

7.4. 743/09  
 Dec. 1801



TRIBUNALE ORDINARIO DI LATINA  
 - Sezione distaccata di Terracina -

Il Giudice dell' esecuzione;

sciogliendo la riserva assunta nel procedimento n. 743/2009/A sulla richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo azionato;

rilevato che gli attori proponevano opposizione avverso l' atto di precetto notificato il 5 ottobre 2009, con cui la BANCA [REDACTED] S.p.A., gli intimava il pagamento della complessiva somma di € 164.138/28, oltre spese legali ed occorrenze tutte ed interessi di mora come dovuti in forza di contratto di mutuo a rogito Notaio A. [REDACTED] di [REDACTED] del 1 giugno 2006, Rep. n. [REDACTED] Racc. n. [REDACTED], dell'importo di € [REDACTED];

considerato che gli opposenti eccepivano :

**IL CASO.it**

- l' inesistenza originaria del titolo esecutivo;
- nullità della clausola di cui all' articolo 3 del contratto di mutuo;
- non debenza degli interessi corrispettivi nel periodo successivo alla risoluzione contrattuale;
- violazione del divieto di anatocismo ex articolo 1283 c.c.

rilevato che parte opposta deduceva la legittimità dell' esecuzione intrapresa in virtù di contratto di mutuo con contestuale atto di erogazione e quietanza;

Osserva il Tribunale :

1. che il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la "traditio" del suo oggetto come è evidente dalla previsione della "consegna" di una determinata quantità di danaro o altre cose fungibili (a. 1813 c.c.).

Nel caso in esame l'art. 2, comma 2, del contratto di mutuo fondiario a rogito Notaio [REDACTED] di [REDACTED], Rep. n. [REDACTED] del 1° giugno 2006, azionato con l'opposto precetto prevede che : "I "Mutuatari" riversano alla "Banca" la somma erogata, che viene costituita come pegno irregolare infruttifero. Detta somma ... sarà svincolata a favore dei "Mutuatari"... dopo che i "Mutuatari" a loro cure e spese, entro - e - non oltre 45 (quarantacinque) giorni da oggi (comprendendo nel computo anche tale giorno) abbiano provveduto a produrre alla "Banca".....".

Dunque l' operazione si è articolata nel seguente modo : la somma erogata è stata depositata in Banca costituita in pegno infruttifero e, dopo che i mutuatari hanno consegnato la documentazione richiesta, è stata svincolata in loro favore.

2. Al fine di qualificare la fattispecie in esame (promessa di mutuo come sostenuto dagli opposenti ovvero mutuo come indicato dalla banca opposta) occorre verificare se tali modalità costituiscano una vera e propria consegna delle somme concesse in mutuo.

Naturalmente la nozione di consegna non deve essere ristretta al fatto materiale ma può essere attuata anche mediante attribuzione al mutuatario, della disponibilità giuridica della somma.

In particolare occorre che il mutuante "crei" un titolo autonomo di disponibilità a favore del mutuatario, perché è solo in tal modo che la somma esce dal patrimonio del mutuante ed entra in quello del mutuatario. In conclusione: sorge la "disponibilità giuridica" in capo al mutuatario allorché costui può disporre della somma mutuata non solo senza l'intermediazione necessaria del mutuante, ma anche "invito" mutuante.

Tali condizioni difettano nel caso in esame.

## IL CASO.it

2.1. Innanzitutto non vi è prova dell'avvenuta consegna della somma mutuata al momento della stipula del contratto.

Infatti, come si legge nell'articolo 2 del contratto di mutuo "Erogazione e quietanza): "1. Il mutuo viene erogato in unica soluzione contestualmente alla stipulazione del presente contratto dalla "Banca" ai "Mutuatari", che dichiarano di ricevere la somma di euro 155.000,00 (centocinquantacinquemila virgola zero zero) costituente l'intero importo del mutuo, di cui dà ampia e finale quietanza. 2. I "Mutuatari" riversano alla "Banca" la somma erogata, che viene costituita come pegno irregolare infruttifero. Detta somma al netto dell'importo complessivo di euro 1.667,48 (millesecientosessantasette virgola quarantotto) costituito dalle singole voci riportate nel documento contabile che i "Mutuatari" dichiarano di aver ricevuto dalla "Banca", sarà svincolata a favore dei "Mutuatari" stessi con valuta 15 (quindici) giorni da oggi (comprendendo nel computo anche tale giorno), dopo che i "Mutuatari", a loro cura e spese, entro e non oltre 45 (quarantacinque giorni comprendendo nel computo anche tale giorno) abbiano provveduto a produrre alla "Banca" una serie di documenti indicati nell'atto medesimo.

Occorre quindi valutare l'efficacia probatoria di tale atto.

Deve osservarsi sul punto l'atto pubblico fa fede fino a querela di falso solo relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese e agli altri fatti dal medesimo compiuti o che questi attestino essere avvenuti in sua presenza, come - ad esempio - nel caso in cui dal notaio sia attestata la materiale dazione del prezzo in quanto avvenuta in sua presenza.

Pertanto, l'efficacia privilegiata che l'articolo 2700 cod. civ. assegna all'atto pubblico non si estende alla intrinseca veridicità delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale dalle parti o alla loro rispondenza alla effettiva intenzione delle parti.

In particolare ai sensi dell'art 2700 cod. civ., un atto pubblico di vendita, il cui prezzo non sia stato contestualmente versato in presenza del pubblico ufficiale rogante, fa fede, fino a querela di falso, delle dichiarazioni rese dalle parti sull'ammontare del prezzo medesimo, ma non anche dell'intrinseca verità delle dichiarazioni stesse (V 1025/71, mass n 351015).

Non vi è prova quindi che i mutuatari abbiano avuto la disponibilità autonoma di tali somme seppure per un breve periodo.

In pratica i mutuatari hanno autorizzato il mutuante a trattenere la somma mutuata, senza disporre contestualmente la specifica destinazione della stessa.

In tal caso la somma rimane nella disponibilità del mutuante perché la somma stessa non ha ricevuto una specifica convenzionale destinazione né ha costituito oggetto di una specifica regolamentazione, che, innovando il titolo di appartenenza della somma stessa, l'abbia per ciò posta nella - esclusiva: nel senso più sopra chiarito - disponibilità giuridica del mutuatario.

L'autorizzazione (conferita al mutuante) a trattenere la somma, pertanto, non può che essere interpretata quale pattuizione (consensuale) di rinvio della consegna, con conseguente procrastinazione dal momento perfezionativo del contratto (Cass. 12.6.1969 n. 2076).

Perché tale pattuizione sia, al fine, efficace, però, occorre che essa non contraddica sostanzialmente alla natura reale del mutuo, e ciò avverrebbe se la autorizzazione fosse indiscriminata e indeterminata.

Ciò che è necessario, quindi, è che l'autorizzazione soddisfi un "concreto" interesse del mutuatario e contenga la prefissione di un termine limitato e ragionevole rispetto al soddisfacimento di quell'interesse: ed entrambe le circostanze devono desumersi, espressamente o implicitamente, dallo stesso contratto di mutuo.

Nella specie invece la pattuizione soddisfa l'interesse del mutuante a conservare la disponibilità della somma sino al momento in cui sarebbe stata consegnata la documentazione richiesta.

Ne è riprova il fatto che, ove i mutuatari non fossero riusciti a consegnare la documentazione richiesta, il contratto si sarebbe automaticamente "risolto".

In realtà non si tratta di una vera propria risoluzione contrattuale che comporta l'inadempimento agli obblighi assunti con il contratto bensì una condizione risolutiva dello stesso a seguito della quale "4. La "Banca" avrà diritto di compensare la somma costituita in pegno con ogni debito dei "Mutuatari" derivante dall'avvenuta risoluzione del contratto".

Ciò indica che le somme sono rimaste nella disponibilità della Banca che può appropriarsene senza ulteriore attività.

Nel caso in esame quindi solo apparentemente ed in modo fittizio le somme sono uscite dalla disponibilità della Banca per entrare in quella dei mutuatari.

La fattispecie deve quindi essere qualificata come contratto di mutuo condizionato.

3. Il contratto condizionato di mutuo fondiario non documenta l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di denaro.

Detto contratto, pertanto, pur se stipulato con atto pubblico notarile (per gli effetti che è destinato a produrre in ordine alla costituzione della garanzia ipotecaria), non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante che intenda procedere ad espropriazione forzata per la restituzione delle somme erogate, atteso che difetta dei requisiti previsti dall'art 474 secondo comma n. 3 cod. proc. civ. né il contratto medesimo può assumere valore di titolo esecutivo, per effetto della sua integrazione con le quietanze dei versamenti fatti al mutuatario trattandosi di atti non formalmente omogenei con esso, in quanto manca il ricevimento da parte di notaio della dichiarazione negoziale costitutiva di debiti pecuniari.

Dunque il contratto condizionato di finanziamento, non documentando l'esistenza di un diritto di credito, nel soggetto finanziatore, dotato del requisito della certezza, è inidoneo, pur se stipulato con atto pubblico notarile, ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme promesse (se e nella misura della relativa erogazione);

ritenuti pertanto sussistenti gravi motivi per sospendere l'efficacia esecutiva del titolo;

visto l'articolo 624 c.p.c.

p.q.m.

1. sospende l'efficacia esecutiva del contratto di mutuo stipulato tra le parti;
2. rinvia all'udienza, ex articolo 183 c.p.c., del 25.10.2010, ore 10.00.

Terracina 30.04.2010.

