

Civile Ord. Sez. 1 Num. 12556 Anno 2019
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: IOFRIDA GIULIA
Data pubblicazione: 10/05/2019

sul ricorso 3761/2015 proposto da:

Pagani Elso, nella qualita' di erede di Pagani Mario e di Simoncini Irma, elettivamente domiciliato in Roma, V. degli Scipioni 110, presso lo studio dell'avvocato D'Ippolito Nicola, rappresentato e difeso dall'avvocato Greco Fernando, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Banca Monti Dei Paschi Di Siena Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma,

1

Ord.
481
2019



Corso Vittorio Emanuele II, 326, presso lo studio dell'avvocato Scognamiglio Claudio, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Scognamiglio Renato, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 163/2014 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 05/02/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 21/02/2019 da IOFRIDA GIULIA

lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale ALBERTO CARDINO, che ha chiesto l'accoglimento del primo motivo del ricorso.

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Genova, con sentenza n. 163/2014, - pronunciata in un giudizio promosso, nel 2006, da Mario Pagani ed Irma Simoncini, nei confronti della Monte dei Paschi di Siena spa, al fine di sentire, previa declaratoria dell'inesistenza e/o nullità e/o l'annullamento del contratto-quadro e dei contratti di investimento in bond argentini (acquistati nel luglio e novembre del 1999 e nel febbraio 2001) ed in obbligazioni Parmalat (acquistate nel 2002), stipulati *inter partes*, ovvero, in via subordinata, previa risoluzione degli stessi contratti o accertamento, in ulteriore subordine, della violazione dell'art.1337 c.c., condannare la convenuta alla restituzione dell'intero capitale corrisposto, pari ad € 89.812,34, oltre interessi, e, in ogni caso, al risarcimento del danno non patrimoniale subito, - ha confermato la decisione di primo grado che aveva respinto la domanda attrice.

In particolare, la Corte d'appello, rilevata la novità delle eccezioni relative alla mancata consegna del prospetto informativo ed alla mancata informativa successiva agli acquisti in contestazione, respinta la domanda di nullità del contratto-quadro (prodotto in atti dall'intermediario e contenente la sottoscrizione di entrambi gli investitori), ha osservato che, a fronte delle produzioni documentali effettuate (in particolare, il documento sui rischi generali e la documentazione scritta di ciascuno dei singoli investimenti, con le dichiarazioni sottoscritte dagli investitori) la banca aveva dimostrato di avere assolto all'obbligo di fornire informazioni adeguate sulla natura, rischi ed implicazioni dell'investimento ai sig.ri Pagani-Simoncini, investitori abituali (*«anche con scelte rischiose ad elevata redditività, con un profilo di rischio alto ...ed in relazione a cifre consistenti»*), cosicché l'eventuale indicazione, da parte dell'impiegato della banca, non risultava essere stata determinante nella loro scelta di elevato rischio, effettuata del tutto consapevolmente), in un momento ben anteriore sia al *default* dei titoli argentini sia all'emersione delle gravi irregolarità dei titoli Parmalat né ricorreva un'ipotesi di sollecitazione dell'intermediario agli acquisti, con conseguente insussistenza dei presupposti per l'accoglimento delle restanti domande attoree.

Avverso la suddetta sentenza, Elso Pagani, in qualità di unico erede di Mario Pagani ed Irma Simoncini, propone ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, nei confronti della Banca Monte dei Paschi di Siena spa (che resiste con controricorso). Il PG ha depositato conclusioni scritte. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorrente lamenta, con il primo motivo, sia la violazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.21 d.lgs. 58/1998 e 26 e 29 Regol. Consob n 11522/1998, e, contestualmente, dell'art.23 del d.lgs. 58/1998, sia l'omesso esame, ex art.360 n. 5 c.p.c., di fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, avendo la Corte territoriale dato rilievo alla mera sottoscrizione (da parte del solo Pagani) di una clausola di stile su di un modulo prestampato, con la quale l'investitore dichiarava genericamente di avere ricevuto dalla banca un'informazione adeguata, ovvero alla consegna del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, non contenente informazioni sui rischi specifici dei prodotti acquistati, trascurando le richieste di prove orali che erano state formulate dagli investitori sin dal primo grado di giudizio; con il secondo motivo, si denuncia, poi, sia la violazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., dell'art. 29 del Regol.Consob n. 11522/1998, in ordine all'obbligo dell'intermediaria di fornire un'informazione adeguata al profilo di rischio degli investitori, sia l'omesso esame, ex art.360 n. 5 c.p.c., di fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, in relazione al fatto che il profilo di rischio degli investitori non era alto e che la gran parte delle somme investite erano state finanziate dallo stesso istituto di credito; infine, con il terzo motivo, la violazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.1218 e 1223 c.c., in relazione al rigetto della richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale.

2. La prima censura è infondata, quanto al vizio di violazione di legge, ed inammissibile, quanto al vizio motivazionale.

La Corte d'appello ha rilevato che, da un lato, dalla documentazione scritta relativa a ciascuno degli investimenti, risultava che i sottoscrittori avevano dichiarato di avere ricevuto informazioni

Alberici



adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni di ciascun ordine e che, dall'altro lato, dai documenti riepilogativi degli investimenti effettuati, emergeva come gli stessi fossero «*investitori abituali, anche con scelte rischiose ad elevata redditività, con un profilo di rischio alto, .. ed in relazione a cifre consistenti*»; le scelte di acquisto risultavano pertanto essere state effettuate consapevolmente, in momenti, oltretutto, ben anteriori rispetto sia al *default* (non prevedibile ed improvviso) sia al declassamento delle obbligazioni emesse dalla Repubblica Argentina, sia, quanto ai titoli Parmalat, all'emersione delle gravi irregolarità, verificatasi alla fine del 2003.

Il vizio di violazione di legge è volto a censurare la valutazione compiuta dal giudice di merito sul corretto adempimento, da parte dell'intermediario, dell'obbligo informativo specifico e sulla adeguatezza per l'investitore dell'operazione di investimento.

W. Paul

Ora, la Corte d'appello ha accertato che vi è stata la negoziazione consapevole degli investimenti finanziari fondata sulla preventiva conoscenza delle caratteristiche specifiche dei prodotti, in relazione a tutti gli indicatori della loro rischiosità.

Costituisce orientamento consolidato di questa Corte, il principio secondo cui «*in tema di risarcimento del danno per la perdita del capitale investito dovuta all'acquisto di un prodotto finanziario, grava sull'intermediario l'onere di provare, ex art. 23 d.lgs n. 58 del 1998, di aver adempiuto positivamente agli obblighi informativi relativi non solo alle caratteristiche specifiche dell'investimento ma anche al grado effettivo di rischiosità, mentre grava sull'investitore l'onere di provare il nesso causale consistente nell'allegazione specifica del deficit informativo nonché a fornire la prova del pregiudizio patrimoniale dovuto all'investimento eseguito, potendosi fornire la prova*

presuntiva del nesso causale tra l'inadempimento ed il danno lamentato», cosicché «la prova dell'avvenuto puntuale adempimento degli obblighi informativi non può essere ritenuta ininfluyente in considerazione dell'elevata propensione al rischio dell'investitore dalla quale desumere che quest'ultimo avrebbe comunque accettato il rischio ad esso connesso dal momento che l'accettazione consapevole di un investimento finanziario non può che fondarsi sulla preventiva conoscenza delle caratteristiche specifiche del prodotto, in relazione a tutti gli indicatori della sua rischiosità» (Cass. n. 4727/2018).

Il secondo comma dell'art.28 del Regol.Consob n. 11522/1998, all'epoca vigente, prescriveva che gli intermediari autorizzati non potessero «effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento»; gli stessi, ai sensi del successivo art.29, si dovevano astenere dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, tenuto conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra disponibile in relazione ai servizi prestati, e, ricevute disposizioni relative ad una operazione non adeguata, dovevano informare costui di tale circostanza e delle ragioni per cui non era opportuno procedere alla sua esecuzione, potendo eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui fosse fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Alfaro

Sempre questa Corte (Cass. 3914/2018; Cass.12544/2017), con specifico riguardo al profilo del riparto dell'onere probatorio sul nesso di causalità tra condotta inadempiente dell'intermediario e danno dell'investitore, ha precisato che *«in tema di distribuzione dell'onere della prova nei giudizi relativi a contratti d'intermediazione finanziaria, alla stregua del sistema normativo delineato dagli artt. 21 e 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF) e dal reg. Consob n. 11522 del 1998, la mancata prestazione delle informazioni dovute ai clienti da parte della banca intermediaria ingenera una presunzione di riconducibilità alla stessa dell'operazione finanziaria, dal momento che l'inosservanza dei doveri informativi da parte dell'intermediario, costituisce di per sé un fattore di disorientamento dell'investitore che condiziona in modo scorretto le sue scelte di investimento»*, con la conseguente considerazione che *«tale condotta omissiva, pertanto, è normalmente idonea a cagionare il pregiudizio lamentato dall'investitore, il che, tuttavia, non esclude la possibilità di una prova contraria da parte dell'intermediario circa la sussistenza di sopravvenienze che risultino atte a deviare il corso della catena causale derivante dall'asimmetria informativa»*.

Alto

Nella recente ordinanza n. 10111/2018 di questa Corte, si è poi chiarito che *«la disciplina dettata dall'articolo 23, comma 6, del d.lgs. n. 58 del 1998, in armonia con la regola generale stabilita dall'articolo 1218 c.c., impone all'investitore, il quale lamenta la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, nel quadro dei principi che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova, di allegare specificamente l'inadempimento di tali obblighi, mediante la pur sintetica ma circostanziata individuazione delle informazioni che l'intermediario avrebbe ommesso di somministrare, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno,*

nesso che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole; incombe invece sull'intermediario provare che tali informazioni sono state fornite, ovvero che esse esulavano dall'ambito di quelle dovute». Con riguardo sempre al profilo probatorio, si è poi avuto cura di premettere (Cass. 6142/2012) che «la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza, conseguente alle informazioni ricevute, della rischiosità dell'investimento suggerito e sollecitato dalla banca (nella specie in "bond" argentini) e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo d'investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo». Tuttavia, si è poi precisato (Cass 4620/2015) che «la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza circa le informazioni ricevute sulla rischiosità dell'investimento suggerito e sollecitato dalla banca e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo d'investitore, pur non costituendo dichiarazione confessoria (in quanto rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo), può comprovare l'avvenuto assolvimento degli obblighi di informazione incombenti sull'intermediari»; tale dichiarazione è infatti «idonea a far presumere assolto l'obbligo previsto in capo all'intermediario dall'art. 29, comma 3, del reg. Consob n. 11522 del 1998; tuttavia, a fronte della contestazione del cliente, il quale allega l'omissione di specifiche informazioni, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, di averle specificatamente rese» (Cass. 11578/2015).



Va quindi ribadito che la valutazione della non adeguatezza delle operazioni, ai sensi dell'art. 29 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, ha carattere relativo, implicando un confronto tra le caratteristiche intrinseche dell'investimento proposto (tipologia, oggetto, frequenza o dimensione), cui fa riferimento il primo comma, ed il profilo di rischio dell'investitore, richiamato dal secondo comma attraverso il rinvio all'art. 28, e può quindi condurre a ritenere adeguato anche un investimento rischioso, ove dalle informazioni acquisite in ordine all'esperienza dell'investitore, alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi d'investimento ed alla sua propensione al rischio emerga che la forma d'impiego prescelta, oltre ad apparire compatibile con i mezzi economici di cui egli dispone, corrisponda effettivamente ai suoi intendimenti, nell'ambito di una scelta «consapevole» (cfr. Cass.23417/2016). Gli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari, hanno ad oggetto, da un lato, l'acquisizione delle notizie necessarie per la ricostruzione del profilo di rischio dell'investitore (c.d. *informazione passiva*: art. 28, primo comma, lett. a, del Regolamento) (Cass. 8394/2016, ove si è chiarito che, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi, ed il cliente non rientri in alcuna delle categorie di investitore qualificato o professionale previste dalla normativa di settore, non è configurabile alcun concorso di colpa di quest'ultimo, nella produzione del danno, per non essersi informato "*aliunde*" della rischiosità dell'acquisto; conf. Cass. 9892/2016) e, dall'altro lato, la somministrazione di informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione (c.d. *informazione attiva*: art. 28, secondo comma) e mirano a consentire all'intermediario d'individuare e proporre le forme d'investimento più appropriate al profilo

6/10/16

dell'investitore, senza tuttavia dispensare quest'ultimo dall'onere di valutare autonomamente le soluzioni proposte, ma assicurando anzi che egli sia posto nelle condizioni migliori per effettuare una scelta «consapevole» (Cass.23417/2016). L'inadeguatezza dell'operazione comporta un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sull'investitore, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria (non nel senso che il danno derivante dall'inadempimento degli obblighi informativi possa considerarsi *in re ipsa*, ma in quello, più limitato, di consentire l'accertamento, in via presuntiva, del nesso di causalità): anche in presenza di operazioni adeguate, la mancata comunicazione di informazioni esaurienti ed appropriate in ordine alla tipologia ed alle caratteristiche dell'investimento suggerito costituisce un indice di una scelta non consapevole da parte dell'investitore, i cui effetti pregiudizievoli non sono pertanto ascrivibili alla sua volontà. Nella pronuncia n. 8333/2018 di questa Corte, poi, si è precisato che le valutazioni dell'adeguatezza delle operazioni al profilo di rischio del cliente ed alla sua buona conoscenza del mercato finanziario non escludono la gravità dell'inadempimento degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario finanziario sicché il fatto che l'investitore propenda per investimenti rischiosi non toglie che egli selezioni tra questi ultimi quelli, a suo giudizio, aventi maggiori probabilità di successo, grazie alle informazioni che l'intermediario è tenuto a fornirgli.

Sempre questa Corte, nella sentenza n. 1376/2016, ha chiarito 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"). 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» (conf. Cass. 31/03/2017, n. 8314; Cass. 18/05/2017, n. 12544).

6/12/17

Nel caso qui esaminato, la Corte d'appello ha ritenuto, attraverso una complessiva valutazione degli elementi probatori acquisiti, che le operazioni contestate fossero adeguate, anche sotto il profilo dimensionale, al profilo di rischio degli investitori, in rapporto alle informazioni che sugli stessi disponeva la banca, e, comunque, nello specifico, del fatto che gli investitori avevano fatto ricorso, in precedenza, ad investimenti ad alto rischio, così da poter comprendere i rischi degli investimenti in obbligazioni Argentina ed in titoli Parmalat. Inoltre, la Corte territoriale ha rilevato che le perdite lamentate si erano verificate a distanza di anni dall'acquisto dei titoli, avvenuto ben prima sia del *default* dei titoli argentini sia delle gravi irregolarità emerse riguardo ai titoli Parmalat, ed ha ritenuto che all'epoca dell'investimento l'evento non fosse pronosticabile; e dunque non

poteva certo addebitarsi all'intermediario di non aver fornito informazioni di cui, secondo il giudice di merito, egli all'epoca legittimamente non disponeva.

Ora, quanto alla c.d. informazione attiva, a fronte di una risultanza documentale, la sottoscrizione sui moduli predisposti dalla banca della dichiarazione in ordine all'adeguatezza delle informazioni specifiche ricevute dall'intermediario su ciascuno dei titoli acquistati, era onere degli investitori allegare in cosa la concreta informazione ricevuta era stata carente; invero, la dichiarazione sottoscritta dal cliente in ordine all'adeguatezza della specifica informazione ricevuta su ciascun titolo acquistato fa soltanto presumere che l'obbligo sia stato assolto dall'intermediario, cosicché spettava agli attori allegare quali specifiche informazioni erano state omesse, al fine di far gravare sull'intermediario l'onere di provare, con ogni mezzo, che invece quelle informazioni erano state specificamente rese, ovvero che esse non fossero dovute. La deduzione, svolta in ricorso e reiterata in memoria, in ordine al diverso contenuto della clausola sottoscritta (ed in ordine al fatto che la sottoscrizione apposta dal Pagani sarebbe stata effettuata non in corrispondenza della dicitura attestante la ricezione dell'adeguata informazione, bensì all'interno del riquadro grafico ove si legge «*per conferma ordine*»,) implica una diversa deduzione in fatto, preclusa in questa sede, a fronte di una compiuta e contraria valutazione degli elementi fattuali da parte del giudice di merito.

In relazione poi alla violazione relativa alla mancata raccolta preliminare delle informazioni sugli investitori, – obbligo di c.d. informazione passiva da parte dell'intermediario –, la doglianza è priva di autosufficienza, in quanto la sentenza impugnata nulla dice in



merito (né alcunché si può ricavare dal controricorso, che non replica sul punto), cosicché era onere del ricorrente indicare come e quando la questione relativa alla mancata profilatura finanziaria degli investitori ed alla conseguente violazione, da parte della banca, dell'obbligo di c.d. informazione passiva era stata posta in primo grado.

Inoltre, quanto alle richieste istruttorie formulate in primo grado dagli attori, costituisce ormai *ius receptum* il principio secondo cui «*il vizio di motivazione per omessa ammissione della prova testimoniale o di altra prova può essere denunciato per cassazione solo nel caso in cui essa abbia determinato l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, quindi, ove la prova non ammessa ovvero non esaminata in concreto sia idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la "ratio decidendi" venga a trovarsi priva di fondamento*» (Cass. n. 5654/2017, 4980/2014, 11457/2007). La Corte d'appello ha ritenuto che, dal complesso delle risultanze documentali, emergesse come, in ogni caso, non era stato determinante, nella scelta dei titoli da acquistare, l'intervento dell'impiegato di banca.

Case

La pronuncia risulta, in conclusione, conforme ai suddetti principi di diritto.

La doglianza sulla motivazione è inammissibile, essendo volta ad introdurre un vizio, anziché di totale carenza di essa nella decisione impugnata, di mera insufficienza motivazionale (su specifici punti dell'argomentazione), ormai non più denunciabile in sede di

legittimità, a seguito della riformulazione dell'art.360 n. 5 c.p.c.(Cass. n. 23940/2017, SSUU 8053/2014).

3. Il secondo motivo è infondato, alla luce delle considerazioni sopra svolte, essendo stata confermata la statuizione della sentenza impugnata in ordine all'adeguatezza degli investimenti.

4. Il terzo motivo è assorbito, atteso che il rigetto del risarcimento del danno esistenziale è stato conseguenza del mancato accertamento di una condotta inadempiente dell'intermediaria.

5. Per tutto quanto sopra esposto, va respinto il ricorso. Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al rimborso delle spese processuali del presente giudizio di legittimità, liquidate in complessivi € 5.000,00, a titolo di compensi, oltre 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfetario spese generali nella misura del 15% ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della ricorrenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente dell'importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso, in Roma, il 21 febbraio 2019.

U. Pace