. 25 febbraio 1983 n. 1455 in Foro It., 1983, voce cit. n. 8.

(38) Roveda, op. cit., 427.

(39) Cass. 9 ottobre 1975 n. 3206 in Giur. Civ., 1975, I, 1798.

(40) Così Roveda, op. cit., 428.

(41) Si è talora evidenziato che rientrerebbe nel difetto di esigibilità il mancato perfezionamento del mutuo per difetto di traditio, Roveda, op. cit. 429, opinione che per quanto espresso supra chi scrive ritiene non poter condividere anche a tacere sulla diversa incidenza dogmatica del concetto di inesigibilità con quello d'inesistenza dell'obbligazione restitutoria del mutuatario.

(42) Cfr. Casu, in Falzone - Alibrandi, voce Copie, Vol. I, Torino, 1991, 282.

(43) Chiovenda, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, Vol. I, Napoli, 1933 268; Satta, op. cit. 633; Zanzucchi, Diritto Processuale Civile, I, 187.

(44) Cfr. Satta, op. cit., 634.

(45) Cass. 5 luglio 1990 n. 7074 in Foro It., 1990, voce cit., n. 13.

(46) E potrebbe aggiungersi della sussistenza dei requisiti del richiedente, con il correlativo accertamento del numero delle copie richieste.

(47) In questo senso Boero, op. cit. 414. In senso contrario e quindi per la spedizione di più copie, a favore del dante causa, e, poi dei successori: Satta, op. cit. 635-636; Vaccarella, op. cit. 196.

(48) Boero, op. loc. ult. cit.

(49) Boero, op. loc. ult. cit.

(50) Casu, In tema di rilascio di copia di titolo esecutivo stragiudiziale, cit. 202 e ss.. L'autore muovendo dalla considerazione per cui " la legge non sembra offrire appigli per ritenere ottenibile, aggirando l'autorizzazione giudiziale, una seconda copia esecutiva che abbia della prima la medesima efficacia ..." ma ciò non impedirebbe al Notaio il rilascio di tante copie prive del valore di copia esecutiva ma necessarie ai fini della procedura. Parimenti a ciò che sarebbe consentito all'ufficiale giudiziario. La legge 68/15 sembra consentire al Notaio la facoltà del rilascio di queste copie con valore per così dire "minore". Contro l'opinione citata, comunque, Cass. 17 aprile 1992, n. 4736, in Vita Not., 1992, 2, 755.

(51) Boero, ibidem.

Se dunque, come chiarito nello studio sopra riportato:

- secondo l'opinione seguita anche dalla Giurisprudenza più recente il titolo è considerato come prova legale non tanto del credito, quanto dell'atto negoziale contenuto nel medesimo documento, riconoscendo, conseguentemente, al titolo esecutivo efficacia costitutiva dell'azione esecutiva (art. 474 c.p.c. primo comma: "l'esecuzione non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo ..."), ed occorre distinguere, come fa l'art. 474 c.p.c., letto correttamente, tra il titolo esecutivo, presupposto dell'azione esecutiva, e le condizioni per l'azione stessa, ossia che il titolo afferisca ad un diritto (di credito) certo, liquido ed esigibile;

- il titolo per valere per l'esecuzione forzata deve essere munito di formula esecutiva, salvo che la Legge non disponga diversamente, riconoscendosi così implicitamente che possa esservi titolo esecutivo non idoneo a valere per l'esecuzione, per cui il Notaio ha un duplice ruolo: quello di soggetto idoneo a ricevere o, dopo la novella, autenticare, un atto qualificabile in abstracto come titolo esecutivo, e quello di soggetto idoneo a spedire l'atto medesimo in forma esecutiva, ossia a renderlo in concreto valevole come fondamento per l'esercizio dell'azione esecutiva;

- e come precisato dalla Suprema Corte - nel sistema indicato dall'articolo 475 c.p.c. la spedizione del titolo in forma esecutiva non comporta l'accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, né dell'inesistenza di fatti impeditivi o estintivi dell'azione esecutiva, ma una verifica formale per il debitore dell'esistenza dello stesso titolo esecutivo ..." per cui la attività notarile, al momento della spedizione in forma esecutiva non comporta accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, ossia la concreta fruibilità del titolo nel processo di esecuzione, come pure di fatti impeditivi (o estintivi) dell'azione (come ad esempio i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito, 'si ché al Notaio non competono accertamenti ultronei rispetto:

a) alla verifica formale del titolo da spedire (ossia se atto pubblico contenente - nel senso dianzi accordato e/o auspicato alla parola "relativamente" - obbligazioni di danaro)

b) all'indagine sulla legittimazione del richiedente - se creditore (o suo successore) (art. 475 c.p.c.)

c) all'unicità, salvo specifico provvedimento del Presidente del Tribunale, della copia in forma esecutiva;

SE NE DEDUCE CHE

a) sono idonei a costituire titolo esecutivo e il notaio, se richiesto, potrà rilasciarne copia in forma esecutiva:  
- il c.d. contratto di mutuo condizionato o consensuale, senza contestuale erogazione della somma concessa a mutuo, precisandosi che, secondo la prassi tale copia in forma esecutiva potrà anche essere integrata da copia anche in forma esecutiva dell'atto o degli atti di erogazione;  
- il contratto di mutuo con erogazione contestuale e contestuale deposito con vincolo di indisponibilità o costituzione in pegno da parte del mutuatario della somma mutuata, fino al momento della iscrizione dell'ipoteca nel grado richiesto e della verifica delle altre condizioni pattuite;  
- l'atto unilaterale di concessione dell'ipoteca a garanzia di un mutuo, anche da parte di un terzo garante, purché contenente la ricognizione del debito da parte del mutuatario;  
- in generale l'atto di riconoscimento di un debito pecuniario da parte del debitore;  
b) è dubbia (e si propende per la negativa) l'idoneità a costituire titolo esecutivo della apertura di credito;  
c) non appaiono idonei a costituire titolo esecutivo e quindi al rilascio di copia in forma esecutiva:

- l'atto di concessione di ipoteca da parte di un terzo garante, senza l'intervento del debitore a riconoscere il proprio debito;  
- l'atto unilaterale di accettazione da parte del mutuatario di una proposta di mutuo formulata per lettera o comunque per scrittura privata non autenticata dal mutuante (caso distinto questo da quello di mutuo stipulato per scrittura privata semplice, che con atto pubblico o scrittura privata autenticata unilaterale contenga la ricognizione del debito da parte del mutuatario e la concessione della garanzia ipotecaria;  
d) per quanto riguarda le scritture private autenticate, siano esse formate in unico originale e conservate a raccolta o formate in uno o più originali rilasciati, per cui, secondo quanto previsto dall'art. 475 c.p.c. la spedizione in forma esecutiva, con la apposizione della formula di rito, potrà riguardare tanto una copia, quanto un originale, è stato affermato, in un primo sommario commento (G. Petrelli "Novità normative primo semestre 2005") che "sarà possibile rilasciare copie esecutive di scritture private autenticate a partire dal 12 settembre 2005 (prorogato al 1° gennaio 2006 ndr), possibilità che si estenderà peraltro anche alle scritture autenticate anteriormente a tale data. Lo stesso dicasi per gli obblighi di consegna scaturenti da atti stipulati in data anteriore a quella suindicata". (Cfr., nello stesso senso, Pierluigi Fausti su Federnotizie n. 4/2005 pag. 130 e seg. : "Per effetto del disposto dell'art. 3 quater, la norma entrerà in vigore centoventi giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale: quindi il 12 settembre 2005 (prorogato al 1° gennaio 2006). Nessuna disciplina transitoria è stata dettata. E' probabile che, quantomeno limitatamente al rilascio di copie, si tratti di un provvedimento "ad efficacia permanente", cosicché, a partire da detta data del 12 settembre p.v. (1° gennaio 2006 ndr), potranno rilasciarsi copie in forma esecutiva anche di contratti per scrittura privata autenticata perfezionati prima di tale data."). Questa affrettata prima interpretazione, alla luce dei principi sopra esposti non appare convincente. Infatti presupposto per la spedizione in forma esecutiva è che vi sia un titolo esecutivo, nato come tale. E se il titolo deve essere tale fin dalla sua nascita, solo le scritture private formate dopo l'entrata in vigore della modifica legislativa, cioè dopo il 1° gennaio 2006, sono astrattamente idonee a costituire titolo esecutivo, non quelle autenticate anteriormente, stante il principio di irretroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale). Né l'apposizione della formula esecutiva può certo servire ad attribuire ex-post valore di titolo esecutivo ad un atto che non lo ha quando è stato formato.

Come corollario un suggerimento pratico.

Come è stato osservato, la spedizione in forma esecutiva di un titolo non esecutivo non è sanzionata dal Legislatore.

Dovrebbe farsi ricorso ai generali principi di responsabilità civile: se la spedizione configura un danno il Notaio dovrebbe essere chiamato a risponderne, altrimenti la circostanza dovrebbe ritenersi irrilevante. Un danno in abstracto ipotizzabile potrebbe derivare dall'assoggettamento del debitore ad una procedura esecutiva illegittima. Ma al debitore compete il potere (dovere) di opposizione. In una fattispecie di tal fatta potrebbe allora ritenersi applicabile il disposto dell'articolo 1227 comma secondo, a mente del quale "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe dovuto evitare usando l'ordinaria diligenza". Per questa ipotesi quindi potrebbero reliquare soltanto quei danni esclusivamente consistenti nelle spese sostenute per proporre (vittoriosamente) opposizione all'esecuzione fondata su un titolo spedito illegittimamente in forma esecutiva. Altra ipotesi di danno potrebbe consistere nel mancato guadagno (ad es. perdita di un affare) eventualmente cagionato dalla presenza di una formalità pregiudizievole come la trascrizione di un pignoramento - e nelle more della cancellazione del medesimo - i cui tempi potrebbero rivelarsi lunghi a prescindere dalla diligenza del debitore opponente. Ancora un danno potrebbe esservi per il creditore che, in buona fede, agisca in via esecutiva in base ad una copia spedita

in forma esecutiva di un titolo non esecutivo, anziché provvedersi di un valido titolo esecutivo (es. decreto ingiuntivo), per il danno che abbia a subire per una esecuzione non validamente iniziata e posta nel nulla dall'accoglimento della opposizione all'esecuzione da parte del debitore.

In tutti i casi in cui, per dottrina o giurisprudenza, anche difforme dalle interpretazioni sopra sostenute, possa essere dubbio, sotto il profilo pratico, l'utile utilizzo di un titolo notarile spedito in forma esecutiva, sarà opportuno che il notaio ne renda edotto il creditore, facendosi rilasciare manleva dallo stesso in ordine ai possibili danni relativi e conseguenti all'uso ed alla contestazione del titolo rilasciato.

