

**TRIBUNALE ORDINARIO di PESCARA**

IL Tribunale composto dai magistrati
Dott. Domenica Capezzerà
Dott. L. Tiziana Margarella,
Dott. Paola Mariani

Presidente relatore
Giudice
Giudice onorario

Nel procedimento di reclamo proposto avverso l'ordinanza del 21.11.2016 di diniego della misura cautelare di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, pendente

tra

reclamanti

e

reclamata

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 3.3.2017, osserva.

Ragioni della decisione

Con ordinanza del 21.11.2016 il Giudice presso l'intestato Tribunale, nell'ambito dell'opposizione promossa ai sensi dell'art. 615, comma 1°, c.p.c., non ha accolto l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo esecutivo nell'ambito del procedimento civile iscritto al r.g. n. '016 promosso da nei confronti della precettante s.p.a. sul rilievo che l'azione esecutiva era stata preannunciata in difetto di idoneo titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 1°, n. 3), c.p.c., in quanto l'atto pubblico recante il contratto di mutuo fondiario sulla base del quale era stato preannunciato il recupero coattivo del credito restitutorio vantato dalla mutuante risultava insuscettibile di documentarlo in modo certo ed incondizionato.

Ha osservato il Giudice a quo che, dal complessivo esame dell'assetto di interessi configurato dalle parti, emergeva che la parte mutuataria aveva conseguito la disponibilità giuridica della somma



finanziata del tutto equiparabile alla materiale *traditio*, entrambe necessarie, seppure in via alternativa a perfezionare il mutuo che, per ciò solo, era idoneo a veicolare un valido ed autosufficiente titolo esecutivo onde promuovere l'esecuzione forzata sul patrimonio della parte debitrice.

Contro questa decisione sono insorti i precettati proponendo reclamo onde sentir riformare integralmente il provvedimento di prime cure denunciando l'erroneità della pronuncia del Giudice che aveva inammissibilmente frainteso i termini della questione prospettata non essendo stata mai messa in discussione la mancata consegna fisica della somma ma solo l'inidoneità del mutuo a far ottenere alla parte mutuataria la immediata e libera disponibilità della somma, disponibilità necessaria a far assurgere il mutuo ad idoneo titolo esecutivo. I reclamanti hanno chiesto l'accoglimento del ricorso reiterando in via subordinata le eccezioni di nullità a vario titolo formulate onde invalidare una pluralità di clausole del contratto di mutuo fondiario.

Si è costituita la Banca precettante che ha contestato la qualificazione del mutuo in termini di contratto condizionato, dal momento che l'erogazione era subordinata, esclusivamente, alla libera determinazione della parte mutuataria, secondo la disciplina del credito fondiario; ha inoltre rilevato che la consegna della somma era testimoniata sia attraverso il riconoscimento dell'avvenuta consegna, che dall'avvenuto rimborso di n. 68 rate, circostanze entrambe dichiarate dai reclamanti nell'atto introduttivo del giudizio di opposizione a precetto. Di contro, l'erogazione della somma era stata differita alla produzione della documentazione ivi indicata, senza alcun effetto sospensivo e/o risolutivo dell'efficacia del contratto tanto che la parte mutuataria era stata posta nelle condizioni di poter disporre della somma senza la necessaria intermediazione della sua controparte contrattuale ed addirittura contro il volere di quest'ultimo.

All'udienza, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

Il reclamo è fondato.

Il testo dell'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 atteggia innegabilmente secondo i canoni dei c.d. contratti reali, in cui il contratto di perfeziona solo al momento della *traditio* del denaro o dello cosa data a mutuo, che al contempo configura il fatto genetico dell'obbligazione restitutoria in carico al mutuatario.

E' certamente a dirsi che, quando il mutuo è documentato da atto ricevuto da notaio, affinché gli sia consentito esplicitare la valenza di titolo esecutivo in ordine all'obbligazione restitutoria di una somma di denaro mutuata, il documento soggiace all'imperativo della necessaria indicazione degli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione medesimo, indispensabili in relazione alla funzione esecutiva assegnata all'atto, si da conferire certezza all'esistenza di una determinata obbligazione,



imperativo che nel contratto di mutuo si declina con 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.

In quest'ordine di idee, conserva attualità il principio elaborato dalla giurisprudenza della corte regolatrice con riguardo al contratto di mutuo condizionato, secondo il quale, l'atto pubblico che lo contiene è privo del valore del titolo esecutivo a mezzo del quale promuovere l'espropriazione forzata per la soddisfazione, coattiva del credito del mutuante, quante volte l'avvenuta e consegna del denaro dato a mutuo risulti tramite l'integrazione con le quietanza di versamento e gli estratti dei libri contabili della banca, ovvero per mezzo di atti non formalmente omogenei al contratto, non constando da atti ricevuti da notaio (cfr. Cass. sent. n. 4293/79).

La ragion d'essere di quel principio è infatti portato logico anche dell'attuale formazione dell'art. 39, comma 2°, T.U.B., che dispone che quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione del l'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti.

La valenza esplicativa della disposizione normativa abilita la scissione in due atti separati della stipulazione del contratto e dell'erogazione della somma. Ciò che viene in considerazione, onde rivendicare il possesso di titolo esecutivo idoneo ad attivare l'esecuzione forzata è non già l'integrazione del contratto di mutuo con la quietanza a saldo, quanto il contenuto autosufficiente dei due atti compenetrati ed il rispetta dei requisiti formali necessari onde elevare i documenti che incorporano l'obbligazione inadempita a rango di titolo esecutivo (cfr. Cass. sent. n. 17194/015).

Per vero, il richiamo dei principi elaborati in tema di mutuo condizionale non appare del tutto centrato per lo scrutinio affidato al Collegio, poiché il contratto oggetto del contendere si differenzia dall'ipotesi sopra illustrata, per conoscere una modalità di erogazione della somma invero non infrequente nella prassi dei mutui fondiari, in cui le parti, nel corpo dell'atto di mutuo, si danno effettivamente atto della consegna della somma mutuata, salvo poi precisare contestualmente che l'importo finanziario viene vincolato in un deposito cauzionale a garanzia dell'adempimento di una platea più o meno ampia di obblighi in carico alla parte finanziata.

Ed infatti a pag 4 del contratto di mutuo si legge che la somma mutuata sarebbe stata erogata materialmente soltanto dopo la consegna di una serie di documenti; in definitiva, lo svincolo delle somme era chiaramente rimesso alla disponibilità dell'ente mutuante, anzi, è scritto, "a suo insindacabile giudizio".

L'indagine da condurre onde dirimere la lite impinge, dunque, nella ricerca dei presupposti al



ricorrere dei quali è configurabile la traditio del denaro dato a mutuo.

Sul punto, è radicata nella giurisprudenza della corte regolatrice l'idea secondo la quale se è vero che 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, la consegna idonea a perfezionare il contratto non si atteggia esclusivamente nei termini di la materiale e fisica traditio del denaro nelle mani del mutuatario, a ciò bastando che questi ne acquisisca la disponibilità giuridica. Si affianca pertanto in posizione paritetica alla immediata acquisizione della disponibilità materiale del denaro l'acquisizione della disponibilità giuridica di esso, correlata con la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore. In quest'ottica, il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, nel caso in cui il mutuatario 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. Cass. 12 ottobre 1992, e 11116 e 15 luglio 1994 n. 6686; nonché. Cass. n. 2483 del 2001, Coss. 5 luglio 2001, n. 9074 e 28 agosto 2004, n. 17211; e, da ultimo, Cass. 3 gennaio 2011, n. 14).

Se si assumono tali premesse, è agevole avvedersi che lo schema negoziale apprestato dai contraenti non obbedisce all'imperativo di costituire, con la consegna del denaro, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario.

Il Collegio è infatti persuaso che la sua costituzione postuli la libertà per il mutuatario di compiere atti di autonomia privata dispositivi del denaro ricevuto, indipendenti ed autonomi dal negozio con il quale il mutuo viene stipulato.

Diversamente, quante volte l'assetto di interessi convenuto sopprima ab origine ed in qualunque forma quella libertà, ad onta dell'apparente trasferimento della somma, non potrà dirsi acquisita alcuna disponibilità giuridica del denaro finanziato, tanto più se nel contesto di un unico atto, per mezzo di convenzione negoziata tra le parti, il denaro viene illico et immediate vincolato o la sua dazione addirittura posticipata ad altro momento, non già per soddisfare un interesse proprio del mutuatario, bensì della banca mutuante.

La tesi sviluppata dalla reclamata secondo cui il provvedimento impugnato avrebbe colto l'autonomia sia ontologica che diacronica tra obbligo di erogazione prima e segregazione poi della somma mutuata nel senso del necessario compimento per la sua materiale elargizione ad opera della mutuante di attività successive da eseguirsi a cura della parte della mutuataria, si risolve in un



suggestivo, ma inconcludente argomento difensivo, che scompone artificiosamente due clausole negoziali avvinte da un indissolubile nesso teleologico che ne oblitera ogni possibile autonomia, dal momento che una loro lettura non già atomistica, ma sistematica, l'una per mezzo dell'altra (art. 1363 c.c.) fa manifesto che la comune intenzione dei contraenti non è stata quella di trasferire il denaro affinché la parte mutuataria ne disponesse liberamente, affrancata da ogni ingerenza del mutuante, ma di condizionare l'erogazione del denaro - la traditio vera e propria - all'esatto adempimento di una pluralità di obbligazioni in carica al mutuatario.

Neppure sussiste alcuna dichiarazione di quietanza nell'atto di mutuo sottoscritto dai contraenti; ma essa, qualora presente, sarebbe stata inidonea nel caso a fondare la prova legale della consegna del denaro posto che la portata confessoria a sé annessa sarebbe stata infirmata ai sensi dell'art. 2734 c.c. dalle contro dichiarazioni aggiunte recate nel contratto.

Va peraltro da sé che, ad essere controverso, non è il trasferimento del denaro, quanto l'esecuzione con modalità tali da costituire in favore del mutuatario un autonomo titolo di disponibilità delle somme erogate.

Esso non risulta altrimenti da atto equipollente ricevuto da notaio, sì che non è in conclusione corretto lo scrutinio compiuto dal primo giudice.

Le ulteriori evidenze processuali segnalate dalla reclamata onde integrare l'atto notarile appartengono a documenti a quest'ultimo formalmente non omogenei, che perciò non gli conferiscono la dignità di titolo esecutivo, carente in origine.

Rimane perciò assorbita ogni ulteriore questione essendo l'assenza di un valido titolo esecutivo motivo di per sé idoneo a concedere la sospensione dell'efficacia del titolo.

Trattandosi di reclamo in corso di causa la regolamentazione delle spese processuali deve essere demandata al giudice del merito.

P.Q.M

Il Tribunale di Pescara nella composizione in epigrafe indicata:

- **Accoglie** il reclamo e, in riforma dell'ordinanza impugnata, sospende l'efficacia esecutiva del titolo.
- **Spese** al definitivo.

Così deciso in Pescara nella Carnera di consiglio del 3.3.2017 su relazione del Giudice dr.ssa Domenica Capezzerà

Si comunichi

Il Presidente estensore
Dr.ssa Domenica Capezzerà

