

Civile Ord. Sez. 1 Num. 8751 Anno 2018

Presidente: AMBROSIO ANNAMARIA

Relatore: VALITUTTI ANTONIO

Data pubblicazione: 10/04/2018

sul ricorso 4992/2014 proposto da:

Adversi Lucia, elettivamente domiciliata in Roma, Via E. Manfredi
n.17, presso lo studio dell'avvocato Conti Claudio, rappresentata e
difesa dall'avvocato Zurlo Wanda, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

Banca Mediolanum S.p.a., in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via del Banco di Santo
Spirito n.3, presso lo studio dell'avvocato Lagozino Nicola, che la
rappresenta e difende unitamente agli avvocati Monti Alberto, Monti
Franco, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

es
1057
2017



avverso la sentenza n. 1462/2013 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 04/04/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 09/10/2017 dal cons. VALITUTTI ANTONIO;

lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale CAPASSO LUCIO che ha chiesto il rigetto del primo motivo di ricorso; accoglimento dei restanti motivi.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 16 luglio 2008, Lucia Adversi conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, la Banca Mediolanum s.p.a., chiedendo dichiararsi la nullità del contratto di intermediazione finanziaria e dei sette ordini di acquisto di azioni Parmalat - effettuati, via internet, dal 16 dicembre 2003 al 18 dicembre 2003, per un totale di Euro 61.613,62 - per carenza della forma prescritta, e condannarsi la convenuta alla restituzione di tale importo, oltre agli interessi legali ed al maggior danno ex art. 1224 cod. civ. In via subordinata, la attrice chiedeva accertarsi la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale dell'istituto di credito per inadempimento ex artt. 1337 e 1453 cod. civ., e di conseguenza condannarsi il medesimo al risarcimento dei danni subiti, in misura pari all'importo degli investimenti effettuati.

Il Tribunale di Milano, con sentenza n. 12350/2009, rigettava le domande tutte proposte dall'attrice, con compensazione delle spese di lite.

2. Avverso tale decisione proponeva appello la Adversi, che veniva respinto dalla Corte di Appello di Milano, con sentenza n. 1462/2013, depositata il 4 aprile 2013. Con tale pronuncia il giudice di seconde cure riteneva, in via preliminare, che la forma degli ordini di negoziazione fosse valida, in quanto il contratto quadro aveva un

allegato che il cliente aveva dichiarato di conoscere, che consentiva anche ordini telematici e telefonici, e che non costituiva una clausola vessatoria nulla in mancanza della doppia sottoscrizione. Nel merito, la Corte territoriale riteneva che dalla documentazione versata in atti si desumesse che la cliente era dedita ad un'attività speculativa, acquistando e vendendo svariati titoli a brevissima distanza di tempo, sicchè sarebbe stata del tutto irrilevante – trattandosi di investitore abituale – la mancanza di informazioni da parte della banca sui singoli acquisti.

3. Per la cassazione di tale sentenza ha, quindi, proposto ricorso Lucia Adversi nei confronti della Banca Mediolanum s.p.a., affidato a tre motivi. La resistente ha replicato con controricorso e con memoria.

4. Il P.G. ha concluso per l'accoglimento del secondo e terzo motivo di ricorso, e per il rigetto del primo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso – denunciando la violazione e falsa applicazione degli artt. 1325, 1346 cod. civ., 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, 28 e ss. del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, 33, comma 2 e 34, commi 1 e 5, cod. consumo, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ. – la Adversi si duole del fatto che l'impugnata sentenza non abbia ritenuto sussistente la dedotta nullità del contratto quadro di intermediazione finanziaria per difetto di forma scritta, ex dell'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, sebbene mancasse un'espressa pattuizione contenente la determinazione precisa dell'oggetto del contratto, a norma dell'art. 1346 cod. civ., non potendo tale onere di forma essere soddisfatto – a suo avviso – dal rinvio *per relationem* alle Norme contrattuali che regolano i servizi bancari e finanziari prestati dalla Banca Mediolanum,

trattandosi di un «prestampato preventivamente predisposto dall'intermediario» e consegnato all'investitrice.

Inoltre – a parere della istante – la clausola, da lei sottoscritta, contenuta nel documento n. 1, nella quale dichiarava di avere «ricevuto, visionato ed accettato tutte le norme contrattuali che regolano i servizi bancari e finanziari prestati dalla Banca Mediolanum» sarebbe affetta da nullità, trattandosi di una clausola vessatoria, ai sensi degli artt. 33 e 34 cod. consumo. La mancanza di un contratto quadro avrebbe, pertanto, determinato la nullità degli ordini di acquisto dei prodotti finanziari, peraltro neppure essi redatti in forma scritta, trattandosi di ordini conferiti telematicamente in difetto della richiesta firma digitale.

1.1. La doglianza è infondata.

1.1.1. Va premesso che la ricorrente non allega neppure che il contratto quadro prevedesse la forma scritta anche per gli ordini successivi, essendosi anche nel giudizio di appello limitata a dedurre che la nullità degli ordini di acquisto derivava dalla ritenuta nullità del contratto quadro (v. sentenza di appello, p. 3).

1.1.2. Ciò posto, deve rilevarsi che la Corte d'appello ha accertato – con giudizio di fatto incensurabile in questa sede – che era stato prodotto agli atti il «contratto sottoscritto dalle parti» contenente l'incarico, conferito dalla Adversi alla Banca Mediolanum s.p.a. di «raccolgere e negoziare» gli ordini relativi a strumenti finanziari nonchè di eseguire le altre disposizioni sui prodotti e servizi collocati dalla banca ed approvati dall'investitrice, anche utilizzando «il servizio Banca Diretta telefonica, televisiva, via internet o tramite altro strumento». La Corte di merito ha, inoltre, accertato che la investitrice aveva, altresì, sottoscritto il documento n. 1, dichiarando «di avere ricevuto, visionato ed accettato tutte le norme contrattuali

che regolano i servizi bancari e finanziari prestati dalla Banca Mediolanum», contenenti anche la previsione delle modalità di effettuazione degli ordini di acquisto, e che, pertanto, il regolamento negoziale era stato determinato dalle parti *per relationem*.

Tanto premesso, va osservato che la conclusione cui è pervenuto il giudice di appello, circa la validità del contratto quadro, deve essere condivisa, tenuto conto della giurisprudenza di questa Corte che, in materie diverse, ha da tempo ritenuto che l'onere di forma può ritenersi adempiuto allorché le parti richiamino per iscritto elementi contenuti in un diverso atto, espressamente e specificamente richiamato nel contratto (Cass. Sez. U. 19/05/2009, n. 11529, in materia di clausola compromissoria richiamata *per relationem*; Cass. 06/09/2006, n. 19130, con riguardo a contratto di appalto di opera pubblica, nel quale veniva operato il richiamo al capitolato speciale predisposto dalla stazione appaltante ed inserito negli atti di gara; Cass. 23/06/1998, n. 6247, in materia di interessi dovuti in misura extralegale).

E tale principio è stato ribadito anche di recente, in materia di condizioni generali di contratto, essendosi affermato che, qualora le parti contraenti richiamino, ai fini dell'integrazione del rapporto negoziale, uno schema contrattuale predisposto da una di loro in altra sede, non è configurabile un'ipotesi di contratto concluso mediante moduli o formulari, assumendo la disciplina richiamata (nella specie, una clausola compromissoria, peraltro integralmente riprodotta dai contraenti) per il tramite di «*relatio perfecta*» il valore di clausola concordata; sicché tale disciplina resta sottratta all'esigenza dell'approvazione specifica per iscritto di cui all'art. 1341 cod. civ. (Cass. 14/04/2016, n. 7403).

1.1.3. Né può ritenersi che la clausola sottoscritta dalla Adversi, recante la dichiarazione di avere ricevuto le norme contrattuali regolative del rapporto debba essere considerata una clausola vessatoria, trattandosi – come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello – di una mera dichiarazione di scienza, e non certo di una clausola che comporti «uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» ai sensi dell'art. 33, comma 1 cod. consumo.

1.2. Il mezzo deve, pertanto, essere rigettato.

2. Con il secondo e terzo motivo di ricorso – denunciando la violazione e falsa applicazione degli artt. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998, 2697 cod. civ., 26, 28 e 29 del Regolamento n. 11522 del 1998, nonché l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ. – la ricorrente lamenta che la Corte d'appello abbia erroneamente escluso che l'istituto di credito fosse stato inadempiente agli obblighi di informazione di cui agli artt. 26 e 28 del Regolamento Consob, relativamente alla natura del prodotto finanziario acquistato (azioni Parmalat) – negoziate, peraltro, in un periodo particolarmente sospetto – ed alla sua elevata rischiosità, con conseguente possibilità di perdita totale del capitale investito.

La Corte territoriale avrebbe, invero, del tutto omesso di considerare che la banca non aveva segnalato in alcun modo alla Adversi l'inadeguatezza dell'operazione in relazione alla natura del titolo, al profilo dell'investitrice e ed alla sua limitata propensione al rischio, fondando la sua decisione esclusivamente sul rilievo che la medesima era solita acquistare e vendere «ingenti quantitativi di titoli azionari attraverso il canale telematico anche in un lasso di tempo brevissimo», talchè la sua attitudine a compiere da sola operazioni speculative avrebbe comportato – ad avviso della Corte di merito –



che, seppure fosse stata adeguatamente informata sulla rischiosità delle azioni Parmalat, la medesima non avrebbe desistito dall'acquisto. Tale conclusione – a parere della ricorrente – si porrebbe, peraltro, in contrasto con i principi più volte affermati dalla giurisprudenza di questa Corte.

2.1. Le censure sono fondate.

2.1.1. Questa Corte ha, invero, osservato, al riguardo, che, in tema di intermediazione finanziaria, la pluralità degli obblighi (di diligenza, di correttezza e trasparenza, di informazione, di evidenziazione dell'inadeguatezza dell'operazione che si va a compiere) previsti dagli artt. 21, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs. n. 58 del 1998, 28, comma 2, e 29 del Reg. CONSOB n. 11522 del 1998 (applicabile «*ratione temporis*») e facenti capo ai soggetti abilitati a compiere operazioni finanziarie, convergono verso un fine unitario, consistente nel segnalare all'investitore, in relazione alla sua accertata propensione al rischio, la non adeguatezza delle operazioni di investimento che si accinge a compiere (cd. «*suitability rule*»), potendo dar corso ad un'operazione non adeguata solo a seguito di ordine scritto dell'investitore, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Tale segnalazione deve contenere specifiche indicazioni concernenti: 1) la natura e le caratteristiche peculiari del titolo, con particolare riferimento alla rischiosità del prodotto finanziario offerto; 2) la precisa individuazione del soggetto emittente, non essendo sufficiente la mera indicazione che si tratta di un «Paese emergente»; 3) il «rating» nel periodo di esecuzione dell'operazione ed il connesso rapporto rendimento/rischio; 4) eventuali carenze di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo (situazioni cd. di «*grey market*»); 5) l'avvertimento circa il pericolo di un imminente «*default*»

dell'emittente, con conseguente perdita del capitale investito (Cass. 26/01/2016, n. 1376; Cass. 31/03/2017, n. 8314; Cass. 18/05/2017, n. 12544).

E non può revocarsi in dubbio che stante la natura «protettiva» a favore dell'investitore dei suddetti obblighi posti a carico dell'intermediario, nel giudizio di risarcimento del danno proposto da un risparmiatore, il giudice di merito, per assolvere l'intermediario finanziario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge, non possa limitarsi ad affermare che manca la prova della sua negligenza ovvero dell'inadempimento, ma deve accertare se sussista effettivamente la prova positiva della sua diligenza e dell'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico e, in mancanza di tale prova, che è a carico dell'intermediario fornire (art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998), questi sarà tenuto al risarcimento degli eventuali danni causati al risparmiatore (Cass. 19/10/2012, n. 18039, riferita proprio ad un caso di acquisto, tra l'altro, di azioni Parmalat; Cass. 15/03/2016, n. 5089).

2.1.2. La violazione dei suddetti obblighi informativi, unitamente agli elementi di prova – anche presuntiva – che l'investitore è tenuto a fornire, circa il nesso di causalità tra la violazione medesima ed il danno subito, obbligano, pertanto, la banca intermediaria al relativo risarcimento, non rilevando a tal fine – contrariamente a quanto ritenuto, nella specie, dalla Corte d'appello – che il medesimo abbia dimostrato di essere solito investire abitualmente in prodotti finanziari. Ed invero, nella prestazione del servizio di negoziazione di titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, e quest'ultimo non rientri in alcuna delle categorie di investitore qualificato o professionale previste dalla normativa di

settore, non è configurabile un concorso di colpa del medesimo cliente nella produzione del danno, neppure per non essersi lo stesso informato della rischiosità dei titoli acquistati. Lo speciale rapporto di intermediazione, infatti, implica necessariamente un grado di affidamento nella professionalità dell'intermediario e, dunque, nell'adeguatezza delle informazioni da lui fornite che sarebbe contraddittorio bilanciare con l'onere dello stesso cliente di assumere direttamente informazioni da altra fonte (Cass. 27/04/2016, n. 8394; Cass. 13/05/2016, n. 9892).

2.1.3. Tutto ciò premesso in via di principio, va rilevato che dall'impugnata sentenza non è dato desumere in alcun modo che l'intermediaria Banca Mediolanum abbia adempiuto gli obblighi informativi suindicati, in relazione alla propensione al rischio «media» indicata dalla Adversi, essendosi la valutazione della Corte di merito arrestata alla considerazione – di per sé non esaustiva, per le ragioni suesposte – che la medesima era solita compiere una notevole quantità di acquisti e di vendite di prodotti finanziari in piena autonomia. La condotta della banca va valutata alla luce della circostanza che gli investimenti per cui è causa furono operati dalla ricorrente nei giorni 16-18 dicembre 2003, ossia in epoca immediatamente precedente il default del gruppo Parmalat, avvenuto il 23 dicembre 2003, quando ormai il rating dei titoli in questione era notoriamente crollato.

2.2 Per tutte le ragioni esposte, pertanto, i motivi in esame devono essere accolti.

3. L'accoglimento del secondo e terzo motivo di ricorso comporta la cassazione dell'impugnata sentenza con rinvio alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione, che dovrà procedere all'esame del merito della controversia, facendo applicazione dei principi di diritto

suesposti, e provvedendo, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Rigetta il primo motivo di ricorso; accoglie il secondo e terzo motivo di ricorso; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità. Così deciso in Roma il 09/10/2017.

