TRIBUNALE DI MASSA

UFFICIO ESECUZIONI IMMOBILIARI

IL GIUDICE DELL' ESECUZIONE

Nella **procedura N. 107/2012 R.G. Esecuzioni Immobiliari**

promossa da

BANCA SPA - BANCA SPA

contro

OGGETTO: OPPOSIZIONE SUCCESSIVA ALL'ESECUZIONE, EX ART. 615 COMMA 2 C.P.C., CON ISTANZA DI SOSPENSIONE EX ART. 624 C.P.C.

Il G.E., d.ssa Elisa Pinna,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 22.10.2015,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Letti gli atti di causa,

letto il ricorso in opposizione all'esecuzione, depositato in data 13.10.2015 presso la Cancelleria civile di questo Tribunale, iscrivendo la causa al ruolo affari contenziosi civili (n. 2305/2015), dalla società S.R.L. , ai sensi dell'art. 615 comma 2 c.p.c., in pendenza del procedimento di esecuzione immobiliare suindicato, con istanza di sospensione ex art. 624 c.p.c. della stessa procedura esecutiva,

letta la comparsa di costituzione del creditore BANCA S.P.A.;

si osserva quanto segue.

SULL'ISTANZA DI SOSPENSIONE EX ART. 624 C.P.C..

La società esecutata ha proposto istanza di sospensione dell'esecuzione immobiliare, contestando il credito vantato dal creditore procedente BANCA S.P.A., deducendo *in primis* l'assenza di titolo esecutivo, essendo stata la procedura esecutiva iniziata sulla base di un contratto di mutuo condizionato.

Inoltre, ha lamentato la nullità delle clausole contenute nel contratto di mutuo fondiario a tasso variabile acceso dalla società esponente con il predetto istituto di credito in data 02.06.2006, per la non corretta imputazione delle somme corrisposte dalla stessa opponente per il pagamento delle rate di

Firmato Da: VASELLI ADA MARIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a740 Firmato Da: PINNA ELISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 79e542876b3329d6880638e843d490

mutuo, ma poi imputate dalla Banca allo scoperto di conto corrente; per la nullità delle clausole relative agli interessi di mora, in quanto indeterminate, anche per il fatto di non essere state correttamente applicate; per violazione del divieto di applicazione dell'anatocismo bancario, calcolando la Banca mutuante gli interessi di mora, non sulla quota capitale residua, ma sull'intero importo della rata (composta da capitale e interessi corrispettivi), generando così una produzione di interessi su interessi; per violazione della norma imperativa di cui all'art. 1815 comma 2 c.c. e L. 109/96, essendo stato convenuto un tasso di interesse superiore al tasso soglia.

CONTRATTO CONDIZIONATO DI MUTUO FONDIARIO.

VERIFICA DELLA SUSSISTENZA O MENO DEI REQUISITI DEL TITOLO POSTO A BASE DELL'AZIONE ESECUTIVA PROPOSTA DAL CREDITORE.

Il testo dell'art. 1813 c.c. descrive il contratto di mutuo come il contratto con il quale una parte consegna (e non semplicemente si obbliga a consegnare) una cosa. Il fatto di dover eseguire immediatamente la prestazione distingue il contratto di mutuo e gli altri contratti reali dai contratti consensuali.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, la nozione di consegna non coincide con la mera dazione materiale del bene, ma va intesa in senso lato come dazione in disponibilità giuridica della cosa: quindi, la consegna non deve necessariamente essere fisica o materiale. In particolare, secondo la Suprema Corte, la natura reale del contratto di mutuo non richiede in via tassativa che la cosa mutuata sia materialmente consegnata dal mutuante al mutuatario, potendo l'esigenza del requisito della *traditio* ritenersi soddisfatta - in determinati casi - allorquando il risultato pratico concretamente raggiunto s'identifichi con quello che si sarebbe realizzato con la consegna materiale del bene mutuato (Cass., 5 luglio 2001, n. 9074). Per questo accade generalmente che la consegna del danaro avvenga mediante consegna di assegno circolare o bancario al mutuatario oppure mediante bonifico bancario su un conto corrente **di cui è titolare** il mutuatario.

Di conseguenza, la suprema Corte ha da tempo affermato che deve ritersi escluso che il contratto di mutuo condizionato possa risultare idoneo a fondare una azione esecutiva.

Difatti, in tale ipotesi il contratto di finanziamento stipulato con atto pubblico notarile, prevedendo la restituzione della somma promessa a mutuo solo dopo la concreta erogazione del finanziamento stesso, non documenta l'esistenza di un diritto di credito dotato del requisito della certezza e risulta carente dei requisiti di cui all'art. 474 comma 1 n. 2, c.p.c., con conseguente sua totale inidoneità, sotto qualsiasi profilo, a costituire titolo esecutivo.

Dunque, tale tipologia contrattuale, non documentando l'esistenza di un diritto di credito, nel soggetto finanziatore, dotato del requisito della certezza, è inidonea, pur se stipulato con atto pubblico notarile, ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme promesse (se e nella misura della relativa erogazione), sia nei riguardi del beneficiario del finanziamento, sia nei confronti del fideiussore (ex art. 1938 cod. civ.) dello stesso, abilitato, tra l'altro, ad opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale (art. 1945 cod. civ.). (V 4293/79, mass n 400808). (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 477 del 18/01/1983 (Rv. 425280)).

Si osserva, in particolare, che l'atto ricevuto da un notaio affinché abbia qualità di titolo esecutivo relativamente ad un'obbligazione di somma di denaro, generata dal negozio in esso documentato, deve contenere l'indicazione degli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione medesima che sono indispensabili in relazione alla funzione esecutiva assegnata all'atto; elementi tra i quali sono anzitutto quelli attinenti all'esistenza di una determinata e certa obbligazione tra due soggetti (cui corrisponde, nel correlato credito, il requisito della certezza menzionato nel comma 1 dell'art. 474 c.p.c.). Sennonché, qualora **venga ad esistenza l'obbligazione restitutoria del promissario mutuatario soltanto in dipendenza di un evento incerto**, quale il versamento in soluzione unica o rateale, di tutta o di una parte della somma promessa, all'esito del compimento di alcune attività precisamente indicate, è da

Firmato Da: VASELLI ADA MARIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a7d0 Firmato Da: PINNA ELISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 70e542876b

escludere che l'atto notarile documenti, in relazione alla predetta obbligazione restitutoria, la esistenza di un diritto di credito, dell'istituto finanziario, dotato del requisito della certezza.

Il **contratto condizionato di mutuo fondiario**, pertanto, pur se stipulato con atto pubblico notarile (per gli effetti che è destinato a produrre in ordine alla costituzione della garanzia ipotecaria), **non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante**, la quale intenda procedere ad espropriazione forzata per la restituzione delle somme erogate, atteso che difetta dei requisiti previsti dall'art 474 comma 2 n 2 c.p.c. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4293 del 19/07/1979 (Rv. 400808)).

Il principio ha trovato adesioni anche da parte dei giudici di merito (cfr. Trib. Roma, 28 luglio 1998: secondo cui il contratto di mutuo condizionato o contratto preliminare di mutuo (espressamente contemplato, quale categoria negoziale, dalla normativa civilistica codificata: art. 1822 c.c.) è privo, per sua stessa natura, dei requisiti di cui all'art. 474 n. 3 c.p.c. e pertanto inidoneo, sotto qualsiasi profilo, a costituire titolo esecutivo; cfr. Trib. Latina, Sez. dist. Terracina, 18 maggio 2010, in secondo cui il contratto condizionato di mutuo fondiario, ove la consegna della somma sia differita nel tempo, non documenta di per sé l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di denaro e, pertanto, pur se stipulato con atto pubblico notarile — per gli effetti che è destinato a produrre in ordine alla costituzione della garanzia ipotecaria —, non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante che intenda procedere ad espropriazione forzata per la restituzione delle somme erogate, atteso che difetta dei requisiti previsti dall'art. 474, comma 2, n. 3, c.p.c., né il contratto medesimo può assumere valore di titolo esecutivo, per effetto della sua integrazione con le quietanze dei versamento fatti al mutuatario trattandosi di atti non formalmente omogenei con esso, in quanto manca il ricevimento da parte di notaio della dichiarazione negoziale costitutiva di debiti pecuniari; cfr. da ultimo ord. Trib. Roma 13.05.2015).

Occorre, però, precisare che, secondo un recente indirizzo, a seguito della riforma del 2005, tale documento contrattuale, pur se carente all'origine, potrebbe acquistare successiva valenza di titolo esecutivo per effetto della sua integrazione tramite una quietanza rilasciata dal debitore, nelle forme della scrittura privata autenticata nella sottoscrizione, relativamente alle somme ricevute dal mutuante. Dunque, ai fini, invece, dell'esecutività, esso dovrà essere integrato da un atto di erogazione e quietanza, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che integri i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito. Tanto che, nella disciplina del credito fondiario la legge prevede difatti espressamente che la stipulazione del contratto e l'erogazione del danaro possano formare oggetto di atti separati (art. 39 comma 2 t.u.b.).

Nella fattispecie in esame, dalla disamina delle clausole pattuite nello schema contrattuale *de quo*, emerge come, sebbene la somma sia stata inizialmente erogata (come dimostrato dalla quietanza rilasciata dalla parte finanziata – cfr. art. 1 contratto mutuo), **immediatamente dopo la stessa è stata interamente riconsegnata dalla stessa mutuataria, costituendola in un deposito cauzionale infruttifero presso la Banca erogatrice stessa a garanzia dell'adempimento di tutti gli obblighi posti a carico della medesima parte finanziata** (come **provato dal chiaro tenore letterale dell'art. 2 rubricato proprio "Deposito cauzionale"**).

Pertanto, dal contratto medesimo emerge che la somma in questione, mentre in una parte del predetto documento viene dichiarata come erogata, in altra, invece, è stata indicata come ancora vincolata, quindi non disponibile per il mutuatario.

Dunque, la banca ha concluso un contratto di mutuo avente a oggetto la somma di € 480.000,00: ma tale importo è stato solo fittiziamente consegnato al mutuatario, essendo stato costituito un deposito cauzionale. Infatti, nel contratto di mutuo, è stata inserita una clausola in forza della quale la somma sarebbe stata svincolata in via definitiva solo al verificarsi della condizione consistente nell'adempimento, entro due mesi, degli obblighi posti a carico del mutuatario (ovverosia iscrizione di ipoteca, stipula garanzia assicurativa, rilascio fideiussione) (art. 3 contratto mutuo).

Firmato Da: VASELLI ADA MARIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a7d0 Firmato Da: PINNA ELISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 79c542876b3330de890628e8434490

Non può dirsi, dunque, che la somma mutuata sia entrata nella giuridica disponibilità del mutuatario medesimo. Difetta, in particolare, la *traditio* anche sotto il profilo della disponibilità giuridica, poiché il mutuante non ha creato un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, così da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero non ha, nello stesso contratto di mutuo, inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario conferisce al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo.

Si osserva come dalla lettura della scrittura privata non possa evincersi che il deposito cauzionale infruttifero fosse intestato alla stessa parte finanziata o che comunque fosse possibile per quest'ultima disporre liberamente tale somma mutuata.

Anzi, le parti hanno pattuito che la consegna della somma mutuata doveva avvenire solo successivamente all'espletamento, da parte del mutuatario, di alcune formalità: quindi, la fattispecie negoziale non si poteva perfezionare prima del compimento di tali adempimenti, trattandosi di attività che per volontà delle parti sono state considerate prodromiche ed al tempo stesso imprescindibili perché potesse ritenersi validamente perfezionato un contratto di mutuo.

Appare dunque una **mera clausola di stile, quella relativa alla ricezione delle somme di cui viene data formale quietanza** (cfr. art. 1 contratto mutuo).

Ne deriva logicamente che la scrittura privata autenticata azionata da parte non può essere sussunta nella categoria dei titoli esecutivi di cui all'art. 474 comma 1 n. 2 c.p.c.: perciò, difettando un valido titolo esecutivo fin dall'inizio della proposizione dell'azione esecutiva, non può che essere dichiarata l'assenza del diritto di parte pignorante a procedere ad esecuzione forzata.

Si ritiene che il contratto di mutuo *de quo*, caratterizzato dalla persistente disponibilità presso la mutuante delle somme erogate a garanzia dell'avverarsi delle condizioni ivi previste, con conseguente differimento del momento della rispettiva consegna e, di riflesso, di quello perfezionativo del sottostante contratto, poiché non documenta l'esistenza attuale di un'obbligazione di somma di denaro, **sia inidoneo ad assolvere la funzione di titolo esecutivo autonomo ed autosufficiente**.

A conclusione – viste le contestazioni formulate da parte resistente, in merito alla riproposizione di doglianze già sviluppate dall'opponente in sede di opposizione a precetto – si evidenzia come sia sempre nel potere del giudice dell'esecuzione controllare la idoneità del titolo esecutivo posto alla base della procedura, avendo nel processo esecutivo l'accertamento della esistenza ed idoneità del titolo natura preliminare.

Tanto premesso, si ritiene sotto questo profilo, assorbite tutte le altre doglianze, che il ricorso sia fondato e che quindi sussistano i gravi motivi per accogliere l'istanza di sospensione.

SPESE DI LITE.

Visto il combinato disposto degli artt. 624 e 91 c.p.c., le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, come da dispositivo, in base al DM 55/2014 (tenuto conto del disposto dell'art. 17 c.p.c.).

COMPETENZA PER IL MERITO.

Si rileva come la competenza a decidere nel merito appartenga a questo ufficio giudiziario.

P.Q.M.

IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

Firmato Da: VASELLI ADA MARIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a7d0 Firmato Da: PINNA ELISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 70e54287b3320d6880628e843e4490

1. **ACCOGLIE** l'istanza di sospensione proposta da S.R.L. in persona del legale rappresentante *pro tempore* nei confronti della BANCA S.P.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

2. **CONDANNA** BANCA S.P.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore* a rifondere a favore di S.R.L. in persona del legale rappresentante *pro tempore* le spese di lite che si liquidano in complessivi € 4.269,38, di cui € 1.755,00 per la fase di studio della controversia, € 742,50 per la fase introduttiva del giudizio, € 1.215,00 per la fase decisionale, € 556,88 per spese generali ex art. 2 d.m. 55/14, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge;

3. **FISSA** per l'introduzione della fase di merito davanti a questo ufficio giudiziario il termine perentorio di 45 giorni, secondo le modalità previste in ragione della materia e del rito, previa iscrizione a ruolo a cura della parte interessata, osservati i termini a comparire di cui all'art. 163-bis c.p.c., o altri se previsti, ridotti della metà.

Si comunichi con urgenza anche al Professionista delegato AVV. RINALDI.

Massa, 23/10/2015

Il Giudice dell'Esecuzione
D.ssa Elisa Pinna

Firmato Da: VASELLI ADA MARIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6a7d0 Firmato Da: PINNA ELISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 70e54287eb3330d68053...