



TRIBUNALE ORDINARIO di TORRE ANNUNZIATA
TERZA SEZIONE CIVILE
SETTORE ESECUZIONI

Il Tribunale, in composizione collegiale, nelle persone dei seguenti magistrati:

dott.ssa Emanuela Musi	Presidente relatore
dott.ssa Anna Maria Diana	Giudice
dott. Amleto Pisapia	Giudice

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 13.01.2021;

preso atto dell'avvenuto deposito delle note autorizzate nel termine assegnato scaduto il 23.01.2021;

nel procedimento per reclamo iscritto al n. R.G.E. 5507/2020, avverso l'ordinanza del G.E, dott. Michele Di Martino, del 21.10.2020 promosso da:

XXXXXXXXXXXX, nato a Napoli il **XXXXXXXX**, residente **XXXXXXX XXXXXXXX**, rappresentato e difeso, giusta procura allegata al ricorso per reclamo, dall'avv. Giuseppe **XXXXXX** (C.F. **XXXXXXXXXX**), elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Napoli, al **XXXXXXXX**

- RECLAMANTE

contro

XXXXXXXXXX con sede legale in **XXXXXXX** (P.IVA **XXXXXXX**), e per essa **XXXXXXX** già **XXXXXX**., rappresentata e difesa, in virtù di procura generale dall'avv. **XXXX**, elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Napoli alla **XXXXXXX**

- RECLAMATA

FATTO E DIRITTO

Con ricorso *ex art. 615, II comma c.p.c.*, xxxxxxxx chiedeva al G.E. di adottarsi, in via preliminare, il provvedimento di cui all'art. 624 c.p.c., e nel merito dichiararsi l'insussistenza del diritto della Unicredit s.p.a. di agire *in executivis* nei propri confronti, in ragione della nullità del titolo esecutivo costituito dal contratto di mutuo fondiario ipotecario, stipulato in data 14.06.2007 per l'importo di euro 400.000,00. In particolare, il xxxxxxxx fondava l'istanza cautelare sui seguenti motivi: 1) usurarietà dei tassi di interesse applicati; 2) nullità del piano di ammortamento alla francese per esistenza di un fenomeno anatocistico; 3) incertezza ed indeterminatezza delle condizioni contrattuali; 4) nullità del contratto di mutuo per superamento del limite di finanziabilità *ex art.38, II TUB* (quest'ultimo motivo dedotto in aggiunta a quelli contenuti nell'atto di opposizione a verbale dell'udienza del 20.10.2020 nel procedimento R.G.E. 157/2019 – all. 1 ricorso in opposizione). Inoltre, parte opponente invocava l'applicazione dell'art. 164 *bis* disp. att. c.p.c., ritenendo sussistenti i presupposti per giustificare la chiusura anticipata per infruttuosità della procedura esecutiva. In seguito alla fissazione dell'udienza da parte del G.E. ed alla successiva notifica a cura dell'opponente, si costituiva in giudizio la creditrice procedente, chiedendo il rigetto dell'istanza di sospensione della procedura esecutiva ed insistendo affinché si procedesse alla vendita del bene subastato. Il G.E., a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 20.10.2020, rigettava l'istanza di sospensione, disattendendo le censure formulate da parte opponente, sulla base delle seguenti argomentazioni: 1) infondata è l'eccezione di usurarietà dei tassi di interesse applicati, in quanto la relativa verifica veniva condotta dal Ctp sulla base della sommatoria dei tassi corrispettivi e dei moratori; 2) quanto alla nullità del piano di ammortamento alla francese per illegittima applicazione di interessi anatocistici, tale metodo deve considerarsi pienamente legittimo in quanto non determinante alcuna capitalizzazione degli interessi; 3) priva di fondamento è l'eccezione relativa all'indeterminatezza delle condizioni contrattuali dal momento che le parti hanno indicato espressamente tutte le

condizioni economiche da applicarsi; 4) quanto all'eccezione di nullità *ex art. 38, II comma Tub*, la stessa veniva formulata tenendo conto del valore attuale del bene pignorato, così come determinato in sede di perizia *ex art. 568 c.p.c.*, non di quello dell'epoca di erogazione del finanziamento. Avverso tale ordinanza, promuoveva reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* il xxxxxxxx il quale chiedeva disporsi l'immediata sospensione dell'esecuzione, stante l'avvenuta emissione dell'ordinanza di vendita, sulla base dei seguenti motivi: 1) falsa ed erronea interpretazione dell'art. 624, I comma c.p.c. ed illogicità e contraddittorietà della motivazione addotta; 2) falsa ed erronea interpretazione degli art. 38, co. II e 41 co. I TUB ed illogicità e contraddittorietà della motivazione addotta; 3) omessa valutazione dei presupposti di cui all'art. 164 *bis* disp. att. c.p.c. Si costituiva in giudizio la reclamata, articolando le proprie difese unicamente intorno ai primi due motivi di opposizione (rigettati dal primo giudice e non oggetto di reiterazione in sede di reclamo da parte del xxxxxxxx), chiedendo rigettarsi l'istanza di sospensione dell'esecuzione e confermarsi l'ordinanza emessa dal G.E. All'udienza del 13.01.2021, il Collegio si riservava la decisione, concedendo alle parti termine di giorni 10 per il deposito di ulteriori note illustrative sulla questione rilevata d'ufficio a verbale d'udienza ed afferente alla qualificabilità *ex officio* del contratto di mutuo fondiario in ipotecario ordinario di primo grado nonché alle conseguenze in ordine alla legittimità della intrapresa procedura esecutiva senza la previa notifica del titolo esecutivo. La xxxxxxxx. depositava le proprie note in cui, riportandosi alle eccezioni di cui alla memoria difensiva e ribadendo di condividere le argomentazioni spese dal G.E. nell'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione della procedura esecutiva, insisteva per il rigetto del reclamo; in via gradata, chiedeva farsi salvo il contratto di mutuo, pur se stipulato in violazione dell'art. 38, II comma T.u.b., quale titolo esecutivo, mutandone esclusivamente la natura da fondiario ad ipotecario *ex art. 1424 c.c.*, formulando apposita istanza in tal senso. La difesa del xxxxxxxx nelle proprie note, faceva rilevare, in primo luogo, l'omessa contestazione da parte xxxxxxxx dei fatti posti a fondamento dei motivi di opposizione espressamente reiterati dal xxxxxxxx

nel giudizio di reclamo, invocando all'uopo l'applicazione dell'art. 115 c.p.c. ed insistendo per l'accoglimento del reclamo.

Il reclamo va rigettato per le ragioni di seguito esposte.

I. Delimitazione del *thema decidendum*

Prima di procedere all'esame delle doglianze avanzate da parte reclamante ed al vaglio della relativa fondatezza, occorre delimitare l'ambito in cui è chiamata ad estrinsecarsi la cognizione di questo Collegio.

Occorre premettere che, ai sensi dell'art.115 c.p.c., il giudice è tenuto a porre a fondamento della sua decisione le prove prodotte dalle parti, nonché i fatti non specificamente contestati dal soggetto costituito, regola questa da leggersi in combinato disposto con il cd. principio dispositivo o della domanda in virtù del quale sono le parti a dover fornire al giudice gli elementi necessari a fondare il suo convincimento. Sicché, la parte potrà essere esonerata dall'onere di provare i fatti allegati se la controparte *“abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto, evidenziando in tal modo il proprio non interesse ad un accertamento degli altri”* (v. *ex multis* Cass. Civ. 23862/2020). Tuttavia, nel caso che occupa la circostanza che xxxxxxxxxx abbia omissis, in sede di costituzione, di articolare puntuali difese in ordine al dedotto superamento del limite di finanziabilità del contratto di mutuo, non esime il Collegio dalla valutazione della fondatezza della doglianza, dal momento che, in sede cautelare, il G.E. ha ancorato la reiezione della istanza *ex art. 624 c.p.c.* anche, e soprattutto, alla infondatezza del predetto motivo di opposizione ed il reclamante ha richiesto il riesame da parte del Tribunale della detta decisione anche sul punto.

Oggetto del presente reclamo è l'ordinanza con cui il G.E., dott. Di Martino, rigettava l'istanza di sospensione della procedura esecutiva n. 157/2019 R.G.E *ex art. 624 c.p.c.* Giova ricordare che le opposizioni esecutive sono contraddistinte da una struttura cd. bifasica, tale che sussiste una netta cesura tra la prima fase (necessaria) del procedimento, svolta dinanzi al giudice dell'esecuzione, chiamato

ad assumere decisioni sommarie sulla sospensione dell'esecuzione e/o sulla competenza e la seconda fase, corrispondente ad un giudizio di cognizione vero e proprio, la cui introduzione è, peraltro, rimessa alla iniziativa dei soggetti interessati. Dunque, nel caso che occupa il Collegio è chiamato ad esprimersi, non solo sulla legittimità e correttezza di un provvedimento reso all'esito della fase sommaria, ma anche a compiere *ex novo* la valutazione della ricorrenza dei presupposti per l'accoglimento della istanza cautelare formulata, avuto riguardo ai motivi di opposizione e alla loro prognosticabile relativa fondatezza, nonché al pericolo di pregiudizio grave ed irreparabile che deriverebbe dalla prosecuzione dell'azione esecutiva.

In ragione della mancata impugnazione dell'ordinanza di prime cure relativamente ai motivi di opposizione dai n.1-3, la valutazione suddetta sarà compiuta dal Collegio unicamente con riferimento alla tematica del superamento del limite di finanziabilità e delle conseguenze sul contratto di mutuo.

II. Nullità del contratto di mutuo per superamento limite finanziabilità

Il reclamante contesta l'ordinanza cautelare nella parte in cui il G.E. non ha accolto l'eccezione di nullità del contratto di mutuo fondiario per violazione del limite di finanziabilità *ex art. 38, II comma TUB*, ritenendo all'uopo mancante la prova dell'avvenuto superamento in mancanza di elementi atti a comprovare il valore del bene all'epoca della concessione del mutuo. Il xxxxxxxx sottolinea come, ai fini della concessione della misura cautelare della sospensione dell'esecuzione, fosse (sia) sufficiente la mera probabilità o verosimiglianza del fatto allegato, valutazione questa che, secondo la prospettazione di parte reclamante, doveva intendersi pienamente supportata dalla serie di circostanze allegate in fase di opposizione (in particolare, coincidenza della somma mutuata con il prezzo di vendita dell'immobile; valore di stima calcolato dal Ctp; riscontro con le quotazioni di mercato al momento del rogito, cfr. allegati produzione di parte reclamante).

Giova precisare che il titolo posto a base dell'esecuzione forzata intrapresa dalla xxxxxxxxxx. nei confronti del xxxxxxxx è costituito da un contratto di mutuo

fondario ovvero un finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili, ai sensi dell'art. 38, I comma TUB. La detta norma, al comma 2, prevede che la Banca d'Italia, in base alle delibere del CICR, stabilisca l'importo massimo dei finanziamenti, determinato in considerazione del valore dei beni ipotecati e del costo delle opere da eseguirsi, nonché delle condizioni – presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie – dinanzi alle quali è consentita l'erogazione di siffatti finanziamenti. Il CICR, con delibera del 22.04.1995, ha fissato il limite di finanziabilità del contratto di mutuo fondiario nell'ottanta per cento del valore dei beni ipotecati ovvero del costo delle opere da eseguirsi, incrementabile fino al cento per cento in presenza di garanzie integrative.

Ciò posto, diventa preminente individuare le conseguenze giuridiche della violazione del detto limite sulle sorti del contratto. Trattasi di un tema che vede coinvolta la giurisprudenza in un annoso, e non ancora sopito, dibattito interpretativo. Invero, un primo orientamento della Corte di Cassazione (v. Cass. Civ. 26672/2013) riteneva che, in caso di erogazione di somme eccedenti il limite *ex art. 38, II T.U.B.*, il mutuo restasse valido ed efficace, con conservazione dei privilegi che la legge riconosce in ragione della natura fondiaria del finanziamento. Tale tesi, invero, collocava le conseguenze scaturenti dal superamento del limite di finanziabilità sul piano della mera responsabilità della banca mutuataria, destinataria della irrogazione delle sanzioni amministrative previste dalla speciale disciplina bancaria. Dunque, il superamento del limite di finanziabilità non determinava la nullità del contratto di mutuo, neppure intesa nelle forme della nullità virtuale. Tale orientamento ha, tuttavia, subito un sostanziale *revirement* con la pronuncia n. 17352/2017 che in aperto contrasto con il precedente citato attribuisce al limite *ex art. 38, II TUB* rilievo di elemento essenziale del contratto di mutuo, costituente un argine all'autonomia privata, giustificato dalla natura pubblica dell'interesse tutelato, il cui mancato rispetto genera nullità del contratto stesso (cfr. da ultimo Cass. Civ. 1193/2020). Presupposto di tale convincimento è la qualificazione della norma bancaria

uniforme in termini di norma imperativa, avente la funzione di fissare un necessario limite del credito e del relativo privilegio. La riconosciuta imperatività della norma rappresenta il prodromo per la declaratoria di nullità virtuale del contratto in caso di violazione della stessa, sulla base della tradizionale distinzione giurisprudenziale tra regole di validità e regole di condotta, tale per cui la Corte di Legittimità ritiene che, col superamento del limite di finanziabilità, la regola *ex art. 38, II TUB* sia disattesa, non solo sul versante del comportamento, ma soprattutto su quello dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo. Dunque, la violazione dell'art. 38, II TUB, lungi dal determinare la mera applicazione di sanzioni amministrative, andrebbe intesa quale causa di nullità del contratto *ex art. 1418, I comma c.c.* L'orientamento di cui si fa menzione individua quale unica modalità di recupero del contratto nullo quella della conversione *ex art. 1424 c.c.* in un contratto diverso, che richiede, come tale, un'espressa istanza di parte (v. Cass. Civ. 24242/2014).

Tuttavia, tale conclusione è stata oggetto di critica da parte della dottrina e di taluna giurisprudenza di merito sul presupposto dell'eccesso della misura applicata rispetto alla finalità perseguita dalla norma. Invero, questo Collegio condivide tali perplessità, ritenendo, pertanto, opportuno dare seguito al diverso orientamento - della cui esistenza e rilevanza teorica recentemente la Corte di Cassazione ha dato atto, sebbene in un *obiter dictum*, tuttavia di notevole impatto argomentativo (cfr. Cass. Civ. 17439/2019, par. 20) - espresso in molteplici occasioni nell'ambito del Distretto di Corte d'appello cui appartiene questo Tribunale, nonché da taluna giurisprudenza di merito di altri fori, che risolve il problema della violazione del limite di finanziabilità sul terreno della qualificazione giuridica del contratto (v. Trib. Napoli 9.10.2020; Trib. Napoli 5.6.2019; Trib. Mantova 27.12.2018; Trib. Monza 25.10.2017).

In particolare, ritenendosi non necessario scomodare la distinzione, pure oggetto di diatriba in dottrina, tra regole di validità e regole di condotta, deve rilevarsi come, a prescindere dal *nomen juris* concretamente impiegato dalle parti per attribuire una qualificazione giuridica al negozio da esse sottoscritto, al

giudice possa essere riconosciuto un potere di “riqualificazione” del contratto di mutuo fondiario, laddove violativo della norma che impone un tetto massimo di erogazione delle somme finanziate.

Invero, escludendo che il contratto di mutuo fondiario rappresenti una forma contrattuale autonoma, esso, piuttosto, va inteso quale *species* del *genus* credito ipotecario, trattandosi di una forma particolare di finanziamento cui, in presenza di taluni requisiti, si applica una disciplina *ad hoc*. Ciò posto, la mancanza - anche patologica - di uno degli elementi costitutivi caratterizzanti tale tipologia negoziale consente di procedere alla mera disapplicazione della disciplina di favore in danno del soggetto che abbia (causato o abbia) concorso alla violazione. Dunque, dalla violazione della normativa bancaria in tema di limite di finanziabilità del mutuo deriverebbe, non già l’invalidazione totale del contratto, da considerarsi inefficace *ab origine*, quanto piuttosto la mera disapplicazione della disciplina speciale del mutuo fondiario, con conservazione del contratto di mutuo ipotecario ordinario. Tale operazione consentirebbe di bypassare il complesso meccanismo della conversione *ex art. 1424 c.c.*, necessitante di un’espressa istanza di parte ancorata alle rigide preclusioni del processo civile (in tal senso, v. Trib. Udine 29.5.2014 secondo cui tra le conseguenze della violazione del limite posto dall’art. 38, comma 2, T.U.B. non troverebbe spazio la nullità del contratto di finanziamento e della relativa garanzia) – sussistenti anche nelle opposizioni esecutive (in particolare, in ragione dell’affermata natura bifasica delle stesse, le difese dell’opposto vanno articolate integralmente ed a pena di decadenza nella memoria difensiva di cui alla fase sommaria; cfr. Cass. Civ. 25170/2018; conf. Cass. Civ. 28848/2018).

III. La fattispecie concreta

Parte reclamante prospetta la nullità del contratto di mutuo fondiario, allegando l’inverosimiglianza della circostanza che il valore del bene per il quale è stato erogato l’importo di euro 400.000,00 dall’istituto bancario potesse essere pari ad euro 500.000,00 (presumibile valore dell’immobile con applicazione del limite), risultando difficile da immaginare una contrazione del mercato

immobiliare tale da giustificare, all'attualità, un valore quasi cinque volte inferiore a quello dell'epoca del mutuo.

Sul punto, pur non escludendo il Collegio la valenza dei fatti allegati dal reclamante a supporto del *fumus boni iuris* del diritto fatto valere, debesi rilevare, coerentemente con la premessa teorica di cui *supra*, che, pur laddove all'esito del giudizio di merito la somma mutuata al Palumbo dovesse risultare esorbitante rispetto al limite *ex art. 38, II TUB*, il G.I. ben potrebbe procedere alla mera riqualificazione del contratto di mutuo fondiario in mutuo ipotecario ordinario, rigettando per tale via la doglianza relativa alla prospettata nullità. Il che si traduce, in questa sede, nella conferma, sebbene sulla base di una motivazione parzialmente corretta, dell'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione della procedura esecutiva.

IV. La notifica del titolo esecutivo

Giova evidenziare, con riferimento alla prospettata nullità del pignoramento e degli atti successivi della procedura per omessa notifica del titolo esecutivo, quale adempimento prodromico all'instaurazione della procedura necessario per effetto della conversione ovvero riqualificazione del contratto in termini di mutuo ipotecario ordinario - non trovando applicazione il privilegio di cui alla norma *ex art. 41, I TUB* che esonera il creditore fondiario dalla detta notifica - occorre precisare che tale doglianza, afferendo al *quomodo* dell'esecuzione da intraprendere, doveva essere sollevata dal debitore esecutato, oggi reclamante, nel termine perentorio di 20 giorni dalla notifica del precetto *ex art. 617 c.p.c* (cfr. Cass.Civ.17308/2015; Cass. Civ.15892/2009; Cass. Civ. SU 9938/2005). Dunque, la prognosticabile inammissibilità per tardività dell'eccezione di nullità giustifica la reiezione dell'istanza di sospensione anche sotto tale profilo.

V. La chiusura anticipata *ex art. 164 bis disp. att. c.p.c.*

Il reclamante lamenta l'omessa pronuncia del primo giudice sull'istanza avanzata ai sensi della richiamata disposizione.

Il Collegio evidenzia, preliminarmente, come i provvedimenti del G.E. di accoglimento o reiezione (e finanche di omessa pronuncia) sull'istanza predetta

non siano suscettibili di reclamo, posto che la fattispecie disegnata dal legislatore del 2014 va ricondotta alle ipotesi di estinzione cd. atipica del processo esecutivo in riferimento alle quali è proponibile unicamente l'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c. Peraltro, il Collegio non può esimersi dal sottolineare che la Suprema Corte, con sentenza n.11116/2020, ha correttamente evidenziato come la finalità di tutela di cui alla norma citata non sia da ravvisare nell'interesse del debitore a non vedere svenduto il proprio immobile, in deroga alla regola generale dell'art. 2740 cod. civ., ma piuttosto in quello dell'amministrazione della giustizia *“ad evitare, con inutile dispendio di risorse processuali comunque limitate e da utilizzare invece in modo da far conseguire un'utilità effettiva al creditore, la prosecuzione sine die di procedure esecutive inidonee a consentire il soddisfacimento degli interessi dei creditori: tale ratio, oltre a corrispondere all'intenzione del legislatore, è coerente con la ricostruzione del sistema dell'esecuzione forzata”*.

In ogni caso, deve essere precisato che il tenore della disposizione invocata induce a ritenere indispensabile, ai fini della sua applicazione, l'avvenuta stima del compendio immobiliare pignorato e l'avvio della fase liquidatoria; è solo all'esito di tali operazioni, dunque non nella fase prodromica alla liquidazione del compendio pignorato (*step* in cui versava la procedura n. 157/2019 quando l'istanza è stata formulata), potrà valutare di avvalersi di tale fattispecie di estinzione atipica, laddove ritenga non più possibile conseguire una proficua collocazione del bene sul mercato (v. Cass. 11116/20 secondo cui *“la valutazione di infruttuosità può aver luogo quando, in relazione all'entità del prezzo base dell'ultimo tentativo, ove nemmeno sia utile o possibile rivenderlo in base ad una rinnovazione della stima od alla considerazione di fattori nuovi e imprevisi e non sia utile nemmeno l'amministrazione giudiziaria, l'eventuale aggiudicazione possa presumersi: - perfino implausibile, per essersi rivelato l'immobile fuori mercato e quindi in concreto invendibile, oppure - tale da coprire esclusivamente i costi della rifissazione a disporsi o gli oneri futuri della procedura, oppure - tale da determinare una somma netta irrisoria da destinare ad accessori e sorta*

capitale del procedente e degli interventori, tenuto conto delle rispettive cause legittime di prelazione”).

VI. Le spese.

Considerato che, *ex art. 92, comma 2, c.p.c.*, in mancanza di soccombenza reciproca, può disporsi la compensazione delle spese legali per gravi ed eccezionali ragioni, tra le quali rientra anche la situazione di obiettiva incertezza sul diritto controverso [v. Cass. Ord. 3977/2020 secondo cui “*ai sensi dell’art. 92 c.p.c., come risultante dalle modifiche introdotte dal d.l. n. 132 del 2014 e dalla sentenza n. 77 del 2018 della Corte costituzionale, la compensazione delle spese di lite può essere disposta (oltre che nel caso della soccombenza reciproca), soltanto nell’eventualità di assoluta novità della questione trattata o di mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti o nelle ipotesi di sopravvenienze relative a tali questioni e di assoluta incertezza che presentino la stessa, o maggiore, gravità ed eccezionalità delle situazioni tipiche espressamente previste dall’art. 92, comma 2, c.p.c.”; Cass. Ord. 21157/2019], giova rilevare che la presente decisione costituisce un *novum* nella giurisprudenza dell’intestato Tribunale, quanto all’applicazione del meccanismo riqualificatorio del contratto di mutuo esorbitante dai limiti di finanziabilità, talché si reputano sussistenti i motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti del giudizio.*

Sussistono i presupposti per l’applicazione della sanzione del pagamento del doppio del contributo unificato ai sensi dell’art. 13, 1 quater d.p.r. 115/2002.

P.Q.M

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) RIGETTA il reclamo;
- 2) COMPENSA le spese di lite;
- 3) si dà atto della sussistenza dei presupposti per l’applicazione a carico del reclamante della sanzione del pagamento in favore dell’Erario del doppio

del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, 1 quater d.p.r. 115/2002

Torre annunziata, 10.02.2021

Il Presidente

dott.ssa Emanuela Musi