

www.expartecreditoris.it

TRIBUNALE DI AREZZO

Ufficio Esecuzioni Immobiliari

Il giudice dell'esecuzione,
nella procedura indicata in epigrafe,
a scioglimento della riserva di cui al verbale di udienza del 10/05/2017,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

visto il ricorso in opposizione, recante contestuale istanza di sospensione dell'esecuzione, depositato dalla debitrice esecutata **SOCIETÀ S.R.L.** nella procedura indicata in epigrafe;

rilevato che la **SOCIETÀ S.R.L.** ha lamentato il difetto di valido titolo esecutivo a fondamento dell'azione esecutiva, atteso che il mutuo concesso alla odierna opponente sarebbe stato privo della contestuale erogazione della somma mutuata;

rilevato che l'opponente ha altresì dedotto la incertezza, illiquidità o inesigibilità del titolo esecutivo, nonché la nullità del precetto;

rilevato che la **BANCA S.P.A.** si è costituita nel sub-procedimento chiedendo il rigetto dell'istanza di sospensione;

OSSERVA:

1. Risulta documentalmente che con contratto concluso il 14/2/2007, la già **BANCA S.P.A.**, poi incorporata da **BANCA. S.P.A.**, avesse mutuato alla **SOCIETÀ S.R.L.** l'importo di € 250.000,00 (il mutuo era stato poi accollato da soggetto destinatario del pignoramento).

In particolare, nel contratto di mutuo agli atti, all'art. 1, si legge quanto segue: "*la Parte mutuataria dichiara di aver ricevuto dalla Banca la predetta somma rilasciandone con il presente atto ampia e liberatoria quietanza*". L'art. 2 del predetto contratto stabiliva altresì: "*La Parte mutuataria costituisce l'intera somma mutuata in deposito cauzionale infruttifero presso la Banca, deposito che sarà svincolato a fronte della esibizione della seguente documentazione omissis*".

2. la **SOCIETÀ S.R.L.** ha dedotto che nel caso di specie era mancata la contestuale erogazione della somma mutuata, e che il contratto in concreto concluso era riconducibile alla figura del mutuo condizionato, e dunque era inidoneo ad assolvere la funzione di titolo esecutivo.

3. Ciò posto, mette conto ricordare che l'art. 474 c.p.c. dispone che l'esecuzione forzata non possa aver luogo se non in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Tali requisiti del diritto non solo devono esistere, ma devono altresì risultare dal titolo, avuto riguardo alla sua funzione di individuare e documentare il diritto eseguibile per l'organo esecutivo, il quale deve solo portarlo ad esecuzione senza necessità di valutazioni giuridiche.

4. In particolare, il mutuo fondiario di cui all'art. 38 d.lgs. 385/1993 (quale quello in oggetto) è un contratto di finanziamento con iscrizione di garanzia ipotecaria di primo grado su immobili.

In dottrina si è evidenziato che, rispetto alla disciplina previgente, il sistema attuale di cui al TUB contempla due tipologie di mutuo fondiario:

- a) la stipulazione mediante doppio contratto, ovvero un contratto condizionato di mutuo o altra forma tecnica, la cui efficacia è sospesa fino alla iscrizione ipotecaria ed al successivo accertamento delle altre condizioni fissate dalla legge, e il conseguente atto di erogazione del finanziamento, con rilascio di quietanza da parte del soggetto beneficiario;
- b) la stipulazione mediante contratto unico, in cui la conclusione del contratto e l'erogazione del denaro formano oggetto di un atto unico.

In ogni caso, che l'iscrizione dell'ipoteca debba precedere la concreta erogazione delle somme date in prestito è circostanza deducibile dall'art. 39 TUB (ove è precisato che l'annotazione dell'avvenuto pagamento avviene, a cura del conservatore dei registri immobiliari, "*a margine della iscrizione già presa*").

Considerando il carattere di essenzialità che, nell'ambito del credito fondiario, assume l'acquisizione della garanzia ipotecaria, si deve ritenere **che la determinazione delle modalità di perfezionamento del contratto di mutuo, anche in virtù del fatto che l'utilizzo del concetto di "finanziamento" rende possibile (almeno in linea di principio) il ricorso a tutte le forme tecniche compatibili con la causa di finanziamento, compete all'autonomia contrattuale delle parti (ex art. 1322 cod. civ).**

La medesima dottrina ha, in particolare, evidenziato che, non essendo più prevista come necessaria la costituzione in deposito cauzionale della somma erogata, al fine di assicurare l'iscrizione ipotecaria a favore della banca finanziatrice ed il rispetto delle altre condizioni dedotte in contratto, spetta conseguentemente alla banca cautelarsi con meccanismi tecnici, secondo gli ordinari strumenti offerti dal diritto privato, necessari ad assicurare il rispetto della legge, la quale richiede che gli eventi della materiale erogazione di somme di denaro o comunque della loro effettiva disponibilità per il soggetto beneficiario si realizzino (non importa con quali mezzi) non prima del perfezionamento di una valida iscrizione ipotecaria.

La possibilità di stipulare tali contratti di finanziamento con un unico atto ha, dunque, affidato alla libertà delle parti la scelta del congegno negoziale che permetta al finanziato di disporre di una somma con rimborso a medio/lungo termine a scadenze prefissate e contestuale garanzia ipotecaria a favore del creditore.

Lo strumento prescelto deve, quindi, consentire di mettere a disposizione il denaro, regolare la restituzione ed assicurare la priorità dell'ipoteca, che resta elemento essenziale per riconoscere la sussistenza del credito fondiario.

Ciò spiega perché dall'esame dei contratti di mutuo stipulati con un unico atto emerge -di regola- 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 cautelela dalla possibilità di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, 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 - di regola - la dichiarazione del finanziato di aver ricevuto la somma con la relativa formale quietanza.

5. Ebbene, secondo un orientamento in tutti i suddetti meccanismi negoziali la banca conserverebbe la disponibilità della somma (solo apparentemente) mutuata, per poi svincolarla all'esito della verifica 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, atteso che con il predetto congegno tecnico la somma resterebbe nei fatti e sostanzialmente nella disponibilità del mutuante, tanto che lo stesso potrebbe appropriarsene, in caso di mancato adempimento degli obblighi di parte del finanziato, senza ulteriori attività.

In tali termini, scopo pratico ed effettivo di tale operazione indiretta sarebbe quello di ritardare la consegna del denaro, con conseguente rinvio 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, in quanto tale, non può costituire titolo esecutivo.

6. Tuttavia, gli argomenti di tale tesi, in parte ripresi dall'odierna opponente, non convincono per le ragioni che seguono.

Da tempo la Suprema Corte (Cfr. Cass. 17194/2015 nonché Cass.14270/11 che richiama 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 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, con il 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 danno conto della conseguita giuridica disponibilità del denaro.

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 sicura testimonianza di un atto di disposizione del finanziato, atto che, in tutta evidenza, presuppone giuridicamente 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 (ovvero documentare, in primo luogo, la iscrizione ipotecaria di primo grado senza la quale non saremmo in presenza di mutuo fondiario) 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, ovvero negando lo svincolo di tali somme e trattenendole 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 si può sostenere che vi sia fittizietà delle operazioni perché le stesse sono volute; né, nel citato meccanismo negoziale, può riconoscersi un procedimento indiretto volto a non erogare le somme sino a 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).

Infatti, la disponibilità delle somme in capo alla banca deriva dalla costituzione della garanzia, e dunque muta il titolo in ragione del quale la banca (non trattiene, ma) rientra nel possesso delle somme; la banca detiene le somme ad altro titolo, in una sorta di intervensione e per un interesse non solo proprio ma anche del finanziato, rinvenibile nella stessa costituzione della garanzia.

In tale congegno negoziale risulta, allora, chiaro che l'importo mutuato ha ricevuto, mediante il suo utilizzo per la costituzione della garanzia, una specifica e convenzionale destinazione, ha costituito oggetto cioè di una speciale regolamentazione, che, innovando il titolo di appartenenza della somma stessa, l'ha per ciò solo posta nella esclusiva disponibilità giuridica del mutuatario: in altre parole, il finanziato ha certamente ricevuto la disponibilità dell'importo mutuato, dato che altrimenti non avrebbe potuto costituire tale importo in garanzia.

7. I principi appena esposti trovano applicazione evidentemente anche in relazione alla vicenda per cui è causa.

Nel caso di specie, la banca aveva consegnato alla parte mutuataria la somma di € 250.000,00, e con riferimento a tale somma la parte mutuataria aveva rilasciato quietanza nel contratto di mutuo.

Le parti, nell'ipotesi in esame, avevano, poi, contestualmente convenuto di vincolare la somma in un deposito infruttifero presso la banca, a presidio dell'adempimento delle obbligazioni indicate in contratto, così concludendo, unitamente al contratto di mutuo, 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 costituiva escussione della predetta garanzia atipica, e non anche rinvio della messa a disposizione del denaro.

Dunque, il contratto in esame presentava 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 era atto di utilizzo del medesimo importo giuridicamente riconducibile al finanziato.

In questa duplice negoziazione emergeva sia il perfezionamento della consegna dell'importo finanziato sia l'atto di disposizione di tale somma da parte del medesimo mutuatario.

Nel caso di specie siamo dunque in presenza di un valido contratto di mutuo che costituisce altresì un valido titolo esecutivo: infatti, l'atto 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.

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

Risulta quindi infondata la deduzione di parte opponente in ordine alla inesistenza di un titolo esecutivo a fondamento dell'azione intrapresa dall'istituto di credito.

8. Quanto alle ulteriori questioni relative al difetto del titolo esecutivo e del precetto, è sufficiente evidenziare che, come correttamente rilevato dalla banca convenuta, il contratto di mutuo e le successive integrazioni riportavano esattamente e compiutamente l'importo del diritto di credito vantato dalla Banca erogante in linea capitale, nonché il piano di ammortamento di tale quota capitale, con l'indicazione dell'importo della quota capitale di ogni rata e della relativa scadenza. Tali atti contenevano inoltre i parametri per la determinazione del tasso di interesse e per il relativo calcolo, nello specifico con riferimento al tasso Euribor.

In ordine al precetto, la giurisprudenza è invece costante nell'affermare che *“l'intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo - contenuto nel precetto a norma dell'art. 480, comma primo, cod. proc. civ. - non richiede, quale requisito formale a pena di nullità, oltre alla indicazione della somma domandata in base al titolo esecutivo, anche quella del procedimento logico-giuridico e del calcolo matematico seguiti per determinarla”* (v. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 4008 del 19/02/2013; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11281 del 16/11/1993).

Risultano quindi infondate le eccezioni sollevate da parte opponente in merito al contenuto del titolo esecutivo e del precetto.

9. Vale altresì la pena osservare che, qualora risultassero fondate le questioni sollevate peraltro genericamente — da Società S.r.l. in merito alla debenza degli interessi, non potrebbe di per sé essere accertata l'inesistenza del diritto della banca di agire in executivis (con conseguente sospensione della procedura), atteso che si porrebbe al più un problema di quantificazione dell'importo dovuto.

10. Da ultimo, si deve rilevare che l'azione revocatoria esercitata dall'istituto di credito non ha natura pregiudiziale rispetto alla procedura esecutiva, e non può pertanto determinare un obbligo di sospensione di quest'ultima.

11. Alla luce di quanto osservato, deve essere rigettata l'istanza di sospensione della procedura.

Tenuto conto del principio di soccombenza, occorre condannare la Società S.r.l. alle spese - liquidate secondo il d.m. n. 55/2014 - sostenute nel presente sub-procedimento di natura cautelare dal creditore procedente costituitosi nel sub-procedimento stesso.

P.Q.M.

- rigetta l'istanza di sospensione della procedura esecutiva;
 - concede termine di 30 giorni, decorrente dall'inutile scadenza del termine per il reclamo, o dalla comunicazione dell'ordinanza adottata in sede di reclamo, per l'instaurazione del giudizio di merito;
 - condanna la **SOCIETÀ S.R.L.** a rimborsare a **BANCA S.P.A.** le spese di lite del presente sub-procedimento, liquidate nel complessivo importo di € 3.575,00 per compenso, oltre rimborso spese al 15%, i.v.a. e c.a. come per legge.
- Si comunichi.

Arezzo, 24/06/2017

Il giudice
Dott.ssa Iaria Benincasa

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

EX PARTE CREDITORIS