

Sentenza n. 5681/2015 pubbl. il 17/04/2015



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Napoli
Quinta Sezione Civile

Il Tribunale, nella persona del giudice unico dott. Antonio Casoria, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. r.g. [redacted]/2013, avente ad oggetto: opposizione agli atti esecutivi, vertente

TRA

[redacted] S.P.A. (C.F. [redacted]), in proprio e nella qualità di procuratrice di [redacted]
[redacted] s.r.l. (C.F. [redacted]), con il patrocinio dell'avv. [redacted]
[redacted] (C.F. [redacted]), domicilio [redacted] via [redacted] presso l'avv. [redacted]

OPPONENTE

E

N. [redacted] (C.F. [redacted]) con il patrocinio dell'avv. [redacted]
[redacted] studio in Ercolano, [redacted]

OPPOSTO

NONCHE'

E [redacted] S.P.A. (C.F. [redacted]) sede di Napoli [redacted]

INTERVENUTO NEL PROCESSO DI ESECUZIONE - CONTUMACE

INTERVENUTO

CONCLUSIONI

UDIENZA 14 OTTOBRE 2014

Oggi 14 ottobre 2014, innanzi al Giudice dott. Antonio Casoria, sono comparsi:

E' presente per parte attrice l'Avv. [redacted] per delega dell'avv. [redacted]

[redacted] il quale conclude chiedendo l'accoglimento di tutte le proprie domande e richieste già formulate nei propri atti difensivi e nei precedenti verbali di udienza.

Sentenza n. 5681/2015 pubbl. il 17/04/2015

E' altresì presente per parte convenuta l'Avv. [redatto] il quale si oppone alle avverse istanze e conclude chiedendo l'accoglimento delle domande ed eccezioni contenute nei precedenti scritti difensivi e nei verbali di udienza.

Entrambi i procuratori chiedono l'assegnazione della causa a sentenza. Il giudice assegna la causa a sentenza; concede alle parti termine di sessanta giorni per il deposito delle rispettive comparse conclusionali, nonché ulteriore termine di giorni venti per il deposito di eventuali memorie di replica".

FATTO E DIRITTO

Nel corso del processo di esecuzione per espropriazione immobiliare n. [redatto] 2009, promosso da [redatto] S.P.A. quale procuratore di [redatto] R.L., il giudice dell'esecuzione, con ordinanza del 22 febbraio 2012, rilevò che il titolo posto a base dell'esecuzione era un contratto notarile di mutuo fondiario, in cui l'erogazione risultava effettuata (e quietanzata), senza però che la somma risultasse posta immediatamente nella piena e libera disponibilità del mutuatario, in quanto essa restava vincolata (a titolo di deposito cauzionale o pegno) in favore della banca mutuante, con obbligo della stessa di provvedere allo svincolo solo al momento, successivo, dell'avvenuto adempimento da parte del mutuatario al proprio obbligo di dimostrare (entro il termine fissato) la regolare costituzione della garanzia ipotecaria. In tal modo, l'assenza di vincoli pregiudizievoli sul bene ipotecato, il pieno godimento dei propri diritti e l'avvenuta verifica di tutte le condizioni indicate nel contratto, con esplicita previsione della facoltà della banca di risolvere il contratto stesso in caso di mancato adempimento di tale obbligo, e di trattenere definitivamente la somma vincolata per la soddisfazione dei propri crediti.

Premessa la perfetta validità della stipulazione dei un mutuo obbligatorio, il giudice dell'esecuzione ritenne che – nel caso di specie – il collegamento esistente tra i due contratti quello di finanziamento e quello di deposito delle somme in deposito cauzionale o pegno presso il mutuatario valesse ad attuare in modo indiretto proprio la funzione del mutuo obbligatorio. Ed inverso, il diritto riconosciuto alla banca di trattenere definitivamente la somma formalmente accreditata in favore del mutuatario nell'ipotesi di inadempimento da parte di costui degli obblighi preliminari del contratto determinava, in sostanza, il differimento dell'erogazione delle somme a un momento successivo, sicché il sorgere dell'obbligazione di restituzione dipendeva da eventi futuri e incerti (il controllo degli adempimenti preliminari e il conseguente svincolo da parte della Banca della somma mutuata), che valevano a escludere la sussistenza di un titolo esecutivo, il quale – per pacifica giurisprudenza della Suprema Corte, proprio in tema di contratto di mutuo condizionato – non era suscettibile di integrazione attraverso atti eterogenei rispetto al titolo, come, ad esempio, le certificazioni bancarie di avvenuta erogazio-

Sentenza n. 5681/2015 pubbl. Il 17/04/2015

ne delle somme promesse.

Il G.E. rilevò altresì il mancato deposito dell'atto di fusione tra [redacted] (originario creditore) e [redacted] CA [redacted], dell'atto di modifica della denominazione di questa ultima, dell'atto di cessione dei crediti in blocco in favore di [redacted], dell'atto di conferimento della gestione dei crediti con procura a [redacted] e infine del conferimento dei poteri procuratori a [redacted] che aveva rilasciato il mandato alle liti. Ne dedusse la mancata prova e della titolarità del credito in capo a [redacted] e della legittimazione ad agire da parte di [redacted] in nome e per conto della predetta società, e, infine, del potersi del soggetto costituito in giudizio quale procuratore speciale di [redacted].

Per questi motivi dichiarò improcedibile l'esecuzione.

Avverso il provvedimento, comunicato l'8.3.2012, con ricorso depositato il 23.03.2012, propose opposizione ex art. 617 co. 2° c.p.c. l'Istituto bancario, chiedendo revoca e nullità dell'ordinanza impugnata.

Disposta la comparizione delle parti e notificato ricorso e decreto il 2 e 3 luglio 2012, il giudice dell'esecuzione, all'udienza del 13 novembre 2012 (in cui comparvero il ricorrente ed [redacted] s.p.a.), senza adottare provvedimenti provvisori, assegnò il termine di giorni 120 per il giudizio di merito.

All'introduzione di questo giudizio ha provveduto l'opponente con atto di citazione notificato in data 7.3.2013 alla debitrice e a [redacted] creditore intervenuto nel processo di esecuzione. Ha insistito per la revoca del provvedimento di improcedibilità preso dal giudice dell'esecuzione.

[redacted] non si è costituita, stando perciò contumace in giudizio. Si è costituito l'esecutato [redacted], il quale ha resistito e ha concluso perché il tribunale "respinta ogni istanza, eccezione e deduzione di parte attrice", voglia accertare l'insistenza del titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. per le motivazioni sopra descritte e per l'effetto, a conferma dell'ordinanza di improcedibilità del G.E., dichiararne, con sentenza non impugnabile, anche in tale senso, la assoluta improcedibilità dell'azione esecutiva di cui al R.G.E. n. [redacted] 109, dichiarandone l'estinzione, con vittoria delle spese diritti ed onorari da distrarsi al procuratore anticipatario per dichiarato fattone anticipo".

La causa, all'udienza del 14.10.2014, sulle conclusioni di cui in epigrafe, è stata riservata in decisione con i termini ordinati di legge per il deposito degli scritti conclusionali e di replica, venuti a scadere in data 5.1.2015.

IL TRIBUNALE

PREMETTE

1. Il giudizio di opposizione a un singolo atto posto in essere dal giudice dell'esecuzione, da definire con sentenza non impugnabile, ha contenuto vincolato al solo esame della legittimità del provvedi-

Sentenza n. 5681/2015 pubbl. Il 17/04/2015

mento opposto. Ogni altra contestazione che il debitore intendesse proporre rispetto alla sopravvenuta inefficacia o estinzione del titolo non sarebbe, perciò, esaminabile in questa sede, dovendo essere oggetto di opposizione all'esecuzione.

2. La violazione delle regole del contraddittorio da parte del G.E., prospettata dall'opponente con riferimento agli artt. 101, comma 2°, 182, comma 2°, 562 c.p.c. è evidentemente assorbita dalle contestazioni di merito proposte in questa sede avverso l'impugnata ordinanza.

Tanto premesso,

OSSERVA

1. L'opponente ha provato, con gli atti presentati a corredo del ricorso e poi nell'atto di citazione:

- a) che [redacted] si è fusa per incorporazione in [redacted] s.p.a. (atto per notaio [redacted] a Milano in data 11 dicembre 2000);
 - b) che Banca [redacted] s.p.a., dopo avere più volte mutato denominazione (certificati notarili 11 e 12 delle produzioni in questa fase e 8 e 9 fascicolo fase sommaria), ha ceduto in blocco a [redacted] s.r.l. diversi crediti, tra cui quelli derivanti da mutui e anticipazioni di [redacted] (G.U. all. 13 del fascicolo in questa fase e 11 fascicolo fase sommaria);
 - c) che [redacted] ha confermato l'avvenuta cessazione di questo specifico credito, segnalando anche l'avvenuta consegna di tutti i titoli del credito (all. 15 fascicolo questa fase);
 - d) che [redacted] ha conferito a [redacted] mandato con procura per la riscossione dei crediti (atto per notaio [redacted] di Londra (Regno Unito) del 23 ottobre 2006 - allegato 1 documenti fase sommaria);
 - e) che, sino dal 24 settembre 2006, [redacted] aveva conferito procura per agire in giudizio, tra gli altri, a [redacted], procura poi confermata, successivamente in data 26 gennaio 2012 (atti per notaio [redacted] a Roma allegato 14 in questa fase e allegato 2 fase sommaria).
- Vi è dunque provata la titolarità del credito ceduto in capo a [redacted] s.r.l., del mandato da questa società conferito a [redacted] e dei poteri processuali di chi ha agito.

2. Con l'unico motivo di merito di cui al ricorso, pedissequamente riprodotto nell'atto di citazione, l'opponente ha, in sintesi, fatto valere quanto segue.

Il contratto notarile di mutuo, posto a base dell'intrapresa esecuzione, espressamente attestava la consegna della somma mutuata attraverso accredito su conto bancario e la contestuale "ampia e liberatoria quietanza" rilasciata dal mutuatario.

Solo con successivo atto le somme erano state costituite in deposito cauzionale infruttifero presso la banca mutuante in forza di un atto di disposizione del mutuatario, che logicamente presupponeva la

Sentenza n. 5681/2015 pubbl. il 17/04/2015

disponibilità della somma.

Orbene, come insegnato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, il contratto reale di mutuo si perfeziona con il conseguimento della disponibilità giuridica da parte del mutuatario, la quale deve ritenersi esistente – anche in ipotesi di mancata materiale *traditio* – con la creazione di un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in modo tale da determinare l'uscita della somma dal patrimonio del mutuante.

Nel caso di specie, come già affermato in ipotesi consimili, doveva quindi riconoscersi che, con l'uscita della somma dal patrimonio della banca e l'accredito sul conto intestato al mutuatario, vi era stata la *traditio*, propria del contratto di mutuo e risultante dal titolo posto in esecuzione. L'opposizione è fondata.

Nel contratto di mutuo per notar [redacted] da Napoli in data 20 giugno 1997, repertorio n. [redacted] si dà atto della consegna della somma di lire 50.000.000 in favore del mutuatario, con deposito sul conto speciale infruttifero n. [redacted], intestato al mutuatario e aperto presso la banca, nonché della quietanza rilasciata dal mutuatario (art. 1).

Sulla validità dell'accredito come pieno equivalente della *traditio* non può dubitarsi. E', infatti, costantemente affermato nella giurisprudenza della Suprema Corte il principio secondo cui, pure essendo il mutuo un contratto reale, che quindi si perfeziona con la consegna della somma, perché sia integrato tale elemento costitutivo del contratto, non è necessaria la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente che ne sia assicurata al mutuatario da parte del mutuante la disponibilità giuridica. Si è quindi ritenuto che costituiscano equipollenti della *traditio* la creazione da parte del mutuante di un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, sì da determinare l'uscita della somma dal patrimonio del primo e l'acquisizione della stessa al patrimonio del secondo, ovvero le specifiche previsioni inserite dalle parti nel contratto di mutuo, consistenti nell'incarico che il mutuatario e il mutuante di impiegare la somma mutuatata al fine di soddisfare un interesse del primo (Cass. 12.10.92, n. 11116; 15.7.94, n. 6686; 5.7.01, n. 9074; 28.8.04, n. 17211; 3.1.11, n. 14). In specie è stata ritenuta compatibile con questo paradigma il caso del deposito della somma su un libretto fruttifero di risparmio al portatore costituito in pegno a favore del mutuante a garanzia di una concessione da questi rilasciata a favore del mutuatario (Cass. sez. I, 15.7.1994, n. 6686).

I detti principi non sembrano contraddetti dal giudice dell'esecuzione, il quale ha però rilevato che – nel caso di specie – l'effettiva costituzione della disponibilità in favore del mutuatario era da ritenersi compromessa dal collegamento tra l'accredito in conto corrente e l'atto, immediatamente successivo e contenuto nello stesso rogito notarile, con il quale le parti avevano convenuto di costituire in depo-

sito cauzionale infrattifero presso la stessa banca mutuante le somme erogate, con lo specifico accordo che il mutuante, in ipotesi di mancato adempimento delle condizioni preliminari, avrebbe potuto trattenere definitivamente il deposito. Ne risultava – secondo il G.E. – la costruzione di un procedimento negoziale indiretto, volto a conseguire gli effetti di un mutuo obbligatorio, pacificamente idoneo a costituire titolo per l'esecuzione.

Escluso che possano ricavarsi elementi decisivi da un'ancora più recente sentenza della Suprema Corte (Cass. sez. III, 28.6.11, n. 14270), dalla cui motivazione non appare chiara la vicenda oggetto di esame e la sua coincidenza con quella che ne occupa, il provvedimento del giudice dell'esecuzione non sembra da condividere per le considerazioni che seguono.

Indiscutibilmente, sotto il profilo logico, l'atto di disposizione, compiuto dal mutuatario con la costituzione della somma appena accreditatagli in deposito cauzionale infrattifero in favore della stessa banca mutuataria, presuppone necessariamente la conseguita disponibilità patrimoniale della somma. Così come l'accordo intervenuto tra le parti secondo il quale, in ipotesi di inadempimento, la banca avrebbe potuto avvalersi della facoltà di risolvere il contratto e utilizzare il deposito suddetto per l'estinzione del mutuo (art. 3 del contratto), appare anche esso logicamente coerente alla "effettività" dell'erogazione della somma da parte del mutuante, essendo diretto a fondare il diritto della banca a incamerare il deposito cauzionale ai fini della estinzione anticipata del mutuo, risoltosi per inadempimento degli obblighi preliminari.

È certamente vero quanto affermato dal giudice dell'esecuzione che il collegamento tra i due atti (quello di mutuo e quello di costituzione della somma erogata in deposito cauzionale presso il mutuante) può indurre a ritenere che le parti abbiano inteso porre in essere un procedimento negoziale indiretto, volto a conseguire taluni degli effetti pratici di un mutuo obbligatorio. È però questa conclusione non è risolutiva della questione proposta.

Da un lato è indiscusso che l'adozione del procedimento negoziale indiretto presuppone la volontà delle parti di perseguire il "risultato pratico" di un negozio, utilizzando però schemi negoziali diversi, e ciò proprio al fine di "fruire" degli effetti propri dei negozi formalmente posti in essere e di evitare invece talune delle conseguenze del negozio "diretto". Dall'altro è altrettanto indiscusso che l'adozione del procedimento negoziale indiretto non può ritenersi illecito in sé, ove non determini un danno alla legge o ai creditori.

Ora, non solo il procedimento negoziale utilizzato nel caso di specie, evidentemente preordinato a realizzare la stipula contestuale dell'atto di mutuo e di quello di erogazione della somma, assicurando nel contempo la possibilità di una utile iscrizione ipotecaria, non risulta illecito (né tale lo ritiene, nel

Sentenza n. 5681/2015 pubbl. il 17/04/2015

suo provvedimento, il giudice dell'esecuzione), ma sembra addirittura che l'adozione di forme negoziali di questa specie siano prese in considerazione dalla legge bancaria. In specie l'art. 39 co. 2 D.Lgs. 1.9.1993, n. 385, superando la classica dicotomia tra atto condizionato e atto di erogazione, prevede espressamente che la stipulazione del contratto di mutuo fondiario e l'erogazione del danaro possano formare oggetto di un solo atto, nel qual caso appare implicitamente prevista l'adozione di "forme negoziali", volte a garantire l'effettività della iscrizione ipotecaria di primo grado e il suo consolidamento, che sono elementi essenziali per l'esistenza stessa di un valido contratto di mutuo fondiario (art. 38 co. 1° D.Lgs. citato). Si deve anzi osservare che – con le precedenti leggi n. 408 del 1988 (art. 2) e 175/1991 (art. 5 comma 9) – era espressamente previsto che le somme mutuate, con unico atto, restassero vincolate in deposito cauzionale fino alla giustificazione dell'esenza delle iscrizioni o di altre formalità pregiudizievoli e fino all'adempimento delle altre condizioni previste in contratto, il che certamente non pregiudicava la piena efficacia esecutiva del contratto di mutuo fondiario concluso in coerenza con il detto paradigma legale.

Deve pertanto concludersi che la disponibilità giuridica della somma conseguita dal mutuatario con l'accredito in conto corrente e la contestuale retenza rilasciata in atto pubblico dal Nota valgono a integrare un valido titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 n. 3 c.p.c., non pregiudicato dal coevo – e però logicamente e giuridicamente distinto – atto del mutuatario di costituzione della somma mutuada in deposito cauzionale.

Va, in conseguenza, in accoglimento della proposta opposizione, revocato il provvedimento del giudice dell'esecuzione in data 22 febbraio 2012 di improcedibilità dell'azione esecutiva.

Considerata la particolare complessità delle questioni giuridiche poste a fondamento di un provvedimento preso di ufficio dal giudice dell'esecuzione, vanno compensate tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, definitivamente pronunciando sull'opposizione ex art. 617 co. 2° c.p.c., di cui in narrativa, così provvede:

a) in accoglimento della detta opposizione, revoca il provvedimento del giudice dell'esecuzione di improcedibilità dell'esecuzione;

b) dichiara per intero compensate tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Napoli, il 16 aprile 2015

Il giudice unico
(dott. Antonio Corsola)
vi è firma digitale