

TRIBUNALE ORDINARIO DI SIENA

Il Giudice Unico, dott. Cristian Coscia;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 16.12.2015;

letti gli atti del procedimento in epigrafe, avente ad oggetto istanza di sospensione dell'esecuzione intrapresa da BANCA Spa nei confronti di SOCIETÀ, C. P., C. F. e N. M.;

OSSERVA

Con ricorso in opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. proposto nella procedura esecutiva immobiliare i debitori eseguiti hanno chiesto dichiararsi la nullità del contratto di mutuo di credito agrario del 25.2.2004 e del successivo contratto di aumento della durata dell'ammortamento stipulato con la banca creditrice procedente in data 22.4.2009, previa sospensione dell'esecuzione, esponendo:

- che erano stati pattuiti interessi in misura superiore al tasso soglia *ex lege* 108/1996, con conseguente nullità delle relative clausole e non debenza di alcun interesse ai sensi dell'art. 1815, comma 2, c.c.;
- che era stato applicato un tasso di interesse effettivo diverso da quello pattuito nei contratti con una capitalizzazione degli interessi violativa del disposto dell'art. 1283 c.c.;
- che la somma mutuata era stata utilizzata per scopi diversi da quelli previsti dall'art. 43 T.U.B., con conseguente nullità dell'operazione;
- che era stata ricompresa, nel secondo contratto una somma mai effettivamente erogata alla mutuataria;
- che non vi era stata la dazione del denaro al momento della stipula del contratto, in quanto la somma mutuata veniva immediatamente costituita in deposito infruttifero a favore della banca ALFA e dalla stessa trattenuta nel proprio interesse.

Si è costituita la BANCA Spa, chiedendo il rigetto in via preliminare dell'istanza di sospensione e, nel merito, della spiegata opposizione.

Ritiene il giudicante dover rigettare l'istanza di sospensione dell'esecuzione proposta dai debitori opposti nell'ambito della predetta procedura esecutiva.

Premesso che l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, comma 2, c.p.c., è volta all'accertamento dell'esistenza del diritto della parte istante a promuovere l'esecuzione, ai fini della sospensione della procedura esecutiva intrapresa, occorre verificare la concorrenza dei gravi motivi previsti dalla disposizione sopra citata, oltre che dall'art. 624 c.p.c..

In particolare, la sospensione dell'esecuzione prevista dalla predetta norma (che ne individua i presupposti nella pendenza del relativo giudizio di opposizione, nell'esistenza di gravi motivi, nella proposizione della relativa istanza da parte dell'interessato) può invocarsi sulla base del – presunto – venir meno della pretesa del creditore procedente (per fatti impeditivi, modificativi, estintivi della stessa successivamente al formarsi del titolo esecutivo), ovvero in relazione a questioni di puro diritto poste all'attenzione del giudice; pertanto,

la locuzione "gravi motivi" contenuta nella norma in esame, attribuisce al giudice il compito di effettuare una valutazione prognostica della fondatezza dell'opposizione proposta.

Sul punto, seppur la valutazione del *periculum in mora* non possa non giocare un ruolo importante nella concessione o meno dell'ordinanza di sospensione, l'esame del *fumus* dell'opposizione finisce per rivestire i caratteri dell'indispensabilità, in quanto è solo se l'opposizione è presumibilmente fondata che potrà compararsi il pregiudizio del debitore opponente con quello del creditore procedente.

Precisato quanto sopra, nella fattispecie all'esame del giudicante non si rinvergono tali presupposti.

1. Quanto alla pattuizione usuraria degli interessi del contratto di mutuo, la questione prospettata dai ricorrenti afferisce all'incidenza dell'interesse di mora nella determinazione del tasso soglia rilevante ai fini dell'usura, nonché nella possibilità di procedere in siffatta operazione di calcolo e risulta quindi positivamente la prima questione, ad una sommatoria delle due figure di interessi.

L'esame delle questioni involge necessariamente l'analisi dell'orientamento sia giurisprudenziale che dottrinale sviluppatosi *in subiecta materia*.

In effetti, proprio con riferimento alla figura del mutuo o comunque degli schemi contrattuali ad esso *latu sensu* assimilabili, è stato affermato dalla più recente giurisprudenza, a cui questo giudice ritiene di dover aderire, che il tasso soglia al di là del quale gli interessi sono considerati usurari, riguarda non solo gli interessi corrispettivi, ma anche quelli moratori.

Ove, quindi, il superamento del tasso soglia riguardi solo gli interessi moratori, la nullità ex art. 1815, comma 2, c.c. colpisce unicamente la clausola concernente i medesimi interessi moratori, senza intaccare di conseguenza l'obbligo di corresponsione degli interessi corrispettivi convenzionalmente fissati al di sotto della soglia (cfr. Trib Reggio Emilia, 25.2.2015).

Ancora, e sempre in via di premessa, deve rilevarsi come questo giudice aderisca alla tesi secondo cui nel calcolo del TEG effettivamente applicato dalla banca non debba calcolarsi l'interesse moratorio, che è una tipologia di interesse ben differente da quello corrispettivo, attesa la sua valenza pacificamente risarcitoria rispetto al primo, che è invece una forma di remunerazione dell'utilizzo del capitale altrui.

Infatti, l'esclusione degli interessi di mora dalle soglie dell'usura è sottolineata anche dagli appositi Decreti trimestrali del Ministero dell'Economia e delle Finanze i quali specificano che "*i tassi effettivi globali medi (...) non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento*".

Appare in effetti rispondente a criteri di logica, prima ancora che di correttezza giuridica, sostenere che, afferendo gli interessi moratori alla fase patologica (di per sé stessa meramente eventuale) del rapporto, essi non possono costituire precipuo oggetto delle rilevazioni trimestrali della Banca d'Italia che si propongono, al contrario, di individuare per categorie omogenee e secondo parametri predefiniti, gli indici oltre i quali può fondatamente ritenersi sussistente il fenomeno usurario.

Dunque, chiarito quanto sopra, e da una corretta lettura dei principi elaborati dalla Suprema Corte nella pronuncia del 2013 n. 350, citata dai ricorrenti deve trarsi il fondato convincimento che, in sede di verifica dell'usura, deve escludersi possa procedersi a sommare l'interesse corrispettivo e l'interesse di mora, in quanto l'operazione è del tutto priva di fondamento logico, matematico e giuridico.

Giova al riguardo osservare che è senz'altro vero che spesso il tasso di mora è espresso come maggiorazione (c.d. "spread") del tasso corrispettivo pattuito, ma ciò non significa che il primo debba essere sommato al secondo: è semmai la maggiorazione che va sommata al tasso corrispettivo per ottenere il tasso di mora, in quanto i due tassi si succedono e non si sommano afferendo a momenti ontologicamente diversi del rapporto contrattuale.

In particolare, proprio la citata pronuncia della Suprema Corte ha stabilito chiaramente che in materia di usura bancaria, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi e comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori.

Si è in definitiva voluto intendere che nella determinazione del tasso usurario occorre far riferimento all'art 2 della L. 108/96 che dispone che il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio Italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del Testo Unico Bancario, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura.

In altre parole, dalla lettura della decisione sopra citata, in effetti, emerge come la Cassazione abbia inteso semplicemente ribadire che gli interessi moratori devono essere assoggettati al vaglio di usurarietà al pari di quelli corrispettivi, la relativa verifica risultando poi effettuata assumendo, per confrontare la relativa misura col "tasso soglia", il tasso convenuto autonomamente considerato (nella specie, quale risultante dalla maggiorazione prevista rispetto al tasso degli interessi corrispettivi, senza alcuna forma di cumulo con questi ultimi).

Ad ogni modo, non escludendosi l'usurarietà degli interessi moratori, la Banca d'Italia stessa ha adottato, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,10 punti, per poi determinare la soglia su tale importo.

La maggiorazione corrisponde a quella rilevata come "*mediamente stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento*", a seguito di un'indagine statistica eseguita nel 2002 "a fini conoscitivi" dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio Italiano Cambi.

Riepilogando, dunque, può ritenersi, interpretando la ratio della posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, come non vi sia margine per un sommatoria delle due tipologie di interessi.

Nel caso di specie, e precisato che il superamento della soglia anti usura va verificato al momento della stipula del mutuo, deve rilevarsi come gli interessi pattuiti rientrino nei limiti previsti dai decreti ministeriali vigenti all'epoca.

Nel contratto di mutuo del 25.2.2004 si legge testualmente all'art. 4 che le parti hanno optato per l'applicazione di un tasso di interesse variabile (pur lasciando al mutuatario la possibilità, nel corso del rapporto, di ottenere l'applicazione del tasso fisso), determinato nella misura del tasso Euribor 6 mesi maggiorato di 1,75 punti.

Orbene, il tasso medio per le operazioni di mutuo all'epoca della stipula era del 4,24% e dunque la soglia anti usura determinata nella percentuale del 6,36%; con riguardo all'interesse corrispettivo, la media mensile del tasso Euribor 6 mesi per il periodo considerato, rilevata, secondo le previsioni contrattuali, nel mese

precedente a quello del semestre cui afferiva la rata, oscillava dal 2,02% (giugno) ai 2,08% (dicembre): anche con la maggiorazione di 1,75 punti percentuali, lo stesso non superava la soglia predetta.

Il tasso di interesse moratorio era poi determinato operando un aumento di 2,46 punti percentuali il tasso corrispettivo: non appare superato dunque, nell'ambito della cognizione sommaria riservata a questo giudice, nemmeno in questo caso, il tasso soglia.

Stesso è a dirsi per il contratto del 22.4.2009: il tasso soglia al tempo era pari al 6,87, mentre il tasso applicato è stato determinato aggiungendo ad una componente fissa di 2,25 punti percentuali una componente variabile arrotondata allo 0,05% superiore, 4 corrispondente alla media percentuale dell'Euribor 6 mesi. Invero, per quest'ultima ipotesi, parte ricorrente non ha prodotto documentazione indicante tale media percentuale, ed è quindi precluso al giudicante (non trattandosi di atti normativi non si applica il principio *Iura novit curia*) ricercare la stessa ai fini della predetta verifica.

Quanto all'applicazione in concreto di un tasso oltre soglia, si potrebbe parlare di cumulo usurario di interesse corrispettivo e di interesse di mora soltanto nel caso in cui, in presenza di ritardato pagamento, il conteggio dell'interesse di mora sull'intera rata, comprensiva di interessi sommati all'interesse corrispettivo, determinasse un conteggio complessivo di interessi che, rapportato alla quota capitale, si esprimesse in una percentuale superiore al tasso soglia (cfr. Trib. Treviso, 11.4.2014).

In altre parole, l'applicazione concreta del tasso di interesse sulle somme dovute può dar luogo ad usura solo se il tasso complessivamente applicato sulla rata scaduta e non pagata superi il tasso soglia.

Tuttavia tale accertamento non può essere effettuato in questa sede, nella quale il Tribunale deve valutare solamente la presenza dei requisiti sussistenti per la sospensione della procedura intrapresa.

Trattasi, con tutta evidenza, di verifiche riservate al merito dell'opposizione, che dovranno necessariamente essere effettuate avvalendosi dell'ausilio di apposita consulenza tecnica d'ufficio.

Stesse conclusioni devono ribadirsi quanto all'usurarietà dei semplici interessi corrispettivi, comprensivi di oneri e spese, tutti elencati nel ricorso (commissione di istruttoria, spese per estinzione anticipata, spese amministrative per ogni rata, spese per polizze assicurativa sugli immobili).

Sul punto, l'esiguità delle somme predette, rapportata all'intero capitale mutuato, da un lato, e la pacifica corrispondenza del tasso corrispettivo convenzionale di un quantum nettamente inferiore rispetto al tasso soglia, dall'altro, impedirebbe di ritenere comunque superato il tasso-soglia antiusura.

Ad ogni modo, approfondire specificamente tali tematiche, effettuando calcoli complessi ai fini della determinazione dell'effettivo tasso applicato, significherebbe operare una valutazione sul merito della controversia, in contrasto con la natura necessariamente sommaria della cognizione demandata al GE.

Si precisa infatti che, in questa sede, la valutazione della sussistenza del *fumus* va effettuata solamente con riguardo alla pattuizione originaria del tasso di mora nel contratto di mutuo che, come rilevato, appare *prima facie* non usuraria, riservandosi i calcoli sull'effettivo tasso applicato alla fase di merito dell'opposizione.

2. Sull'anomalo aumento della somma asseritamente mutuata, deve rilevarsi come la stessa risulti tale per ammissione della parte mutuataria nelle premesse del contratto di aumento della durata dell'ammortamento del 22.4.2009, al quale, in parte qua, deve attribuirsi una valenza di riconoscimento del debito; la questione, pertanto, non appare rilevante ai fini della sospensiva.

3. Con riguardo alla nullità del contratto di mutuo per utilizzo delle somme per scopi diversi da quelli del mutuo agrario, la relativa doglianza è infondata.

A prescindere dalla natura del contratto quale mutuo di scopo, deve osservarsi che il mutuo di scopo è nullo, e la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, quando sia stato stipulato con l'accordo, tra l'istituto di credito e il mutuatario, della utilizzazione della provvista per una diversa finalità (ad es. allo scopo di estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso lo stesso istituto mutuante); il contratto è invece risolubile per inadempimento del mutuatario, ad iniziativa del mutuante, quando sia mancata la realizzazione della finalità prevista: a questa ipotesi viene equiparata quella in cui l'accordo di utilizzazione del finanziamento in maniera diversa sia successivo alla stipulazione del mutuo e la nullità di tale accordo non possa quindi riverberarsi geneticamente sul contratto.

Nel caso di specie, l'utilizzo della somma mutuata per l'estinzione delle passività pregresse relative alla società mutuataria nei confronti di altri istituti di credito non risulta mai menzionato nel contratto in esame, con la conseguenza che detta destinazione risulta estranea alla causa del mutuo, a prescindere dai motivi che in concreto hanno condotto le parti alla conclusione del contratto che, come è noto, non costituiscono la causa dello stesso (a meno che non vengano, appunto, inseriti espressamente nella funzione concreta del negozio).

4. Quanto alla capitalizzazione degli interessi in violazione dell'art. 1283 c.c., la stessa allo stato degli atti non risulta provata, non potendo la tesi dei ricorrenti essere suffragata dalla consulenza tecnica di parte depositata, costituendo la stessa una semplice allegazione difensiva, priva di autonomo valore probatorio, posto che il contenuto tecnico del documento non vale ad alterarne la natura (da ultimo, Cass., sent. n. 16552/2015), e necessitando per l'accertamento dell'eventuale applicazione di interessi anatocistici una consulenza tecnica d'ufficio, non certamente espletabile in questa sede.

Ad ogni modo, il metodo di ammortamento a rate costanti cd. alla francese non dà luogo di per sé all'anatocismo. Infatti, come sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di merito, tale metodo non implica affatto una capitalizzazione degli interessi, essendo questi unicamente calcolati sulla quota di capitale via via decrescente, ovvero sul capitale originario detratto l'importo già pagato con la rata o con le rate precedenti.

Gli interessi convenzionali sono, quindi, calcolati unicamente sulla quota di capitale ancora dovuta e per il periodo di riferimento della rata.

La quota di interessi dovuti dal mutuatario nelle rate successive non è determinata capitalizzando in tutto o in parte gli interessi corrisposti nelle rate precedenti; né può sostenersi che si sia in presenza di un interesse "composto" per il solo rilievo fattuale che il metodo di ammortamento alla francese determina un maggior onere di interessi rispetto al piano di ammortamento all'italiana che si fonda sulle rate a capitale costante.

In realtà il piano di ammortamento alla francese è più ossequioso del dettato dell'articolo 1194 c.c., in quanto prevede, correttamente, un criterio di restituzione del debito che privilegia sotto il profilo cronologico l'imputazione più ad interessi che a capitale (Tribunale Venezia 27.11.2014, Tribunale Milano 26.3.2015).

5. Con riguardo, infine, alla doglianza relativa all'assenza di titolo esecutivo ex art. 474, comma 3, c.p.c., si osserva quanto appresso.

Ai sensi dell'art. 2 del contratto di mutuo del 25.2.2004, era previsto che la parte mutuataria costituisse l'intera somma mutuata in deposito cauzionale infruttifero presso la banca stessa finché non fosse stata

giustificata alla banca entro il termine di 90 giorni dalla stipula l'assenza di iscrizioni, privilegi o trascrizioni pregiudizievoli all'ipoteca da trascrivere in dipendenza del presente atto e fossero inoltre adempiute altre condizioni, quali l'assicurazione dell'immobile ipotecato; sempre ai sensi della predetta disposizione, la parte mutuataria autorizzava la banca ad utilizzare tale somma per dimettere le passività e gli oneri gravanti l'immobile costituito in ipoteca.

Sulla base di tale previsione, i ricorrenti hanno dedotto che la consegna del denaro non era stata effettuata contestualmente alla stipula del contratto, ma posticipata ad un momento successivo; la somma infatti non era mai uscita dalla disponibilità giuridica della banca, con la conseguenza che il contratto del 25/2/2004 doveva considerarsi come condizionato, ovvero come preliminare di mutuo, con conseguente inutilizzabilità come titolo esecutivo.

Anche tale motivo è infondato.

Risulta pacifico in giurisprudenza che al fine di accertare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso la sua interpretazione integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge (Cass. Sent. 17194/2015).

Dall'esame dei contratti di mutuo stipulato ai sensi dell'art. 38 e ss. PUB (relativi al mutuo fondiario, di cui il mutuo agrario richiama le regole), con un unico atto – di solito – emerge la ricorrenza di una serie di clausole variamente formulate, spesso contenute nelle condizioni generali del contratto richiamate nell'atto notarile, nelle quali la banca si cautela dalla possibilità di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sul bene ipotecato a garanzia del credito agrario, prevedendo contrattualmente che la somma finanziata venga costituita in garanzia, stabilendosi la liberazione di essa mediante lo svincolo dell'importo una volta ottenuta la prova documentale dell'iscrizione dell'ipoteca di primo grado.

Nondimeno, nei suddetti contratti risulta sempre la dichiarazione del finanziato di aver ricevuto la somma con la relativa formale quietanza.

Orbene, secondo una certa giurisprudenza (Tribunale Latina, 18.5.2010 e, da, ultimo, Tribunale di Roma 13.5.2015), in tali casi la banca conserverebbe la disponibilità della somma (solo apparentemente) mutuata, per poi svincolarla all'esito della documentazione richiesta, per cui non si sarebbe in presenza di un titolo esecutivo.

In particolare, l'atto, che pur si riconosce perfettamente valido, non documenterebbe la sussistenza di un diritto di credito certo, liquido ed esigibile, poiché con il predetto congegno tecnico la somma resterebbe nei fatti sostanzialmente nella disponibilità del mutuante tanto che lo stesso potrebbe appropriarsene, in caso di mancato adempimento degli obblighi da parte del finanziato, senza ulteriori attività.

In tali termini, scopo pratico ed effettivo di tale operazione indiretta (e sua causa concreta) sarebbe quello di rinviare la consegna del denaro, con conseguente procrastinazione del momento perfezionativo del contratto, restando solo fittiziamente prevista la messa a disposizione della somma.

Dunque, da tale contratto non nascerebbe alcun obbligo restitutorio da parte del mutuatario, che non ha ricevuto alcuna somma, e l'atto integrerebbe gli estremi di un mutuo condizionato che non può costituire titolo esecutivo, non integrabile nemmeno successivamente, in caso di mancata documentazione

dell'esistenza attuale dell'obbligazione, con la prova dei versamenti fatti dal mutuatario (Cass., sent. 477/1983).

Tuttavia tali tesi non si attagliano al caso di specie.

Da tempo la giurisprudenza della Suprema Corte (Cfr. da ultimo Cass.14270/11 che richiama sul punto Cass.11116/92; Cass. 6686/94; Cass. 9074/01; Cass. 17211/04) ha chiarito che il mutuo, pur avendo natura di contratto reale, non configura la consegna come la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, ritenendosi sufficiente il conseguimento della disponibilità giuridica, che sussiste tutte le volte 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 al patrimonio di quest'ultimo ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma per soddisfare un interesse del primo.

Ciò che conta, quindi (chiarisce ancora Cass. 14270/2011 cit.), è che la somma data a mutuo esca dal patrimonio del mutuante ed entri in quello del mutuatario e che questi ne possa disporre per soddisfare un proprio interesse.

Ed in tali casi, col perfezionamento del mutuo deve ritenersi già sorta l'obbligazione restitutoria del mutuatario.

Orbene, seguendo tale ricostruzione, va riconosciuto che le generali forme attraverso le quali la banca concede a mutuo la somma (in genere accredito su conto corrente) danno conto della conseguita giuridica disponibilità delle somme.

Ciò che accade è che tali somme vengono poi riversate alla banca dal mutuatario oppure le parti convengono di costituirle in pegno o in deposito, forme queste che rappresentano la migliore testimonianza di un atto disposizione del finanziato, che evidentemente e giuridicamente presuppone che la somma sia entrata nella sua sfera giuridica di governo e di utilizzo.

Con tale atto di disposizione, in particolare, il finanziato costituisce a favore del mutuante una garanzia provvisoria per le obbligazioni assunte (documentare, in primo luogo, la iscrizione ipotecaria di primo grado senza la quale di mutuo fondiario non potrebbe discorrersi) ed a presidio finale di un obbligo restitutorio già formalmente sorto in ragione del giuridico transito delle somme da una disponibilità (della banca) all'altra (della mutuataria).

Per tale via, dunque, l'istituto di credito si ritrova nel possesso delle somme finanziate non perché non ha provveduto a mutuarle, ma ad altro, autonomo per quanto connesso, titolo giuridico, rappresentato dalla garanzia atipica costituita dal beneficiario del prestito, che consente alla banca di rientrare dallo scoperto, qualora verifichi l'inadempienza del finanziato, escutendo la garanzia solo negando lo svincolo di esse e trattandole a titolo definitivo.

Dunque, la banca non trattiene le somme concesse a mutuo, ma giuridicamente le riceve dal mutuatario ad altro titolo ovvero in garanzia atipica, provvisoria, in vista di quella definitiva.

Non c'è fittizietà dell'operazione perché entrambe sono volute, né nel citato meccanismo negoziale può riconoscersi un procedimento indiretto volto a non erogare le somme sino quando il mutuatario non avrà assolto le sue obbligazioni, atteso che non si ha divergenza dallo schema negoziale tipico dei due negozi (mutuo e garanzia), né scopo ulteriore da quelli che i due atti dichiaratamente mirano a conseguire.

La tesi contraria all'ipotesi ricostruttiva qui prospettata non tiene conto del fatto che l'atto di disponibilità del mutuatario, risultante dalla costituzione della garanzia (non importa se con le medesime somme concesse a mutuo), muta, in realtà, il titolo in ragione del quale la banca (non trattiene, ma) rientra nel possesso delle somme, le detiene cioè ad altro titolo in una sorta di interversione e per un interesse non solo proprio ma anche del finanziato, rinvenibile nella stessa costituzione della garanzia.

Vi è stata dunque una *traditio* della somma, seppur destinata temporaneamente nel deposito infruttifero; il soggetto finanziato ha già disposto dell'importo mutuato, costituendolo in garanzia, il che è quanto basta nell'ambito di una verifica tutta formale quale è quella sul titolo esecutivo.

Ciò non significa che ogni contratto di mutuo fondiario valga ad integrare un valido titolo esecutivo.

Occorre, infatti, scrutinare il meccanismo negoziale prescelto dalle parti e verificare se in esso sia possibile individuare, dopo la giuridica messa a disposizione delle somme ad opera della banca, un atto di utilizzo delle stesse da parte del mutuatario, di regola identificabile nella costituzione delle varie forme di garanzie assicurate.

Di contro, e per le medesime ragioni, ogni qual volta dal meccanismo negoziale emergente dal mutuo non si possa, invece, individuare l'atto di disposizione del mutuatario e con essa la giuridica fuoriuscita da un patrimonio all'altro, dovrà si riconoscersi che la banca abbia trattenuto la somma presso di sé, con una modalità che effettivamente vale a procrastinare il perfezionamento del contratto di mutuo (cfr. ancora sul punto Cass.14270/11) e, dunque, ad escludere la valenza di titolo esecutivo di detto atto, restando mere clausole di stile quelle relative alla ricezione delle somme di cui viene data formale quietanza.

Tanto premesso, nel caso di specie il mutuo stipulato non è da considerarsi nullo: ricorre infatti la giuridica *traditio* messa a disposizione dell'importo finanziato perché la banca ha accreditato la somma su un conto deposito infruttifera costituito dalla società finanziata presso la società mutuante (punto 1 del capitolato dei patti generali di mutuo allegato al contratto), con ciò realizzando il citato passaggio da una disponibilità all'altra.

Il che è sufficiente a considerare perfezionato il mutuo, mentre la quietanza ivi rilasciata (art. 1 del contratto) non simula nulla perché dà conto della reale ed effettiva operazione di accredito.

Le parti, nell'ipotesi in questione, hanno contestualmente convenuto di costituire il predetto deposito cauzionale a presidio dell'adempimento delle obbligazioni ivi assunte, il che giuridicamente integra gli estremi di un distinto, seppur collegato, negozio diretto alla costituzione di una garanzia provvisoria e temporanea, in attesa della iscrizione della garanzia ipotecaria di primo grado, il tutto finalizzato a garantire, in definitiva, un obbligo restitutorio già sorto in relazione al quale l'eventualità del mancato svincolo della somma costituisce esercizio, escussione della predetta garanzia atipica e non anche rinvio della messa disposizione del denaro.

Dunque, il contratto in esame presenta una duplice, sia pure collegata, operazione negoziale, avente oggetto la giuridica messa a disposizione della somma a favore del finanziato e la costituzione della predetta garanzia, che è atto di utilizzo del medesimo importo giuridicamente riconducibile al finanziato che a tanto ha convenuto; in essa vanno individuati sia il perfezionamento della consegna dell'importo finanziato che il successivo atto disposizione di tale somma da parte della società mutuataria, sicché in tale complesso congegno negoziale resta integrato non solo la ricorrenza di un valido contratto di mutuo, ma anche quella di un altrettanto valido titolo esecutivo.

Non si dubita, infatti, della evidenza in siffatta ipotesi di un atto che certifica la sussistenza di un credito certo e liquido nel suo ammontare ed anche esigibile, essendo già insorta con la stipula di esso l'obbligazione restitutoria, come è ulteriormente dimostrato dal rilievo secondo cui l'inadempimento delle obbligazioni assunte avrebbe comportato la risoluzione del contratto, mentre l'esercizio della garanzia predisposta avrebbe consentito alla banca di rientrare dallo scoperto (in questo senso: Tribunale Napoli, 20.6.2012).

Non ricorre, quindi, nemmeno l'ipotesi del mutuo condizionato, atteso che il contratto risulta, per le ragioni anzidette, già perfezionato con la stipula dell'atto, mentre gli adempimenti successivi non valevano a rimuovere alcun limite alla già conseguita messa a disposizione del denaro, ma solo a liberare la garanzia offerta dal mutuatario.

6. Per i motivi tutti sopra esposti, ritiene il giudicante non dover concedere la sospensione della procedura esecutiva intrapresa.

7. Quanto alle spese di lite, stante il contrasto della giurisprudenza sulle questioni affrontate, in primis sull'usurarietà della pattuizione degli interessi convenzionali e moratori e sulla natura di titolo esecutivo del contratto, si ritiene equo compensare integralmente le stesse tra le parti.

P.Q.M.

Il Giudice, sull'istanza di sospensione dell'esecuzione proposta da SOCIETÀ, C. P., C. F. e N. M., nei confronti di Banca s.p.a., così provvede:

- rigetta l'istanza;
- compensa integralmente le spese di lite tra le parti;
- fissa termine perentorio fino al 15 febbraio 2016 per l'introduzione del giudizio di merito.

Si comunichi.

Siena, 28 dicembre 2015

Il Giudice
Cristian Coscia

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*