

Civile Ord. Sez. 1 Num. 2523 Anno 2018

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Data pubblicazione: 01/02/2018

sul ricorso 12237/2014 proposto da:

Bracciali Giuliano, Bracciali Luca, Mazzoni Ilia, elettivamente domiciliati in Roma, Piazza dell'Emporio n.16/a, presso lo studio dell'avvocato Pagni Ilaria, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Guizzi Giuseppe, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrenti -

contro

Unicredit S.p.a., (già Unicredito Italiano S.p.a.), per incorporazione di UniCredit Banca S.p.a., UniCredit Banca di Roma S.p.a, Banco di Sicilia S.p.a., UniCredit Private Banking S.p.a., UniCredit Corporate Banking S.p.a., UniCredit Family Financing S.p.a., UniCredit

ORD
1103
2017

Bancassurance Management & Administration S.C.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Vigliena n.10, presso lo studio dell'avvocato Gurreri Alessandro, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Flick Waldemaro, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 397/2013 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 20/03/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/10/2017 dal cons. DI VIRGILIO ROSA MARIA;

lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale CARDINO ALBERTO che ha chiesto che Codesta Corte di Cassazione voglia rigettare il ricorso.

La Corte,

Rilevato che:

Giuliano Bracciali, Luca Bracciali e Ilia Mazzoni chiedevano in giudizio la condanna di Unicredit Banca spa alla rifusione della somma di euro 134.278,79 o del diverso importo meglio ritenuto, oltre rivalutazione ed interessi, per la responsabilità contrattuale nelle operazioni finanziarie condotte dal funzionario Roberto Fiorini, nonché al risarcimento dei danni.

A riguardo, deducevano di avere aperto, di concerto col funzionario della banca, Roberto Fiorini, due conti correnti, con iniziali versamenti per 260 milioni di lire, per realizzare operazioni di investimento, che erano state effettuate tra il febbraio ed il luglio 2000, e di volta in volta il Fiorini presentava al Bracciali Luca le attestazioni d'ordine relative ad operazioni già concluse, che venivano fatte sottoscrivere a posteriori; di essere stati convocati d'urgenza dal Fiorini a luglio

2000, dato che dette operazioni finanziarie avevano generato una perdita di 330 milioni di lire, tanto che il conto presentava saldo passivo di 70 milioni di lire, poi riportato a zero con un'operazione contabile dal Fiorini, rimanendo sempre la perdita di 260 milioni di lire.

Il Tribunale rigettava le domande; con sentenza depositata il 20/3/2013, la Corte d'appello di Genova ha respinto l'appello principale dei sig.Bracciali-Mazzoni e l'incidentale della Banca.

Per quanto ancora rileva, la Corte genovese ha respinto l'appello principale, rilevando che il contratto tra le parti aveva ad oggetto la negoziazione di strumenti finanziari di cui agli ordini che sarebbero stati impartiti e la ricezione e trasmissione da parte della Banca degli ordini e la correlativa custodia, di talchè la banca non era tenuta ad informare i clienti delle perdite, non sussistendo contratto di gestione; che nel documento contenente le informazioni sugli investitori, risultava sottoscritta dai sigg.Bracciali-Mazzoni la dichiarazione di propensione al rischio alta e gli stessi avevano sottoscritto il documento informativo sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari; che la volontà negoziale risultava provata dai numerosi ordini dati per iscritto, di acquisto e di vendita, sui quali era apposta la sottoscrizione nella stessa data dell'ordine, di talchè, in assenza di altri elementi, non si poteva ritenere fornita la prova che la Banca avesse agito di propria iniziativa, a prescindere dagli ordini; che, infine, i capitoli di prova erano inidonei a provare che la banca avesse agito di propria iniziativa, in quanto generici e non rilevanti, nè poteva dedursi alcunché dalla mancanza di firme degli investitori sugli ordine revocati, né dalla preventiva dichiarazione di esonero della Banca da responsabilità.

Ricorrono i sigg.Bracciali- Mazzoni sulla base di quattro motivi.

Si difende con controricorso Unicredit.

Il P.G. ha depositato le conclusioni scritte ex art.380 *bis*.1.

Le parti hanno depositato le memorie ex art.380 *bis*.1.

Considerato che:

Col primo motivo, i ricorrenti denunciano *error in iudicando* ex artt. 28, commi 2 e 3, e 29 del Regolamento Consob 11522/98 e dell'art.21 ,comma 1, lett.b) t.u.f.; deducono che la Banca non ha dato prova di avere fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e le implicazioni, e che si tratta di obbligazione gravante sull'intermediario a prescindere dal tipo di contratto concluso col cliente e per tutta la durata del rapporto.

Col secondo, si dolgono della violazione e falsa applicazione degli artt.1337, 1366, 1375 cod. civ., per avere la Corte del merito ignorato il principio generale del comportamento secondo correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

Col terzo, della violazione e falsa applicazione degli artt. 1362-1365 cod. civ. in riferimento agli artt. 1 e 9 della condizioni generali di contratto.

Col quarto, dell'applicazione delle regole sull'onere della prova, per la mancata ammissione delle prove.

In primis, va ritenuta l'ammissibilità del ricorso, dato che, depositata la sentenza impugnata il 20/3/2013, non notificata, il procedimento notificatorio a mezzo posta risulta iniziato il 5/5/2014, e quindi entro il termine lungo dell'anno ex art. 327 cod. proc. civ. nella formulazione anteriore alla riforma di cui alla legge 69/49(che trova applicazione nel caso, dato che il giudizio è stato introdotto con atto di citazione notificato il 23/9/2005), considerata la sospensione dei termini feriali.

Il primo motivo è fondato.

La Corte d'appello, con statuizione incensurata, ha ritenuto che il rapporto tra la Banca e gli investitori consistesse non nella gestione del patrimonio, ma nella negoziazione, quale esecuzione di ordini per conto dei clienti, ex art.1, comma 5, lett.b) e non già l'attività di cui alle lett. c) sollecitazione all'investimento o collocamento o d), gestione patrimoniale, nell'ambito di un contratto quadro di negoziazione, ricezione e trasmissione ordini.

L'orientamento di legittimità è nel senso che, in tema di intermediazione finanziaria, anche quando la diffusione di strumenti finanziari avvenga mediante la prestazione individuale di "servizi di investimento", di cui all'art. 1, comma 5, del d.lgs. n. 58 del 1998, cioè mediante attività di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, a condizioni diverse a seconda dell'acquirente e del momento in cui l'operazione è eseguita, la tutela del cliente è comunque affidata all'adempimento, da parte dell'intermediario, di obblighi informativi specifici e personalizzati, ai sensi degli artt. 21 del citato d.lgs. n. 58 del 1998 e 26 e ss. del reg. Consob n. 11522 del 1998, applicabili "*ratione temporis*"(in tal senso, le pronunce 14884/2017 e 8733/2016, tra le tante).

E specificamente la pronuncia 18702/2016 ha affermato che, in tema di intermediazione mobiliare, ove il cliente gli affidi il solo incarico di eseguire degli ordini, ma non anche quello di consulenza in relazione alla scelta dei prodotti finanziari da acquistare e di gestione del portafoglio dei titoli stessi, l'intermediario è comunque tenuto - ai sensi degli artt. 1 e 21 del d.lgs. n. 58 del 1998 e degli artt. 28 e 29 del regolamento Consob n. 11522 del 1998 - a fornire al primo adeguate informazioni sia sulle operazioni in sé, sia quanto alla loro adeguatezza rispetto al suo profilo di rischio; pertanto, ai fini della valutazione di adeguatezza di tali informazioni, nonché delle omissioni

in esse ravvisabili, non rileva che il cliente abbia dichiarato, in sede di stipula del contratto quadro di investimento, di possedere un'esperienza "alta" con riferimento ai prodotti finanziari da acquistare ed un'elevata propensione al rischio, né che egli si sia eventualmente rifiutato di dare indicazioni sulla propria situazione patrimoniale.

L'accoglimento del primo motivo comporta l'assorbimento dei motivi secondo e terzo.

Il quarto motivo è fondato, nei limiti di seguito esposti.

E' di chiara evidenza l'erroneità della prospettiva nella quale si è mossa la Corte del merito, nel valutare le prove dedotte dai sigg. Bracciali e Mazzoni, e nel ritenere a riguardo che fossero dette parti onerate della prova dell'inadempimento della Banca, mentre nel sistema normativo, per l'esplicito disposto di cui all'art. 23, ultimo comma, t.u.f. è l'intermediario tenuto a provare l'adempimento degli obblighi di informazione generale e specifica grava. E tale erronea impostazione sul riparto dell'onere della prova deve ritenersi abbia influito in radice sulla valutazione dei capitoli di prova, condizionando l'affermata genericità ed irrilevanza degli stessi, proprio perché la Corte genovese ha adottato il criterio direttivo non corretto.

Conclusivamente, accolti i motivi primo e quarto del ricorso, assorbiti gli altri, va cassata la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione, che si atterrà ai principi sopra indicati, ed alla quale si rimanda anche la decisione sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e quarto motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, in data 13 ottobre 2017 ^