

N. 4058/2009 Reg. Generale



curiale

N. 1364/2013	Sen.
N. 1264/2013	Rep.
N.	F.N.

*Miloz - 5 dr.
Abbate*

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

composta dai magistrati:

- | | |
|--------------------------|------------------------|
| - dr. Giuseppe Tarantola | - presidente |
| - dr.ssa Rosella Boiti | - consigliere |
| - dr. Domenico Bonaretti | - consigliere relatore |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con atto di citazione notificato in data 23.11.2009 e posta in deliberazione sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza del 6.11.2012

T R A

E [REDACTED]

APPELLANTE

E

Banca Popolare di Sondrio scarl, con gli avv.ti [REDACTED]
[REDACTED]

APPELLATA

OGGETTO: intermediazione finanziaria

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 6893 in data 18.2 – 25.5.2009 il tribunale di Milano, provvedendo nel contraddittorio delle parti, ha respinto le domande proposte nei confronti della Banca Popolare di Sondrio scarl (di seguito, anche BPS) da ██████████, che aveva chiesto di accertare e dichiarare la nullità o l'annullabilità o l'inefficacia o la risoluzione, per fatto e colpa della banca, del contratto d'investimento 19.7.2000, con il quale aveva acquistato n. 60.000 obbligazioni "Repubblica Argentina Eur 9,25% 20.7.2000/20.7.2004" al prezzo complessivo di euro 59.942,87 e, conseguentemente, di condannare la banca alle restituzioni e/o al risarcimento della somma investita e di ogni danno subito, con la rifusione delle spese. Il tribunale ha altresì disposto la compensazione delle spese.

Avverso tale pronuncia la C ██████████ ha proposto tempestiva impugnazione, chiedendone, sulla base di diversi, articolati motivi, l'integrale riforma e l'accoglimento della domanda di nullità dell'operazione d'investimento o, in subordine, di risoluzione del relativo contratto, con ogni conseguenza restitutoria e/o risarcitoria, anche in relazione al danno da mancata rendita, e ciò mediante il pagamento della somma di euro 59.942,87, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data dell'operazione al saldo e con la rifusione delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

Anche nel giudizio di appello si è costituita BPS, che ha contestato la fondatezza delle domande avversarie, chiedendone il rigetto con la conferma della sentenza impugnata; in subordine, per il caso di accoglimento, ha chiesto la condanna dell'appellante alla restituzione delle obbligazioni di cui è causa, oltre alle cedole maturate e agli interessi legali dalla riscossione, con vittoria delle spese di entrambi i gradi.

Infine, precisate le conclusioni come in epigrafe ed effettuato lo scambio degli scritti conclusivi, la causa giunge ora al collegio per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ai fini della decisione della controversia in esame, sembra alla corte fondato e assorbente il **primo dei motivi**, con il quale l'appellante lamenta che il tribunale abbia ritenuto la validità del contratto quadro, pur se privo della sottoscrizione per accettazione della banca.

In effetti, il contratto quadro, da redigersi in forma scritta sotto pena di nullità (art. 23 TUF), deve considerarsi elemento essenziale per la validità di ogni operazione d'investimento che, rispetto ad esso, si pone come semplice negozio esecutivo.

Nel presente giudizio risulta prodotto un modulo contrattuale in data 11.11.1997 (doc. 2 Cantieri), predisposto dalla banca e sottoscritto dalla cliente, ma privo di ogni manifestazione di volontà negoziale della banca e della sottoscrizione del suo funzionario delegato.

Si tratterebbe dunque di una semplice proposta, ancorché corredata dalla dichiarazione (prestampata) che *“un esemplare del presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto da soggetti abilitati a rappresentarVi”*.

La riportata espressione si risolve infatti in una dichiarazione unilaterale ricognitiva della sola cliente, inidonea a dar vita a un contratto a forma scritta obbligatoria o anche solo a provarne l'avvenuta stipulazione.

Invero, per giurisprudenza costante, quando la forma scritta, come in tema di intermediazione finanziaria, è richiesta *‘ad substantiam’* e non semplicemente *‘ad probationem’*, il documento è necessario per la stessa esistenza del negozio e per il sorgere delle relative obbligazioni. Tale documento deve essere prodotto in giudizio e deve contenere la manifestazione della volontà e la sottoscrizione di tutte le parti del contratto. Ciò anche quando le stesse -ove il contratto, come nella specie, sia concluso per *‘scambio di corrispondenza’*- risultino redatte su fogli separati, che

debbono mostrarne l'inscindibile collegamento, non potendosi considerare sufficiente la produzione della dichiarazione, pur ricognitiva, di una sola delle parti, non corredata cioè della dichiarazione scritta contenente la manifestazione della volontà della controparte¹.

Discorso analogo è a farsi anche quando le parti ammettano concordemente l'avvenuta stipulazione per iscritto del contratto stesso².

E ciò risulta in linea con l'orientamento, assolutamente prevalente, che afferma che anche l'eventuale confessione non può tenere il luogo del documento, dal quale soltanto scaturiscono gli effetti del negozio (cfr Cass 5148/1982, 5565/2001, 9687/2003, 8024/2009, 10163/2011).

Né il contratto d'intermediazione finanziaria può ritenersi:

- concluso *'per adesione'* con la sola sottoscrizione del cliente (trattandosi di contratto dal contenuto liberamente apprezzabile dal cliente, almeno in certi limiti modificabile a sua richiesta e non di rado concluso a seguito di trattative svoltesi tra le parti, cfr Cass. 2208/2002, 2294/2001, 7626/1997) o in forza del successivo ordine di borsa (della cui validità, anzi, costituisce presupposto necessario) o delle successive comunicazioni provenienti dalla banca (contabili, attestati di eseguito, ecc), riconducibili al novero degli atti giuridici a contenuto partecipativo, dichiarazioni unilaterali che, rivolte all'altra parte e comunicative di fatti relativi a un rapporto già costituito, restano prive di valenza negoziale (cfr Cass. 10434/2002, 10160/1999, 6502/1998, ecc)
- o comunque può ritenersi suscettibile di sanatoria alcuna, posto che l'esecuzione spontanea da parte dei contraenti non ne sana la nullità (cfr Cass.

¹ In termini: "...la manifestazione scritta della volontà di uno dei contraenti (che concorre alla formazione del negozio con efficacia pari alla volontà dell'altro) non può essere sostituita da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, la quale non può essere utilizzata né come elemento integrante il contratto, né (quand'anche contenga il preciso riferimento a un contratto concluso per iscritto) come prova di questo, quando sia per esso richiesta la prova scritta "ad substantiam" (cfr Cass. 4709/1997, 1811/1990, 9687/2003, 5565/2001).

² Cfr Cass. 7590/1994, per la quale: "La forma scritta, quando è richiesta "ad substantiam", è elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve contenere l'estrinsecazione diretta della volontà delle parti di concludere quel determinato negozio; pertanto, al fine di dimostrare l'avvenuta stipulazione di un contratto per il quale la forma scritta è richiesta "ad substantiam" non sono sufficienti né la produzione di un documento che si limiti a riconoscere il fatto storico dell'avvenuta conclusione né la concorde ammissione delle parti che il contratto stesso fu stipulato nella forma scritta"; cfr altresì 7274/2005.

8993/2003, 11156/1994), così come restano irrilevanti manifestazioni di volontà implicite o desumibili da comportamenti attuativi (Cass. 5234/2004, 26826/2006, 18514/2009, ecc) o, ancora, riconducibili al *genus* della ratifica successiva (che sana retroattivamente, ex art. 1399 cc, soltanto il difetto di procura, quando un contraente abbia trattato qualificandosi come rappresentante).

Inoltre, la domanda di nullità (e/o risoluzione) proposta dalla Cantieri con la citazione in tribunale, esprimendo *in primis* una volontà opposta al vincolo contrattuale, esclude che la banca possa avvalersi dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la parte, che pure non l'ha sottoscritto, può, producendolo in giudizio, determinare il sorgere di un valido contratto (cfr Cass. 7075/2004, 2826/2000, 4905/1998, 3970/1997, 738/1995 ecc.); contratto, inoltre, che, per un verso, richiederebbe non soltanto la 'parte' del cliente (in effetti prodotta) ma anche quella della banca (che invece difetta) e, per altro verso, interverrebbe soltanto in un momento successivo a quello dell'operazione in esame, così confermandone la radicale nullità.

Per concludere sul punto, si osserva che l'obbligo di redigere il contratto non può che gravare sull'intermediario, tenuto a conservare l'originale e a consegnarne copia al cliente (anche se formato, nel caso di contratto concluso per scambio di corrispondenza, da due moduli, contenente l'uno la proposta -del cliente- e l'altro l'accettazione -della banca-), di talchè ove l'intermediario non sia in grado di produrlo in giudizio, le conseguenze non possono che tornare in suo danno.

Nella fattispecie, il tribunale ha respinto la domanda di nullità, escludendo che la nullità relativa 'di protezione' di cui all'art. 23 TUF sia ravvisabile nella mancata sottoscrizione dell'intermediario, dal momento che la forma scritta del contratto quadro sarebbe '*prescritta per finalità di comunicazione e trasparenza*', già raggiunte con la sottoscrizione del cliente. Dunque, la forma scritta sarebbe volta a tutelare soltanto l'investitore e soltanto per le rilevate finalità, analoghe esigenze di tutela non potrebbero ravvisarsi per la banca (che ha predisposto moduli e contenuto del contratto) e l'investitore (avendo qui firmato, a differenza della banca) non avrebbe alcun interesse a sollevare l'eccezione.

Ma l'assunto non pare condivisibile.

In primo luogo, sembra dubbio che la *ratio* di certezza e di ponderazione in relazione al compimento di contratti e di atti incidenti in modo rilevante sulla sfera patrimoniale dei contraenti (*ratio* sottesa all'obbligo della forma scritta *ad substantiam*) possa riscontrarsi *tout court* nei contratti aventi a oggetto il trasferimento di beni immobili e non anche nei contratti di negoziazione di strumenti finanziari (che non di rado costituiscono il presupposto della validità di trasferimenti patrimoniali davvero ingenti).

In secondo luogo, appare senz'altro riduttivo risolvere il contratto d'intermediazione in un '*documento*' meramente destinato a informare il cliente delle condizioni che la banca intende utilizzare per la disciplina di eventuali successivi acquisiti, piuttosto che nell' '*accordo*' scaturito dalla volontà delle parti di costituire e regolare tra loro rapporti giuridici di carattere patrimoniale, volontà liberamente espressa nel pieno rispetto delle forme richieste *ad substantiam* dalla legge.

In terzo luogo, sembra alla corte che neppure possa trascurarsi, in via di principio, il rilievo dell'insufficienza, a impegnare la banca, della sottoscrizione del solo cliente (di per sé inidonea a fornirgli garanzia e tutela), occorrendo evidentemente, ai fini della creazione di un vincolo contrattuale valido (e in grado di svolgere tutte le funzioni di tutela che l'ordinamento gli riconosce), anche la manifestazione di volontà della banca e quindi la sottoscrizione del funzionario a ciò delegato.

La difesa dell'appellante evoca in proposito (e in modo efficace) le singolari (se non anche inquietanti) prospettive che si potrebbero aprire in caso di forma scritta obbligatoria per una soltanto delle parti, ma con effetti obbligatori anche per la parte che nulla ha sottoscritto.

Così in tema d'intermediazione finanziaria, come in tema di contratti bancari, ove la banca dovesse dare attuazione alle risultanze di moduli sottoscritti dal solo cliente (per es., in tema di rapporti di c/c e relative condizioni o in tema di aperture di credito, con relativi massimali o anche in tema d'intermediazione finanziaria, con applicazione di commissioni e costi per i diversi servizi d'investimento, la cui mancata predeterminazione si presterebbe a evidenti abusi).

Infine, neppure può meravigliare il fatto che il cliente, eccependo la nullità del contratto quadro, possa poi dolersi di alcune soltanto delle operazioni compiute nel corso dell'intero rapporto (cd *nullità selettiva*).

La specifica sanzione della nullità è infatti testualmente prevista dalla disposizione normativa di riferimento (art. 23 TUF) e risponde anche a finalità di tutela dell'interesse generale, ravvisabili nella regolarità dei mercati e nella stabilità del sistema finanziario. Quanto alla facoltà di limitare la propria domanda anche ove la stessa possa essere formulata in termini più ampi, deve osservarsi, per un verso, che detta facoltà risulta legittima ed esercitabile, sia in generale, in relazione ai principi dell'autonomia privata, dell'interesse ad agire e dispositivo, sia in particolare, in relazione all'autonoma valenza dei singoli negozi esecutivi del contratto quadro (singole compravendite di titoli a fronte di singole prestazioni dell'intermediario); per altro verso, che lo stesso carattere relativo di tale nullità (cd di protezione) esclude che l'investitore possa essere tenuto a dolersi anche di operazioni eseguite in buona fede e produttive di un utile.

In tal caso, invero, difetterebbe un qualsiasi suo interesse e anzi se l'investitore fosse costretto a scegliere tra l'agire per la nullità dell'intero rapporto o subire la violazione dell'intermediario al fine di evitare un maggior danno, verrebbe meno lo stesso carattere 'protettivo' della nullità di cui all'art. 23 TUF, con evidente frustrazione degli interessi generali, dal momento che a fronte delle ben diverse posizioni dell'intermediario (tenuto a stipulare il contratto scritto) e del singolo investitore (tenuto ad affidarsi all'intermediario per operare sui mercati finanziari) il legislatore ha inteso tutelare specificamente quest'ultimo, riservando al cliente la legittimazione ad agire in nullità, proprio al fine di evitare che le conseguenze della nullità possano ritornare a detrimento del soggetto tutelato (e della certezza e della stabilità dei mercati).

Le considerazioni tutte sopra svolte evidenziano, secondo la corte, l'impossibilità di ritenere concluso e valido il contratto di negoziazione per difetto di valida forma scritta, con ogni conseguenza anche in ordine al contratto d'investimento *de quo*.

In altri termini, tali considerazioni, assorbenti rispetto a ogni altra domanda, eccezione o questione trattata, inducono la corte all'accoglimento dell'appello, con declaratoria di nullità dell'operazione d'investimento oggetto di causa.

A detta pronuncia seguono i noti effetti restitutori ex art. 2033 cc, nei limiti in cui sono stati fatti oggetto di specifica domanda di parte.

In favore dell'appellante, va quindi disposta la restituzione della somma complessiva di euro 59.942,87, oltre interessi legali dalla domanda (ovvero dal 19.9.2007, data di notificazione dell'atto introduttivo del giudizio), sino saldo effettivo.

Si osserva in proposito che gl'interessi non spettano all'appellante a far tempo dalla data dell'operazione, dal momento che non sembra fondatamente sostenibile che la banca appellata, in occasione dell'operazione per cui è causa, versasse in malafede, ovvero in una situazione soggettiva connotata dalla consapevolezza dell'inesistenza del suo diritto (cfr Cass. 5575/2003). Tale posizione di malafede va infatti provata (presumendosi, in difetto di specifiche prove contrarie, la buona fede) e certo rappresenta un *quid pluris*, una condizione diversa e ulteriore rispetto alla mera ignoranza, pur colposamente negligente, dell'esistenza di una causa di nullità del contratto-quadro. Del resto, non risulta contestato né che la stessa banca abbia sempre dato esecuzione al contratto-quadro, pur privo della forma richiesta dalla legge per la sua validità; né che la Cantieri abbia mai sollevato obiezioni, operando anzi negli anni con la trasmissione di svariati ordini.

Non compete neppure la, pur richiesta, rivalutazione monetaria, atteso che, secondo l'orientamento della suprema corte preferibile e condiviso da questa collegio, *“il creditore di una obbligazione di valuta, il quale intenda ottenere il ristoro del pregiudizio da svalutazione monetaria, ha l'onere di domandare il risarcimento del "maggior danno" ai sensi dell'art. 1224, comma secondo, c.c., e non può limitarsi a domandare semplicemente la condanna del debitore al pagamento del capitale e della rivalutazione, non essendo quest'ultima una conseguenza automatica del ritardato adempimento delle obbligazioni di valuta”* (cfr Cass. 22273/2010) e posto

che nella specie non risulta formulata e provata alcuna domanda di maggior danno ex art. 1224, comma 2, cc.

Neppure compete l'ulteriore danno da 'mancata rendita'. Una volta recuperato, in forza della riconosciuta nullità, il capitale con i dovuti interessi, non ha alcun significato giuridicamente rilevante dolersi del mancato pagamento dell'importo delle cedole di titoli travolti dal *default* dell'emittente; d'altro canto, non risultano forniti in causa elementi dai quali fondatamente desumere che, in alternativa a quelli effettuati e qui contestati, l'appellante avrebbe scelto impieghi del denaro senz'altro remunerativi, né, tanto meno, elementi dai quali desumere il *quantum* del reddito che si lamenta perduto.

Quanto alla banca, in favore della stessa va disposta la restituzione dei titoli (obbligazioni argentine) per cui è causa.

Non invece quella degli importi delle cedole maturate sui titoli stessi; detti importi, invero, costituiscono un 'frutto civile' dell'investimento, che, in difetto di qualsiasi elemento di prova in contrario, deve ritenersi ottenuto in buona fede dall'investitore. Trova quindi applicazione il disposto dell'art. 1148 cc, per il quale "*il possessore di buona fede fa suoi i frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno*".

Infine, le spese processuali di entrambi i gradi del giudizio seguono la soccombenza e vanno quindi poste a carico dell'appellata.

Tali spese, tenuto conto del valore della controversia, della quantità e qualità delle questioni trattate e in genere dei criteri e dei parametri tutti di legge (regolamento di cui al DM n. 140 del 20.7.2012, in vigore dal 23.8.2012 e applicabile a tutte le liquidazioni disposte successivamente), paiono congruamente liquidabili in complessivi euro 12.607,75 (di cui relativi al primo grado, euro 5.000 per compensi ed euro 600 per spese; relativi al secondo grado, euro 6.500 per compensi ed euro 507,75 per spese), oltre oneri di legge.

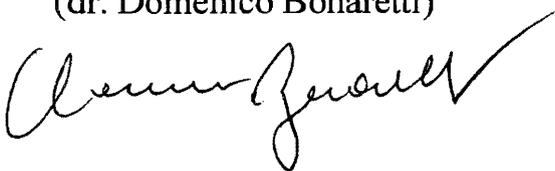
La corte d'appello di Milano, disattesa o assorbita ogni contraria o ulteriore domanda, istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, in accoglimento dell'appello proposto da E [redacted] e in totale riforma della sentenza n. 6893 emessa in data 18.2 – 25.5.2009 dal tribunale di Milano, così provvede:

1. dichiara la nullità, per l'assenza di un valido contratto-quadro, dell'operazione d'investimento effettuata *inter partes* in data 19.7.2000 per l'acquisto di obbligazioni "Repubblica Argentina Eur 9,25% 20.7.2000 / 20.7.2004" e, conseguentemente, condanna l'appellata, Banca Popolare di Sondrio scarl, a restituire all'appellante, [redacted], la somma di euro 59.942,87, oltre interessi legali dal 19.9.2007 al saldo;
2. condanna l'appellante a restituire all'appellata le obbligazioni argentine per cui è causa;
3. condanna infine l'appellata a rifondere all'appellante le spese di entrambi i gradi del giudizio, che liquida in complessivi euro 12.607,75, oltre oneri di legge.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 30 gennaio 2013

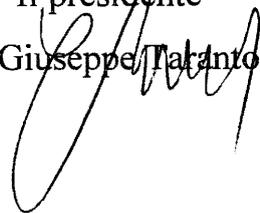
Il consigliere est.

(dr. Domenico Bonaretti)



Il presidente

(dr. Giuseppe Tarantola)



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Completta MELIDONA


CORTE D'APPELLO DI MILANO
DEPOSITATA NELLA CANCELLERIA
DELLA 1ª SEZIONE CIVILE
Oggi 27 MAR 2013

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Completta MELIDONA
