

N. R.G. 2638 /2018



Tribunale Ordinario di Tivoli

Il Tribunale in composizione collegiale, composto dai magistrati

Dott.ssa Maria Luisa Messa

Presidente

Dott. Luca Buffoni

Giudice

Dott.ssa Sibilla Ottoni

Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Nel procedimento ex art. 669 *terdecies* iscritto al n. r.g. [REDACTED]/2018 promosso da:

[REDACTED] e [REDACTED] A, con il patrocinio dell'Avv.

VINCENZO CANCRINI;

RECLAMANTI

contro

BHW Bausparkasse AG, in persona del legale rappresentante *p.l.*, con il patrocinio dell'Avv.

[REDACTED]

RECLAMATA

Le conclusioni delle parti



1. Parte reclamante - agendo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. - domanda, in riforma dell'ordinanza del 09.05.2018 emessa nella procedura esecutiva R.G.E. 444/2014, di “*sospendere la procedura esecutiva di cui all'Atto di Pignoramento immobiliare notificato agli Opponentii il 12.09.2014, meglio indicato in atti e/o l'esecuzione in corso, per le ragioni tutte indicate in atti. Con ogni consequenziale pronuncia altresì. Vittoria di spese e compensi professionali, compreso rimborso spese generali, come per legge.*”.

2. Parte convenuta chiede “*In via preliminare: rigettare l'istanza di sospensione della procedura esecutiva; Nel merito: rigettare il reclamo dei debitori e confermare l'Ordinanza del Dott. Piovano del 09.05.2018, confermando, altresì, la legittimità e regolarità del titolo esecutivo posto a fondamento dell'esecuzione da BHW Bausparkasse AG e rappresentato dall'atto pubblico notarile di consenso ad iscrizione di ipoteca a garanzia di prestito, con contestuale riconoscimento di debito, stipulato in data 28.12.2001 a rep. n. 17965 e racc. 7642 de [redacted] Notaio in Roma, iscritta presso la Conservatoria dei Registri immobiliari di Roma in data [redacted] al n. Reg. Gen. [redacted] 6 e Reg. Part. 179, nonché la legittimità e regolarità degli atti esecutivi e della procedura esecutiva immobiliare. Con vittoria di spese e competenze, oltre accessori, come per legge.*”.

Le ragioni della decisione

1. L'odierno procedimento è originato nell'ambito di una procedura esecutiva con la quale la **BHW Bausparkasse AG** ha fatto valere, nei confronti dei signori [redacted] e [redacted], il credito risultante da un atto notarile di consenso all'iscrizione di ipoteca, collegato all'erogazione di un mutuo fondiario.

2. Il mutuo è a sua volta inserito in un prodotto finanziario costituito dal collegamento negoziale tra tre distinti contratti:

- un contratto di risparmio edilizio, con il quale il concessionario si è impegnato al versamento rateale di somme a titolo di investimento, remunerate ad un tasso di interesse determinato, al fine di ottenere, una volta raggiunta una certa redditività dell'investimento (c.d. momento di assegnazione), la concessione di un mutuo a condizioni agevolate, in quanto parzialmente coperto dalle somme investite (artt. 2 e 4 del contratto allegato al titolo esecutivo);
- un contratto di mutuo fondiario per euro 62.000,00, cui si applicano le condizioni già pattuite al momento della stipula del contratto di risparmio edilizio, la cui erogazione ed il cui ammortamento avrebbero avuto inizio soltanto al momento di assegnazione, momento che si



sarebbe collocato temporalmente in corrispondenza con il raggiungimento di determinate condizioni di redditività dell'investimento, e che quindi avrebbe potuto slittare in ragione dell'andamento dei versamenti effettuati dal mutuatario a titolo di risparmio edilizio (artt. 3 e 5 del contratto);

- un contratto c.d. di mutuo immediato, che costituisce una variante aggiuntiva dello schema suddetto, con il quale la banca ha concesso immediatamente al mutuatario le somme oggetto di mutuo (ossia l'importo di euro 62.000,00), in anticipo quindi rispetto al momento di assegnazione (in cui sarebbe cominciato l'ammortamento e l'applicazione delle condizioni di ammortamento pattuite), e tale anticipo avrebbe dovuto essere remunerato attraverso il versamento interinale – nelle more dell'assegnazione – di rate corrispondenti al solo tasso di interesse, da corrispondersi contestualmente al versamento delle rate del contratto di risparmio edilizio (artt. 3 e 5 del contratto).

3. A fronte dell'inadempimento delle obbligazioni così assunte da parte dei mutuatari, la banca dapprima, in data 21.12.2012, ha risolto il contratto, e successivamente ha notificato atto di precetto per l'importo di euro 56.792,75.

4. Il provvedimento reclamato è costituito dall'ordinanza pronunciata del 09.05.2018, emessa nella procedura esecutiva R.G.E. 444/2014, con la quale il G.E. [REDACTED] ha rigettato l'istanza di sospensione dell'esecuzione avanzata dagli esecutati ex art. 624 c.p.c.

Le motivazioni del rigetto consistono sostanzialmente nella riscontrata legittimità del contratto di risparmio edilizio e del contratto di mutuo sottoscritti all'atto notarile di consenso all'iscrizione di ipoteca.

5. Avverso detta ordinanza, i reclamanti hanno proposto impugnazione ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., adducendo una serie di motivi, riconducibili a tre distinti profili di doglianza:

- a) omesso rilievo, da parte del G.E., della carenza dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità di cui all'art. 474 c.p.c. in capo al titolo esecutivo, costituito dall'atto notarile di consenso all'iscrizione di ipoteca: per indeterminatezza della durata del mutuo (1° motivo); per mancanza della *traditio* della somma mutuata, e quindi mancanza “*degli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione*” e violazione della natura reale del contratto di mutuo (2° motivo); per indeterminatezza dell'oggetto dell'obbligazione restitutoria, dipendendo la stessa



- dall'ammontare degli interessi a loro volta connessi con l'incerta durata del mutuo stesso (3° motivo);
- b) omesso rilievo, da parte del G.E., della violazione di norme imperative e di nullità assolute rilevabili d'ufficio: l'art. 117 TUB a norma del quale tanto il tasso di interesse quanto il periodo di tempo predeterminato devono essere desumibili dal contratto a pena di nullità dello stesso (3° motivo); artt. 1325, 1343, 1344 e 1418 c.c. per causa illecita o in fronde alla legge o per carenza di causa in concreto della complessa operazione di finanziamento costituita dal collegamento negoziale tra il contratto di risparmio edilizio, il mutuo immediato ed il mutuo fondiario, nonché per via dell'illecita imputazione dei versamenti di cui alla prima fase (mutuo immediato) esclusivamente agli interessi (4° motivo);
- c) nullità dell'intera operazione in quanto consente di fatto l'applicazione di interessi ultralegali ed usurari, e si risolve in una violazione delle norme antiusura: per mancata indicazione di ISC o TAEG, con conseguente violazione degli obblighi informativi ed indeterminatezza dell'oggetto del contratto, nonché per mancata consegna di una copia ai clienti e per erroneità del calcolo del TAN del mutuo immediato (5° motivo); violazione dei tassi soglia tempo per tempo vigenti, in particolare attraverso la previsione di un TAEG usurario (così come ricalcolato nella perizia giurimetrica prodotta) (6° motivo); conseguente elusione delle norme anti usura.
6. Tanto nel giudizio di esecuzione quanto nel procedimento per reclamo si è costituita la banca creditrice, contestando le avverse argomentazioni in virtù della piena legittimità del titolo esecutivo e dello schema negoziale sotteso, chiedendo il rigetto del reclamo.
7. Poiché il reclamante ha ragione di lamentare che, nell'ordinanza del GE, l'individuazione del titolo esecutivo non è chiara, va premesso che lo stesso deve individuarsi nell'atto pubblico notarile di consenso ad iscrizione di ipoteca volontaria con contestuale riconoscimento di debito. Tale atto è stato stipulato in data [redacted] rep. n. 17965 e racc. 7642 del Dott. [redacted], Notaio in Roma, iscritta presso la Conservatoria dei Registri immobiliari di Roma in data 12.01.2002 al n. Reg. Gen. 1 [redacted] e Reg. Part. 179 e munito di formula esecutiva (doc. 1 opponente e doc. 2 opposta). Tale atto recepisce le condizioni previste dal contratto di mutuo, che è allegato allo stesso e ne costituisce parte integrante.



8. La questione giuridica controversa è se l'atto notarile in questione sia valido titolo esecutivo ai sensi degli artt. 474, co. 2 n. 3, e 475 c.p.c. Secondo le argomentazioni della banca e secondo la giurisprudenza citata dalla stessa a sostegno delle proprie tesi, tale validità discenderebbe dalla ricognizione di debito ivi contenuta, sufficiente ai fini della certezza del credito.

9. Trattandosi di ricognizione titolata, cui consegue una parziale astrazione in base alla quale il creditore può limitarsi ad azionare il titolo, grava sul debitore la prova che il rapporto obbligatorio menzionato nel titolo stesso non sia mai sorto, sia invalido o si sia estinto (*ex multis*, Cass. civ. Sez. III, 15-05-2009, n. 11332; Sez. II, 17-06-2014, n. 13776).

Le contestazioni di parte reclamante sono volte in parte a sconfessare la validità del titolo ed in parte a mettere in discussione l'esistenza, o comunque la validità, del rapporto sottostante.

10. Il primi tre motivi, relativi alla carenza dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità di cui all'art. 474 c.p.c. in capo al titolo esecutivo, sono fondati e vanno accolti per le ragioni che si vanno ad esporre.

11. I mutuatari, nell'atto notarile azionato in via esecutiva dalla banca, si sono effettivamente riconosciuti debitori, impegnandosi "*per sé, successori ed aventi causa a qualsiasi titolo a restituire tale somma* (di euro 62.000,00 di cui al contratto di mutuo fondiario) *secondo le modalità, i termini e le condizioni che risultano dal citato Contratto di Mutuo Fondiario*", peraltro trascritte nell'atto stesso anche per quanto riguarda gli interessi (cfr. atto di precetto e titolo allegati alla comparsa di parte opposta). Non vi è quindi un mero riferimento al titolo (riconoscimento di debito titolato), bensì un assorbimento del contratto stesso nell'atto notarile che costituisce titolo esecutivo. Per la validità del titolo, deve quindi guardarsi anche a tale contratto, non soltanto in termini di esistenza e validità del rapporto sottostante, bensì in termini di sua idoneità a costituire titolo esecutivo.

12. Il contratto di mutuo, per costate giurisprudenza, può costituire titolo esecutivo esclusivamente se vi è *traditio* delle somme mutate, sia essa attuata tramite materiale trasferimento delle somme o soltanto tramite loro fuoriuscita dalla disponibilità del mutuante per entrare nella disponibilità del mutuatario; occorre verificare, attraverso la sua interpretazione 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 ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge (Sez. 3, Sentenza n. 17194 del 27/08/2015, Rv. 636305 - 01).

Nel caso di specie, è dubbio il trasferimento della disponibilità delle somme mutate dalla banca ai mutuatari. L'atto notarile fa infatti riferimento ad una assegnazione futura e condizionata (cfr. p. G n. 2 dell'atto notarile: "*l'importo del mutuo ... viene erogato alla parte mutuataria solo ed esclusivamente dopo il verificarsi di tutte le condizioni ... di cui al presente atto*"); analogo tenore ha il contratto allegato allo stesso (cfr. art. 2 del contratto).

Nell'atto si legge, ancora, che "*la somma sarà accreditata, direttamente alla parte mutuataria attraverso accredito sul C/C n. 2712/86 ...*". Tuttavia la nota di erogazione del 24.12.2001 prodotta dalla banca - in disparte il rilievo che detta erogazione non riveste la forma prescritta - dimostra esclusivamente il trasferimento delle somme in favore del Dott. [REDACTED], notaio rogante, sul richiamato conto n. [REDACTED] e non ai mutuatari.

Il tenore dell'atto si appalesa quindi contraddittorio, non potendosi evincere in modo certo dallo stesso se vi sia effettivamente stata *traditio* delle somme. La complessità del meccanismo negoziale sotteso all'iscrizione di ipoteca - ed in particolare il doppio passaggio mutuo immediato-mutuo successivo all'assegnazione - richiederà che tale requisito sia accertato nella fase di merito, ma le contraddizioni evidenziate sono senz'altro idonee a costituire *fumus boni iuris* e quindi gravi motivi ai fini della sospensione dell'esecuzione.

13. Pur volendo ritenere che il contratto di mutuo sia estraneo al titolo esecutivo, e limitarsi quindi esclusivamente alla valutazione del riconoscimento di debito contenuto nell'atto di iscrizione di ipoteca e dalla quietanza rilasciata nell'atto stesso dai debitori per l'importo mutuato (cfr. lett. G dell'atto), deve rilevarsi che tali dichiarazioni risultano contraddittorie rispetto al contenuto dell'atto stesso, in virtù del fatto che l'erogazione delle somme mutate risulta essere procrastinata ad un momento futuro, nonché rispetto alla documentazione presente in atti, posto che l'erogazione delle somme di cui alla quietanza risulta a favore di un soggetto - il notaio rogante - diverso dai mutuatari stessi, come già sottolineato.

Anche in questo caso, il fatto che tali ambiguità siano ingenerate dall'esistenza di due distinti contratti, quello di mutuo immediato e quello di mutuo successivo all'assegnazione, non vale ad



escludere il *fumus*, non risultando in maniera chiara a quale dei due contratti il riconoscimento del debito e la quietanza siano riferiti, sicché sussistono allo stato dubbi sulla certezza, liquidità ed esigibilità del credito. Tali requisiti devono infatti risultare dal titolo stesso, la cui conformità al disposto dell'art. 474 c.p.c. appare oggi fortemente incerta a fronte delle richiamate contraddizioni contenute nell'atto notarile.

14. Restano assorbiti i restanti motivi di reclamo, relativi all'invalidità dell'operazione negoziale sottesa all'atto notarile (per violazione di norme imperative e per la sussistenza di nullità assolute rilevabili d'ufficio, in particolare in relazione alla illiceità della causa o all'assenza di causa in concreto), alla mancanza nel titolo degli elementi strutturali dell'obbligazione (per indeterminatezza dell'oggetto delle obbligazioni restitutorie in capo alla parte mutuataria), alle condizioni contrattuali applicate (asseritamente illegittime e tali da comportare, a seguito di ricalcolo, una posizione creditoria dei reclamanti nei confronti della banca, comprovando l'avvenuta estinzione del debito). Tali questioni andranno eventualmente affrontate nella fase di merito, a seguito di approfondita istruttoria.

15. Da ultimo, si rileva che la domanda di sospensiva ed il reclamo sono fondati, oltre che sugli esposti argomenti inerenti la fondatezza dell'opposizione, sull'allegazione di un *periculum in mora*. Questo collegio ritiene di dover interpretare la locuzione gravi motivi di cui all'art. 624 c.p.c. nel senso che la relativa valutazione sia primariamente incentrata sulla probabile fondatezza del ricorso, sufficiente - laddove evidenzi l'illegittimità della procedura esecutiva - a giustificare la sua sospensione. Ritiene tuttavia il collegio che tale valutazione possa estendersi anche alla sussistenza di un pregiudizio per l'istante (Sez. 3, Ordinanza n. 15467 del 11/07/2007, Rv. 598521 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 707 del 16/01/2006, Rv. 590562 - 01), qualora allegato dal reclamante, da intendersi diverso ed ulteriore rispetto a quello implicito in qualsiasi procedura esecutiva, e da valorizzare in termini di *periculum*.

Nel caso di specie, i reclamanti hanno allegato che il bene immobile su cui è iscritta l'ipoteca costituisce la propria casa di abitazione, nella quale gli stessi vivono insieme ai due figli; gli stessi hanno inoltre documentato di aver ad oggi già corrisposto importi per euro 83.248,24 (calcolato alla data del 01.08.2017 - Cfr. Perizia Contabile Giurimetrica - doc. 16 dell'opposizione, PROSPETTO n. 7).



Tali circostanze rendono il pregiudizio per i debitori eseguiti, in mancanza di sospensione, assolutamente sproporzionato rispetto all'entità del debito e della condotta complessiva delle parti in costanza di rapporto, e tale circostanza concorre a ritenere sussistenti i gravi motivi richiesti dall'art. 624 c.p.c. per la sospensione.

16. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, in applicazione dei criteri di cui al D.M. 55/2014, in base al valore della controversia, tenuto conto della quantità e complessità delle questioni affrontate, della natura dei diritti coinvolti, della qualità delle parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulle domande e le eccezioni proposte dalle parti nella causa **n. 2638/2018 r.g.:**

Accoglie il reclamo e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata,

Sospende la procedura esecutiva R.G.E. 444/2014;

Condanna parte reclamata al pagamento delle spese di lite del presente giudizio, liquidate in euro 4.000,00 per compensi di avvocati, oltre ed accessori come per legge, ed euro 147,00 per spese vive;

Tivoli, 20.7.2018

Il Presidente

Mara Luisa Messa

Il Giudice relatore

Sibilla Ottoni

