



SENTENZA CA1 N.

n. [REDACTED] RG

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE I CIVILE

riunita in camera di consiglio in persona di:

- | | |
|--------------------------|-----------------------|
| dr. ANTONINO DI LEO | PRESIDENTE |
| dr. ALBERTO M. VIGORELLI | CONSIGLIERE REL. EST. |
| dr. DOMENICO BONARETTI | CONSIGLIERE |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra
riportato, decisa nella camera di consiglio del
23/11/2011, promossa con atto di citazione in appello
notificato il 20/4/2007

DA

[REDACTED], in persona del legale rappresentante
pro tempore, elettivamente domiciliata in [REDACTED], via
[REDACTED], presso lo studio degli [REDACTED] e
[REDACTED], che la rappresentano e difendono in forza di
procura alle liti a margine dell'atto di citazione in
grado d'appello;

APPELLANTE

CONTRO

██████████ ██████████ ██████████ (C.F. ██████████ ,
elettivamente domiciliato in ██████████, via ██████████
presso lo studio dell'avv. ██████████, che lo
rappresenta e difende, unitamente all'Avv. ██████████
██████████ in forza di procura alle liti in margine alla
comparsa di costituzione e risposta in primo grado

APPELLATO E APPELLANTE INCIDENTALI

causa avente ad oggetto impugnazione della sentenza del
Tribunale di Milano n. 3931 pubblicata il 29/3/2006 ,
causa nella quale, all'udienza di precisazione delle
conclusioni del 5/7/2011, i difensori delle parti così

C O N C L U D E V A N O

PER L'APPELLANTE:

come da fogli allegati.

PER L'APPELLATA E APPELLANTE INCIDENTALE:

come da fogli allegati.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

e

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione in grado d'appello notificato regolarmente l'appellante [REDACTED] ha evocato in giudizio l'appellato [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] interponendo gravame avverso la sentenza non definitiva del Tribunale di Milano n°4166/06, pubblicata il 4.4.2006 nonché la sentenza definitiva resa nel medesimo procedimento, n°3931/07 pubblicata il 29.3.2007.

Con tali sentenze il giudice di prime cure:

- a) con la prima non definitiva aveva dichiarato la nullità dei contratti di finanziamento e di gestione patrimoniale *inter partes*, disponendo per le restituzioni degli importi da quantificarsi in corso di giudizio, come da separata ordinanza;
- b) con la seconda sentenza a definizione del giudizio, all'esito della C.T.U. contabile disposta, aveva dichiarato compensate le somme reciprocamente dovute in restituzione per la dichiarata nullità e aveva condannato la Banca, odierna appellante, alla restituzione in favore del suo cliente sig.

██████ della somma di € 183.269,84, oltre spese di lite.

In primo grado ██████████ ████████ aveva agito in giudizio per chiedere la condanna del sig. ██████████ (Giuseppe ████████) al pagamento della somma complessiva € 268.658,85, relativa al rimborso di due distinti finanziamenti concessi al convenuto, finalizzati a investimenti in valori mobiliari (azioni INA il primo, azioni ██████████ ██████████ il secondo) e garantiti con il pegno delle azioni acquistate; trasferiti i titoli nella gestione patrimoniale aperta dal convenuto (anch'essa gravata da pegno a garanzia del primo finanziamento) ed essendosi il cliente reso inadempiente al rimborso di alcune rate di rimborso del secondo mutuo, la banca aveva ritenuto la decadenza dal termine e chiesto l'immediato pagamento di quanto ancora dovuto, "fatta salva ogni azione di regresso" per le somme che l'attrice "dovesse eventualmente versare a fronte della fideiussione rilasciata ad ██████████ nell'interesse" del convenuto e revocata.

Costituendosi il sig. ██████████ aveva lamentato la nullità per inosservanza della forma scritta dei due contratti di finanziamento, la nullità della pattuizione di interessi anatocistici e ultralegali, la nullità del contratto di

gestione patrimoniale per indeterminatezza dell'oggetto, la non diligente gestione dello stesso nell'interesse del cliente.

Aveva quindi chiesto, in via riconvenzionale, pronuncia di nullità, di annullamento ovvero risoluzione per fatto e colpa della banca degli azionati contratti di finanziamento, ed in subordine di accertamento dell'illegittimità degli interessi ultralegali e anatocistici addebitati, nonché di nullità, annullamento ovvero risoluzione per fatto e colpa della banca del contratto di gestione patrimoniale, con restituzione delle somme conferite (€ 691.981,22) ovvero risarcimento del danno pari alle perdite subite (€ 257.291,09).

Il tribunale era giunto a dichiarare la nullità dei contratti di finanziamento e di gestione patrimoniale *inter partes* osservando:

- a) quanto ai due contratti di finanziamento, che la nullità sussisteva per carenza della forma scritta richiesta dall'art. 23 TUF. Argomentava in proposito che *la sussistenza di forma scritta non può ravvisarsi nel fatto che siano state redatte per iscritto le richieste di finanziamento di [REDACTED] (docc.ti 2 e 7 convenuto; 1 e 3 attrice): la forma scritta ad substantiam - come nel caso in esame - richiede la formazione di un*

documento nel quale siano raccolte le dichiarazioni di volontà di entrambe le parti. I documenti come sopra prodotti contengono invece solo la dichiarazione di volontà di una parte, ossia di [redacted], senza alcuna accettazione da parte della banca. Poiché, come si è detto, la forma è richiesta ad substantiam, non vale il comportamento concludente della banca che, di fatto, ha accolto la richiesta di [redacted] e dato corso al finanziamento, né basta la produzione in giudizio della proposta del cliente.

- b) Quanto al contratto di gestione patrimoniale, che il documento scritto prodotto in causa consiste in un formulario a stampa predisposto dalla banca (doc. 9 convenuto), parzialmente compilato a mano negli spazi bianchi, da cui non risulta l'indicazione né della somma né dei titoli conferiti alla gestione: è barrata con una "x" la voce "titoli specificati in calce/in allegato, da immettere nel deposito titoli n..." ma non vi è alcun elenco in calce né alcun allegato. L'incarico conferito "di gestire in mio/nostro conto il mio/nostro patrimonio di seguito specificato" è dunque senza oggetto, e ciò ne comporta la nullità.

ex art. 1346 c.c. Né è condivisibile la difesa svolta dall'attrice con la memoria ex art. 6, ritenendo che il contratto "ben possa essere integrato per relationem da altro documento", ossia dall'ordine con cui [REDACTED] nel febbraio 2000 ha chiesto il trasferimento di determinati titoli nella gestione patrimoniale personalizzata (doc. 5 attrice). In contrario si osserva che nel testo del contratto 22.3.2000 non è rilevabile alcun rinvio o richiamo all'ordine 16.2.2000, benché sia precedente; anche il numero di identificazione della gestione è solo parzialmente identico, in quanto nell'ordine del 16.2.2000 (doc. 5 attrice) la gestione personalizzata è individuata con il numero "336 720", mentre il contratto prodotto (doc. 9 convenuto) è individuato con il numero "336/720357".

Si è costituito l'appellato [REDACTED] per resistere al gravame. In via di appello incidentale, ha lamentato che il Tribunale erroneamente avrebbe considerato tardiva la domanda di nullità dei contratti di finanziamento per l'assenza di un preventivo "contratto di negoziazione" di cui agli artt. 30 e 47 del Regolamento Consob, chiedendo quindi una sorta di "riformulazione" della decisione, con il

riconoscimento della predetta ragione di nullità. Per il caso di riforma della sentenza, riproponeva, sotto la forma di motivi di appello incidentale subordinato, le contestazioni non decise dalla sentenza in quanto considerate assorbite dalla ritenuta nullità dei contratti.

Con ordinanza depositata il 6/7/2007 la Corte ha respinto l'istanza di sospensione delle sentenze gravate.

Con il primo motivo, la banca lamenta che il primo giudice abbia erroneamente ritenuto non prodotti in causa i contratti di finanziamento finalizzati all'acquisto di azioni [REDACTED] e di azioni [REDACTED] redatti in forma scritta; non contesta invece che, per tale tipo contrattuale, sia richiesta *ad substantiam* la forma scritta.

Sul punto, l'appellato [REDACTED] svolge appello incidentale, chiedendo che, ancora più a monte, questa Corte accerti l'inesistenza di un valido contratto-quadro ex art. 23 TUF e artt. 30 e 47 Reg. Consob n. 11522/98, escludendo ogni tardività della relativa domanda, e, in conseguenza di ciò, dichiarare pure la nullità dei contratti di finanziamento.

A quest'ultimo proposito, la Corte ritiene che il motivo d'appello incidentale sia

inammissibile: in capo al sig. [REDACTED] difetta infatti l'interesse all'impugnazione, in quanto - ove il motivo fosse accolto - l'effetto concretamente conseguito sarebbe analogo a quello conseguito in virtù della sentenza di primo grado.

In altri termini, non pare ammissibile un appello che, lungi dal richiedere alla Corte un riesame delle questioni di fatto e di diritto che, all'esito, sia eventualmente idoneo a riconoscere all'appellante un *quid pluris* rispetto a quanto riconosciuto dal primo giudice, miri solo a vedere la medesima conclusione sorretta da un diverso iter motivazionale.

Nel merito del primo motivo d'appello principale, invece, il Collegio osserva che sul doc. 2 (lettera 7.4.1999) compare la sottoscrizione del solo sig. [REDACTED] coerentemente con la natura di proposta, indirizzata a [REDACTED], della missiva stessa; è ben vero che, per orientamento costante della S.C., non è necessario che le sottoscrizioni delle parti siano apposte su un unico e medesimo documento, ben potendo risultare su due diversi esemplari, anche cronologicamente distinti, ma inscindibilmente collegati tra loro (Cass. 13.2.2007, n. 3088).

Tuttavia, il requisito di forma può dirsi rispettato solo nel caso in cui, in causa, vi sia evidenza scritta di entrambi i documenti; il che, però, non è nel caso di specie.

Sul doc. 6 (lettera 30.9.1999) compare invece la doppia sottoscrizione del sig. [REDACTED] e, nonostante il documento assuma - anche in questo caso - la forma di una lettera, vi figura anche un'ulteriore sottoscrizione, che la banca asserisce essere riconducibile a tale [REDACTED].

Senonché, non vi è agli atti la prova (i) che la sottoscrizione si ascrivibile a tale soggetto, (ii) che [REDACTED] avesse la rappresentanza legale di [REDACTED] nel momento in cui eventualmente appose la propria sottoscrizione, (iii) che tale sottoscrizione sia stata apposta alla data indicata sul documento e (iv) che la firma fosse finalizzata a manifestare il consenso della banca alla conclusione dell'accordo e non, per esempio, ad autenticare la sottoscrizione apposta dal cliente.

Tali gravi lacune probatorie impediscono di attribuire alla citata sigla qualsivoglia valenza in termini di manifestazione di volontà della banca alla stipula del contratto *de quo*.

Si deve quindi ritenere che, per entrambi i contratti di finanziamento, faccia difetto il requisito di forma richiesto dalla legge *ad substantiam*.

E' ben vero che, per consolidato orientamento della S.C., enfatizzato dalla difesa di **[REDACTED]**, al requisito di forma prescritto *ex lege* (art. 23 TUF e art. 117 TUB) può sopperirsi mediante la produzione in giudizio, ad opera della parte che non ha sottoscritto il contratto, del contratto stesso (da ultimo, Cass. 17.10.2006, n. 22223).

Tuttavia, va anche rilevato che, riconosciuta alla produzione in giudizio del contratto la medesima funzione dell'accettazione per iscritto, è solo nel momento della produzione che si perfeziona il contratto-quadro; in questo senso si è espressa, oltre ad autorevolissima dottrina civilistica, la corte di legittimità (oltre a Cass. 22223/06 cit., si vedano Cass. 12.6.2006, n. 13548; Cass. 14.4.2004, n. 7075; Cass. 11.3.2000, n. 2826; Cass. 19.2.1999, n. 1414; Cass. 15.5.1998, n. 1905; Cass. 7.5.1997, n. 3970). Fa eccezione, in questo panorama stratificato e consolidato, solamente Cass. 29.4.1982, n. 8707 (di cui peraltro è possibile rinvenire la sola massima).

Orbene, ciò implica che, nel momento in cui il servizio accessorio di erogazione di finanziamento finalizzato alla negoziazione di strumenti finanziari fu reso (rispettivamente 7.4.1999 per le azioni [redacted] e 30.9.1999 per le azioni [redacted] [redacted] [redacted]), mancava qualsivoglia contratto tra le parti e, dunque, ogni spostamento patrimoniale era radicalmente privo di causa.

Con un secondo motivo la banca ha lamentato l'errore dei primi giudici laddove hanno ritenuto la nullità del contratto di gestione ex art. 1346 C.C. perché senza oggetto, non risultando dal contratto l'indicazione né della somma né dei titoli conferiti alla gestione.

L'appellante ha censurato il fatto che "il Tribunale non concepisce che il contratto ben possa essere integrato *per relationem* da altro documento, ossia dall'ordine con cui [redacted] nel febbraio 2000 chiese il trasferimento di determinati titoli nella gestione patrimoniale (doc. 5, attrice)". Sostiene che sul punto la sentenza ha sbagliato quando afferma che nel testo del contratto 22.3.2000 non è rilevabile alcun rinvio o richiamo all'ordine 16.2.2000, benché sia precedente, poiché il fatto stesso che sia barrata con una "x" la voce "titoli specificati in calce/in allegato, da immettere

nel deposito titoli n..." indica "che le parti allegarono al contratto la predetta missiva del febbraio 2000". E proprio la preesistenza del documento cui si fa rinvio renderebbe determinabile il contratto di gestione.

Il motivo, per vero assai specioso, non merita accoglimento.

Osserva la Corte:

- il contratto di gestione patrimoniale (prodotto sub doc. 9 di parte ██████████, ovvero il contratto con cui la banca offre il servizio della gestione su base individuale di portafogli di investimento, è pacificamente soggetto al requisito della forma scritta *ad substantiam*, in base alla previsione dell'art. 24 TUF.
- La Corte di legittimità ha costantemente affermato il principio che nei contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, come nel caso di specie, l'oggetto deve essere determinato o determinabile in base agli elementi contenuti nel relativo atto scritto, con la conseguenza che l'esatta identificazione dell'oggetto non può essere fornita in base a documenti estrinseci al contratto (cfr. Cass. n. 6516

del 24/04/2003; Cass. n. 5028 del 05/03/2007).

- Nella specie, il contratto di gestione patrimoniale sub doc. 9, come bene ha detto il tribunale, consiste in un formulario a stampa predisposto dalla banca parzialmente compilato a mano negli spazi bianchi, da cui non risulta l'indicazione né della somma né dei titoli conferiti alla gestione: è barrata con una "x" la voce "titoli specificati in calce/in allegato, da immettere nel deposito titoli n..." ma non vi è alcun elenco in calce né alcun allegato.
- La circostanza in sé che esista il precedente ordine con cui █████, nel febbraio 2000, ha chiesto il trasferimento di determinati titoli nella gestione patrimoniale personalizzata (doc. 5 di parte banca) non permette di superare l'indeterminatezza del contratto di gestione del 22/3/2000, a motivo del fatto che in questo negozio resta assente ogni rinvio o richiamo all'ordine del 16.2.2000, ancorché sia precedente: in altri termini, il formalismo negoziale imposto dalla legge esclude di poter integrare l'oggetto non determinato dal

contratto con documenti esterni che nel contratto non siano richiamati e al medesimo non siano allegati.

- La tesi dell'appellante che la preesistenza dell'ordine di trasferimento dei titoli ne faccia presumere in via logica la materiale allegazione al contratto di gestione, da un lato resta un'illazione, dall'altro dimentica che occorre l'evidenza documentale dell'avvenuta allegazione al contratto di un determinato documento, non certo presuntivamente ricostruendo le "intenzioni".
- Va poi richiamata nella sua esattezza la considerazione del tribunale che *anche il numero di identificazione della gestione è solo parzialmente identico, in quanto nell'ordine del 16.2.2000 la gestione personalizzata è individuata con il numero "336 720", mentre il contratto prodotto (doc. 9 convenuto) è individuato con il numero "336/720357".*

Con un terzo motivo la banca appellante ha lamentato che il tribunale abbia ommesso di pronunciarsi "in merito alla richiesta ex art. 2041 Cod. Civ. pure introdotta e che, anche a seguire la medesima pronuncia, avrebbe dovuto

essere accolta. Ed, infatti, quale conseguenza della dichiarazione di nullità dei due contratti, il sig. [REDACTED] ha goduto dei finanziamenti a far data dal 1999 (che ha parzialmente restituito nel corso degli ultimi cinque anni)". Aggiunge che "la Suprema Corte conferma come, a seguito della dichiarazione di nullità di un contratto - e fermi gli altri obblighi, quali quelli restitutori - sia esperibile l'azione di ingiustificato arricchimento".

Il motivo è infondato.

In primo grado la banca attrice ha esperito, con esclusivo riguardo ai due finanziamenti (in relazione ai quali in principalità ha agito per il pagamento delle somme dovute in forza dei rispettivi contratti) l'azione di ripetizione d'indebito, accolta dal tribunale, che ha disposto la restituzione delle somme residue, oggetto dei finanziamenti, alla banca medesima, oltre agl'interessi legai dalla domanda, presumendosi la buona fede dell'*accipiens*.

Speso il titolo dell'indebito oggettivo e accolta tale domanda stante la ripetibilità delle somme, la banca, che ovviamente non ha censurato la decisione del tribunale sull'indebito, non può pretendere in questa

fase di sostituire al primo titolo, o aggiungere ad esso, il diverso titolo dell'arricchimento senza causa, che resta alternativo all'indebito oggettivo.

Deve poi aggiungersi che laddove sia esperibile l'azione di indebito va esclusa l'ammissibilità dell'azione di arricchimento senza causa, di cui va predicata la natura residuale, così che essa non è legittimamente esperibile qualora il danneggiato abbia la facoltà di esercitare un'altra azione tipica.

Con un ulteriore motivo, la banca si duole della liquidazione del "quantum" a favore del convenuto ██████ per effetto della ritenuta nullità del contratto di gestione del portafogli.

Sostiene la banca che il credito riconosciuto all'appellato di € 199.224,91 sarebbe errato "poiché risulta dalla considerazione del valore dei titoli a fine giornata e non all'atto della transazione".

Lamenta che il CTU avrebbe "erroneamente considerato il valore dei titoli così come rilevati da Bloomberg a fine giornata".

Ritiene la Corte che la valutazione del C.T.U., fatta propria dal tribunale, debba essere condivisa per le ragioni evidenziate

dallo stesso C.T.U. nelle "brevi note di replica" depositate il 6/11/2006.

E' ben vero che [REDACTED] ha prodotto il documento n.10, ossia i rendiconti di gestione del portafogli, ma il controvalore di conferimenti e prelievi non è stato riconosciuto dallo stesso [REDACTED] che fin dalla comparsa ha fatto riferimento a dati contabili non sovrapponibili a quelli della banca: in tale contesto il C.T.U. ha fatto motivato riferimento alla quotazione ufficiale dell'[REDACTED] [REDACTED], che appare parametro oggettivo di sicura attendibilità, tanto è vero che è stata la stessa banca a sottoporre al C.T.U. mediante il proprio c.t.p. dott. [REDACTED] [REDACTED] l'elenco dei prezzi dei titoli (v. all. 3 alle brevi note di replica" depositate il 6/11/2006, allegato sottoscritto dalla stessa [REDACTED] del tutto coerente con le rilevazioni [REDACTED]).

In ordine infine alla censura sulle spesa di lite, risulta che esse sono state liquidate secondo la tariffa professionale forense e nessun obbligo di motivazione è ravvisabile nella mancata compensazione, laddove vi sia comunque soccombenza.

In caso di soccombenza reciproca la compensazione parziale o totale resta facoltà discrezionale del giudice.

Le considerazioni tutte sopra svolte, in quanto assorbenti sotto ogni altro profilo, inducono la Corte al rigetto dell'appello principale e di quello incidentale, con l'integrale conferma della sentenza impugnata.

Le spese ulteriori del grado, considerata la soccombenza del tutto prevalente della banca appellante, gravano su di essa, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte d'appello, definitivamente pronunciando sull'appello proposto con atto notificato regolarmente avverso la sentenza non definitiva del Tribunale di Milano n°4166/06, pubblicata il 4.4.2006 nonché la sentenza definitiva resa nel medesimo procedimento, n°3931/07 pubblicata il 29.3.2007 ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa o assorbita, così decide:

- respinge sia l'appello principale sia l'appello incidentale proposti e integralmente conferma la sentenza impugnata;
- condanna l'appellante a rimborsare alla parte appellata le ulteriori spese del

grado, liquidate in € 23.000,00 per
onorari, € 3.654,00 per diritti oltre
12,50% spese generali e accessori
tariffari, fiscali e previdenziali,
Così deciso in Milano, nella camera di consiglio
di questa Corte, oggi 23/11/2011
Il Consigliere est. Il Presidente