



TRIBUNALE ORDINARIO DI GROSSETO
SEZIONE CIVILE

Il giudice,

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 28.1.2020;

osserva:

Parte opponente ha dedotto l'insussistenza di un valido titolo esecutivo in capo all'istituto di credito in quanto: il contratto di mutuo posto a fondamento dell'azione esecutiva sarebbe privo dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c., trattandosi di mutuo condizionato; il contratto sarebbe nullo per superamento del limite di finanziabilità ex art. 38, co. 2, TUB. Ha lamentato, inoltre, l'invalidità della clausola relativa agli interessi perché ancorata all'Euribor e la violazione delle norme sulla trasparenza bancaria.

Ha chiesto, quindi, sospendersi l'efficacia esecutiva del titolo.

Parte opposta ha contestato tali doglianze, affermando l'esistenza del proprio diritto di procedere ad esecuzione forzata sulla base del titolo azionato e chiedendo il rigetto dell'istanza cautelare.

Con riferimento all'idoneità del contratto di mutuo a costituire titolo esecutivo, va preliminarmente osservato che il momento perfezionativo del negozio di mutuo, contratto reale ad efficacia obbligatoria, coincide 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.

Inoltre, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità "al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l'interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o



di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo e di erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge” (cfr. Cass. n.17194/2015).

Ebbene, nell’art. 1 del contratto oggetto di esame, si dà atto che, alla presenza del notaio, la banca mutuante: *“consegna alla parte mutuataria ... un mandato emesso sulle casse della Banca mutuante stessa contenente l’ordine di versare ad essa parte mutuataria la somma di euro 700.000 ... della quale somma la parte mutuataria rilascia con il presente atto quietanza, da avere un unico e medesimo effetto con quella che rilascerà al Cassiere della Banca mutuante, riconoscendo di aver ricevuto l’intero importo mutuato”*.

Con il mandato emesso sulla propria cassa dalla banca mutuante, quindi, la parte mutuataria ha conseguito la disponibilità giuridica del denaro, in virtù dell’ordine predetto e a prescindere dalla consegna in natura del denaro (cfr. su identica fattispecie Cass. n. 25569/2011).

La parte mutuataria, inoltre, ha rilasciato quietanza, come attestato dal notaio rogante con efficacia probatoria fino a querela di falso a norma degli artt. 2699 e 2700 c.c. e non vale ad escludere il perfezionamento del negozio giuridico azionato dalla banca opposta la costituzione da parte delle mutuataria della somma erogata in deposito cauzionale infruttifero in favore dell’istituto di credito, come previsto dall’art. 2.

In particolare, nel predetto art. 2 si legge: *“la parte mutuataria costituisce l’intera somma mutuata in deposito cauzionale infruttifero presso la Banca stessa finché non sia stata giustificata alla Banca entro il termine di 90 giorni.... L’assenza di iscrizioni, privilegi o trascrizioni pregiudizievoli all’ipoteca da iscrivere in dipendenza del presente atto”* e siano inoltre adempiute le ulteriori condizioni previste (assicurazione dell’immobile).

Inoltre, sempre ai sensi dell’art 2: *“la parte mutuataria autorizza fin da ora la Banca mutuante ad utilizzare la somma costituita in deposito cauzionale, o parte della stessa ... per dimettere le passività e gli oneri gravanti l’immobile costituito in ipoteca e precisamente: ipoteca iscritta... a favore della Banca Nazionale del Lavoro”*.

Va rilevato, in proposito, che la costituzione da parte della mutuataria della somma erogata in deposito cauzionale infruttifero si traduce in un vero e proprio atto dispositivo, che presuppone l’avvenuta acquisizione giuridica della somma di denaro (e dunque comprova l’effettività della *traditio*). Per tale via, infatti, l’istituto di credito si ritrova nel possesso delle somme finanziate non



perché non ha provveduto a mutuarle, ma ad altro e autonomo (per quanto connesso) titolo giuridico, rappresentato dalla garanzia atipica costituita dal beneficiario del prestito.

In altri termini, 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, per un interesse non solo proprio ma anche del finanziato, rinvenibile nella stessa costituzione in garanzia.

Sul punto, recenti pronunce della Suprema Corte hanno chiarito che *“ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali”* (cfr. Cass. n. 25632/17, Cass. n. 16104/18 e Cass. n. 19654/19).

Anche la giurisprudenza di merito ha condivisibilmente rilevato che *“proprio l'accensione del deposito cauzionale in favore della Banche mutuanti dimostra che la mutuataria aveva precedentemente acquisito un autonomo titolo di disponibilità giuridica del denaro accantonato a garanzia mediante l'accreditamento su un conto speciale”* (Trib. Salerno 31.1.2017). E ancora, *“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 della mutuante, tenuto conto che la costituzione del deposito realizza quella piena disponibilità giuridica considerabile come equivalente alla traditio materiale della somma”* (Trib. Torre Annunziata 19.7.2019; in senso conforme anche Trib. Arezzo 24.6.2017);

Peraltro, nel caso in esame, parte delle somme costituite in deposito cauzionale sono state destinate dalle parti alla liberazione dell'immobile concesso in garanzia dalla precedente iscrizione ipotecaria a favore della BNL, nell'evidente interesse anche della parte mutuataria (invero, la liberazione del bene dal peso precedente è funzionale alla stessa stipula del mutuo come mutuo fondiario; consente al mutuatario di avere un unico creditore, con allungamento dei tempi di restituzione della somma e con un tasso di interesse sicuramente inferiore ad altri mutui ipotecari non stipulati ai sensi dell'art. 38 del TUB). In tale congegno negoziale risulta chiaro, allora, che l'importo mutuato ha ricevuto una specifica e convenzionale destinazione, ha costituito oggetto cioè di specifiche pattuizioni tra le parti, che, innovando il titolo di appartenenza della somma stessa, l'hanno per ciò solo posta nella esclusiva disponibilità giuridica del mutuatario.



Ne consegue che nella fattispecie non ricorre l'ipotesi del mutuo condizionato.

Del resto, in ordine all'effettivo godimento delle somme mutate, nel caso in esame non è contestato che le somme siano state anche concretamente erogate dalla banca (e destinate in parte alla liberazione dell'immobile dalla precedente ipoteca di cui sopra), dolendosi parte opponente solo delle modalità di determinazione degli interessi.

Quanto, poi, alla eccepita nullità del contratto per superamento del limite di finanziabilità, va osservato che sul tema si rinvengono contrapposti orientamenti: uno secondo cui la violazione del limite di finanziabilità non integrerebbe una ipotesi di nullità del contratto (Cass. Civ., Sez. I, 28/11/13 n. 26672), altro che afferma la tesi della nullità (Cass. Civ., Sez. I, 13/07/2017).

Peraltro la giurisprudenza di merito ha avallato la soluzione, alla quale questo giudice ritiene di aderire, secondo cui al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle parti, il mutuo, pur qualificato come "fondiario", ove non rispettoso della prescrizione di cui all'art. 38 TUB per intervenuto superamento dei limiti di finanziabilità, altro non sarebbe che un ordinario mutuo ipotecario (cfr. Trib. Udine 29/5/14).

In altri termini, anche ove fosse stato superato il limite di finanziabilità, non si avrebbe nullità del sinallagma, con conversione in altro tipo di contratto, ma solo la disapplicazione della speciale disciplina del mutuo fondiario, con conservazione della garanzia ipotecaria.

Ciò in quanto, come affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata:

1) la contemporanea presenza di tutti i connotati caratteristici della nozione di "credito fondiario" ex art. 38 TUB, quindi anche del rispetto della proporzione tra importo finanziato e valore dei beni ipotecati, è senz'altro necessaria perché trovi applicazione la relativa disciplina speciale e, in particolare, la disciplina di favore per il creditore fondiario (ossia, la quasi istantanea non revocabilità dell'ipoteca e la possibilità di agire in via esecutiva individuale nonostante il fallimento del debitore: artt. 39, co. 4 e 41, co. 2, TUB);

2) tuttavia, non sarebbe corretto desumere dalla mancanza di uno di quei connotati la nullità del contratto di finanziamento e della relativa concessione di ipoteca, trattandosi di connotati non richiesti normalmente dalla legge per la validità di altri contratti di finanziamento in cui l'importo erogato supera il valore del bene ipotecato (ad es. il mutuo ipotecario);

3) posto che il "credito fondiario" non è (o non è più) un tipo contrattuale autonomo, ma solo una forma particolare – caratterizzata da determinati requisiti ai quali si ricollega l'applicazione di una



speciale disciplina – di contratti di finanziamento che esistono e sono validi a prescindere da quella disciplina (come il mutuo ipotecario), sembra coerente limitare le conseguenze della mancanza di uno o più di quei requisiti alla disapplicazione della disciplina speciale, senza derivarne invece conseguenze (nullità del contratto e dell'ipoteca) che l'ordinamento non ne deriverebbe qualora la medesima fattispecie fosse posta in essere senza alcun riferimento alla normativa sul "credito fondiario".

Peraltro, nel caso di specie tale limite non risulta superato, avendo la banca depositato una relazione di stima del 20.3.2007 richiesta proprio dalla parte mutuataria che ha assegnato al bene ipotecato un valore complessivo di € 1.495.000,00 (cfr. doc. 5 di parte opposta).

Al riguardo, deve osservarsi che, per verificare l'eventuale superamento del limite di finanziabilità, si deve necessariamente fare riferimento al valore dell'immobile ipotecato all'epoca del mutuo e non al valore del bene in periodi successivi (in considerazione del fatto notorio della notevole svalutazione del mercato immobiliare), non potendo quindi desumersi il valore dell'immobile dai successivi atti di compravendita cui ha fatto riferimento parte opponente (cfr. pag. 10 dell'atto di citazione).

In ordine alle contestazioni relative alle presunte violazioni della trasparenza bancaria (mancata o erronea indicazione ed applicazione ISC/TAEG), va infine negato che l'errata indicazione del suddetto indicatore comporti la nullità della clausola relativa alla determinazione degli interessi con conseguente applicazione dell'art. 117, co. 6 e co. 7 T.U.B..

Questo perché l'ISC non costituisce "un tasso di interesse o una specifica condizione economica da applicare al contratto di finanziamento, ma svolge unicamente una funzione informativa finalizzata a mettere il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi", ragion per cui l'erronea indicazione dello stesso non comporta, di per sé, una maggiore onerosità del finanziamento, quanto piuttosto un'erronea rappresentazione del suo costo complessivo (cfr. Trib. Roma ord. 19.4.2017). L'eventuale erronea indicazione dell'ISC non incide, pertanto, sulla validità del contratto, ma concreta eventualmente una violazione degli obblighi di trasparenza e pubblicità posti a carico degli intermediari, foriera, semmai, di una responsabilità contrattuale della Banca (cfr. *ex plurimis* Trib. Bologna n. 1008/2019).

Tale assunto trova conferma nel rilievo che la sanzione dell'invalidità è stata prevista dal legislatore solo per il caso del credito al consumo - dal cui ambito esula il contratto oggetto della presente controversia per difetto dei requisiti di cui agli artt. 121 e 122 T.U.B. -, atteso che l'art. 125-bis, co. 6 T.U.B. espressamente prevede, per il caso in cui il TAEG indicato nel contratto non sia stato



determinato correttamente, che le clausole che impongono al consumatore costi aggiuntivi rispetto a quelli effettivamente computati nell'ISC siano da considerarsi nulle; siffatta nullità non è, invece, prevista dall'art. 117 T.U.B per le operazioni diverse dal credito al consumo, ragion per cui - per il principio *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit* - la relativa clausola non può ritenersi nulla (sul punto cfr. Trib. Milano n. 10832/17).

Del pari destituite di fondamento sono le doglianze relative alla determinazione degli interessi ancorata all'Euribor (rilevazione del costo del denaro a breve o brevissimo termine), parametro accettato dalla comunità finanziaria internazionale, non rimesso alla volontà della banca mutuante, variabile in aumento e riduzione, con determinabilità dell'interesse mediante il rinvio recettizio al tasso di riferimento, conformemente al disposto degli artt. 117 comma 6 TUB e 1346 c.c..

Quanto, poi, alla rimostranza relativa all'utilizzo dell'indice Euribor in contrasto con la disciplina anticoncorrenziale di cui alla Legge n. 287/1990, non si può affermare aprioristicamente che l'Euribor costituisca il frutto di accordo di cartello, volto a fissare "direttamente o indirettamente i prezzi", in assenza della prova di una vera e propria intesa di cartello a cui ha partecipato la banca mutuante, volta ad eludere la disciplina anticoncorrenziale - prova allo stato mancante -; non potendo a tal fine ritenersi determinante la decisione della Commissione Europea citata dall'opponente.

P.Q.M.

Respinge l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo;

avendone fatto richiesta le parti, concede i termini di cui all'art. 183, co. 6, c.p.c. e, considerato il carico del ruolo, rinvia all'8 giugno 2021 ore 10.00 per i provvedimenti istruttori;

spese al definitivo, trattandosi di procedimento cautelare in corso di causa.

Si comunichi.

Grosseto, 15.2.2020

Il giudice

dr.ssa Adriana Forastiere

