

Civile Sent. Sez. 1 Num. 5919 Anno 2016

Presidente: NAPPI ANIELLO

Relatore: DI MARZIO MAURO

Data pubblicazione: 24/03/2016

SENTENZA

sul ricorso 17807-2012 proposto da:

INTESA SANPAOLO S.P.A., in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, VIA DEI TRE OROLOGI 14/A, presso l'avvocato
MASSIMO RANIERI, rappresentata e difesa dall'avvocato
ETTORE MARIA NEGRO, giusta procura a margine del
ricorso;

- ricorrente -

contro

MARIANI SILVANA, elettivamente domiciliata in ROMA,
CORSO TRIESTE 87, presso l'avvocato ARTURO ANTONUCCI,

che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato
ROBERTO VASSALLE, giusta procura a margine del
controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1929/2012 della CORTE
D'APPELLO di MILANO, depositata il 31/05/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 09/02/2016 dal Consigliere Dott. MAURO DI
MARZIO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato NEGRO E.M. che
si riporta;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato ANTONUCCI
A. che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FEDERICO SORRENTINO che ha concluso
per il rigetto del ricorso.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§ 1. - Mariani Silvana ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano San Paolo IMI S.p.A., poi Intesa Sanpaolo S.p.A. e, dopo aver premesso di avere, in data 13 giugno 1991, conferito mandato alla convenuta per la negoziazione di strumenti finanziari, sottoscrivendo, in data 30 marzo 2001, un ordine di acquisto di 753.000 obbligazioni «Repubblica Argentina 9,25% 99/2002», con un esborso di € 774.600,60, titoli colpiti dal default argentino del 21 dicembre 2001, ha dedotto: a) la nullità dell'operazione in quanto posta in essere in assenza del contratto scritto di negoziazione di cui agli articoli 6 della legge numero 1 del 1991 e 23 del decreto legislativo numero 58 del 1998 e del regolamento Consob numero 11.522 del 1998; b) l'illecita sollecitazione all'investimento; c) l'omessa acquisizione dei dati concernenti l'esperienza e la propensione al rischio nonché l'omessa consegna del documento sui rischi generali; d) l'inadempimento all'obbligo informativo sulla specifica operazione; f) l'inadeguatezza dell'operazione non autorizzata ai sensi dell'articolo 29 del citato regolamento; g) la violazione della normativa sui conflitti di interesse

lew

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

nonché dell'articolo 21, comma 2, del decreto legislativo numero 58 del 1998; h) la violazione del dovere di informare dei gravi e reiterati declassamenti del *rating* argentino avvenuti nella seconda metà del 2001; ii) la responsabilità solidale della banca ex articoli 1228 e 2049 c.c. per il fatto del proprio dipendente responsabile dell'operazione e dei contestati inadempimenti.

Su tali premesse, la Mariani ha concluso per la dichiarazione di nullità ovvero per l'annullamento o la risoluzione del contratto di investimento nelle predette obbligazioni con condanna della convenuta alla restituzione ovvero al risarcimento commisurato all'entità della somma investita.

Intesa Sanpaolo S.p.A. ha resistito alla domanda.

§ 2. - Il tribunale di Milano, con sentenza del 24 giugno 2008, ha rigettato la domanda e regolato le spese di lite.

§ 3. - Contro la sentenza ha proposto appello la Mariani, formulando cinque distinti motivi, il primo dei quali concernente la ritenuta inammissibilità, da parte del Tribunale, dell'eccezione di nullità



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dell'operazione per mancanza di un valido contratto scritto di negoziazione.

§ 4. - Nel contraddittorio di Intesa Sanpaolo S.p.A., che ha resistito all'impugnazione, la Corte d'appello di Milano, con sentenza del 31 maggio 2012, in totale riforma della sentenza impugnata, ha dichiarato la nullità, per l'assenza di un valido contratto scritto di negoziazione, dell'operazione di investimento nei titoli di cui si è detto, condannando la società appellata alla restituzione, in favore della Mariani, della complessiva somma di € 544.062,67, oltre accessori, derivante dalla sottrazione all'importo investito di quello ricavato dalla vendita dei titoli medesimi, il tutto con la conseguenziale condanna di Intesa Sanpaolo S.p.A. alle spese del doppio grado.

Nell'accogliere il primo motivo di impugnazione, la Corte d'appello:

i) dopo aver rammentato che il contratto quadro deve essere redatto in forma scritta sotto pena di nullità ai sensi dell'articolo 23 del Tuf, ha osservato che, nel caso esaminato, risultava prodotto un modulo contrattuale predisposto dalla banca e sottoscritto dalla sola cliente, ma privo di ogni

manifestazione di volontà negoziale dell'intermediario, dunque di una semplice proposta, ancorché corredata della dichiarazione prestampata secondo cui «una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta dai soggetti abilitati a rappresentarvi»;

ii) ha quindi sottolineato che il requisito formale in discorso è previsto *ad substantiam*, così da non poter essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, né fatto oggetto di sanatoria alcuna ovvero di integrazione attraverso successive comunicazioni provenienti dalla banca (contabili, attestati di eseguito, eccetera);

iii) che la domanda di nullità proposta dalla Mariani, esprimendo una volontà opposta al vincolo contrattuale, escludeva che la semplice produzione in causa del modulo effettuato dalla banca potesse valere quale strumento integrativo, equipollente della sottoscrizione, ai fini del sorgere di un valido contratto, contratto che, del resto, sarebbe in tal caso intervenuto soltanto in un momento successivo a quello dell'operazione in esame, confermandone la nullità.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

§ 5. - Contro la sentenza ha proposto ricorso per cassazione Intesa Sanpaolo S.p.A. affidato a sei motivi.

Mariani Silvana ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§ 6. - Il ricorso contiene sei motivi.

§ 6.1. - Il primo motivo è svolto da pagina 17 a pagina 28 del ricorso sotto la rubrica: «Falsa applicazione dell'articolo 23 decreto legislativo numero 5/2003 e degli articoli 1325, 1326, 1350 e 1418 c.c. (articolo 360, primo comma, numero 3, c.p.c.)».

Secondo la ricorrente, in breve, la Corte d'appello sarebbe incorsa in errore nel non valorizzare la circostanza, risultante dal documento prodotto da ambo le parti, concernente la consegna alla Mariani di una copia del contratto debitamente sottoscritto alla banca, copia che la stessa Mariani aveva rifiutato strumentalmente ed in malafede di esibire in giudizio, sicché la questione sottoposta all'esame del giudice di merito non si poneva in termini di validità del contratto, sotto il profilo del


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

requisito formale previsto dall'articolo 23 (naturalmente del Tuf e non del decreto legislativo numero 5/2003, sul rito societario, richiamato nella rubrica del motivo per evidente errore materiale), bensì di prova dell'intervenuta stipulazione, con l'ulteriore conseguenza che la corte d'appello avrebbe dovuto far riferimento non già all'indirizzo giurisprudenziale formatosi con riguardo alla produzione, in luogo del contratto per il quale sia prevista la forma scritta *ad substantiam*, di scritture ricognitive del precedente contratto, bensì alla *regula iuris* affermata da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, che, in un caso analogo a quello in esame, aveva stabilito che il modulo contrattuale sottoscritto da una delle parti non può essere ricondotto ad una scrittura ricognitiva di un diverso accordo.

§ 6.2. – Il secondo motivo è svolto da pagina 28 a pagina 30 del ricorso sotto la rubrica: *«Insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (articolo 360, primo comma, numero 5, c.p.c.)»*.

Vi si sostiene, in breve, che la Corte d'appello avrebbe errato nel configurare come semplice proposta

contrattuale la copia del contratto sottoscritta dalla Mariani, senza dar conto di tutte le ulteriori circostanze rilevanti, quali la produzione in giudizio da parte della banca di copia del contratto da cui risultava che essa aveva sottoscritto analoga copia consegnata alla contraente, il tutto in violazione del principio stabilito dalla citata Cass. 22 marzo 2012, n. 4564.

§ 6.3. - Il terzo motivo è svolto da pagina 31 a pagina 32 del ricorso sotto la rubrica: «Omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (articolo 360, primo comma, numero 5, c.p.c.)».

Nel motivo si pone l'accento sull'erroneità della motivazione adottata dalla Corte di merito laddove non aveva tenuto nel debito conto, ancora una volta in violazione del principio affermato da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, le eccezioni formulate dalla banca con riferimento al contenuto del documento prodotto da ambo le parti mediante il quale la Mariani aveva dichiarato che una copia del contratto debitamente sottoscritta per la banca le era stata consegnata.

§ 6.4. - Il quarto motivo è svolto da pagina 32 a pagina 36 del ricorso sotto la rubrica: «Violazione dell'articolo 23 decreto legislativo numero 5/2003 e degli articoli 1325, 1326, 1350 e 1418 c.c. (articolo 360, primo comma, numero 3, c.p.c.)».

Viene ancora una volta ribadito che la Corte d'appello sarebbe incorsa in errore nel non applicare alla fattispecie il principio espresso da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, ritenendo che la domanda di dichiarazione della nullità del contratto avrebbe implicato una volontà opposta al vincolo contrattuale, giacché, al contrario, le domande di nullità, annullamento, risoluzione formulate dalla Mariani erano tutte logicamente incompatibili con una volontà di revoca del consenso prestato: ed anzi la Mariani aveva fondato la propria pretesa non già sulla mancanza di un proprio consenso, bensì sulla mancanza del consenso della banca.

§ 6.5. - Il quinto motivo è svolto da pagina 36 a pagina 40 del ricorso sotto la rubrica: «Falsa applicazione dell'articolo 23 decreto legislativo numero 5/2003 e degli articoli 1325, 1326, 1350 e 1418 c.c. (articolo 360, primo comma, numero 3, c.p.c.)».

Si sostiene che la Corte d'appello avrebbe errato nell'escludere che il contratto si fosse concluso in forza delle successive comunicazioni provenienti dalla banca (contabili, attestati di seguito, eccetera) trattandosi di affermazione contraria ai principi fissati da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, facendo peraltro riferimento a pronunce di questa Corte concernenti fattispecie concrete palesemente diverse da quelle in esame.

§ 6.6. - Il sesto motivo è svolto da pagina 40 a pagina 43 del ricorso sotto la rubrica: «Omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (articolo 360, primo comma, numero 5, c.p.c.)».

Nel motivo si sostiene che la Corte d'appello avrebbe errato nell'omettere di considerare l'eccezione della banca secondo cui, una volta riconosciuta la nullità del contratto, avrebbe dovuto parimenti ammettersi che essa aveva percepito dalla Mariani un importo di oltre 18.000.000 di euro senza titolo, con conseguente suo diritto a trattenere tutti i frutti prodotti da tale somma, dovendo restituire soltanto il capitale con gli interessi legali. La condotta della Mariani, la quale aveva

dedotto la nullità del contratto per difetto di forma, allora, costituiva chiara manifestazione di abuso del diritto dell'investitore, che, essendo in possesso del contratto sottoscritto dalla banca, non lo aveva prodotto al fine di conseguire un ingiusto vantaggio.

§ 7. - Il ricorso va respinto.

§ 7.1. - I primi cinque motivi del ricorso possono essere simultaneamente esaminati, in ragione del loro collegamento, dal momento che tutti sono volti a sostenere, sebbene da diversi angoli visuali, la tesi del perfezionamento del «contratto quadro» pur in mancanza della produzione in giudizio della copia di esso sottoscritto dalla banca.

Essi sono tutti infondati.

§ 7.1.1. - L'ordine di acquisto di obbligazioni argentine di cui si discute ha avuto luogo nel vigore dell'articolo 23 Tuf (decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58), sulla base di un «contratto quadro» - del quale la Mariani ha dedotto la nullità per difetto del requisito formale - stipulato in epoca in cui era vigente la legge 2 gennaio 1991, numero 1.

In particolare, l'originaria attrice ha agito in giudizio producendo il documento del 13 giugno 1991 recante il conferimento alla banca del mandato di negoziazione, predisposto sotto forma di lettera diretta alla stessa banca, mancante della sottoscrizione di quest'ultima, ma contenente la dicitura: *«Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi»*, seguita dalla sottoscrizione della Mariani.

Nel corso del giudizio analogo documento è stato prodotto dalla banca.

§ 7.1.2. - Orbene, il citato articolo 23 stabilisce che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento debbano essere redatti per iscritto a pena di nullità, ma già l'articolo 6, lettera c, della legge 2 gennaio 1991, numero 1, secondo quanto più volte ribadito da questa Corte, poneva il medesimo requisito di forma per la stipulazione del *«contratto quadro»* (Cass. 7 settembre 2001, n. 11495; Cass. 9 gennaio 2004, n. 111; Cass. 19 maggio 2005, n. 10598).

Tale previsione, dettata, secondo la prevalente opinione, a fini protettivi dell'investitore (Cass.

22 marzo 2013, n. 7283), non è incompatibile con la formazione del contratto attraverso lo scambio di due documenti, entrambi del medesimo tenore, ciascuno sottoscritto dall'altro contraente. Non v'è difatti ragione di discostarsi dall'insegnamento più volte ribadito, secondo cui il requisito della forma scritta *ad substantiam* è soddisfatto anche se le sottoscrizioni delle parti sono contenute in documenti distinti, purché risulti il collegamento inscindibile del secondo documento al primo, «*si da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo*» (Cass. 13 febbraio 2007, n. 3088; Cass. 18 luglio 1997, n. 6629 ; Cass. 4 maggio 1995, n. 4856).

Ciò detto, vertendosi in tema di forma scritta sotto pena di nullità, in caso di formazione dell'accordo mediante lo scambio di distinte scritture inscindibilmente collegate, il requisito della forma scritta *ad substantiam* in tanto è soddisfatto, in quanto entrambe le scritture, e le corrispondenti dichiarazioni negoziali, l'una quale proposta e l'altra quale accettazione, siano formalizzate. E, insorta sul punto controversia, vale la regola generale secondo cui, con riguardo ai contratti per i quali la legge prescrive la forma

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

scritta a pena di nullità, la loro esistenza richiede necessariamente la produzione in giudizio della relativa scrittura (Cass. 14 dicembre 2009, n. 26174).

§ 7.1.3. – La stipulazione del contratto non può viceversa essere desunta, per via indiretta, in mancanza della scrittura, da una dichiarazione quale quella nella specie sottoscritta dalla Mariani: *«Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi»*.

La verifica del requisito della forma scritta *ad substantiam* si sposta qui sul piano della prova (è la stessa banca ricorrente, del resto, a riconoscerlo), ove trova applicazione la disposizione dettata dal codice civile che consente di supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'articolo 2725, comma 2, c.c., che richiama l'articolo 2724, n. 3, c.c.: in base al combinato disposto di tali norme, la prova per testimoni di un contratto per la cui stipulazione è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, è dunque consentita solamente nell'ipotesi in cui il contraente abbia perso senza sua colpa il documento che gli forniva la


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

prova del contratto. E la preclusione della prova per testimoni opera parimenti per la prova per presunzioni ai sensi dell'articolo 2729 c.c. nonché per il giuramento ai sensi dell'articolo 2739 c.c.. Interdetta è altresì la confessione (Cass. 2 gennaio 1997, n. 2; Cass. 7 giugno 1985, n. 3435) quale, in definitiva, sarebbe la presa d'atto, da parte della Mariani, della consegna dell'omologo documento sottoscritto dalla banca.

D'altronde, la consolidata giurisprudenza di questa Corte esclude l'equiparazione alla «perdita», di cui parla l'articolo 2724 c.c., della consegna del documento alla controparte contrattuale. Nell'ipotesi prevista dalla norma, difatti, il contraente che è in possesso del documento ne rimane privo per cause a lui non imputabili: il che è il contrario di quanto avviene nel caso della volontaria consegna dell'atto, tanto più in una vicenda come quella in discorso, in cui non è agevole comprendere cosa abbia mai potuto impedire alla banca, che ha predisposto la modulistica impiegata per l'operazione, di redigere il «contratto quadro» in doppio originale sottoscritto da entrambi i contraenti.

È stato al riguardo più volte ripetuto che, in tema di contratti per cui è prevista la forma scritta ad



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

substantiam, nel caso in cui un contraente non sia in possesso del documento contrattuale per averlo consegnato all'altro contraente, il quale si rifiuti poi di restituirlo, il primo non può provare il contratto avvalendosi della prova testimoniale, poiché non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'articolo 2724, n. 3, c.c., bensì di impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del precedente n. 2 di tale articolo (Cass. 26 marzo 1994, n. 2951; Cass. 19 aprile 1996, n. 3722; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28639, la quale ha precisato che l'esclusione della prova testimoniale opera anche al limitato fine della preliminare dimostrazione dell'esistenza del documento, necessaria per ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c.; per completezza occorre dire che c'è un precedente di segno diverso, Cass. 29 dicembre 1964, n. 2974, ma si tratta di un'affermazione assai remota, isolata e per di più concernente una fattispecie in parte diversa).

§ 7.1.4. – Resta allora da chiedersi se la validità del «contratto quadro» possa essere ricollegata, come vorrebbe la banca ricorrente, alla produzione in

giudizio da parte sua del medesimo documento ovvero a comportamenti concludenti posti in essere dalla stessa banca e documentati per iscritto.

La ricorrente ha più volte richiamato, in proposito, nel ricorso per cassazione, l'autorità di Cass. 22 marzo 2012, n. 4564 (massimata ad altro riguardo) nella quale si trova affermato, con riguardo ad una vicenda simile, pure involgente la stipulazione di un contratto bancario da redigersi per iscritto:

i) che la dicitura contenuta nel documento mancante della sottoscrizione proveniente dalla banca, secondo cui *«un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato»*, rendeva ragionevole affermare che l'esemplare consegnato recasse per l'appunto la sottoscrizione della banca;

ii) che la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, muovendo dalla premessa che nei contratti per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam* non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti, ha più volte ribadito il principio secondo cui tanto la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, quanto qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

scritto diretto alla controparte, dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante;

iii) che, nella specie considerata, anche in mancanza di una copia del contratto firmata dalla banca, l'intento di questa di avvalersi del contratto risultava comunque, oltre che dal deposito del documento in giudizio, dalle manifestazioni di volontà da questa esternate ai ricorrenti nel corso del rapporto, da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastando a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguenze perfezionamento dello stesso.

Ritiene però la Corte che al precedente non possa darsi continuità.

§ 7.1.4. - Questa Corte ha più volte ribadito che la mancata sottoscrizione di una scrittura privata è supplita dalla produzione in giudizio del documento stesso da parte del contraente non firmatario che se ne intende avvalere (Cass. 5 giugno 2014, n. 12711 ove si precisa che, per il perfezionamento dell'accordo è necessario non solo che la produzione in giudizio del contratto avvenga su iniziativa del contraente che non l'ha sottoscritto, ma anche che



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'atto sia prodotto per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti; Cass. 17 ottobre 2006, n. 22223 ; Cass. 5 giugno 2003, n. 8983; Cass. 1° luglio 2002, n. 9543; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826; Cass. 19 febbraio 1999, n. 1414; Cass. 15 maggio 1998, n. 4905; Cass. 7 maggio 1997, n. 3970; Cass. 23 gennaio 1995, n. 738; Cass. 24 aprile 1994, n. 5868, ove si precisa che il principio non trova applicazione allorché il giudizio sia instaurato non nei confronti del sottoscrittore, bensì dei suoi eredi; Cass. 28 novembre 1992, n. 12781; Cass. 7 agosto 1992, n. 9374; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440; Cass. 7 luglio 1988, n. 4471; Cass. 11 settembre 1986, n. 5552, che ammette il principio solo quando il contraente invochi in proprio favore il contratto ed intenda farne propri gli effetti, e non quando la produzione in giudizio del documento esprima essa stessa la volontà contraria ad alcuni suoi contenuti, come quando sia effettuata al fine di dimostrare con la mancata sottoscrizione del documento la non avvenuta conclusione del contratto contenutovi; Cass. 18 gennaio 1983, n. 469; Cass. 8 novembre 1982, n. 5869; Cass. 23 aprile 1981, n. 2415, ivi, 1981, 2415; Cass. 8 gennaio 1979, n. 78).



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

In generale, il ragionamento posto a sostegno di tale indirizzo si riassume in ciò, che la produzione in giudizio da parte del contraente che non ha sottoscritto la scrittura realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto, perfezionamento che non può verificarsi se non *ex nunc*, e non *ex tunc* (ed infatti il contratto formale intanto si perfeziona ed acquista giuridica esistenza, in quanto le dichiarazioni di volontà che lo creano siano state per l'appunto formalizzate), tant'è che il congegno non opera se l'altra parte abbia *medio tempore* revocato la proposta, ovvero se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non è più in vita nel momento della produzione, perché la morte determina di regola l'estinzione automatica della proposta (v. articolo 1329 c.c.) rendendola non più impegnativa per gli eredi (in senso diverso sembra rinvenirsi soltanto Cass. 29 aprile 1982, n. 2707, secondo cui la produzione in giudizio del documento sottoscritto da una sola parte non determina la costituzione del rapporto *ex nunc*, ma supplisce alla mancanza di sottoscrizione con effetti retroagenti al momento della stipulazione).

Cur
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Va da sé che nel caso in discorso la produzione in giudizio del contratto da parte della banca, la cui sottoscrizione difetta, avrebbe determinato il perfezionamento del contratto solo dal momento della produzione, la quale, perciò, non può che rimanere senza effetti, per i fini della validità del successivo ordine di acquisto delle obbligazioni argentine, tale da richiedere a monte (e non ex post) un valido contratto quadro.

D'altro canto, far discendere la validità dell'ordine di acquisto dal perfezionamento soltanto successivo del «contratto quadro», non è pensabile, stante il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex articolo 1423 c.c..

Il che esime dal soffermarsi sull'ulteriore questione se la produzione da parte della banca possa determinare il perfezionamento del contratto, sia pure ex nunc, in presenza di una condotta quale quella posta in essere dalla Mariani, la quale ha agito in giudizio per la dichiarazione di nullità dell'ordine di acquisto in mancanza di un valido «contratto quadro», avuto riguardo al rilievo che la domanda rivolta alla declaratoria di nullità è domanda di mero accertamento e, a differenza di quelle costitutive, quali quelle di annullamento o di

risoluzione, non presuppone l'avvenuta conclusione del contratto.

Per tali ragioni, dunque, il «contratto quadro» non può dirsi utilmente perfezionato (sì da sorreggere il successivo ordine di acquisto) per effetto della sua produzione in giudizio da parte della banca.

§ 7.1.5. - Il problema dell'anteriorità del perfezionamento del «contratto quadro» non si porrebbe, invece, se potesse attribuirsi rilievo alla volontà della banca di avvalersi del contratto desumibile dalle contabili, attestati di seguito, eccetera, di cui è menzione anche nella sentenza impugnata.

Ma così non è. In generale, nei contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo (Cass. 7 giugno 2011, n. 12297).

E, fin da epoca remota, questa Corte ha affermato che il documento ha valore, per i fini del soddisfacimento del requisito formale, «in quanto sia

estrinsecazione diretta della volontà contrattuale» (Cass. 7 giugno 1966, n. 1495). La forma scritta, quando è richiesta *ad substantiam*, è insomma elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicché occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto (Cass. 1 marzo 1967, n. 453; Cass. 22 maggio 1974, n. 1532; Cass. 7 maggio 1976, n. 1594; Cass. 9 marzo 1981, n. 1307; 30 marzo 1981, n. 1808; 18 febbraio 1985, n. 1374; Cass. 15 novembre 1986, n. 6738; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8937; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass. 6 aprile 2009, n. 8234; Cass. 30 marzo 2012, n. 5158; da ultimo Cass. 12 novembre 2013, n. 25424, secondo cui non soddisfa l'esigenza di forma scritta *ad substantiam* l'attestazione di pagamento sottoscritta dall'*accipiens* e dal *solvens*).

Orbene, è di tutta evidenza che documentazione quale quella in questo caso depositata dalla banca (contabili, attestati di seguito, eccetera), indipendentemente dalla verifica dello specifico

contenuto e della sottoscrizione di dette scritture (aspetti che nel caso di specie non risultano dal ricorso per cassazione), non possiede i caratteri della «*estrinsecazione diretta della volontà contrattuale*», tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale.



§ 7.2. - L'ultimo motivo è inammissibile.

Secondo la banca ricorrente, in breve, costituirebbe abuso del diritto, da parte della Mariani, l'essersi avvalsa dell'eccezione di nullità del «*contratto quadro*», poiché mancante del requisito della forma scritta, pur avendo esso avuto esecuzione per lunghi anni, nel corso dei quali la cliente aveva effettuato con successo investimenti per molti milioni di euro, così da neutralizzare l'unico investimento per così dire «*sbagliato*», facendone ricadere le conseguenze sulla banca.

In effetti, anche in dottrina si è sostenuto che una simile eccezione costituirebbe il mascheramento di un recesso di pentimento *contra legem*. E, talora, anche la giurisprudenza di merito, ha ritenuto di cogliere una sproporzione tra il rimedio azionato (la nullità dell'intero «contratto quadro») e il risultato pratico avuto di mira (il recupero della somma investita in titoli tossici).

Qui, tuttavia, non occorre approfondire l'argomento e stabilire se la figura dell'abuso del diritto, in particolare sotto forma di abuso dell'eccezione di nullità, possa dirsi ricorrente, o se invece l'investitore abbia invocato la nullità proprio al fine per cui essa è prevista, per l'evidente considerazione che tale argomento non risulta essere stato mai affrontato nelle fasi di merito, non essendovene traccia né nella sentenza impugnata e neppure nell'espositiva del fatto contenuta nel ricorso per cassazione.

A tal riguardo trova dunque applicazione il principio secondo cui, qualora con il ricorso per cassazione siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, è onere della parte ricorrente, al fine di evitarne una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo

di allegare l'avvenuta loro deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso stesso, di indicare in quale specifico atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Suprema Corte di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della suddetta questione (Cass. 18 ottobre 2013, n. 23675).

§ 8. – Le spese seguono la soccombenza.

PER QUESTI MOTIVI

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso, in favore della Mariani, delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in € 9.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre spese generali e accessori come per legge.