



TRIBUNALE DI CATANZARO
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale di Catanzaro, Seconda Sezione Civile, riunito in camera di consiglio e così composto:

Dott.ssa Maria Concetta Belcastro	Presidente
Dott.ssa Alessia Dattilo	Giudice
Dott.ssa Chiara Ierardo	Giudice rel.

letti gli atti ed esaminati i documenti;

udito il giudice relatore;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 22 maggio 2024;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento proposto ai sensi degli artt. 624 e 669-terdecies c.p.c., recante n. 1005/2024 R.G.

TRA

XXXXX XXXXX (C.F.: xxxxxxxxxxxxxxxxxxx) e **XXXXXX XXXXX** (C.F.: xxxxxxxxxxxxxxxxxxx),
rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppa Gagliostro del Foro di Palmi, che dichiara di voler ricevere le
comunicazioni e le notifiche all'indirizzo alla PEC studio@pec.avvocatogagliostro.it;

- parte reclamante -

E

XXXXXX SPV SRL, in persona dell'*l.r.p.t.*, (iscr. Reg. impr. Treviso-Belluno N. 05074030262) e per
essa, quale mandataria, **XXXXXX XXXXXX SERVICING S.P.A.**, in persona del suo *l.r.p.t.*, (CF/P.iva
08360630159), qui rappresentata da **XXXXXX XXXXXX SOLUTIONS SPA**, in persona del suo
l.r.p.t., (CF/P.iva 13048380151), rappresentata e difesa dall'Avv. XXXXXXXXXXXX del Foro di
Genova ed elettivamente domiciliata in Catanzaro presso lo studio dell'avv. XXXXXXXXXXX XXXX, Via
XXXXXXXXXX;

- parte reclamata -

SO.GE. T. SPA, (C.F./P.I. 01807790686), in persona del suo *l.r.p.t.*, con sede in Pescara alla Via
Venezia n° 47

- parte reclamata contumace -

OSSERVA E RILEVA

1. La società **XXXXXX SPV s.r.l.**, agendo n. q. di cessionaria dei crediti di BPER Banca, nell'ambito di
una operazione di cartolarizzazione *ex L. 130/99*, e per essa, **XXXXXX XXXXXX SERVICING SPA**,
rappresentata da **XXXXXX XXXXXX SOLUTIONS SPA**, in data 20 aprile 2021 ha notificato un atto di
precetto nei confronti di **XXXXXX XXXX** e **XXXX XXXXX**, intimando loro il pagamento della
complessiva somma di euro 207.738,54, oltre interessi e spese a titolo di saldo delle rate insolute e non
pagate del contratto di mutuo fondiario stipulato a rogito del notaio Rocco Guglielmo del 29 dicembre
2005, rep. n. XXXX, racc. n. XXXX.

Il successivo 9 giugno 2021 la società predetta ha notificato ai debitori un atto di pignoramento
immobiliare sugli immobili concessi in garanzia, sicché, i debitori, con ricorso *ex art. 615, co. 2, c.p.c.*
si sono opposti al pignoramento deducendo il difetto di legittimazione della creditrice procedente a



svolgere attività di riscossione crediti e ad agire *in executivis*, per mancanza di iscrizione della stessa all'albo di cui all'art. 106 TUB, imposta dall'art. 2, co. 6 della L. 130/99; in subordine hanno eccepito la natura di negozio meramente obbligatorio del contratto di mutuo a suo tempo stipulato (anziché di contratto reale) per assenza di una effettiva *traditio* delle somme mutate, con conseguente inefficacia del contratto quale titolo esecutivo al fine di una valida introduzione di una procedura esecutiva.

Il G.E. designato per la trattazione della procedura esecutiva (iscritta al n. XXX/2021 RGE), non ravvisando il *fumus boni iuris* dei profili di illegittimità della procedura, denunciati da parte debitrice, ha respinto l'istanza di sospensione della procedura esecutiva.

Avverso l'ordinanza resa dal G.E. in data 14/02/2024, XXXX XXX e XXXX XXXX hanno proposto tempestivo reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c., affidandolo a due motivi.

Più precisamente, ricostruita la disciplina e la *ratio* della riserva dell'attività di recupero e riscossione *ex art. 2*, comma 6, L. 130/1999 stabilita a favore dei soli soggetti iscritti nell'elenco *ex art. 106 TUB*, parte reclamante ha lamentato l'errore in cui sarebbe incorso il G.E. nel ritenere che la società agente abbia mutuato i poteri di rappresentanza processuale dal c.d. *servicer* (XXXX XXX Servicing S.p.a.), regolarmente iscritto all'albo di cui all'art. 106 T.U.B. e titolare di mandato da parte della società veicolo, XXXXX SPV S.r.l., cessionaria del credito originario.

Nel ribadire che l'unico soggetto iscritto all'Albo *ex art. 106 TUB* (XXXX Servicing S.p.a.) è rimasto estraneo al procedimento esecutivo e ha illegittimamente delegato alla riscossione del credito il *sub-servicer* (XXXX XXX Solution S.p.a.) – società che, tuttavia, è priva del potere di rappresentanza sostanziale, sicché non può riscuotere i crediti per i quali sta agendo in *executivis* – ha chiesto di “*rilevare e dichiarare la nullità, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., della procura del procedente in atti e, in riforma dell'ordinanza reclamata, sospendere la procedura esecutiva RGE n. 80/2021*”.

Con il **secondo motivo** di doglianza, parte reclamata ha dedotto che, contrariamente a quanto ritenuto dal G.E., **il contratto di mutuo posto a fondamento della procedura esecutiva impugnata vada qualificato come mutuo condizionato, inidoneo, come tale, ad assumere l'efficacia di titolo esecutivo, poiché la banca, ex art. 1, non ha consegnato al mutuatario alcuna somma, atteso che la stessa è stata “dalla banca versata su un conto infruttifero e sarà resa disponibile alla parte mutuataria” solo dopo gli adempimenti di cui alle formalità previste nel successivo art. 16 del Regolamento richiamato e allegato.**

Rilevato allora che, nel caso di specie, non vi è stata erogazione del credito (perché contrattualmente differita a un momento successivo), né sussiste alcuna dichiarazione in questo senso o quietanza da parte del mutuatario; che l'eventuale prova esterna della successiva disponibilità della somma non giova a conferire al contratto in questione la natura di titolo esecutivo privilegiato, attribuito dalla legge al mutuo fondiario, **parte reclamante ha concluso evidenziando che la radicale mancanza *ab origine* del requisito di esigibilità del titolo con il quale è stato dato impulso all'esecuzione immobiliare *de quo*, rende nulla e travolge, *ex tunc*, tutta la procedura esecutiva con la conseguenza che, non esistendo un valido pignoramento, il processo esecutivo medesimo è improseguibile.**

Costituitasi in giudizio la società XXXXX SPV s.r.l., ha resistito al reclamo, rilevandone l'infondatezza in fatto e in diritto e chiedendo la conferma del provvedimento impugnato.

Non si è costituita, invece, la SOGET S.p.a., nonostante la regolare notificazione del reclamo nei suoi confronti. Essa deve essere, dunque, dichiarata contumace



Verificata la regolarità del contraddittorio, all'udienza del 22 maggio 2024, fissata per la discussione del reclamo, parte reclamante ha dichiarato di rinunciare al primo motivo di doglianza, stante la sopravvenuta pronuncia della Cass. n. 7243 del 18 marzo 2024. **Ha, insistito, invece sul difetto di efficacia del titolo esecutivo, all'uopo richiamando Cass. n. 12007 del 3 maggio 2024.**

2. Limitato l'esame al secondo motivo di reclamo, relativo all'inidoneità del contratto di mutuo fondiario a fungere da titolo esecutivo – stante la rinuncia espressa al primo motivo di doglianza – **il Collegio ritiene che lo stesso meriti accoglimento**, seppure nei termini che di seguito si andranno a specificare.

Ebbene, a riguardo giova precisare in premessa che il contratto di mutuo è un contratto reale che si perfeziona, *ex art.* 1813 c.c., con la consegna della quantità di denaro o di altre cose fungibili che ne forma l'oggetto.

Come noto, la tradizionale concezione della consegna del bene mutuato, intesa quale materiale *traditio rei*, è stata superata dalla giurisprudenza della S.C., che ha ritenuto integrato il requisito della consegna non solo in caso di materiale apprensione della somma mutuata, ma anche laddove la stessa venga posta nella disponibilità giuridica del mutuatario, ritenendo il mutuo validamente perfezionato tante volte in cui il contratto “*contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata*” (v. *ex multis* Cass. n. 17194 del 27 agosto 2015), evenienza che si verifica tante volte in cui le somme siano fuoriuscite dal patrimonio del mutuante e siano entrate in quello del mutuatario.

Ebbene, va immediatamente evidenziato che tale spostamento patrimoniale si è certamente verificato nel caso di specie.

Le somme, infatti, sono giuridicamente uscite dal patrimonio della mutuante e sono trasigrate nella disponibilità del mutuatario; **questi, tuttavia, le ha contestualmente restituite alla banca affinché le costituisse in deposito infruttifero presso sé stessa a garanzia dell'adempimento degli obblighi gravanti sul primo, così come individuati nel contratto e sostanzialmente finalizzati al consolidamento della garanzia ipotecaria.**

Più precisamente nell'art. 1 del contratto si legge che “*tale somma viene, ora, dalla Banca versata su un conto infruttifero e sarà resa disponibile alla parte mutuataria, con valuta odierna, dopo l'adempimento delle formalità di cui all'art. 16 del Regolamento allegato*”; il successivo art. 16 del Regolamento prevede che “*la Banca procederà all'erogazione dopo che il mutuatario: - avrà presentato alla Banca copia autentica e copia esecutiva del contratto corredate dalla relativa nota di avvenuta iscrizione ipotecaria; - avrà presentato alla Banca attestato del notaio rogante da cui si evinca che l'ipoteca iscritta è del grado previsto; - avrà adempiuto alle condizioni tutte previste dal contratto compresa quella della polizza di assicurazione dei beni ipotecati a norma dell'art. 12 che precede*”.

Dal contenuto delle disposizioni appena richiamate emerge, allora, altrettanto chiaramente, che i **paciscenti hanno convenuto il rientro delle somme nella disponibilità del mutuatario all'esito dell'adempimento di quanto prescritto all'art. 16 del Regolamento allegato al contratto.**

Chiarita, nei termini predetti, la natura reale del contratto stipulato, come tale perfettamente valido ed efficace, **si pone la necessità di verificare se l'atto medesimo sia altresì idoneo a costituire titolo esecutivo.**

Sulla questione è recentemente intervenuta la S.C. con la pronuncia n. 12007 del 3 maggio 2024, la quale, occupandosi di un caso analogo, ha chiarito che l'atto pubblico notarile a mezzo del quale è



stipulato il contratto di mutuo non è idoneo titolo esecutivo qualora la somma mutuata sia contestualmente costituito in deposito cauzionale.

Più precisamente, la Corte di Cassazione, nella sentenza appena citata, ha innanzitutto evidenziato che *“la questione di diritto da risolvere, nella specie, non riguardava semplicemente la sussistenza e la validità del contratto di mutuo, ma l’efficacia di titolo esecutivo dell’atto pubblico notarile posto dalla società procedente alla base dell’azione esecutiva minacciata con il precetto opposto, e poiché tale atto pubblico conteneva ulteriori pattuizioni tra le parti, oltre alla mera stipulazione del contratto di mutuo, la corte d’appello non avrebbe dovuto limitarsi ad accertare il regolare perfezionamento, l’esistenza e la validità del contratto di mutuo, ma avrebbe dovuto verificare se, sulla base del complessivo rapporto negoziale posto in essere dalle parti ed emergente dall’atto pubblico fatto valere come titolo esecutivo, sussistesse o meno una obbligazione attuale di pagamento di una somma di danaro a carico della società mutuataria ed in favore della banca mutuante, come richiesto dall’art. 474 c.p.c., ovvero se l’eventuale obbligazione della suddetta società mutuataria non fosse attuale, in quanto essa sarebbe sorta solo al verificarsi di determinate condizioni, successive alla stipulazione ed estranee ai documenti in base ai quali il mutuo era – pure correttamente – ricostruito come concluso, come sostenuto dalla società opponente. 2.3 A tal fine, naturalmente, non poteva essere sufficiente verificare se fosse stato stipulato tra le parti un valido contratto di mutuo (anche di carattere reale e non meramente obbligatorio o condizionato), ma sarebbe stato necessario tener conto di tutte le ulteriori pattuizioni negoziali e, comunque, di tutto quanto convenuto nell’atto pubblico fatto valere come titolo esecutivo, ai sensi dell’art. 474 c.p.c.”.*

Con specifico riferimento all’operazione negoziale posta in essere dalle parti nella fattispecie concreta sottoposta al proprio esame, la Cassazione, con ragionamento pienamente trasponibile nel caso di specie, ha osservato che *“il deposito bancario ha natura di deposito irregolare e, di conseguenza, fa acquistare al depositario la proprietà della somma di denaro depositata (art. 1834 c.c.), con obbligo di quest’ultimo di restituirla nella stessa specie monetaria: tale obbligo, nel caso in esame, viene indicato dalle parti come “svincolo” della somma depositata e risulta subordinato al verificarsi di talune condizioni indicate nello stesso contratto di mutuo (sostanzialmente, il consolidarsi della garanzia ipotecaria, nonché le altre condizioni specificamente indicate)”* (v. Cass. n. 12007/2024 cit.).

Quanto detto, prosegue la S.C., implica che la somma mutuata, in virtù del deposito irregolare, è uscita dalla disponibilità del mutuatario, per tornare giuridicamente nella disponibilità della sola banca mutuante alla quale è attribuito *“il diritto potestativo di disporre lo “svincolo” (cioè il trasferimento della proprietà) in favore della mutuataria stessa, in virtù di un proprio successivo atto di volontà non coercibile, a seguito di una autonoma valutazione in ordine all’avvenuto verificarsi o meno delle condizioni indicate nel contratto”* (v., ancora, **Cass. n. 12007/2024 cit.**).

A questo punto, **la Cassazione chiarisce** come, *nella valutazione dell’attitudine del mutuo fondiario a fungere da titolo esecutivo, non giova valorizzare che, al verificarsi delle condizioni contrattualmente previste, il ri-accredito delle somme sia obbligatorio in quanto “non vi è dubbio che, fino al momento dell’effettivo “svincolo” delle somme depositate sul conto infruttifero presso la banca mutuante, non potrebbe dirsi esistente alcuna obbligazione restitutoria in capo alla società mutuataria, in quanto: a) le somme date a mutuo, dopo il perfezionamento del relativo contratto, erano tornate immediatamente ed integralmente nella disponibilità della banca*



mutuante; b) la società mutuataria non ne aveva, quindi, più la disponibilità, per averle trasferite alla banca mutuante”.

Ciò, con la conseguenza che, se la parte creditrice intende agire esecutivamente, è necessario che la stessa ponga a fondamento dell'atto di precetto non solo il contratto di mutuo ma anche l'atto pubblico notarile ovvero la scrittura privata autenticata attestanti il ritrasferimento al mutuatario delle somme svincolate.

Tutto quanto premesso, la S.C. ha, pertanto concluso, esprimendo il seguente **principio di diritto**: “«nel caso in cui venga stipulato un complesso accordo negoziale in cui una banca concede una somma a mutuo e la eroghi effettivamente al mutuatario (anche mediante semplice accredito, senza consegna materiale del danaro), ma, al tempo stesso, si convenga altresì che tale somma sia immediatamente ed integralmente restituita dal mutuatario alla mutuante (e se ne dia atto nel contratto), con l'intesa che essa sarà svincolata in favore del mutuatario stesso solo al verificarsi di determinate condizioni, benché debba riconoscersi come regolarmente perfezionato un contratto reale di mutuo, deve però escludersi, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., che dal complessivo accordo negoziale stipulato tra le parti risulti una obbligazione attuale, in capo al mutuatario, di restituzione della somma stessa (che è già rientrata nel patrimonio della mutuante), in quanto tale obbligazione sorge – per volontà delle parti stesse – solo nel momento in cui la somma in questione sia successivamente svincolata in suo favore ed entri nuovamente nel suo patrimonio; di conseguenza deve altresì escludersi che un siffatto contratto costituisca, da solo, titolo esecutivo, essendo necessario un ulteriore atto, necessariamente consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 c.p.c. (atto pubblico o scrittura privata autenticata) che attesti l'effettivo svincolo della somma già mutuata (e ritrasferita alla mutuante) in favore della parte mutuataria, solo in seguito a quest'ultimo risorgendo, in capo a questa, l'obbligazione di restituzione di quella somma».”

Applicando gli esposti principi al caso sottoposto alla cognizione di **questo Collegio**, nonostante sia incontestato il perfezionamento del contratto di mutuo, non può non fare a meno di darsi rilievo agli ulteriori adempimenti negoziali pattuiti, dai quali si evince chiaramente che, al momento della stipula dell'atto pubblico notarile, la parte mutuataria non si trovava nella disponibilità della somma mutuata.

Conseguentemente il G.E. non avrebbe dovuto riconoscere efficacia esecutiva all'atto pubblico nel quale è cristallizzato il contratto di mutuo fondiario in quanto dal tenore dell'atto medesimo non emerge l'insorgenza, a carico del mutuatario, di obbligazione restitutoria certa, liquida ed esigibile. Piuttosto per agire esecutivamente il creditore avrebbe dovuto dotarsi di un ulteriore titolo esecutivo (i.e. l'atto di erogazione e quietanza delle somme) **successivo al deposito infruttifero**, collegato con il mutuo e stipulato anch'esso nelle forme di atto pubblico notarile ovvero di scrittura privata autenticata *ex art. 474 co 2 c.p.c.*

Né, d'altronde, a paralizzare l'eccezione vale la circostanza – pure evidenziata dalla difesa di parte reclamata – che le somme siano state incontestatamente versate, tant'è vero che – aggiunge il Collegio – il credito ha ad oggetto la restituzione di una parte del mutuo stesso.

Ciò non priva, infatti, l'opposizione del *fumus* di fondatezza che le è proprio e al cui esame si deve procedere in questa fase.

Il giudizio di opposizione all'esecuzione, infatti, tende prioritariamente ad accertare l'esistenza di un titolo esecutivo – costituito, come detto, dall'atto di erogazione e quietanza a seguito di svincolo delle somme di nuovo di proprietà della Banca, per effetto del deposito – che, nel caso di specie, non è stato versato in atti dalla creditrice.



Il reclamo va, pertanto, accolto sicché il Collegio non può che riformare l'ordinanza reclamata e disporre la sospensione della procedura esecutiva, per come richiesto dalla parte reclamante.

3. Visto il recente orientamento giurisprudenziale sul quale si fonda il convincimento del Collegio, si ritengono sussistenti gravi ed eccezionali ragioni per compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catanzaro, Sezione Seconda Civile, in composizione collegiale, pronunciando sul reclamo di cui in epigrafe, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, così provvede:

1. accoglie il reclamo e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza reclamata, sospende la procedura esecutiva n. XXX/2021 R.G.E.;
2. compensa integralmente le spese di lite.

Così deciso in Catanzaro, nella camera di consiglio del 05.06.2024

Si comunichi.

Il Giudice estensore

Dott.ssa Chiara Ierardo

Il Presidente

Dott.ssa Maria Concetta Belcastro

