

Civile Ord. Sez. 3 Num. 9229 Anno 2022

Presidente: VIVALDI ROBERTA

Relatore: FANTICINI GIOVANNI

Data pubblicazione: 22/03/2022

### **ORDINANZA**

sul ricorso iscritto al n. 16014/2019 R.G.

proposto da

SABRINA MARLIA e GIOVANNI BANDIERA, elettivamente domiciliati in Roma, via Federico Cesi 21, presso lo studio dell'avv. Edoardo Ferragina, che li rappresenta e difende unitamente all'avv. Roberto Polloni

- ricorrenti -

contro

JULIET S.P.A., nella qualità di rappresentante di BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., elettivamente domiciliata in Roma, via Antonio Bosio 2, presso lo studio dell'avv. Massimo Luconi, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Iacomini

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 233 della CORTE D'APPELLO DI FIRENZE, depositata il 29/1/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 24/1/2022 dal Consigliere Dott. GIOVANNI FANTICINI.



## FATTI DI CAUSA

Sabrina Marlia e Giovanni Bandiera proponevano, ai sensi dell'art. 615, comma 1, cod. proc. civ., opposizione all'esecuzione minacciata con atto di precetto notificato da Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. Deducevano gli opposenti l'inesistenza o, comunque, l'invalidità del titolo esecutivo azionato (mutuo fondiario stipulato per atto pubblico in data 19/6/2007) per non essere stata la somma effettivamente erogata e posta nella disponibilità giuridica dei mutuatari, bensì vincolata in un deposito cauzionale a garanzia dell'adempimento di condizioni contrattuali poste dalla banca mutuante; contestavano, altresì, l'usurarietà degli interessi pattuiti (in quanto, computando il tasso degli interessi moratori, risultava superato il tasso soglia ex Legge n. 108 del 1996) e l'indeterminatezza o, comunque, l'indeterminabilità degli interessi corrispettivi previsti dal contratto.

Il Tribunale di Lucca respingeva l'opposizione con la sentenza n. 1611 del 2017.

La decisione veniva confermata dalla Corte d'appello di Firenze con la sentenza n. 233 del 29/1/2019. La Corte territoriale statuiva, in ordine alla valenza del mutuo fondiario quale titolo esecutivo, che «la condizione dedotta in mutuo e, cioè, la futura erogazione della somma mutuanda, è da considerarsi avvenuta»; quanto al preteso superamento del tasso usurario, il giudice d'appello affermava che non potevano cumularsi gli interessi corrispettivi con quelli moratori; infine, l'univoco riferimento all'Euribor rendeva determinabile il tasso d'interesse pattuito, né poteva ravvisarsi anatocismo nel piano di ammortamento "alla francese".

Avverso la suddetta sentenza Sabrina Marlia e Giovanni Bandiera proponevano ricorso per cassazione (affidato a tre motivi); resisteva con controricorso Juliet S.p.A., quale mandataria di Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A.; i ricorrenti depositavano, altresì, memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente, va respinta l'eccezione di nullità della procura speciale – in quanto priva di data – sollevata dalla controricorrente.

Deve, infatti ritenersi validamente rilasciata la procura *de qua*, rilasciata su foglio separato e materialmente congiunto al ricorso per cassazione, ancorché il mandato difensivo sia privo di data, poiché l'incorporazione dei due atti in un medesimo contesto documentale implica necessariamente il puntuale riferimento dell'uno all'altro, come richiesto dall'art. 365 cod. proc. civ. ai fini del soddisfacimento del requisito della specialità (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 14437 del 27/05/2019, Rv. 654078-01); riguardo all'integrazione di detto requisito, si rileva, peraltro, che la procura conferita da Sabrina Marlia e Giovanni Bandiera reca un inequivoco mandato alla «impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione della sentenza n. 233/2019 (RG 627/2018) resa dalla Corte di appello di Firenze e pubblicata in data 29/1/2019».

2. Col primo motivo di ricorso Sabrina Marlia e Giovanni Bandiera deducono (ex art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) la violazione e falsa applicazione dell'art. 474 cod. proc. civ., per avere la Corte d'appello errato nel ritenere che la prova dell'erogazione delle somme valesse di per sé a far assurgere a titolo esecutivo il mutuo condizionato del 19/6/2007, col quale le somme non erano state poste nella disponibilità giuridica dei mutuatari, se non fittiziamente e attraverso l'*escamotage* dell'immediata restituzione delle stesse alla banca per la loro costituzione in un deposito cauzionale infruttifero. Sostanzialmente, i ricorrenti addebitano alla Corte territoriale di non aver fatto applicazione degli insegnamenti giurisprudenziali in materia di autosufficienza del titolo esecutivo e, in particolare, in tema di mutuo condizionato (o promessa di mutuo) stipulato per atto notarile, il quale non documenta l'esistenza del diritto di credito del mutuante, perché non contiene prova della consegna della somma mutuata.



La Corte d'appello di Firenze ha ritenuto che la contestazione della natura di titolo esecutivo del mutuo *de quo* fosse infondata perché la condizione dedotta nel contratto – cioè, la futura erogazione della somma mutuanda – si era verificata, come riconosciuto dagli stessi opposenti e desumibile dal pagamento delle rate, protrattosi per alcuni anni.

La motivazione è erronea perché non considera che, per costituire un titolo esecutivo dotato dei requisiti prescritti dall'art. 474, comma 1, cod. proc. civ., l'atto ricevuto da notaio deve documentare l'esistenza attuale di un'obbligazione avente ad oggetto la restituzione di una somma di denaro e che, in mancanza di tale requisito – quando, cioè, l'atto notarile riporta esclusivamente un credito futuro ed eventuale – lo stesso non può essere integrato con la semplice prova, anche se documentale, del fatto successivo generatore dell'obbligazione, a meno che anche quest'ultima non sia dotata della medesima forma dell'atto notarile (così Cass., Sez. 3, Sentenza n. 41791 del 28/12/2021, in tema di apertura di credito, la quale richiama giurisprudenza consolidata attinente al contratto di mutuo condizionato: Cass., Sez. 1, Sentenza n. 4293 del 19/07/1979, Rv. 400808-01; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 477 del 18/01/1983, Rv. 425280-01; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 15219 del 19/07/2005, Rv. 583283-01; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 17194 del 27/08/2015, Rv. 636305-01; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 9389 del 10/05/2016, Rv. 639901-01; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 6174 del 05/03/2020, Rv. 657140-01).

Ciononostante, la censura non può essere accolta, perché l'erronea motivazione in diritto è soggetta a correzione ai sensi dell'art. 384, ult. comma, cod. proc. civ..

In proposito si osserva che nell'atto introduttivo proprio i ricorrenti richiamano (pur senza riportarla per esteso, come prescritto dall'art. 366 cod. proc. civ.) la pattuizione contrattuale (art. 1 del contratto di mutuo fondiario) secondo cui, alla presenza del notaio rogante, la

banca ha consegnato ai mutuatari «un mandato, emesso sulle casse della banca mutuante stessa, contenente l'ordine di versare ad essa parte mutuataria la somma di Euro 500.000, della quale somma la parte mutuataria stessa rilascia con il presente atto di quietanza, da avere un unico e medesimo effetto con quella che rilascerà al cassiere della banca mutuante, riconoscendo di aver ricevuto l'importo mutuato».

È pacifico che nell'art. 2 del contratto si prevedeva la riconsegna alla mutuante dell'intera somma affinché la stessa venisse custodita in deposito cauzionale infruttifero presso la banca stessa fino all'adempimento di obbligazioni accessorie dei mutuatari; quest'ultima pattuizione, tuttavia, non determina affatto – come sostengono i ricorrenti – un'erogazione fittizia o una consegna della somma soltanto apparente, bensì, in esito ad una *traditio* dell'importo mutuo attraverso la creazione di un titolo di disponibilità a favore del mutuatario, una immediata disposizione di quest'ultimo eseguita con la costituzione del deposito cauzionale.

Sul punto, la giurisprudenza di questa Corte è da tempo consolidata, sicché le pronunce richiamate dai ricorrenti – in parte risalenti (a periodi in cui non vigevano normative tese a limitare l'uso di contante nelle transazioni commerciali), in parte travisate nel loro significato – non si attagliano alla fattispecie; si deve dare continuità, invece, all'orientamento interpretativo espresso, *ex multis*, da Cass., Sez. 1, Ordinanza n. 25632 del 27/10/2017, Rv. 647223-01, secondo cui «Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali» (analogamente: Cass., Sez. 1,

Sentenza n. 38331 del 3/12/2021, relativa a clausole negoziali contenute in un contratto di mutuo per le quali la mutuataria aveva riconsegnato, tramite note contabili, la somma mutuata alla mutuante, con il successivo pattuito ritrasferimento delle somme all'istituto bancario per la loro costituzione in deposito cauzionale infruttifero in attesa del definitivo svincolo delle stesse; Cass., Sez. 6-1, Ordinanza n. 38884 del 7/12/2021, riguardante un caso pressoché identico a quello in esame, dato che «la somma era stata messa a disposizione del mutuatario, che ne aveva rilasciato quietanza di saldo, anche se poi parte di essa era stata vincolata a deposito infruttifero a garanzia del corretto adempimento degli obblighi accessori in capo al mutuatario, deposito che ha costituito una mera cautela contrattuale di cui si è avvalsa la banca»).

3. Col secondo motivo di ricorso, formulato in riferimento all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, cod. proc. civ., si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 Legge n. 108 del 1996, 644 cod. pen. e 1815 cod. civ., per avere la Corte d'appello ritenuto che – non potendosi cumulare interessi corrispettivi e moratori (questi ultimi destinati a sostituire i primi nella fase patologica del rapporto) – non fosse stato superato, nel caso *de quo*, il tasso soglia; al contrario, affermano i ricorrenti che le previsioni contrattuali prevedevano la sommatoria tra gli interessi di mora e quelli corrispettivi, dato che il tasso moratorio era stato determinato in una maggiorazione del 3% rispetto a quello convenzionale.

La censura è fondata.

La Corte territoriale ha sbrigativamente respinto il secondo motivo dell'appello affermando che non può dirsi superato il tasso soglia quando ciò accade attraverso un'operazione di cumulo di interessi corrispettivi e moratori, posto che questi ultimi sostituiscono i primi al verificarsi dell'inadempimento; la stessa Corte ha ritenuto che la pre-

visione dell'art. 5 del mutuo – secondo cui «il tasso di mora viene stabilito semestralmente maggiorando di 3,00 (tre) punti annui il tasso convenzionale come sopra pattuito e tempo per tempo applicato» – non determini una sommatoria degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, ma soltanto un incremento dei primi per la mora.

La sentenza impugnata statuisce, correttamente, che non è prevista una sommatoria dei diversi tassi, ma è illogica nella parte in cui non considera che il saggio degli interessi moratori è stato contrattualmente stabilito sulla base di quello degli interessi corrispettivi (con maggiorazione del 3%).

Ne consegue la fondatezza della censura nella parte in cui imputa alla decisione della Corte d'appello di avere erroneamente ed aprioristicamente escluso il superamento del tasso soglia sulla scorta di un'argomentazione fallace e, cioè, della mancata previsione contrattuale di una sommatoria dei due tassi.

Nella fattispecie in esame, infatti, fermo restando che non vi è alcuna contemporanea applicazione di interessi corrispettivi e moratori, è lo stesso titolo contrattuale a stabilire che il saggio (semestrale) degli interessi moratori venga determinato con l'addizione di tre punti percentuali a quello pattuito per gli interessi convenzionali.

Non colgono nel segno le argomentazioni della controricorrente, la quale afferma che il tasso soglia indicato dai ricorrenti era stato determinato senza la considerazione degli interessi moratori mediamente applicati.

Infatti, come statuito dalle Sezioni Unite di questa Corte, «La disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori, la cui mancata ricomprensione nell'ambito del Tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui all'art. 2, comma 1, della l. n. 108 del 1996, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato



dagli operatori professionali; ne consegue che, in quest'ultimo caso, il tasso-soglia sarà dato dal T.e.g.m., incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dal quarto comma dell'art. 2 sopra citato, mentre invece, laddove i decreti ministeriali non rechino l'indicazione della suddetta maggiorazione media, la comparazione andrà effettuata tra il Tasso effettivo globale (T.e.g.) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il T.e.g.m. così come rilevato nei suddetti decreti.» (Cass., Sez. U, Sentenza n. 19597 del 18/09/2020, Rv. 658833-01).

Spetta, dunque, al giudice di merito il compito di accertare se il saggio degli interessi moratori pattuito incorra (oppure no) nella disciplina antiusura, considerando la sua entità (come determinata nel contratto) e raffrontandola al tasso-soglia, dato dal Tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.), incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori (praticata dagli operatori professionali e rilevata sin dal d.m. 25 marzo 2003), moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dal quarto comma dell'art. 2 della l. n. 108 del 1996.

In relazione al profilo dedotto col secondo motivo, pertanto, la sentenza va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione, per nuovo esame e anche per la statuizione in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

4. Col terzo motivo di ricorso, anch'esso formulato in riferimento all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, cod. proc. civ., i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione degli artt. 1346 cod. civ. e 117 T.U.L.B., per avere il giudice d'appello rigettato il motivo con cui gli stessi avevano denunciato la nullità delle pattuizioni contrattuali per l'indeterminatezza del tasso di interesse, derivata dalla mancata specificazione, nel contratto, della formula matematica da applicare al mutuo.



La censura – di per sé inammissibile per avere mancato i ricorrenti di riportare nel ricorso il testo integrale delle clausole contrattuali relative alla determinazione degli interessi convenzionali (precludendo così a questa Corte una disamina del contenuto del negozio nella sua interezza) – è comunque infondata.

Secondo le scarse indicazioni dell'atto introduttivo, la doglianza attiene ad una pretesa indeterminatezza ed indeterminabilità del saggio degli interessi convenzionali per essere stato previsto, in aggiunta ad un tasso non chiaramente specificato, uno *spread* semestrale variabile e uno annuale di 0,9, senza però precisare quale formula matematica debba essere impiegata per il calcolo.

Sia in primo che in secondo grado i giudici di merito hanno osservato che il tasso – riferito all'Euribor – era determinabile *per relationem*, il che è conforme a quanto, anche recentemente, statuito da questa Corte (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 96 del 4/1/2022).

**P.Q.M.**

La Corte

rigetta il primo e il terzo motivo del ricorso;

accoglie il secondo motivo e, in relazione ad esso, cassa la decisione impugnata con rinvio alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione, anche per la statuizione sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 24 gennaio 2022.

