

N. R.G. 5432/2017



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Sezione Prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Anna Mantovani	Presidente
dr. Maria Elena Catalano	Consigliere
dr. Silvia Giani	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. **5432/2017** promossa in grado d'appello

DA

APPELLANTE

CONTRO



(C.F.

che la rappresenta e
difende come da delega in atti.

APPELLATA

avente ad oggetto: Mutuo; arricchimento senza causa

CONCLUSIONI

Per l'attore

:

Piaccia al l'Ecc.ma Corte d'appello di Milano, adversis reiectis, in via preliminare dichiarare la nullità dell'ordinanza emessa fuori udienza, in data 17.10.2017, dalla sezione seconda del Tribunale di Varese, Giudice Dott.ssa Condino (R.G. 780/2017) per i motivi in cui in narrativa e in particolare per la violazione del principio del contraddittorio e preclusione del diritto di difesa anche per l'omesso invito a precisare le conclusioni alle parti.

Nel merito:

in riforma della ordinanza decisoria emessa dal Tribunale di Varese, accogliere il presente appello e dichiarare e riconoscere che la Sig.ra Evelin è debitrice nei confronti del Sig.

Kostantin della somma pari ad Euro 331.420,00 a titolo di mutuo e relativa al prestito effettuato dal ricorrente a favore della Sig.ra Evelin oltre spese sostenute per le operazioni inerenti il trasferimento delle somme come meglio dettagliate in parte motiva, in ogni subordinate ipotesi per ripetizione dell'indebito ovvero arricchimento senza giusta causa.

Condannare, conseguentemente, la Sig.ra Evelin alla restituzione ed al pagamento della somma richiesta dal Sig.



Kostantin pari ad Euro 331.420,00 oltre spese sostenute per le operazioni inerenti il trasferimento delle somme come meglio dettagliate in parte motiva, oltre interessi e rivalutazione da ogni singola scadenza al saldo.

In via istruttoria:

ammettere i capitoli di prova formulati nella memoria autorizzata dal tribunale della spezia in quanto tempestivamente capitolati nei termini assegnati e che di seguito si riportano:

1.Vero che dal 2005 al 2007 il Sig. effettuava plurimi bonifici alla Sig.ra per una somma complessiva di Euro 331.420,00 quale prestito per l'acquisto di un immobile sito in Bruxelles?

2.Vero che il Sig. Kostantin e la Sig.ra pattuivano la restituzione del denaro prestato per l'acquisto dell'immobile sito in Bruxelles di proprietà della convenuta, a semplice richiesta da parte del Sig.

Si indica a testa la Sig.ra

Con vittoria di spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio oltre ad accessori come per legge di entrambi i gradi di giudizio.

*

Per la convenuta:

Voglia l'Ecc.ma Corte d'appello di Milano, contrariis reiectis, così giudicare:

In via preliminare: dichiarare l'inammissibilità e tardività di tutte le nuove istanze istruttorie e dei capitoli di prova avversari in quanto



formulati tardivamente, generici e comunque riferibili a circostanze suscettibili di prova documentale.

Nel merito: rigettare l'impugnazione proposta dal signor

in quanto infondata in fatto e in diritto, con conseguente conferma integrale dell'ordinanza resa dal Tribunale di Varese in data 17 ottobre 2017.

Con vittoria di spese, competenze e onorari del presente grado di giudizio, da distrarsi in favore del procuratore che si dichiara antistatario ex art. 93 c.p.c.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il giudizio di primo grado.

1. Con ordinanza emessa dal Tribunale di Varese in data 17.10.2017 e comunicata il 18.10.2017 relativa al procedimento R.G. n. 780/2017, promossa da Kostantin contro Evelin

il Tribunale ha così deciso:

1) *Rigetta le domande formulate da Kostantin nei confronti di*

2) *Condanna l'attore alla rifusione delle spese processuali che liquida in Euro 7.000,00 per onorari di avvocato, oltre al rimborso forfettario al 15% Iva se dovuta per legge e CPA.*

2. Questi i fatti dedotti e le domande proposte nel giudizio di primo grado.

2.1. Kostantin con ricorso ex art. 702 bis c.p.c, conveniva in giudizio la figlia chiedendo che fosse condannata alla restituzione della somma di Euro 331.420,00



da lui versata a titolo di mutuo; in subordine, chiedeva che la convenuta fosse condannata a corrispondergli la detta somma a titolo di restituzione dell'indebito o arricchimento senza causa.

2.2. Si costituiva la convenuta, chiedendo il rigetto delle domande di parte attrice e deducendo: 1) la mancanza di prova circa il titolo della dazione; 2) l'inesigibilità del credito per mancata apposizione di un termine per la restituzione; 3) l'infondatezza o inammissibilità delle domande proposte in via subordinata, attesa la residualità in astratto dello strumento ex art. 2041 c.c.

2.3. La causa promossa innanzi al Tribunale di La Spezia, a seguito di pronuncia d'incompetenza resa dal Tribunale adito, con ordinanza comunicata il 25 novembre 2016, era riassunta dall'attore innanzi al Tribunale di Milano, con atto notificato in data 24 febbraio 2017. La convenuta eccepiva la tardività della riassunzione per decorso del termine previsto a pena di estinzione dall'art. 50 comma 2 c.p.c.

2.4. All'udienza del 27 giugno 2017, il giudice di prime cure, dopo avere assegnato alle parti un termine per il deposito di note sulla questione preliminare di tardività della riassunzione, fissava l'udienza del 3 ottobre 2017, all'esito della quale si riservava la decisione, dopo avere sentito le parti. In tale udienza il ricorrente, pur avendo instaurato il giudizio con rito sommario, ne chiedeva la conversione in rito ordinario, mentre il resistente chiedeva che la domanda fosse rigettata.

Il giudizio di secondo grado.

3.1. L'ordinanza del Tribunale di Varese emessa in data 17.10.2017 all'esito del giudizio sommario, è stata impugnata da



che ha chiesto che, in riforma dell'ordinanza, venissero accolte le domande proposte in primo grado, sulla base dei seguenti motivi:

A. Violazione del principio del contraddittorio – mancata precisazione delle conclusioni e/o discussione orale – nullità della sentenza.

B. Omessa motivazione in merito alla richiesta di conversione del rito avanzata da parte attrice.

C. Qualificazione del contratto di mutuo – prova dell'avvenuta dazione di denaro – mancata contestazione – esistenza del titolo – presenza di domande subordinate.

3.2. La signora _____ si è costituita, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma dell'impugnata ordinanza.

3.3. La causa è stata decisa nella camera di consiglio del 2 aprile 2019

MOTIVI DELLA DECISIONE

4. I primi due motivi di appello proposti dalla signora

_____ concernenti *errores in procedendo*, vengono trattati congiuntamente.

PRIMO E SECONDO MOTIVO: *A. Violazione del principio del contraddittorio – mancata precisazione delle conclusioni e/o discussione orale – nullità della sentenza. B. Omessa motivazione in merito alla richiesta di conversione del rito avanzata da parte attrice.*

5. Con l'ordinanza del 17.10.2017, il giudice di prime cure, rigettata l'eccezione preliminare sollevata dalla parte resistente con riguardo alla tardività della riassunzione della causa presso il Tribunale di Varese – questione che è coperta da giudicato, non essendo stato



proposto appello- ha, altresì, rigettato la richiesta di conversione del rito formulata dal ricorrente, sig. Kostantin e si è pronunciato nel merito della controversia.

6.1. L'appellante, sig. Kostantin ha dedotto, con il primo motivo, la violazione del principio del contraddittorio per avere il giudice di prime cure emesso l'ordinanza impugnata (dopo avere concesso i termini per il deposito di memorie concernenti esclusivamente l'eccezione procedurale sollevata dalla resistente), senza avere fatto precisare le conclusioni alle parti in relazione al merito della controversia o senza averle invitate alla discussione orale.

6.2 In relazione al secondo motivo, l'appellante ha censurato la mancanza di motivazione in merito alla richiesta di conversione del rito e di concessione dei termini previsti dall'art. 183, 6° comma, c.p.c., poichè, a suo dire, i documenti acquisiti nel giudizio avrebbero richiesto degli approfondimenti istruttori.

Secondo la prospettazione dell'appellante, entrambi i vizi darebbero luogo a nullità dell'ordinanza appellata.

7. I due motivi non sono fondati.

7.1. L'appellante non tiene in considerazione le peculiarità del rito sommario che, nel rispetto del principio del contraddittorio, riconosce al giudice un ampio potere discrezionale di gestione dell'udienza e di *case management*, al fine di individuare e valutare le questioni nodali della controversia.

Il processo sommario non prevede alcun obbligo di concessione di termini per il deposito di memorie istruttorie ed, anzi, secondo lo schema legislativo paradigmatico, è definito in una sola udienza. Il



giudice, quando non ritenga di mutare il rito, per la complessità della controversia, “alla prima udienza, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all’oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all’accoglimento o al rigetto delle domande (art 702 ter comma 5° c.p.c.).

Il procedimento sommario non prevede quindi scansioni predeterminate, ma, con riguardo alla fase istruttoria e a quella decisoria, è connotato da ampia flessibilità.

Nel caso in cui non venga mutato il rito, il processo è quindi definito in modo rapido, in considerazione della sommarietà dell’istruzione ed è caratterizzato da immediatezza tra la fase di trattazione/istruzione e di decisione. Per vero, le fasi della istruzione (in senso lato, comprensiva anche della trattazione) e della decisione non sono neppure rigidamente separate come nel processo ordinario, tanto che l’udienza di precisazione delle conclusioni non è legislativamente prevista. Ciò che rileva è che il giudice decida, nel rispetto del principio del contraddittorio, dopo avere individuato i punti nodali della controversia anche grazie ai chiarimenti orali delle parti, verificata la non complessità della controversia e valutati gli atti d’istruzione rilevanti al fine della decisione.

7.2. Venendo al caso di specie, l’assenza dell’udienza di precisazione delle conclusioni e la mancata concessione dei termini di cui all’art. 183 sesto comma c.p.c. non integrano *errores in procedendo*, giacché il rito sommario non prevede né l’udienza di precisazione delle conclusioni né la concessione di termini istruttori.



7.3. Per quanto riguarda le censure relative al mancato mutamento del rito e alla omessa motivazione sulla detta questione, si osserva quanto segue.

Il mutamento del rito è scelta che viene compiuta dal giudice nel caso di complessità o non sommarietà dell'istruzione; espressione quest'ultima da intendersi in senso lato, con riguardo anche alla trattazione e cioè alle ragioni di complessità che possano emergere in sede di trattazione. Si tratta di una valutazione che è compiuta sia considerando la complessità delle questioni oggetto della decisione, sia la complessità dell'istruttoria, quali, a titolo esemplificativo, l'elevato numero dei testi, il numero delle parti coinvolte e delle questioni sottoposte.

Nel caso di specie, la controversia è stata proposta con rito sommario dall'appellante, il quale si è limitato a richiedere l'ammissione di due capitoli di prova. Il resistente ha chiesto il rigetto delle domande, senza formulare domande riconvenzionali, proporre eccezioni e formulare istanze istruttorie. Le difese del resistente non hanno ampliato il *thema decidendum* e neppure quello *probandum*.

Risulta allora evidente, con riguardo a ogni profilo, concernente sia la trattazione che l'istruzione della causa, che la controversia ben poteva essere decisa con rito sommario, vista la sua palese non complessità.

Il procedimento sommario era stato promosso proprio dal ricorrente, qui appellante, che ha ora contraddittoriamente e strumentalmente censurato l'illegittimità della scelta da lui stesso effettuata, nonostante la resistente avesse tenuto una condotta meramente contestativa e non avesse neppure formulato istanze istruttorie.



Infine, va osservato che la scelta del giudice di prime cure, di non mutare il rito, nel caso di specie ragionevole e corretta, non è neppure sindacabile, poiché il provvedimento di mutamento del rito non è impugnabile.

TERZO MOTIVO. Qualificazione del contratto di mutuo – prova dell'avvenuta dazione di denaro – mancata contestazione – esistenza del titolo – presenza di domande subordinate

8. Venendo ai motivi di appello relativi al merito della decisione, il giudice di primo grado, pur avendo ritenuto non contestata, e quindi provata, la dazione di denaro, ha rigettato la domanda per mancanza di prova del titolo.

Il giudice di prime cure ha motivato che il ricorrente si è limitato ad allegare in modo generico l'esistenza di un accordo sulla restituzione della somma, senza specificare il momento di perfezionamento dello stesso e senza neppure offrire la prova di tali generiche allegazioni, mentre la controparte ha specificamente contestato il titolo del mutuo, deducendo la liberalità della dazione, avvenuta in un contesto di rapporti familiari e finalizzata all'acquisto di una casa ove vivere.

9. L'appellante, Kostantin alla base del detto motivo di appello, ha di nuovo censurato la violazione del contraddittorio e il mancato mutamento del rito, che gli avrebbero consentito di provare gli elementi costitutivi del mutuo.

10. Il motivo di appello non è fondato.

10.1. Quanto alla violazione del contraddittorio e alla mancata conversione del rito, si richiamano le osservazioni sopra svolte in



relazione ai motivi di appello afferenti specificamente le dette doglianze.

10.2. Le censure relative al rigetto della domanda di mutuo non sono idonee a confutare e infirmare la decisione di rigetto, per carenza di prova del titolo contrattuale.

E' principio pacifico in giurisprudenza che chi agisce in giudizio, chiedendo il pagamento di una somma di denaro, che asserisce di avere dato a mutuo, è tenuto a dimostrare, oltre alla dazione del denaro, anche la sussistenza della causa dell'erogazione e, quindi, dell'obbligo di restituzione. La mera dazione della somma non è elemento costitutivo sufficiente per l'accoglimento della domanda di restituzione, incombendo sull'attore anche la prova del fatto costitutivo del titolo da cui derivi l'obbligo. La contestazione del convenuto, con deduzione di un diverso titolo, non dà luogo ad una eccezione e non vale ad invertire l'onere della prova (*ex plurimis*, Cass 30944/2018, Cass. n. 6295/2013, Cass 954/72010, le quali hanno statuito che, anche nel caso in cui il convenuto riconosca di avere ricevuto una somma ed indichi la ragione per la quale essa è stata versata, la datio di una somma di danaro non vale – di per sé – a fondare la richiesta di restituzione, atteso che “la deduzione di un diverso titolo, ad opera del convenuto, non configurandosi come eccezione in senso sostanziale, non vale ad invertire l'onere della prova” e pertanto, “ l'attore che chieda la restituzione di somme date a mutuo è tenuto a provare gli elementi costitutivi della domanda e, pertanto, non solo l'avvenuta consegna della somma, ma anche il titolo da cui derivi l'obbligo della vantata restituzione”).



Nel caso di specie, il ricorrente non ha provato il titolo e, anzi, ha prodotto in giudizio alcune copie di contabili bancarie, oscurando la causa per le quali esse furono emesse; scelta questa legittima per chi ritenga di non rendere visibili alcune informazioni riservate, ma non può andare a pregiudizio del diritto di difesa della controparte, invertendo l'onere della prova gravante su chi ha proposto la domanda.

La testimonianza del solo teste, sorella della resistente, oltre a non apparire, di per sé sola, sufficiente per la prova del titolo, visti i rapporti soggettivi tra le parti, concerne un capitolo inammissibile, perché generico e altresì riconducibile ai limiti oggettivi del mezzo di prova richiesto, soprattutto in un contesto in cui il ricorrente ben avrebbe potuto documentare la causa del rapporto.

12. Venendo alle domande subordinate, il giudice di prime cure ha ritenuto non provata, quanto alla ripetizione d'indebito, l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento e, quanto all'arricchimento senza causa, la sussidiarietà dell'azione.

13. Il presente motivo di appello è infondato e, pertanto, va rigettato per le ragioni che di seguito si espongono.

13.1. Per quanto attiene la ripetizione dell'indebito, l'attore ha l'onere di provare l'inesistenza di una giusta causa delle attribuzioni patrimoniali compiute in favore del convenuto. Nel caso di specie, il giudice non ha fatto accertare l'esistenza di un indebito oggettivo: sia nel caso in cui si riconducano i trasferimenti di denaro ad un contratto di mutuo che ad una *datio* con spirito di liberalità, non può



farsi riferimento all'assenza di causa. Allo stesso modo, deve escludersi la prospettazione di un indebito soggettivo, peraltro mai allegato, non potendosi ritenere che i trasferimenti di denaro posti in essere dall'appellante fossero dettati da errore scusabile.

Per orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, l'azione di ripetizione dell'indebito è esperibile solo laddove manchi un valido contratto o qualsiasi altro motivo che per l'ordinamento sia idoneo a rendere stabile l'attribuzione patrimoniale effettuata (da ultimo, Cass.civile sez.I, 03/08/2018, n. 20522). Per la presenza della *causa debendi* e per l'assenza di un erroneo convincimento in capo a

Kostantin circa la debenza delle somme trasferite, la *condictio indebiti* non può quindi essere esperita.

13.2. In relazione all'arricchimento senza giusta causa, ai sensi degli artt. 2041 e 2042 c.c., i presupposti per la proposizione dell'azione sono:

- a) l'arricchimento senza causa di un soggetto;
- b) l'ingiustificato depauperamento di un altro;
- c) il rapporto di causalità diretta ed immediata tra le due situazioni, di modo che lo spostamento risulti determinato da un unico fatto costitutivo;
- d) la sussidiarietà dell'azione, nel senso che essa può avere ingresso solo allorché chi la eserciti, secondo una valutazione da compiersi in astratto e perciò prescindendo dalla previsione del suo esito, possa esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito (Sez. Unite, 25 novembre 2008, n. 28042; Cass 30713/2018).



Secondo il consolidato orientamento della Cassazione, l'azione di arricchimento non può essere proposta in via subordinata, qualora sia stata proposta domanda ordinaria fondata su un titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti all'accoglimento, come avvenuto nel caso di specie.

Tale orientamento va ribadito nel caso di specie, in cui la ricorrente ha proposto una domanda ordinaria fondata su titolo contrattuale senza offrire prova sufficiente per il suo accoglimento (Cass 6295/2013, Cass. 8020/2009, Cass 11682/2018).

Alla stregua del principio di sussidiarietà, l'azione di arricchimento senza giusta causa può essere proposta in via subordinata soltanto qualora l'azione tipica presenti *ab origine* un difetto del titolo posto a suo fondamento. Il rimedio previsto dall'art. 2041 non può essere utilizzato quando la domanda principale sia stata, invece, respinta per difetto di prova.

I rapporti familiari, le circostanze concrete del caso di specie e, in particolare, la concreta possibilità per il ricorrente/appellante di documentare il titolo del rapporto, costituiscono elementi da valutare con particolare prudenza in un giudizio di arricchimento senza causa, in cui è chi propone la domanda ad essere onerato della prova che lo spostamento patrimoniale sia del tutto ingiustificato.

14. Le spese di lite del grado d'appello, liquidate come in dispositivo in applicazione del D.M. 10 marzo 2014, n. 55, tenuto conto del valore della controversia e dell'assenza di istruttoria orale, seguono la soccombenza, che è in capo all'appellante.



15.Sussistono i presupposto di cui all'art. 13, co. 1 *quater*, di cui al D.M. 115/2002, per la condanna dell'appellante al pagamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello già versato per la presente impugnazione.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da **Kostantin** nei confronti di
così dispone:

- rigetta l'appello avverso l'ordinanza emessa in data 17.10.2017, dal Tribunale di Varese, nel procedimento R.G. 780/2017.
- Condanna l'appellante **Kostantin** alla rifusione integrale delle spese del presente giudizio, che si liquidano in favore dell'appellata, **in euro 8.300,00** per compensi, oltre a spese generali, iva e cpa come per legge; spese da distrarsi in favore del procuratore che si è dichiarato antistatario ex art. 93 c.p.c.
- Dichiarà che sussistono i requisiti di cui all'art. 13, co. 1 *quater*, D.M. 115/2002, per il pagamento a carico dell'appellante di un ulteriore importo pari a quello già versato a titolo di contributo unificato.

Così deciso in Milano il 2 aprile 2019

Il Consigliere estensore

Silvia Giani

Il Presidente

Anna Mantovani

