

TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

UFFICIO ESECUZIONI IMMOBILIARI

Il giudice dell'esecuzione, dr. Valerio Colandrea,

letti gli atti della procedura espropriativa in epigrafe indicata;

letta in particolare l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., con contestuale istanza di sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c., spiegata dall'esecutato F. A. con ricorso depositato in cancelleria in data 31.7.2013;

lette altresì le deduzioni svolte dal creditore opposto BANCA. nella comparsa di costituzione e risposta;

rilevato che l'opponente ha eccepito:

a) in primo luogo, la nullità del contratto di mutuo fondiario azionato dall'istituto di credito quale titolo esecutivo (segnatamente, contratto per notar TIZIO del 29.10.2010) per pretesa illiceità della causa dello stesso ex art.1418 cc, atteso che la stipulazione del contratto avrebbe avuto luogo unicamente al fine di procedere alla "ristrutturazione" della complessiva esposizione debitoria del F. nei confronti della sicché lo scopo perseguito sarebbe stato in sostanza (non già di erogare effettivamente la somma mutuata, bensì) di sostituire precedenti debiti chirografari con un debito assistito da garanzia reale;

b) in secondo luogo, l'inefficacia del sopra citato contratto di mutuo fondiario per simulazione ex art. 1414 cod. civ., con conseguente caducazione altresì dell'ipoteca iscritta in forza dello stesso;

c) in terzo luogo, l'inidoneità del sopra citato contratto di mutuo fondiario a valere quale titolo esecutivo sia per violazione dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c., sia per essere stato lo stesso oggetto di risoluzione ad opera dell'istituto di credito;

d) in quarto luogo, la violazione dell'art. 38, secondo comma, D. Lgs. n. 385 del 1993 (c.d. Testo Unico Bancario) con riguardo al limite di finanziabilità; e) infine, la violazione dell'art. 40, secondo comma, D. Lgs. n. 385 del 1993 (c.d. Testo Unico Bancario), atteso che la risoluzione del contratto avrebbe avuto luogo in difetto delle condizioni di cui alla citata disposizione;

sciogliendo la riserva di cui all'udienza del 3.10.2013;

OSSERVA

1. In via del tutto preliminare ed al fine di comprendere le vicende in relazione alle quali è stata spiegata l'opposizione oggetto della presente delibazione, giova ricordare come:

1.1. con contratto di mutuo fondiario per notar TIZIO del 29.10.2010 – la BANCA abbia concesso in prestito a F. A. la complessiva somma di euro 108.000,00, con contestuale concessione di ipoteca sugli immobili in titolarità del F. poi oggetto di pignoramento (segnatamente, fabbricato in OMISSIS).

Nel detto contratto le parti hanno convenuto espressamente (cfr. sia il punto 1 della premessa, sia gli artt. 1 e 10) la destinazione della somma mutuata alla “*ristrutturazione*” della complessiva esposizione debitoria del F. nei confronti del sopra citato istituto di credito e segnatamente all'estinzione dei seguenti debiti:

- n. 10 rate scadute per circa complessivi euro 22.980,00 (oltre interessi e spese) del mutuo ipotecario per notar TIZIO del 3.9.2003;
- intero debito residuo di mutuo chirografario in essere presso la BANCA per circa complessivi euro 51.718,09 (oltre interessi e spese);
- saldo di apertura di credito in conto corrente la BANCA per circa euro 29.681,26 (oltre interessi e spese);

nonché hanno concretamente realizzato la destinazione delle somme mutate alla riferita finalità di “*ristrutturazione*” dell'esposizione debitoria mercé la concessione ad opera del F. – contestualmente all'erogazione delle somme di cui al mutuo mediante accredito in conto corrente – di mandato irrevocabile alla Banca per l'esecuzione dei pagamenti sopra indicati (cfr. l'art. 1 del contratto del 29.10.2010);

1.2. con atto di precetto notificato il 16.4.2013 la BANCA abbia intimato al F. il pagamento della complessiva somma di euro 93.678,94 (oltre interessi e spese legali) in forza del sopra citato contratto di mutuo del 29.10.2010, evidenziando:

- da un lato, come il mutuatario F. A. avesse omesso il pagamento della rata del detto contratto scadente in data 29.11.2011;
- dall'altro, come con raccomandata del 28.12.2011 l'istituto di credito avesse comunicato la risoluzione del contratto in questione, stante il mancato pagamento della rata in discorso ed in ragione della circostanza per cui il mutuatario F. A. già risultava moroso nel pagamento di n. 14 rate di altro contratto di mutuo fondiario concessogli dalla medesima BANCA., nonché segnalato presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia.

2. Tanto opportunamente premesso e venendo alla delibazione delle doglianze spiegate dal F., ritiene anzitutto questo giudice che siano infondati sia il secondo motivo di opposizione (inefficacia del mutuo fondiario del 29.10.2010 per simulazione ex art. 1414 cod. civ.) (doglianza che, per vero, ha carattere logicamente prioritario rispetto alla deduzione di illiceità della causa del contratto, atteso che quest'ultima postula pur sempre che il contratto sia stato concretamente ed effettivamente destinato a realizzare un dato assetto di interessi, sebbene ritenuto illecito), sia il primo motivo di opposizione (illiceità della causa del mutuo fondiario del 29.10.2010 ex art. 1418 cod. civ.).

2.1. Al riguardo, non appare fuor luogo procedere ad una precisazione di carattere preliminare al fine di sgombrare il campo da potenziali equivoci.

In particolare, osserva questo giudice come la giurisprudenza che si è occupata (specie in materia fallimentare) della validità del mutuo fondiario finalizzato all'estinzione di debiti chirografari pre-esistenti abbia precisato:

da un lato, che l'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per debito preesistente) o della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito), potendo anche integrare una fattispecie di "*procedimento negoziale indiretto*", nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione di un precedente debito chirografario (nel qual caso viene riconosciuta al fallimento, sussistendone i presupposti, la possibilità di impugnare tanto l'intera operazione, ai sensi dell'art. 67, secondo comma, L.Fall., in quanto diretta a estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione, tanto le rimesse effettuate con la nuova provvista in quanto abbiano avuto carattere solutorio) (cfr., tra le varie in materia, Cass. 20 marzo 2003, n. 4069);

dall'altro lato, che – anche laddove la complessiva operazione abbia realizzato (direttamente o meno) una frode per gli altri creditori del debitore (in ragione della lesione della *par condicio creditorum* conseguente alla creazione di una garanzia reale per debiti già di natura chirografaria) – nondimeno non per questo ne discenderebbe la nullità del

contratto così stipulato, non essendo di per sé illecito il contratto in frode ai terzi (cfr., sul punto, Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576; C. App. Brescia, 9 febbraio 1994).

Le considerazioni ora svolte aiutano a comprendere come, nel caso di specie, in presenza di un'operazione di ristrutturazione del debito quale quella realizzata dalle parti ed alla luce delle doglianze spiegate dall'opponente, questo giudice sia chiamato in sostanza a verificare:

anzitutto, se quell'operazione sia stata effettivamente voluta dalle parti (o non sia stata, piuttosto, meramente apparente) e se quindi vi sia stata simulazione del contratto di mutuo azionato *in executivis*;

in secondo luogo, se quell'operazione sia stata sorretta da una propria causa lecita e se quindi il contratto di mutuo – pur concretamente voluto – sia invece nullo in ragione dell'assenza o dell'illiceità della causa (in particolare, quella di finanziamento).

È evidente infatti come alcun rilievo assumano nella presente sede gli eventuali profili di tutela dei terzi creditori del F. (ed in generale i profili connessi al principio della *par condicio creditorum*), atteso che, come si è già sottolineato, da un lato, l'eventuale lesione di tale principio non può essere inquadrata dogmaticamente sotto il *genus* della nullità del contratto, nonché, dall'altro lato, non essendovi stato il fallimento dell'odierno esecutato (e comunque non venendo in rilievo l'esperimento di azione revocatoria avverso il contratto concluso), si è del tutto al di fuori dell'ambito applicativo dell'art.67 L.Fall.

E' nei termini sopra riferiti e secondo il richiamato ordine logico che vanno esaminate le doglianze mosse dall'odierno opponente.

2.2. Ciò posto, per quanto concerne in primo luogo il rilievo circa il carattere simulato del mutuo azionato dalla BANCA, ritiene questo giudice che l'assunto non sia stato dimostrato.

Al riguardo, in termini generali occorre considerare come la nullità/inefficacia conseguente alla simulazione discenda dal fatto che il negozio stipulato non sia in realtà effettivamente voluto dai contraenti, sicché viene a mancare uno dei requisiti necessari

del negozio stesso: ovverosia, la volontà dei contraenti, atteso che quella formalizzata nell'accordo stipulato è meramente apparente e si scontra con la volontà effettiva diversa.

Ora, a prescindere dal fatto che nel caso di specie non vi è alcuna prova di un accordo simulatorio intercorso tra le parti, a ben vedere manca proprio la prova del carattere meramente apparente dell'operazione realizzata, sussistendo rilevanti indici in senso contrario.

Ed infatti, giova sottolineare:

che il mutuo del 29.10.2010 è stato destinato all'estinzione (non già di uno solo, bensì) di una pluralità di pregressi rapporti di debito;

che mentre alcuni dei debiti estinti con le somme conseguite rivestivano effettivamente carattere chirografario (quali quello nascente dall'apertura di credito in c/c e dal mutuo chirografario), l'ulteriore rapporto di debito era già assistito da garanzia ipotecaria (il riferimento è alle somme finalizzate alla parziale estinzione del mutuo fondiario del 3.9.2003), sicché, in relazione a quel debito, un'operazione finalizzata unicamente a costituire l'ipoteca (come postulato dall'opponente a fondamento dell'invocata simulazione) non avrebbe avuto giustificazione pratica;

che quel mutuo è stato comunque concretamente erogato ed utilizzato (cfr. gli estratti conto depositati sia dall'opponente che dall'opposta) e non è emersa la prova di una qualche forma di immobilizzazione della somma mutuata da parte della banca, con conseguente indisponibilità a disporre da parte del mutuatario (la qual cosa avrebbe potuto far ritenere che la creazione della provvista fosse stata in realtà soltanto fittizia);

che, inoltre, giammai vi è stata la dichiarazione di fallimento dell'esecutato (dichiarazione che, laddove fosse intervenuta, avrebbe potuto rilevare quale indice idoneo a confortare *ex post* l'esistenza di una volontà "sospetta" e meramente apparente).

In altri termini, proprio l'espressa destinazione delle somme mutate all'estinzione di pregresse esposizioni debitorie e la concreta utilizzazione delle somme mutate per tale finalità vale a dimostrare come la volontà di entrambe

le parti di concludere il contratto di mutuo effettivamente vi sia stata, ciò che vale ad escludere il carattere simulato (ovverosia, meramente apparente) del contratto stesso.

2.3. Parimenti deve ritenersi infondato l'assunto dell'opponente in ordine alla presunta assenza della causa di finanziamento ed alla conseguente nullità per illiceità della causa del contratto azionato quale titolo esecutivo.

Al riguardo, giova evidenziare come – secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità – il contratto di mutuo fondiario non configuri un mutuo di scopo (cfr., in tal senso, Cass. 20 aprile 2007, n. 9511; nonché Cass. 11 gennaio 2001, n. 317).

Ne consegue, pertanto, che lo strumento tipico di cui agli artt. 38 e ss del T.U.B. ben può essere utilizzato in termini generali ed astratti per il conseguimento delle finalità più varie, ivi compresa quella del ripianamento di una passività pregressa.

Ad ogni modo, poi, deve altresì osservarsi come il concetto di finanziamento (che, come ben noto, integra la causa del contratto di mutuo) possa ritenersi idoneo a ricomprendere non solo le ipotesi classiche di versamento di una data somma con obbligo di restituzione nel tempo, ma anche quella – frequente nella prassi commerciale – di dilazione di un pagamento immediatamente esigibile. In tal caso, infatti, ferma restando la necessità della *traditio rei* per il perfezionamento del mutuo, la situazione è pressoché analoga: a fronte di un debito esigibile sorge per il debitore un obbligo restitutorio dilazionato nel tempo, sicché il finanziamento si rinviene nella dilazione del pagamento altrimenti dovuto.

A ciò si aggiunga, infine, che – quand'anche si ritenesse una tale finalità economica estranea alla causa del mutuo – non per questo ne discenderebbe in via automatica l'illiceità del negozio per assenza di causa: da un lato, una simile operazione è pur sempre diretta a realizzare un interesse meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico ex art. 1322 cod. civ. (ovverosia, un interesse meramente lecito, quale può ritenersi l'interesse a conseguire il dilazionamento nel tempo e la ristrutturazione delle condizioni di un debito immediatamente esigibile); dall'altro lato, la causa perseguita non risulta in alcun modo contraria a norme imperative, all'ordine pubblico od al buon costume, né diretta ad eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Al riguardo, infatti, a tacer del fatto che l'opponente non ha neppure dedotto quali sarebbero le norme imperative asseritamente violate da un'operazione di tal fatta, si può osservare come la stipula di un (eventualmente anche nuovo) contratto di mutuo potrebbe risultare motivata da specifiche e concrete esigenze del debitore e non già dalla sola volontà del creditore di assicurarsi una garanzia ipotecaria sugli immobili del debitore. Si pensi – oltre che alla riscontrata possibilità di fruire di una dilazione nel pagamento di un debito che sarebbe altrimenti immediatamente esigibile – anche alla possibilità di “ristrutturare” il debito a condizioni migliori (laddove ad esempio il tasso d'interesse risultante dalla stipula del mutuo fosse più basso rispetto a quello applicabile al debito originario), il che risulta evidente in tutti i casi il mutuo sia stipulato per estinguere il debito nascente da un precedente contratto di mutuo ipotecario il quale avesse contemplato un tasso d'interesse divenuto nel tempo meno vantaggioso (ad esempio per la caduta dei tassi di mercato, laddove stipulato a tasso fisso).

In altri termini, il contratto di mutuo che sia stato stipulato al solo scopo di estinguere un precedente debito scaduto del mutuatario non può, per ciò solo, ritenersi illecito. Piuttosto, l'illiceità potrà configurarsi se e nella misura in cui quel debito preesistente sia a sua volta illecito (perché inesistente, frutto di violazione di norme imperative, ecc.), ipotesi che tuttavia non rientra nel *thema decidendum* quale individuato con il ricorso introduttivo della presente opposizione.

3. Per quanto concerne il terzo motivo di opposizione (violazione dell'art. 474 c.p.c.), ritiene questo giudice che esso sia ugualmente infondato.

Al riguardo, deve osservarsi anzitutto come la doglianza spiegata dal F. abbia in realtà duplice natura:

da un lato, l'opponente postula che il contratto azionato quale titolo esecutivo non individui in maniera sufficientemente certa il diritto del creditore;

dall'altro lato, l'opponente evidenzia in buona sostanza come l'intervenuta risoluzione del contratto ne avrebbe determinato la caducazione, con conseguente impossibilità di utilizzare il medesimo quale titolo esecutivo.

E tuttavia entrambe le deduzioni non sono condivisibili.

3.1. Sotto il primo profilo, infatti, è sufficiente evidenziare come il requisito della certezza di cui all'art. 474 c.p.c. sussista sia, in generale, quando la situazione giuridica accertata in favore di un soggetto emerga esattamente e compiutamente, nel suo contenuto e nei suoi limiti, dal relativo provvedimento giurisprudenziale o atto negoziale (Cass. 25 febbraio 1983, n. 1455), sia quando il contenuto del diritto sia facilmente determinabile alla stregua degli elementi contenuti nel titolo stesso (Cass. 18 luglio 1997, n. 6611).

Nel caso specifico dei contratti di mutuo (per i quali la giurisprudenza di legittimità costantemente afferma la natura c.d. "reale", nel senso cioè di ritenere che il contratto si perfezioni solo con la consegna della cosa mutuata o con il conseguimento della disponibilità giuridica della stessa: cfr., sul punto, tra le tante, Cass. 3 gennaio 2011, n. 14), si è affermato che – affinché il contratto valga come titolo esecutivo – occorre che sia sempre documentata l'avvenuta consegna del danaro, in difetto della quale non sorge infatti l'obbligo restitutorio a carico del mutuatario, con la conseguenza di escludere la natura di titolo esecutivo per il contratto condizionato di mutuo o di finanziamento (atteso che tale contratto – sancendo solo l'obbligo di addivenire alla stipula del successivo atto di erogazione – non documenta di per sé la consegna della somma di denaro) (cfr. Cass. 18 gennaio 1983, n. 477; nonché Cass. 19 luglio 1979, n. 4293).

Pertanto, ai fini della prova della consegna del danaro, la giurisprudenza riconosce che essa possa essere fornita anche attraverso l'accreditamento in conto corrente della somma mutuata a favore del mutuatario, perché in tal modo il mutuante crea pur sempre un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario (Cass. 21 febbraio 2001, n. 2483).

Orbene, nel caso di specie, occorre evidenziare:

da un lato, come il contratto azionato quale titolo esecutivo dal creditore pignorante documenti in maniera certa l'avvenuta consegna della somma mutuata (cfr. l'art. 1, laddove il mutuatario dà quietanza dell'intervenuta erogazione) e contenga l'indicazione degli elementi per la determinazione degli interessi dovuti anche a titolo di mora (cfr. il medesimo art. 1);

dall'altro lato, come la prova dell'erogazione emerga in ogni caso dagli estratti del c/c allegati dall'opponente (cfr. estratto conto al 31.12.2010).

Tali elementi inducono quindi a ritenere – alla luce dei principi sopra richiamati – che il canone della certezza di cui all'art. 474 c.p.c. sia stato ampiamente rispettato.

3.2. Quanto al secondo profilo sopra indicato, è appena il caso di evidenziare come la giurisprudenza di legittimità che si è occupata del fenomeno della risoluzione del contratto di mutuo fondiario abbia rilevato inter alia che (Cfr. Cass.21 ottobre 2005, n.20449, in motivazione, in particolare par.2.2.1):

“il mutuo va reputato – seguendo le indicazioni della prevalente dottrina – contratto di durata agli effetti dell'art. 1458 c.c., in considerazione del carattere non istantaneo, ma prolungato, in ragione della durata del prestito, dell'utilità per il mutuatario consistente nel godimento del danaro - retribuito dalla controprestazione, del pari durevole, degli interessi - assicurategli dal mutuante per il tempo convenuto”;

“la risoluzione, dunque, non opera retroattivamente, ma opera per il futuro anticipando la scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, *la quale, però, conserva il suo titolo contrattuale*; con la conseguente applicabilità, in caso di ulteriore ritardo nel rimborso stesso, degli interessi di mora al tasso in precedenza convenuto nel contratto, ai sensi dell'art. 1224, primo comma, ult. parte, c.c.”.

In buona sostanza, nell'esaminare la questione sotto il profilo della pretesa dell'istituto di credito mutuante al pagamento degli interessi moratori contrattualmente convenuti, la Corte di Cassazione ha ritenuto – peraltro sulla scorta dei comuni principi in tema di risoluzione dei contratti di durata – che la risoluzione del contratto non dia luogo alla totale caducazione dello stesso, nel senso cioè che essa non lo fa venir meno *tout court*.

Ne discende, allora, che quel contratto – benché giuridicamente risolto – ben potrà essere invocato quale titolo per conseguire integralmente in via esecutiva quanto spettante al creditore in forza di esso (per capitale, interessi e spese).

4. Per quanto concerne il quarto motivo di opposizione (violazione dell'art. 38, secondo comma, D.Lgs. n. 385 del 1993), l'odierno opponente lamenta la nullità del contratto di mutuo fondiario azionato quale titolo esecutivo a cagione del fatto che, testualmente, esso sarebbe “*stato periziato in maniera non conforme alla normativa secondaria di cui al II comma dell'art. 38 del d. Lgs. 385/93*”.

A ben vedere, il debitore esecutato invoca la violazione del limite di “*finanziabilità*” di cui all'art. 38, secondo comma, del D. Lgs. n. 385 del 1993), disposizione a termini della quale “*la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina*

l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti".

E tuttavia, a prescindere da ogni considerazione in ordine alla correttezza della tesi (pur propugnata da parte della giurisprudenza di merito: cfr Trib. Venezia 26 luglio 2012) che ricollega alla violazione del limite di finanziabilità la sanzione della nullità *tout court* del contrario: in particolare, dalla tesi della nullità della sola erogazione della somma eccedente il limite di “*finanziabilità*” a quella della conversione del mutuo fondiario in mutuo ordinario), è appena il caso di osservare come, ad ogni modo, nel caso di specie alcuna prova sia stata fornita dall’opponente circa il preteso superamento del limite di “*finanziabilità*”.

Posto che tale prova attiene ad un fatto costitutivo della pretesa spiegata dall’opponente, le conseguenze dell’omessa dimostrazione non possono che ricadere – in forza del principio dell’onere probatorio di cui all’art. 2697 cod. civ. – sul soggetto sul quale quell’onere grava.

Ne discende quindi l’infondatezza della doglianza spiegata sul punto.

5. Infine, per quanto concerne il quinto motivo di opposizione (violazione dell’art. 40, secondo comma, D.Lgs. n. 385 del 1993), giova evidenziare anzitutto come – benché in maniera per vero criptica – l’odierno opponente abbia postulato in buona sostanza il carattere speciale ed imperativo (cioè inderogabile) della riferita disposizione del Testo Unico Bancario: nella prospettazione di parte, infatti, l’istituto di credito mutuante potrebbe dar luogo alla risoluzione del contratto unicamente nell’ipotesi ivi contemplata (ovverosia, il ritardo nel pagamento di almeno sette rate, anche non consecutive, intendendosi per ritardo il pagamento compreso tra il trentesimo ed il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata), in deroga alla disciplina ordinaria sancita dagli artt. 1819 e 1820 cod. civ. per il contratto di mutuo.

Di conseguenza, sempre nella prospettazione di parte, nel caso di specie la risoluzione avrebbe avuto luogo in difetto delle condizioni di cui all’art. 40, secondo comma, T.U.B., avendo fatto seguito al mancato pagamento di una sola rata (quella con scadenza il 29.11.2011).

5.1. Tanto opportunamente premesso, ritiene questo giudice che la doglianza sia infondata.

Innanzitutto, in via logicamente prioritaria occorre rilevare come la contestazione sottesa al motivo in questione investa non già l'esistenza di un inadempimento (quello relativo alla rata con scadenza il 29.11.2011, inadempimento giammai oggetto di contestazione), bensì alla legittimità della risoluzione contrattuale operata dall'istituto di credito.

Ora, se si tiene conto del fatto che, da un lato, la procedura espropriativa può essere utilmente promossa dal creditore per l'integrale pagamento di quanto dovutogli, nonché, dall'altro lato, che nel caso di specie è pacifico il mancato pagamento della rata con scadenza il 29.11.2011 (ciò senza contare che il mutuatario giammai ha postulato di aver proceduto al pagamento delle rate a scadenza successiva), deve conseguentemente ammettersi che – quand'anche la risoluzione operata dall'istituto di credito mutuante fosse da ritenersi illegittima – in ogni caso la presente procedura potrebbe proseguire per il recupero della rata non pagata (nonché – a condizione beninteso di uno specifico ed autonomo atto di intervento – delle ulteriori rate via via scadute e rimaste impagate).

In altri termini, la contestazione sollevata si risolve, a ben vedere, in una discussione non già sull'*an debeatur* (elemento che, laddove esistente, è di per sé sufficiente perché la procedura espropriativa possa proseguire e l'istanza di sospensione sia rigettata), bensì sul *quantum debeatur*: se cioè il creditore possa pretendere di agire in via esecutiva per il recupero della sola rata o rate non pagate secondo la scadenza ordinaria (con gli interessi di mora *medio tempore* maturati), oppure dell'intero capitale e dei relativi interessi di mora (per effetto dell'immediata esigibilità del capitale conseguente alla risoluzione).

Di conseguenza, proprio in quanto relativa al solo profilo del *quantum debeatur*, la doglianza è di per sé inidonea a determinare l'accoglimento dell'istanza di sospensione spiegata dall'opponente, atteso che la sospensione non può che riferirsi alla procedura espropriativa nel suo complesso.

5.2. Ad ogni modo, anche a voler superare le considerazioni sopra svolte, la tesi dell'opponente non appare comunque condivisibile.

Ritiene infatti questo giudice che la disposizione di cui all'art. 40, secondo comma, del D. Lgs. n. 385 del 1993 non precluda alle parti la possibilità di convenire la risoluzione del contratto al verificarsi di eventi diversi da quello espressamente contemplato dal legislatore del T.U.B.

Al riguardo, giova evidenziarsi anzitutto ed in termini generali come – secondo l’orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità – il rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento (di cui agli artt. 1453 e seguenti cod. civ.) sia applicabile anche al mutuo oneroso, posto che si tratta di un contratto che, per la sua causa di scambio, pur dando luogo ad obbligazioni solo per il mutuatario, rientra tra i contratti con prestazioni corrispettive (Cass.21 febbraio 1995, n.1861).

Orbene, in riferimento a quella peculiare ipotesi di mutuo oneroso costituita dal mutuo fondiario, l’art.40, secondo comma, del D.Lgs. n.385 del 1993 stabilisce che *“la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il cento ottantesimo giorno dalla scadenza della rata”*.

Come appare evidente dal tenore letterale del testo, la disposizione in parola prende in considerazione, a ben vedere, unicamente un’ipotesi ben determinata: quella del ritardato pagamento, ossia l’ipotesi che il pagamento delle rate abbia avuto sì luogo, ma in ritardo (come si desume, in particolare, dalla circostanza che deve trattarsi di pagamento comunque effettuato, sebbene tra il trentesimo ed il cento ottantesimo giorno dalla scadenza della rata). Con riguardo a tale specifica ipotesi, quindi, il T.U.B. precisa le condizioni in presenza delle quali quell’inadempimento del mutuatario può ritenersi grave e suscettibile di dar luogo alla risoluzione contrattuale.

In questa prospettiva, allora, può ben ritenersi che – con la disposizione sopra richiamata – il legislatore abbia inteso *“tipizzare”* ai fini della risoluzione contrattuale la fattispecie del ritardo nel pagamento della rata da parte del mutuatario: si è cioè stabilito in maniera imperativa che il ritardo possa dar luogo alla risoluzione unicamente laddove ricorrano le condizioni ivi precisate (ovverosia, si ribadisce, che il ritardo abbia avuto luogo per almeno sette volte, anche non consecutive). Ed in quest’ottica si tratta indubbiamente di una disposizione avente carattere *“speciale”* (e come tale da applicarsi in via prevalente) rispetto alla disciplina codicistica in tema di risoluzione contrattuale.

Per contro, la disposizione dell’art. 40, secondo comma, del T.U.B. non fa riferimento ad altre ipotesi di inadempimento (diverse cioè dal pagamento ritardato), ipotesi che pure potenzialmente sono configurabili: si pensi, a mero titolo di esempio, all’inadempimento assoluto (ovverosia, all’ipotesi in cui il pagamento della rata sia del tutto omesso dal mutuatario), oppure al ritardo nel pagamento che vada oltre il cento ottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

Ora, se si tiene conto del fatto che – in difetto di una norma speciale – torna ad essere applicabile la disciplina di carattere generale, la mancata previsione nel T.U.B. di una disposizione relativa alla risoluzione per fatti diversi dal ritardato pagamento deve ritenersi comporti unicamente l'applicazione della disciplina ordinaria di cui agli artt. 1453 e 1455 cod. civ. (nonché, eventualmente, quella di cui all'art. 1456 cod. civ. in tema di clausola risolutiva espressa), ovverosia la disciplina in astratto applicabile ad ogni ipotesi di mutuo oneroso.

Né può ritenersi, per contro, che la mancata previsione sia del tutto ostativa alla possibilità della risoluzione fuori dei casi espressamente contemplati: da un lato, infatti, la disposizione non è formulata in termini letterali tali da escludere altre fattispecie (preoccupandosi piuttosto di precisare quando il ritardo nel pagamento è da considerarsi giuridicamente rilevante ai fini della risoluzione); dall'altro lato e soprattutto, un'interpretazione di tal fatta sarebbe palesemente irragionevole, posto che consentirebbe la risoluzione qualora il pagamento abbia comunque luogo (sebbene in ritardo per sette volte) e non anche nell'ipotesi (ben più grave) in cui il pagamento sia completamente omesso dal mutuatario.

In conclusione, quindi, ritiene questo giudice che, in tema di risoluzione del contratto di mutuo fondiario, al di fuori dell'ipotesi espressamente contemplata dall'art. 40, secondo comma, del T.U.B., trovi applicazione la disciplina ordinaria in tema di risoluzione contrattuale per inadempimento (in particolare, gli artt. 1453-1455-1456 cod. civ.), con la conseguenza che l'istituto di credito mutuante può invocare la risoluzione del mutuo non solo nell'ipotesi di ritardato pagamento delle rate per sette volte anche non consecutive, ma anche al verificarsi delle diverse fattispecie pattuite dalle parti nel contratto medesimo.

Ora, poiché nel caso di specie il contratto stipulato tra le parti ha previsto la possibilità che la risoluzione abbia luogo (secondo lo schema della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 cod. civ.) non solo nell'ipotesi di cui all'art. 40 del T.U.B., ma anche in presenza di eventi diversi (quali, per quanto qui specificamente interessa, il pagamento decorsi 180 giorni dalla scadenza della rata; il mancato pagamento decorsi 180 giorni dalla scadenza della rata; la sopravvenuta insolvenza del mutuatario nei confronti del mutuante in relazione a diversa linea di credito accordata; nonché il verificarsi di eventi che incidano negativamente sulla situazione patrimoniale-finanziaria della parte mutuataria, quale la segnalazione in sofferenza presso il sistema bancario: cfr., in particolare, l'art. 5 del contratto) e poiché la ricorrenza di tali eventi (posta a fondamento

della risoluzione dall'istituto di credito mutuante) non è mai stata messa in discussione dall'odierno opponente, deve concludersi per la legittimità dell'invocata risoluzione contrattuale.

6. In definitiva, quindi, alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi che non sussistano i gravi motivi per disporsi la sospensione della presente procedura espropriativa.

Quanto alle spese della presente fase a cognizione sommaria dell'opposizione all'esecuzione, esse seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo in base al valore della causa e con applicazione dei parametri di cui al D.M. n.140 del 2012 (segnatamente, i valori previsti per le fasi "studio" ed "introduttiva" nella misura pari alla metà tra i valori minimi ed i valori medi, ciò in considerazione del carattere sommario-semplificato della presente fase cognitiva dell'opposizione).

PQM

Letto l'art. 624 c.p.c.

RIGETTA l'istanza di sospensione spiegata dall'esecutato F. A. con ricorso in opposizione all'esecuzione depositato in data 31.7.2013.

Letto l'art. 91 c.p.c.

CONDANNA F. A. al pagamento, in favore della Banca di C., delle spese della presente fase a cognizione sommaria dell'opposizione all'esecuzione, spese che si liquidano in euro 2.175,00 per compenso, oltre IVA e C.P.A. come per legge.

Letto l'art. 616 c.p.c.

FISSA termine perentorio sino al 28.2.2014 per l'eventuale introduzione del giudizio di merito a cognizione piena della presente opposizione, secondo le modalità previste in ragione della materia e del rito, previa iscrizione a ruolo, osservati i termini a comparire di cui all'art.163 cpc, ridotti della metà.

Si comunichi a cura della cancelleria alle parti.

Santa Maria Capua Vetere, 29 ottobre 2013

Il giudice dell'esecuzione Dr. Valerio Colandrea