



# Tribunale ordinario di Avezzano

## Sezione Civile

Riunito in camera di consiglio e composto dai magistrati

- Dott. Andrea DELL'ORSO – Presidente Relatore;
- Dott. Antonio Stanislao FIDUCCIA-Giudice;
- Dott.ssa Carla DI STEFANO- Giudice onorario;

ha pronunciato la seguente

### ORDINANZA

sul reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* C.p.c. proposto da Luigi (cf ) e (cf ) nei confronti di spa (cf ) avverso l'ordinanza resa in data 14 marzo 2019 dal Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Avezzano nel procedimento di opposizione all'esecuzione . avente nr. /2016 sub 1 R.G. ES; a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 19 giugno 2019; all'esito della comparizione delle parti, sentite le stesse nelle loro osservazioni; rilevato quanto segue.

1. I coniugi Luigi e hanno tempestivamente proposto reclamo, ai sensi dell'art. 669 *terdecies* cpc, avverso l'ordinanza del 14 marzo 2019 con cui il Giudice dell'esecuzione ha rigettato l'istanza di sospensione della procedura esecutiva immobiliare intrapresa a loro carico da spa in forza di un contratto di mutuo fondiario del 3 febbraio 2004.

A fondamento della domanda, i reclamanti hanno lamentato l'inesistenza del titolo esecutivo e quindi del diritto della controparte ad agire *in executivis* nei loro confronti, il superamento del tasso soglia ai fini dell'usura dovendosi a tale riguardo computare sia la penale per estinzione e risoluzione anticipata ed in ultimo la manipolazione dell'indice Euribor.

2. L'istituto di credito si è costituito in giudizio deducendo per ciascuno dei motivi posti a supporto del reclamo l'infondatezza delle argomentazioni delle controparti.

In particolare, ha assunto che in situazioni analoghe a quella che ci occupa, si tratta, effettuando necessariamente una delibazione sommaria sull'esistenza dei gravi motivi, di operare una valutazione sulla astratta fondatezza dell'opposizione (così da non ritenere del tutto inutile l'eventuale giudizio di merito).

Tuttavia, ha concluso che tale delibazione, però, non può che essere negativa con conseguente rigetto del reclamo.

3. La causa è stata istruita mediante la sola acquisizione delle produzioni documentali offerte dalle parti e pertanto, dopo breve discussione, all'udienza del 19 giugno 2019, veniva riservata ordinanza.

4. Preliminarmente, deve farsi applicazione del principio della ragione più liquida, desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., secondo cui la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del



giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c.

5. Orbene, il primo motivo di reclamo è fondato e merita di essere accolto per le ragioni di seguito indicate.

Non vi è contestazione sul fatto dell'avvenuta sottoscrizione, in data 3 febbraio 2004, di un contratto di mutuo fondiario tra l'allora spa ed i coniugi Luigi (quest'ultimo nella qualità di titolare della ditta individuale e .

I principali termini dell'accordo prevedevano:

la corresponsione in favore dei mutuatari della somma di € 450.000,00;

un piano di ammortamento della durata di 120 mesi con venti rate semestrali posticipate dell'importo di € 26.619,32 a partire dal 31 dicembre 2004 al 30 giugno 2014;

l'importo oggetto del mutuo è stato corrisposto dalla banca mediante due assegni dell'ammontare rispettivamente di € 250.000,00 e di € 200.000 regolarmente ritirati dalla parte mutuataria che mediante la sottoscrizione dell'atto pubblico ha contestualmente rilasciato ampia quietanza liberatoria;

tuttavia, tale importo è stato depositato *“come cauzione dalla mutuataria fino al consolidarsi dell'ipoteca. Lo svincolo è avvenuto automaticamente nel momento in cui il Notaio ha consegnato la relazione definitiva e l'ipoteca è risultata regolarmente iscritta. Ciò è avvenuto nel caso che ci occupa, l'ipoteca è stata regolarmente iscritta presso la competente Conservatoria e la parte ha incamerato la somma mutuata, iniziando a pagare parte delle rate del mutuo”* (cfr pagg 8-9 della memoria di costituzione della spa);

secondo l'art. 3 del citato contratto di mutuo *“la mutuataria riconsegna alla Banca la somma in deposito cauzionale infruttifero fino al consolidamento dell'ipoteca, nel capitolato allegato al contratto sub B, regolarmente sottoscritto dal Notaio e dalle parti a formarne parte integrante e sostanziale, sono altresì indicate le condizioni del deposito cauzionale della somma mutuata”* (cfr pag. 9 della citata memoria);

Tratteggiate in tal modo le principali caratteristiche del mutuo si impongono alcune decisive considerazioni in punto di diritto.

Come peraltro chiarito anche nell'ordinanza gravata, il tema dell'idoneità del contratto di mutuo (anche in situazioni analoghe a quella che ci occupa) a rappresentare un valido titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, costituisce un argomento di ampia ed attuale riflessione in ambito dottrinale e soprattutto giurisprudenziale.

In particolare, muovendo dalle caratteristiche del mutuo, inteso alla stregua di un contratto reale (il cui momento perfezionativo deve farsi coincidere con la traditio del denaro), si è argomentato che laddove non vi sia l'effettiva messa a disposizione del mutuatario della somma di denaro il contratto, se può da un lato fungere da valida prova circa la sussistenza della pretesa credito della banca, da far valere in sede monitoria, non può essere equiparato ad un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale.

La più recente giurisprudenza di merito (condivisa peraltro anche da questo ufficio in alcuni recenti precedenti) si è costantemente uniformata nel ritenere che il contratto di mutuo, per prassi costante, può costituire titolo esecutivo esclusivamente se vi è traditio delle somme mutate, sia essa attuata tramite materiale trasferimento delle somme o soltanto tramite loro fuoriuscita dalla disponibilità del mutuante per entrare nella disponibilità del mutuatario.

In ipotesi in cui invece la traditio manca o è dubbia essendo prevista un'erogazione futura e condizionata il contratto non può elevarsi al rango di titolo esecutivo risultando irrilevante l'eventuale quietanza rilasciata nell'atto stesso dai mutuatari ove contraddetta dal diverso contenuto



del negozio e quindi dalla chiara volontà manifestata dalle parti di condizionare la consegna ad una serie di adempimenti ulteriori (cfr Trib Avezzano, 8.2.2019; Trib Tivoli, 23.7.2018).

In particolare, è stato condivisibilmente evidenziato che *“Il disposto di cui all’art. 1813 c.c., nel prevedere che il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all’altra una determinata quantità di denaro o di cose fungibili e l’altra si obbliga a restituire il tantundem, lo ascrive alla categoria dei c.d. contratti reali, in cui il contratto e la conseguente obbligazione restitutoria in carico al mutuatario si perfezionerebbero solo al momento della traditio del denaro. Tuttavia affinché un contratto di mutuo possa esplicare la valenza di titolo esecutivo ex art. 474, comma 2 n. 3 c.p.c. in ordine all’obbligazione restitutoria di una somma di denaro mutuata, è necessario che abbia un contenuto descrittivo minimo idoneo a documentare in modo autosufficiente, senza il ricorso ad elementi estranei al testo dell’atto, non muniti di forma omologa, l’avvenuta erogazione della somma data a mutuo. Di conseguenza è escluso che possa costituire titolo esecutivo il contratto di mutuo in cui l’erogazione della somma sia condizionata all’adempimento di una serie di formalità da parte del mutuatario, di cui non venga fornita la prova nella forma dell’atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge”* (cfr Trib Genova, 23.5.2018).

Su tale linea interpretativa, si sono collocate anche alcune ulteriori e recenti pronunzie di merito (alcune, si pensi al Trib Cassino del 16 maggio 2019, citata espressamente dai reclamanti).

Nello specifico, è stato stabilito che *“Qualora il contratto di mutuo, dunque, preveda che la somma mutuata sia rimasta indisponibile in deposito cauzionale presso la banca mutuante sino al verificarsi di condizioni future e incerte, rimesse alla volontà della parte mutuataria, siffatto contratto, che per definizione dovrebbe essere reale, diventa in realtà un contratto condizionato e, pertanto, difetta della immediata consegna del denaro dal mutuante al mutuatario, posticipando necessariamente ad un momento futuro e incerto il perfezionamento negoziale. Il contratto di mutuo condizionato risulta, quindi, inidoneo ad essere impiegato come titolo esecutivo dal mutuante, atteso che, nonostante sia stato stipulato con atto notarile, difetta dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità di cui all’art. 474 c.p.c. e, pertanto, in tali casi deve necessariamente essere disposta la sospensione dell’esecuzione, ricorrendo i gravi motivi previsti dall’art. 624 c.p.c”* (cfr Trib Tivoli, 5.4.2019).

Neppure la giurisprudenza di legittimità ha proposto una soluzione in contrasto con tale orientamento interpretativo.

E’ stato difatti rilevato che *“La consegna idonea a perfezionare il contratto reale di mutuo non va intesa nei soli termini di materiale e fisica "traditio" del danaro (o di altre cose fungibili), rivelandosi, invero, sufficiente il conseguimento della sua disponibilità giuridica da parte del mutuatario, ricavabile anche dall’integrazione di quel contratto con il separato atto di quietanza a saldo, attesa la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e la loro sostituzione con annotazioni contabili, tenuto conto che sia la normativa antiriciclaggio che le misure normative tese a limitare l’uso di contante nelle transazioni commerciali hanno accentuato l’utilizzo di strumenti alternativi al trasferimento di danaro”* (cfr Cass Civ, III, 27.8.2015 n. 17194).

Non consente (nel senso di non porsi in contrasto con i principi sin qui enunciati) un diverso inquadramento dei fatti neppure l’ulteriore decisione (relativa ad una fattispecie diversa rispetto a quella che ci occupa poiché riferita all’ammissione allo stato passivo) secondo cui *“La consegna idonea a perfezionare il contratto reale di mutuo non va intesa nei soli termini di materiale e fisica "traditio" del danaro (o di altre cose fungibili), rivelandosi, invero, sufficiente il conseguimento della sua disponibilità giuridica da parte del mutuatario, ricavabile anche dall’integrazione di quel contratto con il separato atto di quietanza a saldo, attesa la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e la loro sostituzione con annotazioni contabili, tenuto conto che sia la normativa antiriciclaggio che le misure normative tese a limitare l’uso di contante nelle transazioni commerciali hanno accentuato l’utilizzo di strumenti alternativi al trasferimento di danaro”* (cfr Cass Civ, Sez I, 27.10.2017 n. 25632).



Non ignora, ad onor del vero, questo giudice l'esistenza di un indirizzo di segno soltanto apparentemente contrario secondo cui nell'ipotesi di costituzione di un *pegno* oppure anche di un deposito cauzionale aventi ad oggetto le somme oggetto del mutuo si è in presenza di una sicura testimonianza di un atto disposizione del finanziato da cui poter fondatamente desumere che la somma sia entrata nella sfera giuridica di governo e di utilizzo del mutuatario.

A bene vedere, però, si tratta di una fattispecie diversa rispetto a quella che ci occupa in cui le parti non hanno espressamente convenuto che la somma, comunque passata nella disponibilità, quantomeno giuridica, del mutuatario venga in un secondo momento riconsegnata alla parte mutuante.

In tal caso, difatti, a prevalere non può che essere la effettiva volontà dei soggetti contraenti.

L'analisi del contratto, effettuata attenendosi ai criteri ermeneutici in tema di interpretazione del contratto deve inevitabilmente indurre a ritenere che nel mutuo in esame la disponibilità in capo al mutuatario della somma di denaro risulti subordinata alla condizione della regolare costituzione dell'ipoteca.

La circostanza che tale incumbente sia chiaramente posto nell'interesse della parte mutuante (essendo preordinata alla costituzione di una garanzia reale del credito), non dissimile ontologicamente da altri adempimenti posti sempre a tutela delle ragioni creditorie della medesima parte, porta fondatamente ad escludere che il denaro oggetto del mutuo poteva essere nell'immediatezza utilizzato dalla parte.

Nella valutazione dei fatti occorre poi considerare quanto previsto dall'art. 39 TUB che prevede che *“Quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue, a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti; in tal caso l'ipoteca iscritta fa collocare nello stesso grado gli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa”*.

La norma, difatti, consente di addivenire alla stipulazione del mutuo in due atti separati che in quanto dotati di autonomia devono essere redatti (al fine di conseguire lo scopo di tale frammentazione) con il rispetto dei medesimi requisiti formali.

In buona sostanza, nel caso di specie a difettare è allo stato la prova (mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata) della avvenuto rilascio di una successiva nuova quietanza.

In definitiva, ciò sta a significare che per il mutuo fondiario la disciplina speciale introdotta dall'art. 39 comma 2° TUB non può spingersi sino al punto di bypassare i requisiti di forma previsti dalla stessa normativa sulla certezza della messa a disposizione del denaro in favore del mutuatario.

Un contratto, quindi, che si riveli sfornito di tali requisiti formali non può essere considerato titolo esecutivo.

Scendendo ancor più nel dettaglio, deve concludersi nel senso che quando (come nel caso di specie) nel contratto di mutuo non è documentato lo svincolo delle somme oggetto del deposito infruttifero e la loro (nuova) erogazione in favore del mutuatario a difettare sono gli stessi requisiti per qualificare il contratto alla stregua di un titolo esecutivo.

A fronte di tale quadro, che tiene conto della posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, l'essenza della questione non risiede nello stabilire se sia sufficiente uno schema consegna (al mutuatario)- riconsegna al mutuante in forza di un titolo autonomo (che per la giurisprudenza citata nell'ordinanza impugnata potrebbe anche essere sufficiente a ritenere il requisito minimo indispensabile per la sussistenza del mutuo).

Al contrario, il punto di snodo della questione riguarda il soddisfacimento di tutti i requisiti di forma necessari per attribuire ad un atto determinati effetti giuridici (quali l'idoneità a fungere da titolo esecutivo).

In simili casi, l'autonomia negoziale delle parti non può spingersi sino al punto di elidere determinati obblighi di forma né vale obiettare, a supporto della tesi contraria, che aderendo a tale



opzione ermeneutica sarebbe necessario (per giustificare la ulteriore traditio) un successivo atto pubblico con dispendio di costi e tempi.

Il tratto assorbente delle considerazioni sin qui svolte esonera questo giudice dall'addentarsi nella disamina degli ulteriori motivi posti a presidio dell'opposizione.

Nella fattispecie, alla luce delle considerazioni, sin qui svolte, deve concludersi per la non manifesta infondatezza del ricorso.

L'ammontare del credito oggetto della procedura esecutiva e il fondato dubbio sul diritto della banca ad agire in executivis nei confronti dei reclamanti integrano poi il requisito del periculum in mora.

Il reclamo, pertanto, deve essere accolto e la procedura esecutiva immobiliare intrapresa dalla banca deve essere sospesa.

6. Quanto al regime delle spese di lite, deve farsi applicazione dell'art. 92 comma 2° cpc atteso che la assoluta novità della questione, consente di procedere alla loro integrale compensazione.

P. Q. M.

*Visto l'art., 669-terdecies C.p.c.,*

- a) Accoglie il reclamo e per l'effetto sospende la procedura esecutiva;*
- b) Compensa le spese di lite;*

*Così deciso in Avezzano nella camera di consiglio del 26 giugno 2019*

*Si comunicati*

Il Presidente Rel.  
(dott Andrea DELL'ORSO)

