



REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE DI MASSA

SEZIONE CIVILE

Il Tribunale di Massa, composto da:

Dott. Maurizio Ermellini	Presidente
Dott. Domenico Provenzano	Giudice
Dott. Giampaolo Fabbrizzi	Giudice est.

Pronunciando sul reclamo iscritto al r.g.n. 2538/2015 proposto da:

Banca s.p.a., con l'Avv. Matteo Tassi

nei confronti di

Fabrizio.

con gli Avv. Roberto Polloni e Mirko

avverso

l'ordinanza del Giudice delle Esecuzioni Immobiliari del 23.10.2015,
ha emesso la seguente

ORDINANZA

Con ordinanza del 23.10.2015 il Giudice delle esecuzioni immobiliari presso l'intestato Tribunale, nell'ambito dell'opposizione promossa ai sensi dell'art. 615, comma 2°, c.p.c., ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecuzione immobiliare iscritta al r.g.e. n. 107/012 promossa da Banca s.p.a. nei confronti della debitrice s.r.l. (di seguito, *breviter*, " "), sul rilievo che l'azione esecutiva era stata avviata in difetto di idoneo titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 1°, n. 3), c.p.c., in quanto l'atto pubblico recante il contratto di mutuo fondiario sulla base del quale era stato esperito il recupero coattivo del credito restitutorio vantato dal mutuante risultava insuscettibile di documentarlo in modo certo ed incondizionato.



Ha osservato il giudice *a quo* che dal complessivo esame dell'assetto di interessi configurato dalle parti emergeva che con l'erogazione della somma mutuata ed il contestuale trasferimento della stessa in un deposito cauzionale infruttifero presso la banca mutuante, vincolata all'ordine della banca stessa a garanzia dell'adempimento di tutti gli obblighi posti a carico della parte mutuataria, quest'ultima non aveva conseguito la disponibilità giuridica della somma finanziata, con la conseguenza che la *traditio* necessaria a perfezionare il mutuo avrebbe dovuto verificarsi in dipendenza di elementi esterni al contenuto testuale dell'atto pubblico che, per ciò solo, non era dunque idoneo a veicolare un valido ed autosufficiente titolo esecutivo onde promuovere l'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore.

Contro questa decisione è insorta, proponendo reclamo ai sensi del combinato disposto degli artt. 624, comma 2°, 669 *terdecies*, c.p.c., l. Banca s.p.a. la quale, onde sentir riformare integralmente il provvedimento di prime cure ha denunciato: l'errata qualificazione del contratto di mutuo fondiario azionato in via esecutiva alla stregua di un contratto di mutuo condizionato secondo la previgente disciplina del credito fondiario; che la *traditio* della somma era documentata dall'art. 2 del contratto di mutuo, recante il rilascio di una quietanza per avvenuta erogazione della somma finanziata di euro 480.000,00; che, di contro, la costituzione del deposito infruttifero costituiva un momento distinto ed ulteriore presupponente l'avvenuta, incontestabile, erogazione della somma data a mutuo; che a ben vedere la consegna della somma mutuata era stata veicolata nel processo esecutivo anche da elementi extratestuali, sostanziati vuoi da ammissioni implicite della debitrice opponente, vuoi dagli esiti della consulenza tecnica di ufficio espletata nel giudizio di opposizione a precetto intentato da ed iscritto al r.g. degli affari contenziosi civili n. 446/012, vuoi ancora dalle risultanze dell'estratto trimestrale del conto corrente n. 111/330/885; che l'esecuzione immobiliare non avrebbe dovuto in ogni caso essere sospesa, a motivo dell'intervento di altri creditori muniti di titolo idoneo a compiere atti di impulso del processo esecutivo.

Per resistere al reclamo e chiederne il rigetto si è costituita , la quale chiedendo la conferma del provvedimento impugnato, ha reiterato in via subordinata le eccezioni di nullità a vario titolo formulate onde invalidare una pluralità di clausole del contratto di mutuo fondiario.

Il reclamo è destituito di fondamento e l'ordinanza impugnata merita integrale conferma.

Il testo dell'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 atteggia innegabilmente secondo i canoni dei c.d. contratti reali, in cui il contratto di perfeziona solo al momento della *traditio* del denaro o della cosa data a mutuo, che al contempo configura il fatto genetico dell'obbligazione restitutoria in carico al mutuatario.

Con il provvedimento impugnato, è certamente a dirsi che quando il mutuo è documentato da atto ricevuto da notaio, affinché gli sia consentito esplicitare la valenza di titolo esecutivo in ordine all'obbligazione restitutoria di una somma di denaro mutuata, il documento soggiace all'imperativo della necessaria indicazione degli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione medesima, indispensabili in relazione alla funzione esecutiva assegnata all'atto, sì da conferire certezza all'esistenza di una determinata obbligazione, imperativo che nel contratto di mutuo si declina con 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.



In quest'ordine di idee, conserva attualità il principio elaborato dalla giurisprudenza della corte regolatrice con riguardo al contratto di mutuo condizionato, secondo il quale l'atto pubblico che lo contiene è privo del valore del titolo esecutivo a mezzo del quale promuovere l'espropriazione forzata per la soddisfazione coattiva del credito del mutuante, quante volte l'avvenuta consegna del denaro dato a mutuo risulti tramite l'integrazione con le quietanze di versamento e gli estratti dei libri contabili della banca, ovvero per mezzo di atti non formalmente omogenei al contratto, non constando da atti ricevuti da notaio (cfr. Cass. sent. n. 4293/79).

La ragion d'essere di quel principio è infatti portato logico anche dell'attuale formulazione dell'art. 39, comma 2°, T.U.B., che dispone 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.

La valenza esplicativa della disposizione normativa abilita la scissione in due atti separati della stipulazione del contratto e dell'erogazione della somma. Ciò che viene in considerazione, onde rivendicare il possesso di titolo esecutivo idoneo ad attivare l'esecuzione forzata, è non già l'integrazione del contratto di mutuo con la quietanza a saldo, quanto il contenuto autosufficiente dei due atti compenetrati ed il rispetto dei requisiti formali necessari onde elevare i documenti che incorporano l'obbligazione inadempita a rango di titolo esecutivo (cfr. Cass. sent. n. 17194/015).

Per vero, il richiamo dei principi elaborati in tema di mutuo condizionato non appare del tutto centrato per lo scrutinio affidato al Collegio, poiché il contratto oggetto del contendere si differenzia dall'ipotesi sopra illustrata, per conoscere una modalità di erogazione della somma invero non infrequente nella prassi dei mutui fondiari, in cui le parti, nel corpo dell'atto di mutuo, si danno effettivamente atto della consegna della somma mutuata, salvo poi precisare contestualmente che l'importo finanziato viene vincolato in un deposito cauzionale a garanzia dell'adempimento di una platea più o meno ampia di obblighi in carico alla parte finanziata.

Recita infatti l'art. 1 del contratto: *«la banca mutua... alla parte finanziata, che accetta, la somma di euro 480.000,00... Di tale somma la parte finanziata rilascia con il presente atto quietanza, riconoscendo di aver ricevuto l'intero importo»*. Segue l'art. 2, a mente del quale *«la banca e la parte finanziata danno atto della riconsegna da parte di quest'ultima della somma mutuata, costituendola in deposito cauzionale infruttifero presso la banca a garanzia dell'adempimento di tutti gli obblighi posti a carico della parte finanziata dal presente contratto e relativi allegati»*. Lo svincolo delle somme è chiaramente rimesso alla disponibilità dell'ente mutuante, disponendo l'art. 3 che *«lo svincolo delle somme costituite in deposito cauzionale potrà avvenire dopo l'adempimento delle obbligazioni previste nel precedente articolo... la banca, a suo insindacabile giudizio, si riserva la facoltà di svincolare le somme costituite in deposito cauzionale anche prima delle obbligazioni previste dall'art. 2)»*.

L'indagine da condurre onde dirimere la lite impinge dunque nella ricerca dei presupposti al ricorrere dei quali è configurabile la *traditio* del denaro dato a mutuo.

Sul punto, è radicata nella giurisprudenza della corte regolatrice l'idea secondo la quale se è vero che il contratto di mutuo è un contratto reale, che quindi si perfeziona con la consegna della somma data a mutuo, che è elemento costitutivo del contratto, la consegna idonea a perfezionare il contratto non si atteggia esclusivamente nei termini di la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, a ciò bastando che questi ne acquisisca la disponibilità giuridica. Si affianca pertanto in posizione paritetica alla immediata acquisizione



della disponibilità materiale del denaro l'acquisizione della disponibilità giuridica di esso, correlata con la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore. In quest'ottica, il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario da al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo (cfr. Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116 e 15 luglio 1994, n. 6686; nonché Cass. n. 2483 del 2001, Cass. 5 luglio 2001, n. 9074 e 28 agosto 2004, n. 17211; e, da ultimo, Cass. 3 gennaio 2011, n. 14).

Se si assumono tali premesse, è agevole avvedersi che lo schema negoziale apprestato dai contraenti non obbedisce all'imperativo di costituire, con la consegna del denaro, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario.

Il Collegio è infatti persuaso che la sua costituzione postuli la libertà per il mutuatario di compiere atti di autonomia privata dispositivi del denaro ricevuto, indipendenti ed autonomi dal negozio con il quale il mutuo viene stipulato.

Diversamente, quante volte l'assetto di interessi convenuto sopprima *ab origine* ed in qualunque forma quella libertà, ad onta dell'apparente trasferimento della somma, non potrà dirsi acquisita alcuna disponibilità giuridica del denaro finanziato, tanto più se nel contesto di un unico atto, per mezzo di convenzione negoziata tra le parti, il denaro viene *illico et immediate* vincolato non già per soddisfare un interesse proprio del mutuatario, bensì della banca mutuante.

La tesi sviluppata dalla reclamante, secondo cui il provvedimento impugnato non avrebbe colto l'autonomia sia ontologica che diacronica tra ricevimento prima e segregazione poi della somma mutuata in un deposito cauzionale infruttifero, si risolve in un suggestivo, ma inconcludente argomento difensivo, che scompone artificiosamente due clausole negoziali avvinte da un indissolubile nesso teleologico che ne oblitera ogni possibile autonomia, dal momento che una loro lettura non già atomistica, ma sistematica, l'una per mezzo dell'altra (art. 1363 c.c.), fa manifesto che la comune intenzione dei contraenti non è stata quella di trasferire il denaro affinché la parte mutuataria ne disponesse liberamente, affrancata da ogni ingerenza del mutuante, ma di condizionare l'erogazione del denaro - la *traditio* vera e propria - all'esatto adempimento di una pluralità di obbligazioni in carico al mutuatario.

Che la dichiarazione di quietanza sia poi inidonea nel caso a fondare la prova legale della consegna del denaro è questione non fondatamente dubitabile. La portata confessoria che vi è annessa è infatti infirmata ai sensi dell'art. 2734 c.c. dalle controdeklarazioni aggiunte recate nell'art. 3 del contratto.

Va peraltro da sé che ad essere controverso non è il trasferimento del denaro, quanto l'esecuzione con modalità tali da costituire in favore del mutuatario un autonomo titolo di disponibilità delle somme erogate.

Esso non risulta altrimenti da atto equipollente ricevuto da notaio, sì che è in conclusione corretto lo scrutinio compiuto dal primo giudice.

Le ulteriori evidenze processuali segnalate dal reclamante onde integrare l'atto notarile appartengono a documenti a quest'ultimo formalmente non omogenei, che perciò non gli conferiscono la dignità di titolo esecutivo carente in origine.

Quanto alla deduzione concernente la necessità di proseguire l'esecuzione a motivo dei poteri di impulso esperibili dai creditori intervenuti muniti di titolo è appena il caso di



osservare che il difetto originario di titolo esecutivo a mani del creditore precedente impedisce agli altri creditori muniti di titolo, che nell'esecuzione avviata dal primo siano pur validamente intervenuti, di proseguire utilmente il processo esecutivo (Cass. sez. un. sent. n. 61/014).

Le spese di lite seguono la soccombenza e, in assenza di nota spese, si liquidano, applicando i conferenti parametri della tabella allegata al d.m. 55/014, in euro 3.500,00 per la fase di studio, euro 1.400,00 per la fase introduttiva ed euro 2.000,00 per la fase decisoria.

P.Q.M.

Il Tribunale di Massa, nella composizione collegiale in epigrafe indicata:

- Rigetta il reclamo e conferma l'ordinanza impugnata;
- Condanna la reclamante alla refusione delle spese di grado, che si liquidano in euro 6.900,00 per compenso professionale, oltre rimborso forfetario 15%, oltre IVA e CAP come per legge.
- Si dà atto che il reclamo è interamente respinto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 13, comma 1 *quater*, d.p.r. 115/02.

Così deciso in Massa, nella Camera di consiglio del 19 gennaio 2016, su relazione del dr. Giampaolo Fabbrizzi.

Si comunichi

Il Giudice estensore
Dr. Giampaolo Fabbrizzi

Il Presidente
Dr. Maurizio Ermellini

