

Civile Sent. Sez. 1 Num. 16628 Anno 2015

Presidente: FORTE FABRIZIO

Relatore: ACIERNO MARIA

Data pubblicazione: 10/08/2015

SENTENZA

! sul ricorso 3349-2009 proposto da:



h

2015

906

- *ricorrente* -

contro





- **controricorrente** -

contro



- **intimata** -

avverso la sentenza n. 1319/2008 della CORTE
D'APPELLO di CATANIA, depositata il 05/11/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 14/05/2015 dal Consigliere Dott. MARIA
ACIERNO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ROSARIO GIOVANNI RUSSO che ha
concluso per il rigetto del ricorso e condanna alle
spese.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Appello di Catania, con la sentenza impugnata, confermando la pronuncia di primo grado, ha respinto la domanda risarcitoria proposta da [redacted] nei confronti del [redacted] per non aver provveduto tempestivamente all'esercizio del diritto di opzione in ordine alla sottoscrizione di azioni Olivetti all'esito di delibera di aumento del capitale sociale. Ha esposto la parte appellante di aver acquistato un pacchetto di azioni Olivetti e di aver tenuto i titoli in deposito presso la [redacted] successivamente posta in liquidazione coatta amministrativa. Ha aggiunto che i commissari liquidatori gli avevano comunicato l'impossibilità di operare e lo avevano invitato a rivolgersi ad altro intermediario. Egli allora aveva chiesto il trasferimento titoli presso il Credito Italiano. Il 5/2/98 aveva dato incarico alla sub depositaria di trasferire il deposito alla banca in oggetto con conseguente accredito dei titoli Olivetti presso l'istituto bancario. Malgrado la reiterata richiesta di sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale, nel rispetto del termine per l'esercizio del diritto di opzione, la banca non vi provvedeva, asserendo di non poter effettuare l'operazione per il mancato trasferimento del deposito, in realtà avvenuto fin dal



5/2/98. Ingiustificatamente, in conclusione, la banca ha fatto scadere il termine per l'esercizio del diritto di opzione.

La banca ha opposto di non aver potuto provvedere per mancanza di ordine tempestivo scritto come richiesto specificamente in contratto anche per gli ordini di acquisto.

La Corte d'Appello a sostegno del rigetto dell'impugnazione ha rilevato :

- è pacifico che l'appellante non abbia mai impartito per iscritto l'ordine di sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale. La banca ha sempre contestato la ricezione di tale ordine;
- è irrilevante accertare se l'ordine sia stato impartito oralmente dal momento che il contratto quadro richiedeva espressamente la forma scritta per gli ordini di acquisto;
- era irrilevante accertare eventuali negligenze nella procedura di trasferimento titoli, peraltro non oggetto di specifica domanda.
- L'inadempimento lamentato, in ordine alla mancata esecuzione del predetto ordine di borsa, era sfornito di prova e doveva essere rigettato.



Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione
Il [redacted] affidato a quattro motivi. L'istituto bancario
ha resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e
falsa applicazione dell'art. 23 T.U.F. (d.lgs n. 58 del
1998) nonché dell'art. 1352 cod. civ. per avere la Corte
ritenuto indispensabile che l'ordine di acquisto in
contestazione fosse impartito per iscritto secondo la
previsione negoziale contenuta nel contratto quadro.

Secondo la parte ricorrente deve osservarsi che il
legislatore non richiede alcun requisito di forma per la
valida trasmissione degli ordini di borsa come confermato
anche nell'art. 30 del Regolamento Consob n. 11522 del
1998, essendo prevista la forma scritta ad substantiam
esclusivamente per il contratto quadro, in funzione di
nullità di protezione. Poiché per gli ordini di acquisti
non è previsto un regime peculiare relativo alla forma
deve escludersi che nel caso di previsione convenzionale
della forma scritta questo requisito sia richiesto a pena
di nullità assoluta, ben potendo l'investitore provare di
aver trasmesso l'ordine con modalità diverse.
L'invalidità anche ai sensi dell'art. 1352 cod. civ. deve
ritenersi relativa ed azionabile solo dal cliente, dal



momento che la previsione negoziale in questione risponde all'esigenza di tutelare il cliente anche nell'ordine di acquisto con le medesime modalità che nel contratto quadro.

La censura si chiude con rituale quesito di diritto.

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1352 cod. civ. nonché il vizio di motivazione per non avere la Corte d'Appello considerato che la presunzione sancita all'art. 1352 cod. civ. è relativa e può essere vinta da prova contraria. La giurisprudenza consente di dare la prova della rinuncia tacita e reciproca delle parti di avvalersi della forma scritta convenzionale. Nella specie il ricorrente aveva chiesto di provare la prassi applicativa diversa dalla regola negoziale, producendo documenti ed articolando mezzi di prova ma il giudice d'appello li ha ingiustificatamente ritenuti irrilevanti.

Il motivo si chiude con rituale quesito di diritto quanto alla censura ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ. ma manca della sintesi fattuale ex art. 366 bis ultima parte cod. civ. razione temporis applicabile in ordine al vizio di motivazione da ritenersi inammissibile.

Nel terzo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. in



ordine all'omessa pronuncia sull'inadempimento della banca relativo agli obblighi di diligenza previsti nelle clausole generali di contratto in caso di esercizio del diritto di opzione. In particolare la parte ricorrente si riferisce alla previsione negoziale secondo la quale la banca avrebbe dovuto chiedere istruzioni al depositante e in mancanza di esse avrebbe dovuto curare la vendita dei diritti di opzione. Si è trattata dell'omissione su un accertamento a carattere decisivo, tanto più che l'obbligo in questione sussisterebbe in ogni caso anche in assenza di previsione contrattuale.

Il motivo si chiude con rituale quesito di diritto.

Nel quarto motivo viene dedotta sia la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., sia dell'art. 2697 cod. civ. sia l'omessa o contraddittoria motivazione in ordine all'esclusione di qualsiasi accertamento in ordine ad eventuali negligenze della banca in ordine all'operazione di trasferimento titoli presso di lei. Secondo la Corte d'Appello non era stata formulata domanda al riguardo ma in realtà l'assolvimento dell'onus probandi in ordine alla diligenza relativa alla fase di trasmissione dei titoli era un prius rispetto all'inadempimento nell'esecuzione dell'ordine di borsa. Ciò sia secondo l'art. 1218 cod. civ. che secondo la speciale distribuzione dell'onere della prova relativo ai



contratti in questione, stabilito nell'art. 23 comma sesto T.U.F.

Anche questo motivo si chiude con rituale quesito di diritto ma non si rinviene la sintesi fattuale richiesta a pena d'inammissibilità della censura come già illustrato nel secondo motivo.

Può, in conclusione, omettersi l'esame delle censure formulate ex art. 360 n. 5 cod. proc. civ.

I primi due motivi possono essere affrontati congiuntamente in quanto logicamente connessi.

In primo luogo deve rilevarsi l'inammissibilità della censura relativa ai mezzi di prova non ammessi per difetto di rilevanza dalla Corte territoriale in quanto non riprodotti e conseguentemente non esaminabili. (cfr. con riferimento alla prova orale Cass. 8607 del 2006; 6440 del 2007; per la prova documentale cfr. Cass. 14571 e 14767 del 2007, 4980 del 2014). Ne consegue la superfluità dell'esame della censura sotto il profilo della legittimità della rinuncia tacita, per facta concludentia, alla forma convenzionalmente assunta in contratto, da dimostrare al fine di superare la presunzione fissata nell'art. 1352 cod. civ.

Rimane da esaminare la prospettazione relativa all'inquadramento sistematico della nullità dell'ordine



di sottoscrizione impartito oralmente, nonostante la previsione convenzionale dell'obbligo della forma scritta. Al riguardo le parti ricorrenti hanno evidenziato che anche se si volesse configurare la nullità formale in questione come assoluta essa dovrebbe essere assoggettata al regime delle nullità di protezione, in quanto tale azionabile solo dal cliente, contraente debole.

L'assunto non può essere condiviso. Le cd. nullità di protezione, sorte in ambito consumeristico, al fine di rafforzare gli obblighi d'informazione corretta e di trasparenza del professionista e confluite nei contratti bancari e d'intermediazione finanziaria in una diffusa, anche se non esclusiva, imposizione della forma scritta costituiscono una specificazione derogatoria del generale regime delle nullità, hanno natura inderogabile, non sono rinunciabili e conseguentemente non possono che derivare esclusivamente da norme imperative in funzione della limitazione dell'autonomia contrattuale. La scelta convenzionale di una forma determinata trae invece origine proprio dalla libertà di determinare gli obblighi endocontrattuali anche sotto il profilo delle modalità espressive della volontà nell'esecuzione del contratto, nei limiti imposti dalle norme inderogabili.



Ne consegue che trattandosi di un vincolo stabilito convenzionalmente dalle parti, esso non può che essere fatto valere da entrambe, e, trattandosi, nella specie, di vincolo che incide sulla validità/invalidità del contratto, anche d'ufficio dal giudice. La disciplina normativa si esaurisce nella previsione dell'art. 1352 cod. civ. che ne stabilisce la natura (il vincolo formale si presume stabilito ad substantiam) ed il regime giuridico della prova.

All'interno di questa cornice di diritto positivo si manifesta pienamente l'autonomia negoziale delle parti contraenti, senza che possa darsi luogo ad un'integrazione imperativa del regime formale scelto per il contratto e del rilievo della sua violazione mediante l'applicazione della disciplina normativa di settore in tema di nullità.

Per le medesime ragioni, tanto meno applicabile nella specie deve ritenersi la disciplina regolamentare invocata dalle parti ricorrenti in quanto priva di qualsiasi efficacia modificativa della diversa scelta convenzionale delle parti, esercitata legittimamente ex art. 1352 cod. civ., volta ad ampliare i vincoli formali imperativamente imposti dalla disciplina normativa di settore (T.U.F.). Inoltre la previsione negoziale non ha natura vessatoria, consistendo, in concreto, in un più



incisivo controllo della natura e del contenuto dei singoli ordini di acquisto.

Il terzo motivo è inammissibile perché si fonda sull'esistenza di clausole contrattuali che avrebbero imposto alla banca di esercitare il diritto di opzione anche in assenza dell'ordine del cliente senza consentire né con la riproduzione di esse né con la produzione ex art. 369 cod. proc. civ., di verificarne il contenuto e la coerenza con la censura.

Il quarto motivo è manifestamente infondato. La generica violazione degli obblighi di diligenza nel trasferimento titoli, come correttamente evidenziato dalla Corte d'Appello, è del tutto ininfluenza sul piano causale in ordine al lamentato esercizio del diritto di opzione. L'inversione dell'onus probandi opera a condizione che il nesso eziologico tra il danno lamentato e il comportamento ritenuto negligente venga allegato e dimostrato. La Corte d'Appello in conclusione ha del tutto correttamente applicato l'art. 23 T.U.F. al riguardo.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato, con applicazione del principio della soccombenza in ordine alle spese di lite.

P.Q.M.

·
·
·
·

La Corte,

rigetta il ricorso. Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali del presente giudizio da liquidarsi in E 6500 per compensi; E 200 per esborsi oltre accessori di legge.



Così deciso nella camera di consiglio del 14 maggio 2015

Il presidente