

# STUDIO LEGALE

*Avvocato Alessio Orsini*

## **Tribunale di ASTI in composizione Collegiale – Ordinanza del 18.07.2019 – Sospensione efficacia esecutiva del titolo – Mutuo condizionato**

Nel caso in commento venne spiegata, da altro difensore, opposizione all'esecuzione che venne respinta.

Per la prima volta, nel ricorso per reclamo, venne eccepita l'inidoneità del mutuo a costituire valido titolo esecutivo poiché non avente le caratteristiche previste dall'art. 474 c.p.c.

Il Collegio, preliminarmente ha osservato come tale preliminare questione potesse essere rilevata anche d'ufficio, in quanto condizione dell'azione e presupposto del processo esecutivo.

Nel merito, ha rilevato come il contratto di mutuo possa costituire titolo esecutivo solo quando vi sia *traditio* delle somme.

Ed allora, quando il trasferimento della somma o della disponibilità giuridica sia subordinata ad eventi futuri ed incerti difetta il requisito della realtà.

Conseguentemente, in accoglimento del reclamo il Collegio ha sospeso la procedura esecutiva immobiliare.



TRIBUNALE ORDINARIO DI ASTI

In composizione collegiale, nella persona dei sigg.ri Magistrati:

dott. Presidente  
dott.ssa Giudice  
dott. Giudice rel.

Ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

La Cassa di Risparmio di Asti S.p.A. ha promosso azione esecutiva nei confronti di .  
per il pagamento della somma di € 114.898,02 in forza del titolo esecutivo costituito dal mutuo  
fondiario stipulato *inter partes* in data 19.07.2011.

Nell'ambito della procedura esecutiva RGE n. /2018 ha proposto opposizione  
all'esecuzione.

Nelle more, in data 08.03.2019, si è costituita in giudizio Prelios Credit Servicing S.p.A., quale  
mandataria di Maggese S.r.l., quest'ultima quale cessionaria del credito della Cassa di Risparmio di  
Asti S.p.A.

Con ordinanza del 19.3.2019 il Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Asti, dott. , ha  
respinto l'opposizione.

Avverso tale ordinanza ha proposto reclamo, sostenendo:

- A) L'inidoneità del mutuo fondiario "condizionato" a costituire titolo per l'esecuzione;
- B) La nullità del mutuo, in quanto utilizzato dalla Banca per ottenere una garanzia reale di cui  
era sprovvista e per appropriarsi di somme indebitamente applicate sul rapporto di conto  
corrente;
- C) L'inesistenza, almeno parziale, del credito, stante la nullità delle clausole relative alla  
prevista corresponsione di interessi, essendo stati questi pattuiti in misura usuraria;
- D) Il difetto di legittimazione o la carenza di titolarità del diritto fatto valere in capo a  
MAGGESE Srl.

Il reclamante ha pertanto chiesto disporsi la sospensione dell'esecuzione.

Con comparso del 12.4.2019 si è costituita in giudizio MAGGESE S.r.l., contestando integralmente  
la fondatezza delle difese avversarie, e chiedendo quindi il rigetto del reclamo.

All'udienza del 3.7.2019 le parti hanno quindi discusso il procedimento, insistendo per  
l'accoglimento delle rispettive conclusioni.

Ad avviso del Tribunale il reclamo proposto da \_\_\_\_\_ è fondato, e deve pertanto trovare accoglimento.

E' dimostrato, anzitutto, e comunque non contestato, che l'odierno reclamante ha stipulato, in data 19.7.2011, con la Cassa di Risparmio di Asti S.p.a., un contratto di mutuo fondiario per l'importo di euro 110.000,00.

Il contratto in oggetto prevedeva, in particolare, quanto segue: *"La parte mutuataria dichiara di aver ricevuto dalla Cassa di Risparmio S.p.a. la predetta somma, rilasciandone ampia quietanza con il presente atto. La Cassa di Risparmio di Asti S.p.a. e la parte mutuataria danno atto della riconsegna da parte di quest'ultima della somma mutuata, costituendola in deposito cauzionale infruttifero presso la Cassa di Risparmio di Asti S.p.a., a garanzia dell'adempimento degli obblighi posti a carico della medesima parte mutuataria dal presente atto. In particolare, lo svincolo delle somme costituite in deposito cauzionale avverrà solo dopo che la parte mutuataria abbia fornito la prova della corretta iscrizione dell'ipoteca a garanzia del mutuo e l'assenza di iscrizioni, privilegi o trascrizioni pregiudizievoli ed abbia prodotto alla Cassa di Risparmio di Asti S.p.A. la copia in forma esecutiva del presente atto di mutuo, adeguata polizza di assicurazione vincolata a favore della parte mutuante prevista dalle allegate condizioni generali, nonché, ove necessaria, la certificazione attestante l'inesistenza di procedure concorsuali. La parte mutuataria dovrà provvedere agli adempimenti sopra indicati entro e non oltre 60 giorni da oggi; in difetto la Cassa di Risparmio di Asti S.p.a. potrà avvalersi della facoltà di risolvere il contratto ed utilizzare il deposito cauzionale suddetto per l'estinzione del mutuo".*

La parte reclamante, in ragione di tali previsioni negoziali, ha allegato l'inidoneità del contratto di mutuo a rappresentare un valido titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, sostenendo che, trattandosi di mutuo condizionato, il contratto in oggetto avrebbe difettato dell'essenziale requisito della "realità", in quanto la somma di denaro mutuata non era stata posta nell'immediata disponibilità del mutuatario, in favore del quale, infatti, era stata erogata solamente in data 1.9.2011 (quasi due mesi dopo), una volta adempiute le formalità poste a suo carico (e a garanzia del mutuante) nel contratto.

Inoltre, \_\_\_\_\_ ha sostenuto che a seguito della stipulazione del mutuo la Banca odierna resistente non avrebbe provveduto, come invece dichiarato in atto, a costituire il deposito cauzionale in favore del mutuatario.

Tale ultima circostanza fattuale non è stata contestata dalla reclamata, che si è limitata, sul punto, a formulare difese in punto di diritto.

Ciò premesso, la doglianza proposta dal reclamante appare, ad avviso del Tribunale, fondata.

In primo luogo, si osserva come la questione in oggetto possa ritenersi validamente proposta nel presente giudizio di reclamo da parte di \_\_\_\_\_ e come, in ogni caso, il Tribunale possa pronunciarsi, anche in questa sede, in merito alla stessa, trattandosi di questione rilevabile financo d'ufficio.

Per insegnamento costante della Suprema Corte di Cassazione, infatti: *"Rientra di certo nei poteri ufficiosi del giudice dell'esecuzione il riscontro delle imprescindibili condizioni dell'azione esecutiva e presupposti del processo esecutivo, quelli cioè in mancanza - anche sopravvenuta - dei quali quest'ultimo non può con ogni evidenza proseguire o raggiungere alcuno dei suoi fini istituzionali e va chiuso anticipatamente, al di là e a prescindere di ogni espressa previsione normativa di estinzione"* (cfr. ex pluribus, Cass. n. 2043/2017).

La validità del contratto di mutuo fondiario a costituire titolo esecutivo rientra, indubbiamente, in tale perimetro.

Peraltro, le eventuali preclusioni (eccepite dalla parte reclamata) rispetto alla individuazione originaria della *causa petendi*, potrebbero riguardare unicamente il giudizio di merito, che segue regole processuali non applicabili alla presente fase sommaria.

Ciò premesso, e venendo ora ad analizzare in concreto la censura mossa dalla difesa reclamante, si osserva come larga parte della giurisprudenza di merito, che questo Tribunale ritiene di condividere, si sia costantemente uniformata nel ritenere che il contratto di mutuo può costituire titolo esecutivo esclusivamente se vi è *traditio* delle somme mutate, sia essa attuata direttamente, tramite il materiale trasferimento delle somme in favore del mutuatario, ovvero anche soltanto mediante la fuoriuscita del denaro dalla disponibilità del mutuante con correlativo ingresso nella disponibilità del mutuatario.

Nel caso, invece, in cui difetti l'immediato trasferimento della disponibilità del denaro, ovvero l'erogazione del denaro sia condizionato al verificarsi di eventi o di adempimenti futuri, difetta il necessario requisito della "realità" del contratto di mutuo, che pertanto non può considerarsi idoneo a costituire titolo esecutivo.

Sul punto, a puro titolo esemplificativo, si richiamano alcuni recenti pronunce del Tribunale di Genova (sentenza del 23.5.2018, secondo cui: "*Il disposto di cui all'art. 1813 c.c., nel prevedere che il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire il tantundem, lo ascrive alla categoria dei c.d. contratti reali, in cui il contratto e la conseguente obbligazione restitutoria in carico al mutuatario si perfezionerebbero solo al momento della traditio del denaro. Tuttavia affinché un contratto di mutuo possa esplicare la valenza di titolo esecutivo ex art. 474, comma 2 n. 3 c.p.c. in ordine all'obbligazione restitutoria di una somma di denaro mutuatata, è necessario che abbia un contenuto descrittivo minimo idoneo a documentare in modo autosufficiente, senza il ricorso ad elementi estranei al testo dell'atto, non muniti di forma omologa, l'avvenuta erogazione della somma data a mutuo. Di conseguenza è escluso che possa costituire titolo esecutivo il contratto di mutuo in cui l'erogazione della somma sia condizionata all'adempimento di una serie di formalità da parte del mutuatario, di cui non venga fornita la prova nella forma dell'atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge*"), e del Tribunale di Cassino (sentenza del 16.5.2019, secondo cui: "*Qualora il contratto di mutuo, dunque, preveda che la somma mutuatata sia rimasta indisponibile in deposito cauzionale presso la banca mutuante sino al verificarsi di condizioni future e incerte, rimesse alla volontà della parte mutuataria, siffatto contratto, che per definizione dovrebbe essere reale, diventa in realtà un contratto condizionato e, pertanto, difetta della immediata consegna del denaro dal mutuante al mutuatario, posticipando necessariamente ad un momento futuro e incerto il perfezionamento negoziale. Il contratto di mutuo condizionato risulta, quindi, inadatto ad essere impiegato come titolo esecutivo dal mutuante, atteso che, nonostante sia stato stipulato con atto notarile, difetta dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità di cui all'art. 474 c.p.c. e, pertanto, in tali casi deve necessariamente essere disposta la sospensione dell'esecuzione, ricorrendo i gravi motivi previsti dall'art. 624 c.p.c.*").

Anche la giurisprudenza di legittimità pone dei limiti all'idoneità dei contratti di mutuo fondiario a costituire titolo esecutivo nel caso in cui difetti il requisito della realtà, pur ammettendo che il trasferimento del denaro possa avvenire in forme diverse dalla *traditio*.

Al riguardo, in particolare, la Suprema Corte, con sentenza n. 14270/2011, ha affermato che: "*La giurisprudenza di questa Corte, pur ribadendo la tesi tradizionale per la quale il contratto di mutuo*

*è un contratto reale, che quindi si perfeziona con la consegna della somma data a mutuo, che è elemento costitutivo del contratto (così come il pur necessario consenso legittimamente prestato dalle parti al trasferimento di questa somma), non configura la consegna idonea a perfezionare il contratto di mutuo come la materiale e fisica traditio del denaro nelle mani del mutuatario, ritenendone sufficiente la disponibilità giuridica. Più in particolare, va qui richiamato e ribadito il principio di diritto per il quale il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, nel caso 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 della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario da al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo (cfr. già Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116 e 15 luglio 1994, n. 6686; nonché Cass. 5 luglio 2001, n. 9074 e 28 agosto 2004, n. 17211; e, da ultimo, Cass. 3 gennaio 2011, n. 14)".*

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte nella sentenza ora richiamata, in particolare, si era avuto "un accreditamento in conto corrente, idoneo a far insorgere in capo alla società mutuataria la disponibilità giuridica della somma, da considerarsi equipollente alla consegna ai fini del perfezionamento del mutuo

Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non si è avuta affatto l'autorizzazione al mutuante a trattenere la somma stessa presso di sé (che effettivamente sarebbe stato un modo indiretto per procrastinare il perfezionamento del contratto), non essendo rilevante che a compimento dell'operazione la somma mutuata sia di fatto servita ad estinguere un debito che la mutuataria aveva nei confronti dell'istituto di credito mutuante. Ed invero ciò che rileva, per come risulta dalla giurisprudenza di questa Corte su richiamata, è che la somma data a mutuo esca dal patrimonio del mutuante ed entri nel patrimonio del mutuatario e questi ne possa disporre e di fatto ne disponga per soddisfare un proprio interesse".

Nel caso di specie, a ben vedere, tale "interversione" nella disponibilità del denaro non risulta essere avvenuta. Non risulta, infatti, che al momento della stipulazione del contratto sia avvenuta una "fuoriuscita" immediata della somma mutuata dal patrimonio della banca con ingresso nel patrimonio del mutuatario. , in particolare, ha allegato che il deposito cauzionale menzionato nel contratto non è stato mai costituito (al riguardo ha anche prodotto estratto di conto corrente dal quale risulta che, effettivamente, la somma mutuata è stata erogata solamente in data 1.9.2011), e tale circostanza non è stata in alcun modo contestata dalla parte reclamata, che si è limitata, sul punto, a formulare mere difese di diritto.

Per tali ragioni, il reclamo proposto da . sul punto deve quindi ritenersi fondato, non apparendo il contratto di mutuo fondiario in oggetto munito dei requisiti necessari per essere considerato alla stregua di un valido titolo esecutivo.

L'ammontare del credito oggetto della procedura esecutiva e il fondato dubbio sul diritto della banca ad agire in executivis nei confronti del reclamante integra poi il requisito del *periculum in mora*.

Conseguentemente, la procedura esecutiva immobiliare intrapresa dalla banca deve essere sospesa. L'accoglimento del motivo di reclamo ora esaminato ha natura assorbente, ed esime, in virtù del principio della ragione più liquida, dall'esame delle ulteriori questioni poste a sostegno del gravame.

Le spese del procedimento seguono la soccombenza, e vengono poste a carico della parte reclamata, nella misura liquidata come in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale di Asti,  
visto l'art. 669-terdecies C.p.c.,

- a) Accoglie il reclamo proposto da \_\_\_\_\_ e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza reclamata, sospende la procedura esecutiva in oggetto;
- b) condanna la parte reclamata al pagamento in favore della parte reclamante delle spese del procedimento, che liquida nella misura di euro 1.000,00, oltre rimborso forfetario e accessori di legge.

Così deciso in Asti, nella camera di consiglio del 18/7/2019

Si comunichi

Il Giudice Estensore  
Dott. \_\_\_\_\_

Presidente  
Dott. \_\_\_\_\_

Depositato alla Cancelleria del  
Tribunale il 19.07.19  
Il Funzionario Giudiziario \_\_\_\_\_

AVV. ALESSIO ORSINI

E' presente per il Signor \_\_\_\_\_, in sostituzione dell'Avv. Alessio Orsini, l'Avv. \_\_\_\_\_, che insiste per l'accoglimento del ricorso e quindi per la sospensione della procedura esecutiva.

Rispetto all'inidoneità del mutuo a costituire valido titolo esecutivo, richiama, oltre alla giurisprudenza di Codesto Tribunale, Sentenza 01.03.2013, anche tra le più recenti, Tribunale di Grosseto 02.07.2019, Tribunale di Teramo 07.06.2019, Trib. Rovigo 20.01.2019; Trib. Avezzano Sentenza n. 61 del 08.02.2019; Trib. Cassino in comp. Collegiale 16.05.2019; Trib. Biella 22.11.2018.

Rispetto alla carenza di legittimazione della Maggese, ribadisce la carenza di prova per mancato deposito del contratto di cessione e contesta che l'asserita dichiarazione ex aduersa prodotta in data 01.07.2019 possa avere qualsivoglia tipo di valenza, non essendo noto il presunto rappresentante firmatario della Cassa di Risparmio di Asti S.p.A., di modo che non sia verificabile la spendita del nome della Banca, così come la veridicità dell'attestazione.

Avv. 3/7/19

AVV. ALESSIO ORSINI