

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI MERITO

INDICE

1. Effetti della carenza dello ius postulandi ed effetti dell'estinzione della procedura esecutiva sulla volontà delle parti.
2. Validità interventi non titolati ante riforma 2005-2006– termine per proporre l'opposizione ex art. 615 c.p.c.
3. Cessazione della materia del contendere limitatamente alla declaratoria di nullità del precetto- Operatività dell'art. 1944 c.c. – Applicabilità degli effetti del beneficium escussionis al debitore fallito
4. Limitazione dei mezzi di espropriazione – riduzione del pignoramento
5. Sospensione dell'esecuzione ex art. 295 c.p.c.
6. Eccezione di incompetenza – Ambito di applicabilità dell'art. 480 c.p.c. - Eccezione di compensazione

1. Effetti della carenza dello ius postulandi ed effetti dell'estinzione della procedura esecutiva sull'interesse delle parti.

Tribunale di Roma 12.2.2008 – Giudice Estensore Dott. Vigorito

La cessazione della procedura esecutiva fa invece venir meno l'interesse alla decisione sulla opposizione agli atti esecutivi poiché questa, tendendo al riesame della regolarità degli atti nell'ambito del processo esecutivo, costituisce un incidente del processo di esecuzione. Rispetto alla opposizione agli atti esecutivi deve, quindi, dichiararsi cessata la materia del contendere.

Essendo l'opposizione proposta dopo l'emissione dell'ordinanza di delega, la stessa non è idonea a far valere nullità insanabili (carenza dello jus postulandi) avendo la procedura esecutiva, raggiunto il suo scopo tipico; pertanto, tale nullità doveva essere fatta valere entro la fine della fase in cui si è verificata e, quindi, fino al momento della emissione dell'ordinanza di vendita o di delega.

“...Preliminarmente deve osservarsi che con l'atto introduttivo del giudizio è il provvedimento è stata introdotta una opposizione all'esecuzione (relativa alla legittimazione dell'istituto ad agire esecutivamente nei confronti dell'opponente ed all'ammontare del credito dello stesso istituto nonché all'ammontare del credito della xxxxxx) ed una opposizione agli atti esecutivi attinente alla assunta carenza dello jus postulandi da parte del legale che aveva sottoscritto l'atto di precetto ed i successivi atti esecutivi.

Riguardo alla natura di quest'ultima opposizione deve aderirsi all'orientamento della Corte di Cassazione, univoco sul punto, secondo il quale il vizio del precetto tipologicamente riconducibile alla categoria della inesistenza o nullità insanabile (quale quello della mancata sottoscrizione della parte o di difensore munito di procura valida) deve essere fatto valere con opposizione agli atti esecutivi (tra le molte: Cass., 3 sez., 22 maggio 1997, n. 4561. Pres. NICASTRO, est. MARLETTA Cass., 3 sez., 11 maggio 1962, n. 960. Pres. VisToso, est. SALERNI; Cass., 3 sez., 30 giugno 1966, n.1696. Pres. VALLILLO, est POGGI; Cass., 1 sez., 7 aprile 1970, n. 943. Pres. PECE, est. GRANATA; Cass., 3 sez., 2 settembre 1971, n. 2601. Pres. PECE, est. GRIMALDI, Cass., 2 sez., 12 dicembre 1972, n. 3577. Pres. FERRATI, est. SIMONCFLLJ; Cass., 3 sez., 22 ottobre 1977, n. 4550. Pres. DE SANTIS, est.

RUPERTO; Cass., 3 sez., 12 gennaio 1979, n. 252. Pres. CALECA, est. GUERRIERI, Cass., 3 sez., 28 ottobre 1992, n. 11736. Pres. FRANCA.BA.NDERA, est. Di NANNI; Cass., 3 sez., 1 marzo 1994, n. 2024. Pres. SCALOJA LAGRANGE PUSTERLA, est. Dr NANNI; Cass., 3 sez., 5 luglio 1999, n. 6936. Pres. GrossI, est. DI NANNI)il contrasto, nella giurisprudenza della Cassazione ha riguardato il termine per far valere tale nullità.

Il sistema complessivo delle opposizioni come delineato dalla interpretazione della giurisprudenza di legittimità (in primo luogo dalla sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite del 27 ottobre 1995, n. 11178 che costituisce un punto di riferimento ineludibile in materia) presente una triplice tipologia di vizi della procedura esecutiva.

- le nullità che devono essere fatte valere nel termine di cui all'art. 617 c.p.c.;
- le nullità insanabili che possono essere fatte valere o rilevate d'ufficio dal giudice anche oltre il termine di cui all'articolo 617 c.p.c. ma solo fino alla chiusura della fase processuale nel corso della quale si sono verificate;
- le nullità riguardanti vizi tali da impedire alla procedura esecutiva di raggiungere il suo scopo tipico che è quello della vendita del bene per realizzare il diritto del creditore, che possono essere fatti valere e rilevati d'ufficio anche dopo la chiusura della fase.

Nel caso in esame il vizio lamentato integra una nullità insanabile ma non è tale da impedire alla procedura esecutiva di raggiungere il suo scopo tipico e pertanto doveva essere fatta valere entro la fine della fase in cui si è verificata e, quindi, fino al momento della emissione dell'ordinanza di vendita o di delega.

Ciò, nel caso in esame, non è avvenuto perché l'opposizione è stata proposta dopo l'emissione dell'ordinanza di delega.

Deve peraltro rilevarsi che, nel caso in esame, la procedura esecutiva è estinta e la cessazione della procedura esecutiva fa invece venir meno l'interesse alla decisione sulla opposizione agli atti esecutivi poiché questa, tendendo al riesame della regolarità degli atti nell'ambito del processo esecutivo, costituisce un incidente del processo di esecuzione. Rispetto alla opposizione agli atti esecutivi deve, quindi, dichiararsi cessata la materia del contendere.

La chiusura della procedura esecutiva non fa, invece, venir meno l'interesse delle parti ad una pronuncia sulla opposizione all'esecuzione, infatti nei giudizi di opposizione all'esecuzione, l'astratta idoneità della estinzione della procedura a far venir meno l'interesse alla decisione sussistesse l'estinzione è conseguenza di una scelta abdicativa del creditore procedente in ordine al diritto a procedere ad esecuzione forzata nei confronti dell'opponente poiché solo in tal caso viene meno l'interesse di quest'ultimo ad una pronuncia di merito. In tutti i casi deve, comunque, ritenersi legittima la prosecuzione del giudizio per ottenere la decisione in ordine alle spese processuali.

L'opponente, con riguardo alla esistenza del credito ha contestato la legittimazione attiva del xxxxxx ; il quale ha sostenuto, infatti, che questo istituto aveva ceduto il credito alla xxxxxxx nel 1999.

L'intervento nella procedura esecutiva della xxxxxxxx a mezzo della propria rappresentante xxxxx ha, risolto il problema poiché vi è una incontestata identità tra il titolare sostanziale del credito e la parte intervenuta, sia pur attraverso un rappresentante, nella procedura. Peraltro il momento in cui tale intervento si è verificato non è rilevante considerato che l'Istituto xxxx era incontestabilmente titolare del rapporto al momento dell'inizio della procedura esecutiva ed era quindi legittimato ad essere parte della procedura fino al momento della successione del cessionario nella posizione processuale (Cass. 1 marzo 2004 n. 4985).

Gli altri motivi di opposizione riguardano sia il credito della xxxx che il credito della xxxxx ed attengono alla assunta nullità della clausola determinativa degli interessi, alla violazione della legge n. 108/96 ed alla illegittima applicazione dell'anatocismo.

Con riguardo alla clausola determinativa degli interessi deve rilevarsi che nei contratti posti a fondamento rispettivamente dell'azione esecutiva e dell'intervento, la clausola relativa agli interessi non è indeterminata.

Nel contratto stipulato con l'Istituto Italiano di Credito Fondiario si fa rinvio all'articolo 2 della legge 17 agosto 1974 n. 397, poi abrogato dall'articolo 27 della legge n. 175 del 1992, disposizione, infine, a sua volta abrogata dalla TU, sulla legge bancaria n. 385/1993.

Il problema non può essere, quindi, quello della determinabilità del tasso di interesse applicabile, dato che il rinvio, contenuto nella clausola, ad una previsione di legge esclude che vi sia qualsiasi forma di indeterminatezza quanto quello della individuazione concreta del tasso di interesse da applicare.

La clausola contrattuale prevedeva che gli interessi di mora dovessero essere determinati nei limiti stabiliti dalla legge n. 397 del 1974 e successive modifiche o integrazioni o in quei limiti consentiti da disposizioni successive.

L'articolo 2 della legge n. 397 del 1974 è stato abrogato dalla legge n. 175 del 1992.

L'art. 16 della stessa legge n. 175 del 1992 ha regolato la determinazione degli interessi moratori ed è, quindi, la "disposizione successiva" da applicare al contratto in esame.

Questa conclusione non è modificata dall'entrata in vigore del Testo unico n. 385/1993 che ha sì abrogato la legge n. 175 del 1992 ma ha previsto che i contratti già conclusi fossero regolati dalle disposizioni vigenti in precedenza.

Quanto al contratto stipulato con la xxxxxx, nello stesso vi è una esplicita indicazione del tasso di interesse da applicare al rapporto pari al 17,75% maggiorato di un ottavo di punto trimestrale; per cui anche rispetto a questo contratto non vi è alcun problema di indeterminabilità del tasso.

Pertanto l'Istituto di credito nel computo degli interessi non ha poi applicato tale tasso ma quello legale senza capitalizzazione (circostanza dedotta dall'Istituto di credito e non contestata dalla parte opponente).

Restano da esaminare gli altri due motivi di opposizione prospettati dalla difesa della violazione del disposto della legge n. 108/96 ed 1' illegittima applicazione dell'anatocismo.

Tali motivi rispetto al credito della xxxxxx, come si è visto, sono palesemente infondati poiché l'Istituto ha applicato sul credito da capitale (costituito dalle somme dallo stesso versate, in qualità di fideiussione dell'opponente, ad un istituto di credito lussemburghese) l'interesse legale non capitalizzato.

Quindi non vi è stata alcuna violazione né del disposto della legge n. 108/96 né del divieto di anatocismo previsto dall'articolo 1283 cc.

Infine deve ritenersi che anche riguardo al credito della xxxxx l'opposizione sia infondata.

Il contratto di mutuo in oggetto è precedente alla data di entrata in vigore della legge n. 108/96.

L'art. 1, I comma del d.l. 394/2000 (interpretazione autentica della l. 108/1996), convertito, con modificazioni nella l. n. 24/2001 sancisce che "ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, 2° comma, cc., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque contenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

La norma ha superato il vaglio della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 29 del 25.2.2002, premettendo l'esistenza in giurisprudenza ed in dottrina di un "dubbio (risolto con esiti interpretativi diversi) circa gli effetti, ai fini penali e civili, da riconnettere all'ipotesi in cui, nel corso del rapporto, il tasso soglia discenda al di sotto del tasso di interessi convenzionale originariamente pattuito" che trovava giustificazione nelle espressioni usate dal legislatore ("si fa dare [...] interessi [...] usurari" e "facendo dare [...] un compenso usurario"), ha ritenuto che l'art. 1, comma I, del decreto-legge n. 394 del 2000, nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ. trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, impone - tra le tante astrattamente possibili - un'interpretazione chiara e lineare delle

suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza”.

Non sembra che, a fronte del chiaro dettato normativo (della legge di interpretazione autentica) e della valutazione di legittimità costituzionale operata dalla Consulta vi sia spazio per una interpretazione che estenda ai contratti stipulati prima dell’entrata in vigore della legge n. 108/1996 ed, anzi, prima della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle rilevazioni trimestrali del tasso effettivo globale medio degli interessi praticati dalle banche, (effettuata a partire dall’1 gennaio 1997), le sanzioni civili e penali dalla stessa previste.

Quanto alla applicazione dell’anatocismo deve osservarsi che l’art. 1283 cc. prevedendo che «in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza » pone espressamente il divieto di anatocismo.

La giurisprudenza di legittimità, modificando il precedente orientamento, ha affermato (dapprima in relazione ai contratti di conto corrente bancario e, più di recente, anche in relazione ai contratti di mutuo) la nullità della clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della banca “giacche essa si basa su di un mero uso negoziale e non su di una vera e propria norma consuetudinaria ed interviene anteriormente alla scadenza degli interessi” (Cass. n. 2374 del 16/03/1999; n. 3096 del 30/03/1999, n. 1257 del 11/11/1999, 4490 del 28/3/2002, 8442 del 13/6/2002, 12222 del 20/8/2003, 13739 del 18/9/2003, Cass. Sez. Un.4/11/2004 n. 21095).

In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che in tema di mutuo bancario, e con riferimento al calcolo degli interessi, devono ritenersi senz’altro applicabili le limitazioni previste dall’art. 1283 cod. civ., non rilevando, in senso opposto, l’esistenza di un uso bancario contrario a quanto disposto dalla norma predetta. Gli usi normativi contrari, cui espressamente fa riferimento il citato art. 1283 cod. civ., sono, difatti, soltanto quelli formatisi anteriormente all’entrata in vigore del codice civile (ne’ usi contrari avrebbero potuto formarsi in epoca successiva, atteso il carattere imperativo della norma ‘de qua’ - impeditivo, per l’effetto, del riconoscimento di pattuizioni e comportamenti non conformi alla disciplina positiva esistente -, norma che si poneva come del tutto ostativa alla realizzazione delle condizioni di fatto idonee a produrre la nascita di un uso avente le caratteristiche dell’uso normativo), e, nello specifico campo del mutuo bancario ordinario, non e’ dato rinvenire, in epoca anteriore al 1942, alcun uso che consentisse l’anatocismo oltre i limiti poi previsti dall’art. 1283 cod. civ.. Ne consegue la illegittimità tanto delle pattuizioni, tanto dei comportamenti - ancorché non tradotti in patti - che si risolvano in una accettazione reciproca, ovvero in una unilaterale imposizione, di una disciplina diversa da quella legale (Cass. 20/02/2003 n. 2593)

Tuttavia la legittimità dell’anatocismo, quantomeno riferito agli interessi moratori, nei contratti di mutuo che, come quello in esame, devono qualificarsi quali contratti di mutuo fondiario e sono stati stipulati prima dell’entrata in vigore del nuovo testo unico della legge bancaria non deriva da un uso né normativo né negoziale ma da una espressa previsione normativa.

Ai contratti, come quello in esame, stipulati prima dell’entrata in Vigore del Testo Unico sulla legge bancaria n. 385,93, che disciplina in modo diverso la materia, deve applicarsi, infatti, in base al comma dell’art. 61 dello stesso D.Lgs. 1 settembre 1993 n 385 (che prevede l’applicazione della disciplina abrogata ai contratti di credito fondiari alla conclusi alla data di entrata in vigore della norma abrogatrice nonché ai procedimenti esecutivi in corso alla detta data cfr. Cass, 10 marzo 1998 n. 2638, il disposto dell’art. 16 della legge 6 giugno 1993 n. 175 secondo il quale :“ il pagamento di interessi, rate di ammortamento, compensi e rimborsi di capitale non può essere ritardato dalla opposizione se le somme dovute a tale titolo producono, di pieno diritto, interesse dal giorno della scadenza”.

L'art. 1283 cc. ha regolato la disciplina generale delle obbligazioni da applicare nelle ipotesi in cui non vi sia una espressa previsione normativa diversa; il divieto di anatocismo non si applica, quindi agli interessi moratori conseguenti al mancato pagamento delle rate di ammortamento dei contratti di mutuo fondiario stipulati prima dell'entrata in vigore del TU. sulla legge bancaria.

Pertanto la clausola del contratto di mutuo impugnata è pienamente legittima essendo conforme ad una specifica previsione normativa.

L'opposizione all'esecuzione deve, pertanto essere rigettata con riferimento a tutti i motivi.

Le spese seguono la soccombenza..."

Nota del compilatore:

La sentenza in questione, pone profili di carattere processuale, oltre che di merito, degni di essere approfonditi.

Quanto al primo profilo, mette conto che la carenza dello *jus postulandi* da parte del legale che ha sottoscritto l'atto di precetto ed i successivi atti esecutivi integrando, appunto, una nullità insanabile, non è tale da impedire alla procedura esecutiva di raggiungere il suo scopo tipico e pertanto deve essere fatta valere entro la fine della fase in cui si è verificata e quindi sino all'emissione dell'ordinanza di vendita o di delega.

In buona sostanza, detta eccezione di nullità deve essere fatta valere tempestivamente e, cioè, prima che la procedura spieghi i propri effetti sostanziali tra le parti, concretizzati nell'inizio della fase delle operazioni "esecutive".

Quanto al secondo profilo è da sottolineare che la chiusura della procedura esecutiva non fa venir meno l'interesse delle parti ad una pronuncia sull'opposizione all'esecuzione, infatti nei giudizi di opposizione all'esecuzione, l'estinzione della procedura (che comporta la cessazione della materia del contendere rispetto alle opposizioni agli atti esecutivi) comporta che non si via più un interesse alla decisione solo se l'estinzione è conseguenza di una scelta abdicativa del creditore procedente in ordine al diritto a procedere ad esecuzione forzata nei confronti dell'opponente poiché solo in tal caso viene meno l'interesse di quest'ultimo ad una pronuncia di merito. In tutti gli altri casi non vi è cessazione della materia del contendere. Il giudice è, poi, chiamato a decidere in ordine alla soccombenza per la definizione delle spese del giudizio.

Mette conto, infine segnalare che, per ormai pacifico e consolidato consesso, il divieto di anatocismo non si applica agli interessi moratori conseguenti al mancato pagamento delle rate di ammortamento dei contratti di mutuo fondiario stipulati prima dell'entrata in vigore del testo unico bancario.

2. VALIDITA' INTERVENTI NON TITOLATI ANTE RIFORMA 2005-2006– TERMINE PER PROPORRE L'OPPOSIZIONE EX ART. 615 C.P.C.

Tribunale di Roma 14.4.2008 – Giudice Estensore Dott. Cottone

- Per costante e consolidato orientamento giurisprudenziale fino al 1° marzo 2006 (data di entrata in vigore della riforma portata dalla legge 80/2005 e successive modifiche), nelle procedure esecutive immobiliari era consentito l'intervento non solo ai creditori muniti di titolo esecutivo, ma anche ai titolari di mere ragioni di credito.

- Non sussistono dubbi che detti creditori, pur non titolari dell'azione esecutiva, possono partecipare alla distribuzione del ricavato senza l'obbligo di munirsi preventivamente di titolo esecutivo ex art. 499 c.p.c.

- Infatti non annovera tra i presupposti dell'atto di intervento il possesso del titolo esecutivo ed il successivo art. 500 specifica espressamente che l'intervento dà diritto alla distribuzione.
- Con l'opposizione disciplinata dall'art. 512 c.p.c. è possibile dedurre unicamente questioni relative alla sussistenza del diritto di credito o all'esistenza di diritti di prelazione.
- Con l'opposizione ex art. 615 c.p.c. si contesta, invece, la titolarità dell'azione esecutiva.
- L'azione esecutiva deve essere sorretta fino alla fase distributiva dall'esistenza di un valido titolo esecutivo
- Ne consegue l'ammissibilità dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. anche successivamente alla fase di liquidazione dei beni appresi alla procedura e fino alla chiusura della fase di distribuzione.

"...Con il primo motivo d'opposizione il xxxxxxxxxha denunciato l'illegittimo riconoscimento degli interessi anatocistici (omissis...)..."

Per quanto è dato comprendere dalla fumosa formulazione della domanda, la contestazione si articola su due distinti livelli: in primo luogo, è contestata la mancanza di titolo esecutivo relativo agli interessi anatocistici, ed in secondo luogo, ne è contestata l'astratta riconoscibilità.

Orbene, quanto al primo assunto (per altro costituente il fondamento anche di ulteriori contestazioni) esso è certamente privo di pregio. Invero, per costante e consolidato orientamento giurisprudenziale, fino al marzo 2006 (data di entrata in vigore della riforma portata dalla Legge 80/2005 e successive modifiche), nelle procedure esecutive immobiliari era consentito l'intervento non solo ai creditori muniti di titolo esecutivo, ma anche ai titolari di mere ragioni di credito (purché certe e liquide) (ex multis Sez. 3 Sentenza n. 1292 del 27.7.1979, Sez. 3, sentenza n. del 21.4.2000, Sez. 3, sentenza n. del 19.07.05, Sez. 3, sentenza n. del 11.5.2007)

....(omissis...) L'art. 499 c.p.c., infatti, non annovera tra i presupposti dell'atto di intervento il possesso del titolo esecutivo ed il successivo art. 500 specifica espressamente che l'intervento dà diritto alla distribuzione. Gli art. 563 e ss. c.p.c., infine, fugano ogni dubbio in merito all'assoluta non necessità del titolo esecutivo per partecipare alla distribuzione del ricavato giacché è espressamente previsto che possono intervenire nella procedura tutti coloro che nei confronti del debitore hanno un credito, anche se sottoposto a termini o a condizione (...) e che detti creditori partecipano all'espropriazione dell'immobile pignorato e "se muniti di titolo esecutivo, possono provocarne i singoli atti"

Appurato, quindi, che non sussistono dubbi in merito alla sussistenza dei creditori titolari al momento della distribuzione del ricavato, evidente appare l'incostanza, sotto tale profilo. Della censura mossa dal xxxxxx al riparto.

Quanto al secondo assunto, ovvero quello relativo all'astratta riconoscibilità di interessi anatocistici in virtù di quanto disposto dall'art. 1283 c.c. l'opposizione è infondata, in quanto genericamente proposta.

(...omissis)...

In ogni caso, si precisa che la ●●●●●●●●, agisce in forza di un contratto di mutuo fondiario soggetto, ex art. 161, 6° comma, del D.Lgs 385/1993, alla disciplina della Legge 175/1991. All'art. 16 la citata norma si legge testualmente: "il pagamento di interessi, rate di ammortamento, compensi e rimborsi anticipati di capital non può essere ritardato da alcuna opposizione. Le somme dovute a tale titolo producono, di pieno diritto, interesse dal giorno della scadenza". Nella sola ipotesi di contratti di mutuo fondiario stipulati in data anteriore al 10 gennaio 1994, quindi, l'anatocismo deve ritenersi legale. Non sussistono dubbi, invero, in merito alla corretta collocazione delle rate scadute anche per la quota parte relativa ai soli interessi compensativi maturati prima della risoluzione del contratto.

Con il secondo motivo d'opposizione, il xxxxxxxha contestato l'illegittimo riconoscimento degli interessi moratori maturati sulla quota capitale successivamente alla notifica del precetto per difetto di specifica domanda in sede esecutiva.

Evidenza, in particolare, che con l'atto di precetto, il xxxxxxx si sarebbe limitato a richiedere £ .63.527.575 per semestralità scadute e non pagate; f.3096.470 per interessi di mora, maturati a tutto il 30 novembre 1994 su dette semestralità, oltre i successivi sino al saldo; f.292.356.424 per residuo capitale. Nessuna specifica richiesta di interessi moratori sulla somma capitale era mai stata avanzata.

(...omissis...)

All'art. 2 del contratto di mutuo sottoscritto in data 3 agosto 1993 si legge testualmente: "il presente mutuo è regolato dalle pattuizioni inrascritte e dalle clausole contenute nel capitolato a stampa che, firmato dai comparenti e da me Notaio, si allega a questo atto con la lettera ((b" per formarne parte integrante e sostanziale ",

Al successivo art.8 si legge: "le semestralità insolute ed ogni altra somma dovuta e non pagata produrranno....l'interesse moratorio nella misura del 17,95%.

(omissis..)

...poiché gli interessi successivamente maturati sulla quota capitale non rimborsata alla data di risoluzione del contratto sono certamente da considerarsi alla stregua di accessori dovuti per la risoluzione anticipata regolari da contratto, non sussistono dubbi in ordine alla spettanza della parti in contestazione.

Per altro, sul punto si osserva che, già in sede di conversione del pignoramento il Tribunale aveva recepito l'assunto determinando, allora, la somma di spettanza del creditore fondiario in un importo comprensivo degli interessi oggi in contestazione.

Tale provvedimento non è mai stato impugnato dal debitore.

Con il terzo motivo d'opposizione, ilxxxxxx ha eccepito la prescrizione degli interessi maturati sul capitale residuo sino a tutto il 30 marzo 2000.

Anche tale assunto è privo di pregio.

Invero, non sussistono dubbi che l'atto di precetto costituisca, in quanto atto di esercizio del credito diretto a provocare il pagamento da parte del debitore, atto interruttivo della prescrizione.

Considerato, quindi, che il contratto di mutuo per cui è causa è stato risolto contestualmente alla notifica del precetto (12 dicembre 1994) e che entro i termini di vigenza dell'efficacia della sua efficacia è iniziata l'azione esecutiva (con conseguente sospensione del termine di prescrizione), evidente appare l'infondatezza della proposta eccezione. Con il quarto motivo d'opposizione, il~ ha contestato l'illegittima collocazione nel piano di riparto dell'i.v.a .. Scrive testualmente il ricorrente: "L'iva sulle parcelle non va corrisposta a soggetto IVA che già la recupera, portandosela in detrazione, altrimenti vi è una locupletizzazione (una volta, come pagamento da terzi ed un'altra come compensazione tra IVA in atti ed IVA in passivo o, in mancanza, come IVA a credito)."

L'assunto è palesemente erroneo giacché non sussistono dubbi che sulle prestazioni professionali debba essere riconosciuto il pagamento dell'imposta sul Valore Aggiunto e che il relativo onere debba gravare sulla parte che usufruisce della prestazione.

(omissis...)

...quanto alla supposta carenza di legittimazione attiva della il ha denunciato, in primo luogo la mancanza di prova in merito alla cessione del diritto di credito (omissis...); in secondo luogo, l'omessa rituale costituzione del cessionario....in base allo schema normativo previsto dagli art. 111 e 5111 c.p.c.; in terzo luogo l'invalidità della cessione per violazione delle norme previste dalla L. 130/99.

Orbene sul punto si osserva che il difetto di "legitimatio ad causam"... è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, mentre l'accertamento dell'effettivo della titolarità attiva e passiva del rapporto, riguardando il merito della controversia è questione soggetta all'ordinaria disciplina dell'onere probatorio e delle impugnazioni. (ex multis Sez. I, Sentenza n. 11321 del 16.5.2007)

Ne consegue che, poiché mai, prima del deposito della comparsa conclusoria il ha contestato la titolarità del credito in capo a xxxxxx la relativa domanda di estromissione dal riparto con

conseguente ordine di restituzione delle somme già percepite, deve essere certamente dichiarata inammissibile, in quanto tardivamente proposta.

Quanto alla supposta irrituale costituzione della nell'ambito del processo esecutivo quale cessionaria dei crediti del . (creditrice procedente), detta eccezione (certamente proponibile in quanto attinente alla verifica della regolare costituzione delle parti nell'ambito del processo esecutivo) è certamente destituita di fondamento.

Sul punto si osserva che nell'ambito del processo esecutivo (come per altro nell'ambito del processo di merito) la costituzione del cessionario del diritto controverso non è soggetta forme particolari. Certamente non è necessario che egli proponga intervento nelle forme disciplinate dall'art.499 c.p.c., giacchè egli non propone una autonoma e nuova domanda di attribuzione ma subentra nella posizione processuale del soggetto che tale domanda ha già proposto.

Ne consegue che, seppur impropriamente intestata "comparsa di costituzione di nuovo procuratore", l'istanza proposta da (quale procuratore dell'xxxx, in quanto contenente i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c. e l'indicazione della ragione di credito, ha certamente prodotto gli effetti della costituzione nell'ambito del processo esecutivo del soggetto cessionario del credito originariamente vantato dal creditore pignorante. (omississ...)

Sul punto si osserva che con l'opposizione disciplinata dall'art.512 c.p.c. è possibile dedurre unicamente questioni relative alla sussistenza del diritto di credito o all'esistenza di diritti di prelazione. Tale opposizione, quindi, è ontologicamente diversa da quella esperibile ex art.615, c.p.c. che è diretta, invece, a contestare la titolarità dell'azione esecutiva.

Orbene, secondo costante e consolidato orientamento giurisprudenziali, l'azione esecutiva, che si conclude con la distribuzione della somme apprese dalla procedura, deve essere costantemente sorretta dall'esistenza di un valido titolo esecutivo.

Ne consegue che, non sussistono dubbi in merito all'ammmissibilità dell'opposizione ex art.615 c.p.c. anche successivamente alla fase di liquidazione dei beni appresi alla procedura e fino alla chiusura della fase di distribuzione.

Tale momento non v'è dubbio che coincida con quello di discussione del piano di riparto giacchè, oltre tale limite, non v'è più motivo di verificare il potere d'impulso ma unicamente l'esistenza dei rapporti di debito-credito o dei diritti di prelazione.

Esaurita la discussione del riparto, quindi, è certamente preclusa sia la rilevabilità d'ufficio del difetto di titolo esecutivo, sia la proponibilità della domanda ex art. 615 c.p.c ..

Fermo quanto detto, si osserva tuttavia, che nel caso di specie la domanda è stata espressamente formulata (per la prima volta in comparsa conclusionale) al solo fine di contestare il diritto al riparto ed espressamente qualificandola alla stregua di eccezione (nuova e tardiva) ex art.512 c.p.c ..

Ne consegue, quindi, che certamente inammissibile è anche tale eccezione proposta dal xxxxxx Non solo.

Quand'anche si ritenesse ammissibile la domanda o si ritenesse rilevabile d'ufficio la questione, essa sarebbe in ogni caso infondata. Dalla lettura dell' atto di erogazione è quietanza si legge infatti, che "l'istituto mutuante, come sopra rappresentato, alla presenza di me Notaio, consegna alla Parte mutuataria un mandato emesso sulla cassa dell 'istituto del xxxxx mutuante stesso, contenente l'ordine di versare ad essa parte Mutuataria la somma di :E.300.000.000, della quale somma la Parte mutuataria stessa rilascia con il presente atto quietanza, da avere un unico e medesimo effetto con quell a che rilascerà al cassiere del xxxxx riconoscendo di aver ricevuto l'intero importo mutuato."

Non sussistono dubbi, quindi, che vi sia stata la traditio rei concretizzante la fattispecie del mutuo e che la parte mutuataria abbia accettato come mezzo di pagamento della somma mutuata il mandato di pagamento e la conseguente somme.

In mancanza di prova in ordine alla mancata erogazione della somma, quindi, (per altro mai allegate), non sorgono dubbi in merito all'esecutività del titolo azionato (omississ...)

Con il primo motivo d'opposizione si è dedotto l'omesso tempestivo deposito del titolo esecutivo. Preso atto dell'avvenuto tempestivo deposito delle copie dei contratti di conto corrente, per i motivi già ampiamente esposti la precedente punto 1.1, tale motivo è palesemente infondato.

Con il secondo motivo di opposizione è stata dedotta la "mancanza di prova" in ordine all'esistenza del credito. Anche tale motivo d'opposizione è palesemente infondato avendo il creditore l'onere di provare l'esistenza del contratto e di allegare l'inadempimento. Per converso la prova del pagamento pertiene alla parte debitrice.

2.4. Con il terzo motivo d'opposizione è stata contestata l'illegittima applicazione dell'I.V.a. sui diritti, sugli onorari e sulle spese spettanti al procuratore costituito. Tale motivo è infondato per le motivazioni esposte al precedente punto 1.4 .

(Omississ...)

L'opposizione relativa alla posizione di xxxxxx è, per converso, parzialmente fondata.

Seppure, infatti, per i motivi già ampiamente esposti al precedente punto 1.1, deve essere rigettata l'opposizione diretta a contestare il diritto del xxxxx] a partecipare al riparto in difetto di titolo esecutivo e rilevato che non è mai stata disconosciuta la conformità agli originali delle copie dei titoli di credito in forza dei quali egli ha spiegato intervento, appare per converso fondata l'eccezione di prescrizione proposta.

Invero il ~ (che è rimasto contumace nel presente procedimento) non ha documentato alcun atto interruttivo della prescrizione in data anteriore all'intervento nella procedura esecutiva spiegato in data 28 aprile 2003.

Orbene, poiché l' art.2948, n.4 c.c. fissa in 5 anni il termine di prescrizione degli interessi, deve ritenersi che al _o spettino i soli interessi maturati sulla quota capitale dal 28 aprile 1998 alla data delle vendite del compendio pignorato (21 ottobre 2003).

(omississ...)

All'esito dell'esame degli specifici motivi d'opposizione proposti dalxxxxxnei confronti dei singoli creditori, si deve rilevare l'inconsistenza della censura diretta contestare il diritto al riparto per tardivo deposito dei titoli oltre il termine imposto dal giudice dell'esecuzione contestualmente alla fissazione dell'udienza per la discussione del piano di riparto.

Il debitore parte dall' assunto erroneo che detto termine abbia natura perentoria e che il mancato rispetto comporti la decadenza dal diritto alla distribuzione.

Orbene, come è noto è consentite al giudice di imporre un termine "perentorio solamente nelle ipotesi strettamente disciplinate dalla legge. Ne consegue che, poiché la legge non qualifica il termine per il deposito del titolo alla stregua di un termine perentorio imponendo invero (e con riferimento alla sola ipotesi del titolo esecutivo) il suo necessario deposito unicamente al momento dell'impulso alla procedura, evidente appare l'inconsistenza anche di tale eccezione.

In ogni caso, tutti i titoli (seppure in copia non disconosciuta) sono ad oggi regolarmente versati in atti. (omississ...)

... sul punto si osserva che nell'impianto normativo anteriore all'entrata in vigore della L. 80/2005 e delle successive modifiche, potevano partecipare alla distribuzione, tutti i creditori, anche non muniti di titolo esecutivo, purchè intervenuti prima dell'udienza prevista per la discussione del piano di riparto (così gli artt. 565 e 566 c.p.c.). Ne consegue che, potevano legittimamente intervenire solo coloro che, al momento della distribuzione, avevano un credito certo e liquido.

Se, quindi, non era certamente ammissibile l'intervento per un credito che difetti di tali requisiti, a maggior ragione non poteva ritenersi legittimato ad intervenire e, quindi, a partecipare (seppure nella

forma prenotativa deli' accanto mento) alla distribuzione il soggetto che, al momento della discussione del piano di riparto vantava un credito futuro ed incerto.

Non sussistono dubbi, pertanto, che, poiché il credito per le spese di lite relative agli eventuali incidenti cognitivi introdotti nell' ambito del processo esecutivo, sorge solamente con la pronuncia della sentenza che tali giudizi definisce oppure con l'emissione di analogo provvedimento giurisdizionale, la xxxxxxx, al momento della discussione del piano di riparto era priva di ragioni di credito e, quindi, non legittimata a richiedere alcun accantonamento a tale titolo.

La sospensione (per altro parziale) del riparto, infatti, è solo preordinata a garantire l' effettività della decisione della controversia distribuita cui è necessariamente collegata e non a realizzare l'effetto pre-notativo tipico di altri strumenti previsti dall'ordinamento a garanzia del credito.

Non solo. La sospensione del riparto, non produce uno spostamento del limite fissato per intervenire nell'ambito della procedura esecutiva. L'eventuale fase riassuntiva che si apre innanzi al giudice dell'esecuzione a seguito della decisione delle controversia distributiva ha la sola funzione di adeguare la realtà al decisum e di operare quelle correzioni al riparto già cristallizzato al momento della sua discussione (si pensi ad esempio all'ipotesi in cui venga accertata l'inesistenza del privilegio ipotecario e ciò comporti la necessaria rimodulazione del concorso tra credi tori chirografari).

Ne consegue che, deve ritenersi improduttivo di effetti l'intervento spiegato dalla il 12 gennaio 2007 in quanto depositato ben oltre l'udienza in cui si è tenuta la discussione del riparto.

Non appare pertinente il richiamo all'art.113 della L.F., sia perché detta norma si riferisce alla sola fase distributiva in sede fallimentare, sia perché nel caso di specie non si versa nell'ipotesi del riparto parziale.

Omississ....”

Nota del compilatore:

La sentenza *de qua* affronta l'ammissibilità della partecipazione al riparto dell'intervento nell'azione esecutiva non munito di titolo esecutivo.

Dalla lettura della sentenza appare che l'intervento sia stato effettuato in data antecedente alla entrata in vigore della riforma 2005-2006.

Questa ha limitato l'ammissibilità dell'intervento ex art. 499 c.p.c. al solo creditore munito di titolo esecutivo ed ai creditori non muniti di titolo che abbiano una causa di prelazione, che siano garantiti da pegno, che abbiano richiesto ed ottenuto un sequestro o il cui credito sia fondato su uno dei documenti riportati dall'art. 2214 c.c.

Il creditore che sia intervenuto senza titolo può tuttavia essere collocato nella graduazione del progetto di distribuzione. Infatti tale normativa prevede l'attribuzione immediata dei crediti fondati su titolo esecutivo o riconosciuti dal debitore ai sensi dell'art. 499 comma 6 c.p.c. e l'accantonamento per i crediti non fondati su titolo esecutivo.

Pertanto giustamente la sentenza *de qua*, in base agli art. 499, 500, e 563 c.p.c. ammette la possibilità per il creditore intervenuto prima dell'entrata in vigore della riforma e senza titolo possa partecipare al riparto delle somme, poiché l'intervento, anche condizionato, dava comunque diritto alla distribuzione (art. 563 c.p.c.), e quindi il medesimo effetto, con un'interpretazione estensiva della norma, lo procurava l'intervento non titolato.

La sentenza affronta altresì il tema dell'ammissibilità dell'opposizione ex art. 615 c.p.c., sull'*an* del credito, anche in fase distributiva, fino all'estinzione della procedura esecutiva. Infatti non vi è concorso con l'opposizione ex art. 512 c.p.c., poiché la prima riguarda la titolarità dell'azione esecutiva, mentre la seconda ha ad oggetto l'esistenza del credito e la sussistenza di cause di prelazione.

3. Cessazione della materia del contendere limitatamente alla declaratoria di nullità del precetto- Operatività dell'art. 1944 c.c. – applicabilità degli effetti del *beneficium escussionis* al debitore fallito

Tribunale di Roma 6.5.2008 – Giudice Estensore Dott. Cottone

- Non è preclusa al creditore la possibilità di intimare più volte atto di precetto per lo stesso importo, essendo, tuttavia dovuti gli oneri procuratori relativi ad un solo precetto.

Poiché, infatti, il precetto è atto propedeutico all'opposizione, e la notifica di un solo precetto è la condizione sufficiente e necessaria per accedere all'esecuzione forzata, non si può far gravare sul debitore la scelta, (sia pure legittima) del creditore di avvalersi di questa forma tipica di intimazione al solo fine di provocare lo spontaneo adempimento, senza poi accedere al successivo processo esecutivo.

- Ove le parti abbiano riconosciuto carattere di sussidiarietà dell'obbligazione fidejussoria, il debitore deve prima escutere il debitore e, quindi, agire nei confronti del fideiussore nei limiti dell'inadempimento residuo. Tanto detto appare chiaro che la dichiarazione di fallimento, non incide sull'operatività della clausola in parola, giacché esso rende solamente impossibile (e, quindi, inutile) per il fideiussore l'indicazione dei beni di cui al secondo comma dell'art. 1944.

“In primo luogo, si deve precisare che nel presente giudizio non può dirsi ritualmente costituito il . e che, quindi, contrariamente a quanto ritenuto dagli

nella comparsa conclusionale depositata il 14 febbraio 2008, il presente processo non può produrre alcun effetto nei confronti di tale società.

Essi così argomentano: “In via del tutto preliminare, si dichiara che il presente processo produce i propri effetti sia nei confronti dixxxxx (d'ora innanzi xxxxxxxx cessionaria dei crediti in sofferenza del “vecchio” xxxxxxxx e mandante delxxxxxxx che nei confronti dell'attuale.

Ciò in conseguenza delle seguenti vicende societarie. Con atto per notaio Mazzocca di Napoli del 30 giugno 2003 ha conferito alxxxxxxx il ramo d'azienda costituito dalla Direzione Territoriale Sud e comprendente tutte le filiali (con i relativi rapporti in essere) operanti in Campania, Basilicata, Puglia e Calabria. Il credito azionato con i precetti opposti nei giudizio riuniti innanzi a questo Giudice è sorto nella filiale di Potenza dell'ex xxxxxxxx Rigion per cui, oltre alla titolare dei crediti,xxxxxx, deve riconoscersi la legittimazione a resistere in questo processo anche del xxxxxxxxxxxxxxxx

Orbene, sul punto si osserva che, come si evince dall'atto a rogito Notaio Daniele Bazzoni di Torino del 21 gennaio 2005 (rep.95362):

a) il xxxxxxxxx., con contratto autenticato nelle firme dal Notaio Mazzocca di Napoli del 30-31 dicembre 1996 (rep.45847), ha ceduto alla Società per la xxxxxxxxxxxxxxxx. i crediti oggetto del presente procedimento;

b) la xxxxxxxxxxxx con atto autenticato nelle firme dal Notaio Mazzocca di Napoli del 30-31 dicembre 1996 (rep.45848) ha conferito mandato al xxxxxxxx“per la cura, la gestione e l'amministrazione delle posizioni” acquisite;

c) il xxxxxxxx ha incorporato il xxxxxxxx con atto a rogito Notaio Morone di Torino del 18 dicembre 2002 (rep.100971);

d) la xxxxxxxx ha, quindi, rilasciato con atto a rogito Notaio Mazzocca di Napoli del 13 gennaio 2003 (rep.50266), procura al xxxxxxxx perché “provveda a compiere qualsiasi atto di natura ordinaria o straordinaria per la gestione, amministrazione, e riscossione di posizioni creditorie di cui sia titolare”.

Orbene, delle due l'una: o il xxxxx è società che ad oggi non esiste più per essere stata incorporata dal xxxxxxxxxxxx e, quindi, non ha ragion d'essere la precisazione fornita dai legali costituiti per il xxxxxxxxxxxx nel presente giudizio; o, se il xxxxx è, oggi, società diversa da quella incorporata da xxxxx, non solo la costituzione nel presente giudizio è avvenuta ben oltre il limite fissato per la costruzione delle parti coincidente con l'udienza di precisazione delle conclusioni, ma gli avvocati xxxxxx appaiono certamente sforniti di procura alle liti.

Non solo.

Posto che non v'è dubbio che la titolarità del credito precettato è della xxxxxx e che il xxxxxx ha agito nel presente giudizio, non in proprio, ma esclusivamente quale rappresentante della stessa xxxxx non si rinviene alcun interesse ad agire o a resistere in capo al xxxxxxxxxxxx

In secondo luogo, deve essere dichiarata cessata la materia del contendere limitatamente alla richiesta declaratoria di nullità del precetto notificato in data 15 settembre 2005 opposto nel giudizio iscritto al n.r.g.a.c.

Come correttamente evidenziato dalla società opposta, infatti, l'atto di precetto – che consiste nell'intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo accompagnata dall'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata – non ha natura processuale, ma è atto che, come risulta dalla formulazione del primo comma dell'art 479 c.p.c., precede l'esecuzione; pertanto, l'eventuale rinuncia ad esso da parte del creditore, avendo solo rilevanza sostanziale, non richiede, in pendenza di opposizione, l'accettazione dell'intimato (ex multis: Sez. L, Sentenza n. 3736 del 09/06/1981 e Sez. L, Sentenza n. 5207 del 25/05/1998).

La rinuncia al precetto, tuttavia, non comporta necessariamente la mera pronuncia in rito conseguente al totale esaurimento dell'interesse ad agire giacché, qualora essa intervenga, successivamente alla proposizione del giudizio d'opposizione, le parte opponente conserva, almeno in astratto, interesse alla decisione della causa seppure al solo fine di dare regolamento alle spese di lite. Ne consegue, quindi, che, se, come nel caso di specie, l'opponente rinnovi le conclusioni prese insistendo per la declaratoria di nullità del precetto, la causa deve comunque essere decisa anche nel merito.

In terzo luogo, deve essere sgombrato il campo da qualunque equivoco in ordine alla legittimazione ad agire (e/o a resistere) della xxxxxxxx e del xxxxxxxxxxxx s.p.a..

Invero, la xxxxxxxxxxxx ha, da un lato, contestato la legittimazione della xxxxxxxxxxxx a notificare il precetto opposto nel giudizio iscritto al numero in pendenza del giudizio relativo all'opposizione promossa avverso il medesimo precetto notificato dal xxxxxxxxxxxx ed opposto nel giudizio iscritto al xxxxxxxxxxxx e, dall'altro, la legittimazione del xxxxxxxxxxxx a richiedere congiuntamente il pagamento della medesima somma e per la medesima causale mediante due distinte ed autonome domande riconvenzionali proposte nei due giudizi riuniti.

Orbene, quanto al primo profilo, si osserva che non v'è norma che precluda al creditore la possibilità di precettare più volte lo stesso importo, salva, ovviamente, la possibilità di pretendere gli oneri procuratori relativi ad un solo precetto.

Poiché, infatti, il precetto è atto propedeutico all'opposizione, e la notifica di un solo precetto è la condizione sufficiente è necessaria per accedere all'esecuzione forzata, non si può far gravare sul debitore la scelta (pure legittima) del creditore di avvalersi di questa forma tipica di intimazione al solo fine di provocare lo spontaneo adempimento, senza poi accedere al successivo processo esecutivo. Non solo. Nel caso di specie, preso atto dell'intervenuta rinuncia al primo dei precetti opposti e, considerato per i motivi già espressi, che tale rinuncia non comporta la necessaria accettazione del debitore (o supposto tale) intimato, evidente appare la legittimità del precetto notificato dalla xxxxxxxxxxxx in data 28 febbraio 2006.

Quanto al secondo profilo, non esiste alcuna incertezza in ordine al soggetto titolare del credito che ha agito in entrambi i giudizi.

Deve escludersi, per altro, che due distinti soggetti abbiano richiesto il pagamento del medesimo debito al medesimo soggetto.

Invero, nel giudizio preventivamente incardinato avente il xxxxxxxxxxxx si sono costituiti in giudizio la xxxxxxxxxxxx s.p.a. (personalmente) ed il xxxxxxxxxxxx . unicamente quale mandatario con rappresentanza della stessa

Il titolare della posizione sostanziale che ha, quindi, resistito in giudizio ed ha proposto la domanda riconvenzionale è, quindi, il medesimo.

Le problematiche relative alla contemporanea proposizione della medesima domanda di condanna in via riconvenzionale in due diversi giudizi (invero, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della parte opponente, non proposta nel giudizio portante dal xxxxxxxxxxxx , ma da quest'ultimo quale mandatario della xxxxxxxxxxxx e dalla xxxxxxxxxxxx. personalmente), non trovano certo soluzione nelle norme relative alla legittimazione ad agire, ma bensì in quelle relative alla litispendenza ed alla connessione. Correttamente, quindi, a fronte della proposizione da parte del medesimo soggetto di domande aventi il medesimo petitum e la medesima causa petendi contro la medesima parte (tale ipotesi si è verificata non solo con riferimento alla domanda di condanna proposta in via riconvenzionale dalla xxxxxxxxxxxx ma anche a quella di accertamento della nullità parziale dell'art.9 del contratto precettato proposta dalla stessa xxxxxxxxxxxx), il Tribunale ha disposto la riunione dei due giudizi.

Passando al merito delle questioni proposte, con il primo motivo d'opposizione, la xxxxxxxxxxxx . ha contestato la legittimità di entrambi i precetti opposti, in quanto intimati in difetto di un valido titolo esecutivo.

Al fine di meglio esaminare la questione è opportuno evidenziare che la xxxxxxxx ha intimato precetto sulla scorta del titolo costituito da un contratto di credito agrario stipulato ai sensi dell'art.43 e ss. del D. lgs. 1° settembre 1993, n.385 e della L. 7 febbraio 1992, n.140 a rogito Notaio Antonio Polosa di Potenza il 1° aprile 1994 (rep.41.989) tra il xxxxxxxx . (filiale di Potenza) e il

All'art.9 di detto contratto si legge testualmente: “La xxxxxxxxxxxx s.p.a. come sopra costituita a maggior garanzia delle obbligazioni assunte dalla società mutuataria verso il banco per il mutuo di £.10.000.000.000 dallo stesso concesso con il presente contratto, si dichiara fideiussore in via sussidiaria della parte mutuataria per tutte le ragioni di debito di quest'ultima verso il Banco mutuante fino alla concorrenza della somma di £.6.750.000.000. La fideiussione garantisce – previa escussione del debitore principale – in via sussidiaria tutto quanto dovuto al Banco mutuante per capitale, nei limiti di detta somma di £.6.750.000.000, comprensiva di interessi, spese anche di carattere giudiziario ed onere tributario, espressamente esonerando il Banco stesso dall'osservanza dell'articolo 1957 c.c. Dichiaro, inoltre, di accettare pienamente le risultanze delle scritture del banco mutuante riconoscendo che, in base ad esse, i crediti dello stesso verso la parte mutuataria devono considerarsi certi, liquidi ed esigibili, sempre fino alla concorrenza della citata somma di £. 6.750.000.000 comprensive di interessi , spese giudiziarie oneri tributari ed accessori; rinuncia ad ogni eccezione in contrario e si impegna a non esercitare eventuali diritti di regresso o di surroga fino a quando ogni ragione di credito del banco non sia stata interamente estinta. In deroga all'art.1939 c.c. la fideiussione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida”.

Sostiene la Banca precettante che il titolo azionato sarebbe eseguibile nei confronti della banca fideiubente (oggi xxxxxxxx) poiché il credito incorporato nel contratto di mutuo redatto per atto pubblico, atteso il pacifico inadempimento della società mutuataria sarebbe certo, liquido ed esigibile anche contro la xxxxxxxxxxxx

In particolare osserva la xxxxxxxxxxxx s.p.a. che il contratto di mutuo conterrebbe l'indicazione di tutti gli elementi strutturali essenziali della obbligazione di pagamento, tra i quali vi sono innanzitutto quelli attinenti all'esistenza di una determinata e certa obbligazione tra due soggetti.

A supporto dell'argomento evidenzia che la Banca xxxxxxxxxxxxxxxx s.p.a., contestualmente all'assunzione dell'obbligazione fideiussoria ha dichiarato "di accettare pienamente le risultanze del Banco mutuante riconoscendo che, in base ad esse, i crediti dello stesso verso la parte mutuataria devono considerarsi certi, liquidi ed esigibili".

Orbene, secondo quanto pacificamente accettato in dottrina ed in giurisprudenza, il titolo esecutivo è il necessario presupposto per conseguire dal debitore l'esatto adempimento dell'obbligazione ed il relativo diritto dev'essere, ai sensi dell'art 474 cod proc civ, certo (cioè incontroverso nella sua esistenza), liquido (ossia di ammontare determinato) ed esigibile (in quanto non sussistano ostacoli, come la condizione o il termine, alla sua riscossione). Solo il concorso di tali requisiti rende il credito suscettibile d'esecuzione forzata; e se anche la cosa dovuta – sia che si tratti di una somma di denaro o di un bene di natura fungibile – non deve essere necessariamente indicata nella sua entità quantitativa, potendo essere desunta mediante un mero calcolo matematico, tuttavia è necessario che il titolo in base al quale si procede contenga in se tutti gli elementi certi e positivi idonei alla determinazione del quantum, non essendo consentito di attingerli aliunde.

Tanto premesso si osserva che la fideiussione è un contratto tipico di garanzia che spiega i suoi effetti nella sola ipotesi in cui il debitore principale non adempia all'obbligazione contratta.

L'obbligo di pagamento da parte del fideiussore presuppone, quindi, l'inadempimento del debitore principale.

Ne consegue che se certo deve ritenersi l'obbligo di garanzia, non altrettanto certo è l'obbligo di pagamento in luogo del debitore.

Seppure, quindi, la fideiussione risulta da un documento avente i requisiti di forma previsti dall'art.474 c.p.c., ciò non legittima il creditore ad esigere il pagamento direttamente dal fideiussore giacché, proprio in ragione dell'obbligo di garanzia risultante dal titolo, l'obbligo di pagamento è meramente aleatorio e sorge soltanto nell'eventualità che il debitore principale si renda adempiente al pagamento.

Quanto poi alla circostanza che la Banca fideiubente si sia impegnata ad accettare le risultanze contabili del xxxxxxxxxxxxxxxxal fine di determinare il credito garantito, appare palese che detta dichiarazione non è qualificabile alla stregua di un riconoscimento di debito (per altro futuro ed incerto) ma costituisce la fonte di una specifica obbligazione. Il richiamo, pertanto, alla presenza di tale dichiarazione nell'ambito del negozio di garanzia non solo non appare pertinente ma, al contrario, costituisce la riprova della non certezza e non liquidità del credito verso la xxxxxxxxxxxxxxxx vantato dal xxxxxxxxxxxxxxxx.

Il motivo d'opposizione è, quindi, fondato e deve pertanto essere dichiarata la nullità di entrambi i precetti opposti per difetto di titolo esecutivo.

All'accoglimento delle opposizioni a precetto consegue il necessario esame delle identiche domande riconvenzionali di condanna al pagamento della somma di € 3.486.084,07 oltre interessi convenzionali come accettati dalla domanda al soddisfo proposte dalla xxxxxxxxxxxxxxxx . in via subordinata in entrambi i giudizi riuniti.

A fronte di tale pretesa la xxxxxxxx (per quanto è stato possibile ricostruire dalla non sempre lineare argomentazione difensiva) ha eccepito:

a) l'esistenza del "beneficium excussionis" e, quindi, la non operatività della garanzia se non all'esito della conclusione della procedura concorsuale intrapresa ai danni della società debitrice principale;

b) la non operatività della garanzia per aver il creditore colpevolmente omesso di escutere in tempo utile il patrimonio della debitrice principale così ledendo la sua possibilità di regresso e/o di surroga.

Osserva, in particolare, la xxxxxxxxxxxx : "Peraltro, per quanto ancora interessa la mancata esigibilità del credito, si intende ulteriormente (evidenziare e/o) contestare il negligente comportamento dell'istituto mutuante in merito alla mancata tutela delle proprie ragioni, laddove, a fronte di un'evidente esposizione debitoria della xxxxxxxxxxxxxxxx non ha, in primis, tutelato i proprio

interessi (e...quelli del fideiussore) monitorando costantemente la... sofferenza della mutuataria, e poi, nonostante le garanzie ipotecarie, nonché il privilegio legale che assisteva i finanziamenti di credito agrario de quo, ha omissso... per circa sei anni l'esecuzione individuale (in quanto la liquidazione coatta amministrativa intervenne nel 2000!) compromettendo così anche l'azione di regresso della nonché la consequenziale possibilità per quest'ultima di articolare le eccezioni che di diritto sarebbe spettato al fideiussore ex art.1945 c.c.. Allo stato, pertanto, poiché la xxxxxxxxxxxx non ebbe puntualmente ad adempiere alle proprie obbligazioni di mutuataria, l'istituto mutuante ha colpevolmente omissso di soddisfare le proprie ragioni di credito quando, invece, avrebbe potuto avviare favorevolmente un'azione di recupero che aveva fondate ragioni di successo vista la concreta possibilità di aggredire le garanzie reali”.

Orbene, come già evidenziato l'art.9 del contratto di mutuo nel cui contesto è stata assunta la garanzia fideiussoria in parola così recita:

“La fideiussione garantisce – previa escussione del debitore principale – in via sussidiaria tutto quanto dovuto al Banco mutuante per capitale, nei limiti di detta somma di £.6.750.000.000, comprensiva di interessi, spese anche di carattere giudiziario ed onere tributario”

Come è noto la disciplina della preventiva escussione del debitore principale trova la sua prima regolamentazione nell'art.1944 c.c. il quale tuttavia postula che il meccanismo non operi in via principale, ma in via di eccezione, imponendo al garante l'onere dell'espressa indicazione dei beni da aggredire esecutivamente e l'anticipo delle relative spese (Il fideiussore che sia convenuto dal creditore ed intenda avvalersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione).

Orbene, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato, tuttavia, che la fattispecie dell'art. 1944 c.c., integrante la fideiussione semplice non è coordinabile con l'ipotesi del fallimento del debitore principale, in considerazione dell'universalità oggettiva che qualifica le procedure concorsuali liquidatorie e che è incompatibile con la struttura del beneficio di preventiva escussione.

l'efficacia della preventiva escussione, con carattere sostanziale, anche in presenza del fallimento Precisa la Suprema Corte che la fattispecie in esame presuppone non solo che in concreto sussistano beni da sottoporre ad esecuzione al momento della scadenza del credito, ma anche che tale indicazione sia giuridicamente finalizzata all'esecuzione individuale del creditore. Ciò non si verifica con il fallimento del debitore principale in cui non sussistono beni da potere sottoporre ad esecuzione individuale per la soddisfazione delle ragioni del creditore, in quanto tutto il patrimonio del debitore è già coinvolto nell'esecuzione concorsuale.

Dalla configurazione espressa, prosegue la Cassazione, emerge la non applicabilità analogica della fattispecie, e della disciplina conseguente, all'ipotesi del debitore fallito, non solo perché non può essere indicato un bene estraneo all'universalità oggettiva concorsuale sul quale il debitore, necessariamente concorrente, possa autonomamente soddisfarsi, ma perché la situazione di insolvenza conclamata, che fa assumere al creditore un rischio di incapienza superiore a quello normalmente inerente alla fattispecie normativa correlata alla semplice inadempienza, individua sul piano della struttura e delle finalità dei mezzi di tutela degli interessi delle parti in gioco (creditore principale e garante) una ratio diversa da quella che regge la disciplina dell'art. 1944 c.c. (Così Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10610 del 1994, Sez. 3, Sez. 1, Sentenza n. 4218 del 17/07/1985 Sentenza n. 4032 del 22/12/1969).

Orbene, le conclusioni cui giunge la Suprema Corte non appaiono convincenti.

Seppure appare pienamente condivisibile l'assunto in base al quale, il secondo comma dell'art.1944 c.c. presuppone un debitore “in bonis”, tuttavia, per questo solo motivo, non si può ritenere che la sola dichiarazione di fallimento del debitore, comporti necessariamente il venir meno della clausola contrattuale del beneficium escussionis.

Invero il secondo comma dell'art.1944 c.c. si basa sull'assunto logico dell'esistenza di un rapporto preferenziale tra garante e debitore garantito; ovvero sul presupposto meramente esperienziale che il fideiussore normalmente, prima di prestare la propria garanzia verifica la capacità patrimoniale del debitore.

In quest'ottica la norma in questione ha la duplice funzione, da un lato, di evitare possibili azioni meramente dilatorie del fideiussore, dall'altro, di consentire al creditore, con la cooperazione del fideiussore stesso, di conoscere poste patrimoniali attive del debitore di cui, altrimenti, non avrebbe mai avuto conoscenza.

Peraltro, conformemente a quanto evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, ove sia pattuito espressamente il beneficium escussionis, esso opera non solo in termini temporali (prima aggredisco il patrimonio del debitore e, quindi, quello del fideiussore), ma anche in termini quantitativi: ovvero, per stabilire in che limite opera la garanzia. Per meglio chiarire. Il beneficio della preventiva escussione non si pone in termini di valutazione sulla concreta solvibilità del debitore. Esso non è condizionato alla misura della solvibilità del debitore ovvero, intanto opera in quanto il patrimonio del debitore sia integralmente soddisfatto. Ove le parti abbiano riconosciuto carattere di sussidiarietà all'obbligazione fideiussoria, il creditore deve prima escutere il debitore è, quindi, agire nei confronti del fideiussore nei limiti dell'inadempimento residuo.

Tanto detto, appare chiaro che la dichiarazione di fallimento, non incide sull'operatività della clausola in parola, giacché esso rende solamente impossibile (e, quindi, inutile) per il fideiussore l'indicazione dei beni di cui al secondo comma dell'art.1944.

L'effetto espropriativo generale del fallimento, in sostanza, rende inutile la previsione dell'art.1944 c.c. giacché il complesso di beni aggredibili si appalesa pienamente nell'ambito della procedura concorsuale stessa.

Deve, quindi, concludersi nel senso che, ove le parti abbiano convenuto il beneficio della preventiva escussione del debitore, nell'ipotesi di fallimento di quest'ultimo, non potendo operare il meccanismo del secondo comma dell'art.1944 c.c., non è possibile aggredire il patrimonio del fideiussore fin quando non si sia esaurita la procedura concorsuale.

In ogni caso, si osserva che la stessa giurisprudenza citata ha messo in evidenza che la materia non è sottratta alla disponibilità delle parti e che esse possono, quindi, convenire del debitore principale; e subordinare, quindi, l'efficacia della garanzia all'esaurimento della procedura concorsuale e, quindi, alla completa verifica dell'insolvenza del debitore insinuato.

Tale, volontà, ovviamente deve risultare dal negozio, a cui ovviamente si deve rivolgere l'interprete al fine di verificare se si sia in presenza di una ipotesi "tipica" disciplinata dall'art.1944 c.c. o se le parti abbiano inteso derogare ad essa.

Poiché, quindi, nel contratto per cui è causa le parti nulla hanno detto in merito alla riconducibilità allo schema dell'art.1944 c.c. della clausola in contestazione, ribadendo, per altro, con utilizzo di un termine giuridicamente non equivoco, la sussidiarietà dell'obbligazione della società fideiubente, e rilevato che non v'è contestazione in ordine alla pendenza della procedura concorsuale (o, in ogni caso, in ordine all'esistenza di beni tuttora aggredibili in forza dei diritti reali di garanzia costituiti). Non sussistono dubbi in merito alla infondatezza della richiesta condanna avanza dalla.....

Sull'argomento si deve rilevare, infine, che priva di fondamento è l'eccezione diretta ad eccepire l'inoperatività della garanzia con riferimento alla supposta condotta inerte del xxxxxxxxxx in sede di escussione del debitore principale.

Invero, l'art.1955 c.c. stabilisce espressamente che la fideiussione si estingue quando, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore.

Il "fatto" del creditore, rilevante ai sensi dell'art. 1955 cod. civ. ai fini della liberazione del fideiussore, non può consistere, tuttavia, nella mera inazione, ma deve costituire violazione di un

dovere giuridico imposto dalla legge o nascente dal contratto integrante un fatto quanto meno colposo, o comunque illecito, con conseguente sottrazione al fideiussore di concrete possibilità esistenti nella sfera del creditore al tempo della garanzia, che gli avrebbero consentito l'attuazione dell'obbligazione garantita. Il pregiudizio deve, inoltre, essere giuridico, non solo economico, e concretizzarsi nella perdita del diritto (di surrogazione ex art. 1949 cod. civ., o di regresso ex art. 1950 cod. civ.), e non già nella mera maggiore difficoltà di attuarlo per le diminuite capacità soddisfattive del patrimonio del debitore (Sez. 3, Sentenza n. 9634 del 16/06/2003, Sez. L, Sentenza n. 7719 del 23/04/2004).

L'onere della prova in ordine alla concreta perdita del diritto di regresso o di surroga spetta al fideiussore che allega l'esistenza del fatto estintivo.

Tale prova, per altro, non può limitarsi alla richiesta di ordine di esibizione della documentazione relativa alla procedura concorsuale iniziata nei confronti del debitore garantito, giacchè, in mancanza di specifica allegazione del fatto estintivo che si vuol provare, tale richiesta istruttoria assume carattere meramente esplorativo e, pertanto, non consentito.

Non solo. Nel caso di specie, l'illiceità della condotta denunciata si sarebbe concretizzata, ad avviso della xxxxxxxxxxxx s.p.a. nel "colpevole" disinteresse del xxxxxxxxx a fronte dell'inadempimento della xxxxxxxxxxxx, ovvero, nel mancato esercizio delle azioni dirette ad ottenere il recupero del credito dal verificarsi dell'inadempienza (1994) al momento dell'insinuazione nella procedura concorsuale.

Orbene. Posto che non v'è alcun obbligo giuridico che imponga al creditore la risoluzione contrattuale in presenza dell'inadempimento (invero, lo stesso creditore può fare maggior affidamento nella capacità di adempiere, seppur tardivamente, del debitore che nella procedura coattiva di riscossione del debito) e che nessuna altra condotta specifica è stata dedotta (come ad esempio, l'illegittima liberazione dalle garanzie reali del debitore), evidente appare l'infondatezza della spiegata eccezione di liberazione dall'obbligazione fideiussoria.

Da ultimo deve essere affrontata la questione relativa alla richiesta declaratoria di nullità della clausola di cui al predetto art.9 del contratto di mutuo in forza della quale la xxxxxxxxxxxx si è impegnata a non esercitare eventuali diritti di regresso o di surroga fino a quando ogni ragione di credito del banco non sia stata interamente estinta.

Sostiene la parte opponente che la nullità di detta clausola deriverebbe dal combinato disposto degli artt.1343, 1419 e 2595 c.c. in relazione a quanto stabilito dall'art.41, 2° comma, della Costituzione e dagli artt.81 e 82 del Trattato dell'Unione (rectius del testo consolidato del Trattato istitutivo della Comunità Europea) e si configurerebbe nella sua contrarietà "all'ordine pubblico economico italiano come regolato dalla disciplina europea e costituzionale sulla concorrenza".

Evidenza, in particolare, la xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxche il regresso è una conseguenza naturale ed essenziale all'equilibrio causale del rapporto, quindi, la perdita di tale effetto determina la perdita di un connotato essenziale del rapporto stesso rendendolo in tal modo atipico.

Orbene, in primo luogo, appare opportuno precisare che, l'equazione "negozio atipico" = "negozio con causa illecita" non appare assolutamente condivisibile.

Dottrina e giurisprudenza sono oggi approdati ad identificare la causa del negozio con la "ragione economica-giuridica" del contratto. Essa rappresenta la sintesi degli effetti giuridici del negozio che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela.

La causa deve essere tenuta certamente distinta dal "tipo negoziale", ovvero dallo schema dell'accordo, che assume rilievo solamente sotto il profilo della regolazione del rapporto in base agli schemi tipici previsti dall'ordinamento.

Essa assume rilievo ai fini della verifica della "liceità" e non della "configurabilità" del negozio. Liceità da valutare certamente in relazione ai principi ed al complesso normativo diretto a regolare gli assetti economici e sociali della comunità di riferimento e, pertanto, da verificare caso per caso, anche in presenza di schemi negoziali tipici.

Il contratto tipico non ha pertanto, per sua natura, causa lecita ed è possibile ipotizzare contratti atipici a causa lecita (in senso contrario non assumerebbe senso alcuno la norma dell'art.1322 c.c.). Evidente appare, quindi, che ove le parti si siano discostate dallo schema tipico del negozio, non per questo il negozio stesso assume i caratteri dell'illiceità.

Tanto detto, quindi, si deve indagare se l'obbligo assunto dal fideiussore di non esercitare alcun diritto di regresso o di surroga nei confronti del debitore sino all'effettivo soddisfo del credito garantito costituisca una deviazione tale dallo schema tipico del contratto di garanzia in parola da porsi in contrasto con specifiche norme imperative.

Tale contrasto invero non è ravvisabile e la clausola è certamente lecita.

In primo luogo, premesso che la fideiussione è limitata a parte del credito garantito, la clausola in parola ha la funzione di evitare, nell'ipotesi di pagamento del fideiussore il potenziale concorso tra questi ed il creditore garantito.

Si tratta di una clausola, per altro, che non elimina il regresso o il diritto di surroga, ma lo condiziona alla preventiva soddisfazione integrale del creditore garantito.

In secondo luogo, non si comprende in che modo l'apposizione di una simile clausola in un contratto di fideiussione possa costituire violazione delle norme sulla concorrenza.

Invero le citate norme del Trattato CE prendono in considerazione ipotesi simili ma le considerano illecite solamente ove possano arrecare pregiudizio al Commercio tra Stati Membri ovvero alla libera concorrenza sul mercato.

Proprio sulla scorta di tale assunto è stata sanzionata l'illiceità di detta clausola dalla Banca d'Italia ma limitatamente all'inserimento da parte dell'ABI nelle "Norme Bancarie Uniformi" (Provvedimento n.12 del 3 dicembre 1994).

Proprio in tale provvedimento si evidenzia, peraltro, che l'apposizione della clausola in questione non è di per sé lesiva della concorrenza del mercato ma lo diviene se assunta in forma generalizzata in forza del comune rinvio alla Norme Bancarie Uniformi.

Ne consegue, quindi, che la clausola in tanto è lecita in quanto frutto di autonomo incontro della volontà negoziali delle parti e non meccanica ricezione delle Norme Bancarie Uniformi (da cui, peraltro, è espunta).

Preso atto della complessità delle questioni trattate, dell'interpretazione discostante da quella della giurisprudenza di legittimità e della parziale soccombenza di entrambe le parti, si ritiene equo compensare tra esse le spese del presente giudizio"

Nota del compilatore

La Trattazione in tema di operatività del beneficio di escussione sul debitore fallito, affrontata dal Tribunale di Roma nella sentenza sopra riportata si pone in contrasto con l'orientamento in precedenza espresso dalla Corte di Cassazione.

Ed invero le conclusioni cui era pervenuta la Cassazione convergevano, inequivocabilmente, nell'inapplicabilità della fattispecie dell'art. 1944 c.c., integrante la fideiussione semplice, all'ipotesi del fallimento del debitore principale, nel senso che, l'universalità oggettiva che qualifica le procedure concorsuali liquidatorie sarebbe incompatibile con la struttura del beneficio di preventiva escussione.

Ancora la Suprema Corte aveva ribadito non solo che in concreto sussistano beni da sottoporre ad esecuzione al momento della scadenza del credito, ma che tale indicazione sia giuridicamente finalizzata all'esecuzione individuale del creditore; nel fallimento del debitore, infatti, non vi sono beni da sottoporre ad esecuzione individuale per la soddisfazioni delle ragioni creditorie, in quanto il patrimonio di quest'ultimo è già gravato dalla procedura concorsuale.

Orbene, la sentenza del Tribunale di Roma, scrutinando analiticamente la fattispecie per cui è processo, ha sottolineato il presupposto che implicitamente connota la fattispecie di cui all'art. 1944

c.c. e, cioè, la verifica, da parte del fideiussore, della capacità patrimoniale del debitore, prima di prestare la propria garanzia.

Il fallimento del debitore principale non esclude, quindi, l'ambito di applicazione del beneficio di escussione.

In buona sostanza il beneficio della preventiva escussione opera non solo in termini temporali, ma anche e soprattutto in termini quantitativi e, cioè, esso non è condizionato alla misura della solvibilità del debitore.

4. Limitazione dei mezzi di espropriazione – riduzione del pignoramento

Tribunale di Avezzano ordinanza del 18.3.2008 G.E. Dott. Cirillo

“...a scioglimento della riserva di cui al verbale che esaminata l'eccezione dei debitori di estinzione della procedura esecutiva per inosservanza da parte del creditore del termine per la costituzione del fondo spese e rilevato che, al di là dell'enfasi, l'art. 152 c.p.c. commina la decadenza solo ai termini stabiliti dal giudice in applicazione di una specifica previsione di legge, mentre il termine per la costituzione del fondo spese non è previsto dalla legge, ed è fissato per mere necessità ordinatorie della procedura, precisando la stessa ordinanza di vendita che il creditore possa giustificare il ritardo nella costituzione del fondo spese;

- letta la doglianza dei debitori che reclamano di essere stati vittima di appropriazione indebita e di estorsione per avere la Banca conteggiato nella comunicazione del 28/1/08 la somma ricevuta in acconto di € 67.907,00 anziché € 77.907,00, e rilevato che non spetta a questo giudicante assumere determinazioni in proposito, se non quella di escludere il fumus del reato procedibile d'ufficio per gli effetti di cui all'art. 331 quarto comma c.p.p., non scorrendosi costrizione violenta a fare qualcosa nel nero errore materiale contenuto in una comunicazione informale;

letta l'obiezione dei debitori di subire diversi mezzi di espropriazione forzata limitabili a mente dell'art 483 c.p.c., e rilevato che la pendenza di due esecuzioni immobiliari si risolve nel subire un solo tipo di mezzo di espropriazione, e che in ogni caso questo Giudice non può escludere il mezzo di espropriazione pendente davanti a giudice di distinto Tribunale, né può vanificare la esecuzione n. 151/04 pendente davanti a sé prossima alla vendita in attesa che in altra esecuzione sia ancora fissata la vendita;

letta la richiesta dei debitori di riduzione, del pignoramento, rilevato che a niente 496 cp.c. la riduzione del pignoramento postula la sproporzione tra il valore del compendio pignorato e l'importo complessivo del crediti per capitale spese ed interessi, considerato che il valore dei lotti, di cui alla perizia ascende a complessivi € 344.298,74, mentre il credito della è di complessivi € 192.901,81, oltre spese dell'esecuzione, ritenuta la prossimità dei valori avuto pure riguardo alla notoria difficoltà di realizzo al prezzo di primo esperimento d'asta, potendosi, peraltro, altrimenti scongiurare il rischio di un eccesso di espropriazione, in questa come in altre esecuzioni, semplicemente arrestando ai sensi dell'art 504 c p c la vendita di ulteriori lotti una volta realizzato l'equivalente del credito per capitale spese ed interessi

Respinge l'eccezione dei debitori

Esclude che sussista per questo Giudice l'obbligo di cui all'art. 331 c.p.p..

Rigetta la richiesta di limitazione dell'esecuzione ex art. 483 c.p.c. -.

Rigetta la richiesta di riduzione del pignoramento”.

Nota del compilatore

L'art. 483 comma 1 c.p.c., nel prevedere che : « *il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di espropriazione previsti dalla legge* » concede espressamente al creditore la possibilità di esercitare l'azione esecutiva promuovendo più processi di esecuzione forzata.

La giurisprudenza, chiarendo la portata normativa del citato articolo, afferma che si ha cumulo dei mezzi di esecuzione allorché si pongano in essere contro lo stesso debitore **più processi esecutivi di tipo diverso** (Cass. 67/2210): gli es. classici sono quelli in cui il creditore promuove contemporaneamente l'espropriazione mobiliare e quella immobiliare (Cass. 77/1639); oppure l'espropriazione mobiliare presso il debitore e quella presso terzi (Cass. 73/2740); o ancora l'espropriazione immobiliare e quella presso terzi (Cass. 87/3786).

La norma in questione non consente ad un giudice, nella cui competenza penda un solo mezzo di espropriazione, di "ridurre" questo mezzo e, tantomeno, di "ridurre" i mezzi pendenti avanti altri giudici competenti per diverso territorio.

Non sono soggette a riduzione le esecuzioni dove, oltre al creditore procedente "cumulante" i mezzi di espropriazione, vi siano altri creditori intervenuti (Cass. 22.2.2006 n. 3952).

La norma si riferisce chiaramente al creditore che promuove diversi mezzi previsti dalla legge e, quindi, si riferisce al c.d. "creditore procedente" e a creditori intervenuti in diverse esecuzioni promosse da diversi creditori.

Essendo tutte e tre le procedure omologhe (esecuzioni immobiliari) la norma non è invocabile ed applicabile.

Per quanto riguarda il valore dei beni dei debitori eseguiti sottoposti a pignoramento presso altro Tribunale, questo, ovviamente in nulla può influenzare la valutazione del Giudice di Avezzano, il quale può e deve valutare sola la sua esecuzione, non avendo gli elementi opportuni ed i poteri per valutare e giudicare di quelle pendenti avanti altri giudici.

Si deve segnalare che una diversa ricostruzione della fattispecie è stata proposta dal Tribunale di Roma (cfr. rassegnamento n.2).

5. Sospensione dell'esecuzione ex art. 295 c.p.c.

Tribunale di Tivoli – Sezione Distaccata di Castelnuovo di Porto – Ordinanza del 31.3.2006- G.E. Dott. Bonagura

"...letta l'istanza di sospensione dell'esecuzione immobiliare ex artt, 295, 623-624 c.p.c., depositata in data 04.5.2005, nella immediata vendita dell'incanto dell'immobile sito in Fiano Romano, V. Torino 7, fissato per il 05.5.2005;

letto il decreto emesso da quest'Ufficio ex art. 625 comma 2 c.p.c. in data 04.5.2005, di provvisoria sospensione dell'esecuzione sino al 22.6.2005 (data fissata per la comparizione delle parti):

letto il verbale dell'udienza del 22.6.2005, e le argomentazioni in quella sede addotte dalle parti a sostegno delle rispettive posizioni.;

letto Il provvedimento emesso da quest'Ufficio in data 12.9.2005 (a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 22.6.2005), cori cui si disponeva nuova comparizione delle parti per l'udienza del 25.1.2006;

letto il verbale dell'udienza del. 25.1.2006, e le argomentazioni addotte in quella sede dalle parti a sostegno delle rispettive posizioni;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza dei 25.1.2006;

ritenuto che il provvedimento di sospensione dell'Esecuzione debba essere revocato, non sussistendone le condizioni previste dalla legge 1) l'art. 295 c.p.c. non applicabile nel caso in specie, trattandosi di ipotesi di sospensione applicabile esclusivamente nel giudizio di cognizione; ai sensi dell'art. 295

c.p.c. un ordinario giudizio di cognizione deve essere sospeso quando la sua definizione dipenda logicamente e giuridicamente dalla soluzione di altra controversia, per evitare il rischio di conflitto tra giudicati ; nel caso in specie, l'art. 295 c.p.c. non può evidentemente trovare applicazione perché il processo da sospendere sarebbe un processo esecutivo, e del resto la sospensione del processo di esecuzione risponde alle regole specifiche dettate dagli artt. 623 e 624 c.p.c. ; 2) la sospensione dell'esecuzione prevista per gravi motivi dall'art. 624 c.p.c. presuppone la pendenza del relativo giudizio di opposizione, giudizio che come ammesso dalla stessa difesa dei debitori — non è stato instaurato;

ritenuto, dunque, che non sussistano i presupposti per la sospensione dell'esecuzione;

Visto l'art. 487 c.p.c.

Revoca l'ordinanza del 04.5.2005 di sospensione provvisoria dell'esecuzione, disponendo procedersi oltre nelle operazioni di vendita"

Nota del compilatore

Com'è noto l'art. 295 c.p.c. è dettato per prevenire un eventuale contrasto di giudicati.

Poiché nel processo esecutivo, non si forma alcuna decisione su diritti e obblighi delle parti, essendo tale deliberazione per definizione, presupposto dell'esecuzione, la sospensione necessaria dell'art. 295 c.p.c. non opera mai quando sono contemporaneamente pendenti un processo di merito ed un processo esecutivo, tra i quali non vi potrà mai essere "contrasto di giudicati".

6. Eccezione di incompetenza – Ambito di applicabilità dell'art. 480 c.p.c. – Eccezione di compensazione

Tribunale di Roma – Sentenza n. 15497/07 – Giudice Estensore Dott.ssa Soldi

L'art. 480 c.p.c. terzo comma in tema di esecuzione va interpretato nel senso che, se la parte istante legge domicilio in un comune ove il debitore della prestazione pecuniaria da realizzarsi coattivamente non possiede beni ovvero in cui non risiede il terzo debitor debitoris, l'elezione di domicilio resta priva di effetti ed il debitore precettato può proporre opposizione a precetto nel luogo ove il precetto medesimo è stato notificato.

"...Va innanzitutto precisato che la opposizione proposta deve essere qualificata ai sensi dell'art. 615 c.p.c. quanto alle contestazioni relative alla quantificazione del credito fatto valere mentre deve essere qualificata ai sensi dell'art. 617 c.p.c. quanto

alla eccezione di nullità dell'atto di precetto per inesistenza della procura.

Ciò premesso, occorre rilevare preliminarmente che non può essere accolta l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito sollevata nella comparsa di costituzione e risposta dalla parte convenuta/ La opponente ha chiarito di aver proposto la presente opposizione dinanzi al Tribunale di Roma, e cioè nel luogo di notificazione dell'atto di precetto, avendo inteso disattendere la elezione di domicilio effettuata dalla xxxxxxxxxxxx nel Comune di San Fele ove, a suo dire, non possiede beni da sottoporre ad esecuzione. Tale prospettazione deve essere condivisa atteso che la parte convenuta non ha fornito alcuna prova della esistenza nel Comune di San Fele di beni aggredibili esecutivamente in danno di

Secondo l'orientamento della Corte di cassazione, invero, l'art. 480 c.p.c. terzo comma in tema di esecuzione per espropriazione va interpretato nel senso che, se la parte istante elegge domicilio in un

comune ove il debitore della prestazione pecuniaria da realizzarsi coattivamente non possiede beni ovvero in cui non risiede il terzo debitor debitoris, l'elezione di domicilio resta priva di effetti ed il debitore precettato può proporre opposizione al precetto nel luogo ove il precetto medesimo è stato notificato (cfr. Cass. n. 7505 del 1999). Resta ferma nel caso da ultimo esaminato la possibilità che il creditore opposto eccepisca la incompetenza per territorio del giudice del luogo di notificaziorie del precetto perché diverso da quello della elezione di domiciljo ma la eccezione potrà essere ritenuta fondata solo ove il creditore dimostri che, contrariamente all'assunto dell'obbligato, nel luogo d elezione di domicilio potrà essere avviata una procedura esecutiva in suo danno (cft Cass. n. 6880 del 1997).

Orbene, posto che la eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla xxxxxxxxxxxxxxx non è stata supportata dalla indicazione del fatto che in San Fele ci siano beni di da sottoporre ad esecuzione o anche solo da una specifica deduzione sul punto, deve ritenersi che competente a conoscere della presente causa sia il Tribunale di Roma.

Venendo al merito, sia la opposizione agli atti esecutivi che la opposizione all'esecuzione sono infondate e non meritevoli di accoglimento.

In primo luogo va rilevato che effettivamente l'atto di precetto risulta sottoscritto d un avvocato senza che sia indicata la procura in forza della quale questo agisce.

Tale circostanza non è tuttavia di per sé idonea a determinare la nullità dell'atto.

Secondo l'orientamento pressochè univoco della Corte di Cassazione il precetto no costituisce un atto introduttivo bensì un atto preliminare stragiudiziale. Ne consegue che lo stesso, contrariamente all'atto di citazione, ove sottoscritto da procuratore sprovvisto di mandato, non può essere sanato con rilascio della procura in epo successiva alla sua notificazione esulando dalla previsione normativa dell'art. 125 co.2 c.p.c. (Cass. civ. sez. III, 5 gennaio 1991, a. 8043). Ciò non toglie, però, che, al pari di qualsiasi atto di natura sostanziale, ove sia stato notificato a mezzo di procuratore sprovvisto dei poteri, possa divenire efficace per ratifica del titolare del diritto di credito anche dopo la sua notificazione; tutto questo a condizione che la ratifica intervenga e sia documentata tempestivamente nell'eventuale giudizio d' opposizione ex art. 617 c.p.c. (cfr. Cass. civ. sez. III, 10 ottobre 1997 n. 9873 e Cass. civ. sez. III, 24 gennaio 1980, a. 600).

In buona sostanza, cioè, la produzione nel corso del giudizio di opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto il precetto, della procura anche tardivamente conferita all'avvocato che lo ha sottoscritto è idonea a sanare qualunque vizio formale.

Nel caso all'esame deve, pertanto, ritenersi che la costituzione della a 'nezzo dell'Avvocato xxxxxxxx che aveva sottoscritto l'atto di precetto e la dichiarazione di ratifica dell'operato di quest'ultimo vale a sanare l'originario difetto di mandato difensivo dell'atto di intimazione.

Del pari non può essere condivisa la prospettazione di xxxxxxxx . in merito alla determinazione del credito fatto valere con il precetto.

È circostanza pacifica tra le parti che il Tribunale di Potenza con la sentenza di primo grado abbia condannato la xxxxxxxxx nonché la xxxxxxxxx . al pagamento in favore della xxxxxxxxx della somma di £. 531.611.000 a titolo di risarcimento del danno oltre agli interessi legali e che la xxxxxxxxx abbia corrisposto alla creditrice in data 28.2.2001 l'importo di euro 599.030,63, di cui euro 274.554,17 (pari a £. 531.611.000) per capitale e la rimanenza di euro 324.476,17 per interessi computati secondo quanto previsto dal titolo. Detta sentenza emessa in primo grado è stata, tuttavia, impugnata e la Corte di Appello di Potenza, nel riformarla parzialmente, ha condannato la xxxxxxxxx a corrispondere all'xxxxxxxxxxxx l'importo di euro 836.761,16 a titolo di risarcimento oltre a rivalutazione ed interessi.

In questa situazione ciascuna delle parti ha predisposto un proprio conteggio e ha corrisposto nel luglio 2004 alla creditrice quanto da essa ritenuto dovuto e cioè l'importo di euro 1.620.385,55.

La divergenza tra le posizioni assunte da creditore e debitore risiede tuttavia non nei criteri o parametri di calcolo impiegati ma nelle modalità con cui si è operata la imputazione dell'acconto versato dal coobbligato xxxxxxxxxxxxxxxx il 28.2.2001.

Secondo l'opponente e come si rileva dai calcoli da questo sviluppati ed allegati al fascicolo di parte, la somma già corrisposta deve essere imputata secondo le previsioni della pronuncia di primo grado alla luce della quale era stato effettuato il pagamento e, dunque, per l'importo di euro 274.554,16 (L 531.611.000) a capitale e per il resto ad accessori. Nel prospetto contabile pertanto l'opponente decurta la somma capitale liquidata da ultimo dalla sentenza della Corte di Appello a decorrere dal 28.2.2001 dell'importo di euro 274.554,16 e riduce gli accessori della differenza e cioè di euro 324.476,47. L'ulteriore conteggio a partire dall'1.3.2001 muove, quindi, da una somma capitale ridotta.

La xxxxxxxxxxxxxxxx per contro nelle proprie note di calcolo porta in detrazione l'acconto versato in data 28.2.2001 del tutto ignorando la pronuncia di primo grado ma imputando il pagamento secondo i criteri di cui all'art. 1194 c.c.. Ne consegue che l'intero acconto del 2001 risulta portato a deconto dei soli accessori atteso che esso è complessivamente inferiore alla sorte liquidata a titolo risarcitorio dalla Corte di Appello.

I conteggi delle parti divergono ancora perché. porta in detrazione dal totale l'importo di euro 62.668,17 corrispondente al credito da essa vantato nei confronti della . in forza della sentenza del Tribunale di Potenza ad oggi irrevocabile affermando di aver operato di sua iniziativa la compensazione.

Tanto premesso, va prima di tutto evidenziato che non poteva operare di iniziativa la compensazione con il proprio contro credito atteso che essa non era stata autorizzata a ciò dalla.... A fronte dell'atto di precetto notificato il 25.11.2004 ed in questa sede impugnato, posto che la aveva intimato il pagamento di una somma che non teneva conto della compensazione, avrebbe dovuto proporre opposizione formulando eccezione di compensazione sì da provocare una pronuncia sul punto che riconoscesse o meno la applicabilità del meccanismo di cui all'art. 1241 c.c.. La eccezione di compensazione non è stata però svolta con la presente opposizione s.p.a. di cui al préetto del novembre 2004 debba essere ridotto dell'importo di euro 62.668,17 corrispondente al credito vantato dxxxxxxxxxxxxx. nei confronti della opposta in base allo stesso titolo esecutivo.

Quanto all'acconto corrisposto il 28.2.2001 ritiene questo giudice che esso debba essere imputato in conformità a quanto affermato dalla

Il versamento effettuato dopo la pronuncia di primo grado e prima della liquidazione compiuta in secondo grado costituisce un acconto parziale.

Esso va quindi imputato al momento alla luce delle statuizioni del titolo esecutivo azionato e, dunque, alla stregua di quanto previsto dalla Corte di Appello di Potenza che ha riformato la sentenza del Tribunale sostituendola.

In applicazione di tale criterio posto che l'acconto già pagato era inferiore a quanto liquidato in secondo grado esso deve essere portato in detrazione prima di tutto degli accessori come previsto dall'art. 1194 c.c. e solo successivamente del capitale.

A nulla rilevano, invece, i criteri impiegati dalla sentenza di primo grado tanto più che essa è stata riformata sia in punto di determinazione del quantum che in punto di accessori.

Mentre la sentenza del Tribunale quantificava il credito risarcitorio prevedendo che esso fosse produttivo dei soli interessi, la sentenza di secondo grado ha rideterininato la misura della sorte stabilendo che essa debba essere rivalutata e che sulla sorte rivalutata spettano gli interessi.

In questo quadro, ove si volesse accedere alla tesi della opponente, si perverrebbe ad una soluzione del tutto iniqua poiché la base di calcolo in forza della quale conteggiare gli accessori sarebbe ridotta senza ragguagliare in modo analogo i due importi considerati. Il capitale rivalutato secondo le

indicazioni della Corte di Appello sarebbe, infatti, ridotto per effetto di un versamento imputato a capitale e non rivalutato.

quanto precede la opposizione alla esecuzione va, dunque, rigettata. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo...”

Nota del compilatore

A mente del disposto dell'art. 480, 3° comma, c.p.c., secondo cui: “ il precetto deve contenere la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio della parte istante **nel comune** in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione. In mancanza le opposizioni al precetto si propongono davanti al giudice del luogo in cui è stato notificato, e le notificazioni alla parte istante si fanno presso la cancelleria del giudice stesso”.

Orbene, è evidente, anzitutto che nessuna rilevanza assume l'Autorità Giudiziaria che ha emesso il provvedimento posto a base del precetto.

Di poi è evidente che è onere dell'intimante eleggere domicilio nel comune in cui ha sede il Giudice competente per l'esecuzione, pena non la inefficacia del precetto, ma la determinazione legale del detto Giudice con quello del luogo ove si è effettuata alla notificazione.

Corollario necessario di tali previsioni normative è che se l'intimante elegge domicilio in un comune ove non si trovino cose del debitore, l'elezione di domicilio è inefficace a radicare la competenza e Giudice dell'opposizione diviene quello del luogo della notifica.

Quanto, poi, all'eccezione di compensazione, il *decisum* del Tribunale di Roma, contrariamente a quanto affermato dalla Suprema Corte (Cass. sez. III n. 260 11.1.2006 Cass. 7257/2006- Cass. 6381/1997 – Cass. n. 11146 16.7.2003) ha ritenuto che la stessa quando non sia stata effettivamente e formalmente proposta non può essere fatta valere nel giudizio di opposizione.