

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MODENA
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Susanna Zavaglia ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. OMISSIS promossa da:

SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE

ATTRICE

Contro

BANCA

CONVENUTA

CESSIONARIA

INTERVENUTA

**CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA
DECISIONE**

Con atto di citazione ritualmente notificato SOCIETÀ in liquidazione conveniva in giudizio BANCA, proponendo opposizione al precetto portante la somma di €. 1.465.804,60, comprensiva di interessi corrispettivi e moratori calcolati al 30.04.2016, oltre alle spese legali calcolate in € 1.331,59, comprensive di IVA e CPA, da quest'ultima intimato in forza del contratto di mutuo ipotecario stipulato ex artt. 38 e ss. D.lgs. n. 385/1993 (TUB) in data 25.07.2006 a ministero del Notaio OMISSIS, con il quale era stata erogata alla mutuataria la somma di € 1.700.000,00.

A sostegno dell'opposizione deduceva:

- a) la nullità dell'atto di precetto per inesistenza di titolo idoneo a fondare il processo esecutivo, costituito nella fattispecie da un contratto di mutuo condizionato non qualificabile, in quanto tale, come titolo esecutivo ex art. 474, II comma, n. 3 c.p.c.;
- b) l'inesistenza/nullità dell'atto di precetto per indeterminatezza e indeterminabilità delle somme richieste, prevedendo il mutuo sottoscritto dalle parti la corresponsione di interessi corrispettivi a tasso variabile e, quindi, l'inesistenza del titolo esecutivo per mancanza dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità di cui all'art. 474 c.p.c.;
- c) l'errata quantificazione delle somme pretese da BANCA;
- d) la compensazione con il credito vantato dalla società attrice nei confronti della convenuta in forza del rapporto di conto corrente n. OMISSIS oggetto di separato procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo dinanzi al Tribunale di Modena (n. OMISSIS R.G.), nel quale a seguito dell'espletamento di CTU contabile era emerso un saldo attivo a favore della SOCIETÀ;
- e) l'errata indicazione dell'importo preteso a titolo di compenso per la redazione del precetto.

Si costituiva mandataria di BANCA, contestando la fondatezza dell'opposizione e chiedendone il rigetto.

Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Susanna Zavaglia, n. 1528 del 1 ottobre 2019

Con ordinanza in data 17.11.2016 il giudice rigettava l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo avanzata dall'opponente.

Il giudizio veniva istruito mediante espletamento di CTU volta a determinare l'esatto ammontare del residuo debito esistente in capo al SOCIETÀ e le eventuali compensazioni con il contro credito derivante dal ricalcolo del saldo dei rapporti di conto corrente.

Nelle more del giudizio, BANCA cedeva il credito vantato nei confronti di SOCIETÀ in liquidazione a CESSIONARIA, che con atto di intervento ex art. 111 c.p.c. si costituiva nel presente giudizio in data 04.08.2018, facendo proprie le domande ed eccezioni già svolte da BANCA.

Conclusa la fase istruttoria, all'udienza del 01.10.2019 la causa veniva discussa e decisa.

Con il primo motivo di opposizione SOCIETÀ in liquidazione deduce la nullità del precetto per inesistenza del titolo esecutivo, non attestando il contratto di mutuo azionato dalla banca la *traditio* della somma mutuata.

L'assunto è infondato, risultando dallo stesso contratto l'avvenuto rilascio di formale quietanza della ricezione di tale somma da parte della SOCIETÀ, che peraltro ha espressamente riconosciuto nei propri atti l'esistenza dell'obbligo di restituirla. E d'altra parte, come correttamente rilevato dalla terza intervenuta, lo stesso impiego della somma mutuata da parte della SOCIETÀ per la costituzione del deposito cauzionale presso la banca a garanzia dell'adempimento degli obblighi nascenti dal contratto, postula di necessità la precedente erogazione alla mutuataria di tale somma, e dunque l'entrata della somma nel suo patrimonio e la corrispondente sua uscita dal patrimonio della banca mutuante; l'erogazione della somma mutuata in favore della mutuataria era cioè il necessario presupposto del – logicamente successivo – atto con cui questa disponeva della somma medesima costituendola in deposito cauzionale, che dunque implicava *traditio*. Del resto, la somma mutuata rimaneva ovviamente di proprietà della mutuataria anche dopo il suo versamento nel deposito cauzionale, tanto è vero che lo stesso contratto precisava trattarsi di deposito infruttifero (altrimenti, la banca avrebbe dovuto corrispondere alla mutuataria degli interessi). A riprova si osserva che lo stesso contratto di mutuo prevedeva che, in caso di risoluzione del contratto, la banca avrebbe avuto il diritto di “utilizzare il deposito cauzionale per l'estinzione del mutuo”, il che significa operare per compensazione tra credito e controcredito, e ciò, di nuovo, postula che della somma depositata restava proprietario SOCIETÀ; il che a sua volta postula la avvenuta *traditio*.

Il mutuo in esame non può dunque ritenersi “condizionato”: in questa tipologia di contratto, infatti, l'erogazione della somma mutuata (*rectius*: da mutuarsì) dipende, in tutto o in parte, da eventi futuri ed incerti, quali ad esempio lo stato di avanzamento dei lavori di costruzione dell'immobile ipotecato, e sino a questo momento la somma da mutuare resta nel patrimonio del mutuante. In tal caso - come prima del T.U.B. era espressamente previsto per i mutui fondiari dall'art. 16 R.D. 16/7/1905 n° 646 - l'erogazione della somma mutuata ed il corrispondente rilascio della quietanza, siccome posteriori alla stipula del contratto, richiedono uno o più ulteriori atti notarili (costituenti appunto titolo esecutivo), il che nel caso di specie non è avvenuto appunto perché erogazione e quietanza risultavano dallo stesso atto di cui è causa.

Nel senso indicato si è recentemente espresso il Tribunale di Roma, che con sentenza del 16/1/2019, superando il precedente orientamento richiamato dalla parte attrice, così ha stabilito: “Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, non occorre la materiale *traditio* del denaro al

Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Susanna Zavaglia, n. 1528 del 1 ottobre 2019

mutuatario, essendo sufficiente il conseguimento della disponibilità giuridica, da ritenere sussistente nelle ipotesi in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità a favore del mutuatario, in guisa da determinare l'uscita della somma dal patrimonio del mutuante e l'acquisizione al patrimonio del mutuatario (cfr. Cass. n. 14270/2011; Cass. n. 14/2011; Cass. n. 25569/2011). Ciò posto, nel caso di specie, in forza dei contratti *de quibus*:

- la parte mutuataria ha ricevuto la somma dalla Banca mutuante, rilasciandone quietanza, mediante assegni circolari non trasferibili intestati al mutuatario;
- la somma mutuata è stata costituita in deposito cauzionale infruttifero acceso presso l'istituto mutuante a garanzia dell'adempimento di una serie di prestazioni indicate all'art. 2, comma 2, dei contratti in esame;
- in caso di inadempimento, alla banca viene attribuita la facoltà di risolvere il contratto e di utilizzare il deposito suddetto ai fini dell'estinzione del mutuo.

Orbene, in applicazione dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, deve ritenersi avvenuta la *traditio*, propria del contratto di mutuo, risultante dai titoli posti in esecuzione ove viene dato atto della consegna della somma mutuata a mezzo assegni circolari, a fronte della quale il mutuatario ha rilasciato quietanza (cfr. art. 1, comma 2, di ciascun contratto). Del resto, l'atto di disposizione compiuto dal mutuatario con la costituzione della somma, appena corrisposta mediante assegni circolari, in deposito cauzionale infruttifero in favore della banca mutuataria presuppone necessariamente la conseguita disponibilità. In altri termini, la costituzione presso la banca di un deposito cauzionale infruttifero, intestato alla parte mutuataria e destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento degli obblighi e alla realizzazione delle condizioni contrattuali, è da considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte del mutuante, tenuto conto che la costituzione del deposito realizza quella piena disponibilità giuridica considerabile come equivalente della *traditio* materiale della somma (Cass. n. 25632/2017).

L'accordo intervenuto tra le parti secondo il quale, in ipotesi di inadempimento, la banca avrebbe potuto avvalersi della facoltà di risolvere il contratto ed utilizzare il deposito suddetto per l'estinzione del mutuo, appare 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.

Deve pertanto concludersi che la disponibilità giuridica della somma conseguita dal mutuatario e la contestuale quietanza rilasciata in atto pubblico dal notaio valgono ad integrare un valido titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 n. 3 c.p.c., non pregiudicato dall'atto del mutuatario di costituzione della somma mutuata in deposito cauzionale".

Trattasi di orientamento pienamente condivisibile ed in linea con quanto sostenuto in proposito dalla stessa Cassazione, da ultimo con la sentenza 27/10/2017 n. 25632, per cui: "*il momento perfezionativo del negozio di mutuo, contratto reale ad efficacia obbligatoria, coincide, di regola, con la cd. "traditio" - con la consegna, cioè, del denaro, o di altra cosa fungibile, al mutuatario che ne acquista la proprietà -, ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della "res" da parte di quest'ultimo, per effetto della creazione, da parte del mutuante, di un autonomo titolo di disponibilità, tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio della controparte, a prescindere da ogni successiva manifestazione di volontà del mutuante. E' pertanto infondato, l'argomento centrale della motivazione del decreto impugnato secondo cui la costituzione presso la banca di un deposito cauzionale infruttifero intestato alla mutuataria (OMISSIS), destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento degli obblighi e alla realizzazione delle condizioni contrattuali, non possa considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte della banca mutuante".*

Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Susanna Zavaglia, n. 1528 del 1 ottobre 2019

Con il secondo motivo di opposizione l'attrice deduce la nullità del precetto *“per assoluta indeterminatezza e indeterminabilità delle somme richieste tanto nel preteso titolo quanto nell'atto di precetto”*.

Il motivo è infondato; invero, per quanto riguarda il titolo esecutivo, esso indica espressamente in € 1.700.000,00 l'entità della somma mutuata, e quindi l'originario credito della banca, non trovando alcun appiglio normativo la tesi dell'attrice secondo cui, al momento della notifica del precetto, l'ammontare della somma dovuta deve potersi desumere *“da una semplice lettura del rogito notarile”*, essendo oltre tutto evidente che il credito può subire negli anni dei mutamenti in forza, ad esempio, di pagamenti parziali (non prevedibili al momento della stipula del contratto) e del maturare degli interessi.

Il contratto di mutuo contenente la quietanza di pagamento della somma mutuata costituisce dunque valido titolo che la banca può azionare per ottenere la restituzione della predetta somma, oltre interessi secondo i tassi pattuiti, restando a carico del mutuatario l'onere di allegare e dimostrare la riduzione o l'estinzione del debito contratto (così ad esempio Cass 15/4/2019 n° 10507 (ord.), secondo cui: *“In caso di stipulazione del contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 7 del 1976, l'onere della prova dell'erogazione della somma data a mutuo è assolto dall'istituto di credito mutuante mediante la produzione in giudizio dell'atto pubblico notarile di erogazione e quietanza, spettando, in tal caso, al debitore che si opponga all'azione esecutiva del creditore dare la prova della restituzione della somma mutuata e degli accessori ovvero di altre cause estintive dell'obbligazione restitutoria”*). Nel caso di specie, dal momento che la somma precettata è inferiore al debito risultante dal titolo esecutivo, in ossequio a quanto disposto dall'art. 2697 c.c., toccava al soggetto ingiunto eccepire (e dimostrare) la estinzione del debito ovvero la sua riduzione a somma ancora inferiore a quella precettata, ferma restando, in ogni caso, la formale validità del precetto.

Per quanto poi riguarda l'atto di precetto, esso è chiaro nell'indicare la somma il cui pagamento è stato richiesto, distinguendo tra capitale, interessi corrispettivi, interessi moratori, compenso di avvocato e spese, fermo restando che, come ritenuto dalla costante giurisprudenza di legittimità, nell'atto di precetto è sufficiente che il creditore precisi quale somma ritiene debba essere pagata, mentre non è necessario a pena di nullità enunciare il procedimento logico-matematico in forza del quale la somma sia stata determinata, purché il creditore abbia numericamente indicato il suo credito, nel caso di obbligazione di denaro (in tal senso da ultimo Cass. 19/2/2013, n° 4008).

E' dunque infondata la pretesa dell'attrice (peraltro formulata solo con le memorie ex art. 183, 6° co. c.p.c.) di ritrovare nel precetto l'indicazione del *“tasso applicato periodo per periodo in relazione alla variazione dell'indice prescelto (euribor) e l'ammontare della relativa quota di interessi”*, atteso che la stessa aveva a disposizione tutti gli elementi per eseguire tale conteggio, ed eventualmente contestarne i risultati.

Quanto alla contestazione inerente la quantificazione delle somme domandate dalla banca, deve anzitutto premettersi che, come ripetutamente affermato dalla Suprema Corte: *“non costituisce causa di nullità dell'atto di precetto l'intimazione di pagamento di una somma superiore a quanto dovuto”*, giustificando il riconoscimento da parte del giudice di merito dell'insussistenza della pretesa esecutiva per una parte dell'ammontare precettato e fatto valere con l'esecuzione forzata *“soltanto una decisione di accertamento della fondatezza dell'opposizione limitatamente alla parte della somma precettata non ritenuta dovuta, e non una pronuncia di annullamento del precetto nella sua interezza, con la condanna del debitore al pagamento della (residua) somma dovuta, e cioè una pronuncia che determina la caducazione (per intero) dell'efficacia dell'intimazione di pagamento e la creazione (non*

Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Susanna Zavaglia, n. 1528 del 1 ottobre 2019

richiesta) di un nuovo titolo esecutivo, in base al quale dovrebbe essere poi iniziata una nuova esecuzione” (così Cass., sentenza 30/1/2013, n° 2160).

L'intimazione di precetto per somma superiore a quella dovuta non produce dunque la nullità del precetto, ma dà luogo soltanto alla riduzione della somma domandata nei limiti di quella dovuta, con la conseguenza che l'intimazione rimane valida per la somma effettivamente dovuta, alla cui determinazione provvede il giudice che è investito di poteri di cognizione ordinaria, a seguito dell'opposizione, in ordine alla quantità del credito (cfr. ex plurimis Cass. n. 5515/2008, Cass. n. 2123/98, Cass. n. 2938/92)”.

Nel merito, il CTU nominato dott.ssa OMISSIS ha calcolato l'ammontare del residuo capitale dovuto dalla società opponente e conseguentemente l'ammontare effettivo degli interessi convenzionali e di mora, sulla base delle clausole contrattuali e dei versamenti effettuati dal mutuatario, quantificando il credito della banca sul mutuo, alla data del 30/4/16, nell'importo di euro 1.407.774,21.

Con riguardo a tale quantificazione non può trovare accoglimento la contestazione del CTP della banca dott. Terragni secondo cui il CTU ha ricalcolato le rate del mutuo in base a quanto previsto contrattualmente mentre avrebbe dovuto non modificare le rate ma considerare solo quelle pagate ed indicate nel piano di ammortamento, essendo al contrario evidente che lo scopo della consulenza era proprio quello di appurare l'effettivo ammontare del credito della banca sulla base di quanto pattuito dalle parti e non del piano di ammortamento da quest'ultima unilateralmente predisposto.

Il credito della banca nei confronti dell'opponente va dunque rideterminato nella predetta somma.

Venendo all'eccezione di compensazione svolta dall'attrice, che deduce di vantare a sua volta un credito nei confronti della banca per ricalcolo del saldo relativo al rapporto di conto corrente n° OMISSIS, oggetto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo n. OMISSIS R.G. (all'epoca dell'introduzione dell'opposizione pendente avanti a codesto Tribunale), risulta dalla documentazione depositata che tale causa si è effettivamente conclusa con una sentenza di condanna della banca al pagamento in favore del SOCIETÀ della somma di € 668.632,99, oltre interessi e spese. Detta sentenza, tuttavia, è stata impugnata da BANCA, ed in sede di giudizio di appello, allo stato pendente, la Corte ha sospeso la provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado (cfr. documentazione depositata dall'intervenuta in data 8.2.2019, la cui produzione è da ritenersi ammissibile in quanto formatasi successivamente lo scadere dei termini di preclusione).

Ciò posto, non può farsi luogo a compensazione legale né giudiziale atteso che, secondo l'orientamento anche recentemente ribadito della Suprema Corte: *“La compensazione, legale o giudiziale, rimane impedita tutte le volte in cui il credito opposto in compensazione sia stato ritualmente contestato in diverso giudizio non ancora definito, risultando a tal fine irrilevante l'eventuale sentenza di merito o provvedimento di condanna, anche se immediatamente esecutivi, emessi in quel giudizio, perché non consentono di ritenere integrato il requisito della definitività dell'accertamento, e dunque della certezza del controcredito”*. (Sentenza n. 4313 del 14/02/2019, che riprende il principio sancito dalle Sezioni Unite con sentenza n. 23225 del 15/11/2016).

Da ciò consegue che l'eccezione di compensazione formulata dalla attrice deve essere rigettata.

Infine, quanto all'eccepita illegittimità della richiesta, contenuta nel precetto, della somma di € 912,60 (oltre accessori di legge) a titolo di compenso di avvocato, in quanto, a dire

Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Susanna Zavaglia, n. 1528 del 1 ottobre 2019

dell'attrice, il compenso massimo applicabile ex D.M. 20/7/2012 sarebbe stato pari ad € 600,00, si osserva che il precetto è stato notificato nel 2016, per cui ad essere applicabile non era più il D.M. 20/7/2012, ma il successivo D.M. 10/3/2014 n° 55, pubblicato sulla G.U. n° 77 del 2/4/2014, che all'art. 6 prevede: "Alla liquidazione dei compensi per le controversie di valore superiore a euro 520.000,00 si applica di regola il seguente incremento percentuale: per le controversie da euro 520.000,00 ad euro 1.000.000,00 fino al 30 per cento in più dei parametri numerici previsti per le controversie di valore sino ad euro 520.000,00; per le controversie da euro 1.000.000,01 ad euro 2.000.000,00 fino al 30 per cento in più dei parametri numerici previsti per le controversie di valore sino ad euro 1.000.000,00".

Ora, posto che dalla tabella n° 6 allegata al decreto ministeriale il compenso per il precetto è fissato nella somma di € 540,00 per la fascia di valore tra € 260.001,00 ed € 520.000,00, nel nostro caso il calcolo andrà così eseguito:

- valore base 540,00
 - aumento del 30% su 540,00 per precetto sino ad € 1.000.000 - 162,00
 - aumento del 30% su 702,00 per precetto oltre € 1.000.000 - 210,60
- TOTALE 912.60

Per cui l'indicazione nel precetto della somma di € 912,60 risulta del tutto legittima, e l'eccezione di parte attrice infondata.

In conclusione, il precetto notificato conserva la propria validità, di atto preparatorio alla esecuzione, con riferimento alla somma di €. 1.407.774,21, oltre al compenso professionale ivi quantificato, alle spese di notifica e agli ulteriori interessi al tasso convenzionale pattuito nel contratto di mutuo dal 1/05/2016 al saldo effettivo, essendo inefficace in relazione all'ulteriore somma ivi indicata.

Le spese legali devono essere poste a carico dell'opponente stante la sua prevalente soccombenza e si liquidano in dispositivo tenuto conto, da un lato, dell'attività svolta nel procedimento da ciascuna delle parti vittoriose, dall'altro, dell'interesse di queste ultime nella causa a seguito della cessione del diritto controverso.

Le spese di CTU, come liquidate con separato decreto, devono essere poste a carico di entrambe le parti originarie per il 50% ciascuna, considerate le risultanze dell'elaborato peritale.

P.Q.M.

il Tribunale di Modena, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione, domanda e deduzione disattesa:

- dichiara il precetto notificato al debitore il 20/05/2016 valido ed efficace, limitatamente alla somma di 1.407.774,21, oltre al compenso professionale ivi quantificato, alle spese di notifica e agli ulteriori interessi al tasso convenzionale pattuito nel contratto di mutuo dal 1/05/2016 al saldo effettivo;
- condanna SOCIETÀ in liquidazione al pagamento delle spese processuali in favore di BANCA, che liquida in €. 13.000 per compensi ex D.M. 55/2014, oltre al rimborso delle spese generali ed agli accessori di legge, e in favore di CESSIONARIA, che liquida in € 8.000 per compensi ex D.M. 55/2014, oltre al rimborso delle spese generali ed agli accessori di legge.
- pone le spese di CTU a carico di entrambe le parti originarie per il 50% ciascuna.

Sentenza resa ex articolo 281 sexies c.p.c., pubblicata mediante allegazione al verbale.

Modena, 2 ottobre 2019

Il Giudice
dott. Susanna Zavaglia

**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