Giurisprudenza

Civile Ord. Sez. 1 Num. 25996 Anno 2018
Presidente: GIANCOLA MARIA CRISTINA
Relatore: VELLA PAOLA
Data pubblicazione: 17/10/2018

sul ricorso 24712/2014 proposto da:

De Piro Carla, elettivamente domiciliata in Roma, Via Gian Giacomo Porro n.8, presso lo studio dell'avvocato Capriolo Simona, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Pizzoli Giancarlo, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., già MPS Banca Personale S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via di San Valentino n.21, presso lo studio dell'avvocato Carbonetti Fabrizio, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Carbonetti Francesco, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

ORD
716
2018

dirittobancario.it

Giurisprudenza

avverso la sentenza n. 4383/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, pubblicata il 02/07/2014;
lette le memorie di parte ricorrente ex art. 380 bis 1 cod. proc. civ.;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/04/2018 dal cons. VELLA PAOLA.

FATTI DI CAUSA

I. Con la sentenza qui impugnata, la Corte di Appello di Roma ha respinto l'appello principale proposto da Carla De Piro (ed accolto invece l'appello incidentale sulle spese, proposto dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a.) avverso la sentenza con cui il Tribunale di Roma aveva rigettato la domanda di nullità delle operazioni di acquisto di obbligazioni Parmalat in data 14/11/2003, fuori dai mercati regolamentati, per mancanza di un valido contratto-quadro in forma scritta (con violazione dell'art. 23, d.lgs. 24/02/1998, n. 58 – TUF) ed in presenza di offerta avvenuta fuori sede senza apposita clausola di recesso (in violazione dell'art. 30 TUF), nonché le domande subordinate di annullamento del contratto per violazione degli obblighi informativi, anche sull'esistente conflitto di interessi (ai sensi dell'art. 21 TUF e degli artt. 26, 27, 28 e 29 del Reg. Consob n. 11522 del 1998), ovvero per errore scusabile ed essenziale, o comunque di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cod. civ., in mancanza delle qualità promesse.

II. Avverso detta sentenza la De Piro ha proposto ricorso affidato ad undici motivi, cui la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a. ha resistito con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce la «violazione dell'art. 23 d.lgs. n. 58 dell'1.7.1998 (TUF) nonché degli artt. 1350 n. 13,

dirittobancario.it

Giurisprudenza

2704 I comma, 2722, 2725, 2729 cod.civ. nonché falsa applicazione dell'art. 2704 cod.civ. comma II il tutto in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c. ed a proposito della non rilevata mancanza della data certa del contratto di negoziazione, diventata tale solamente quando quest'ultimo è stato prodotto in giudizio dalla banca (ex art. 2704 I comma c.c.)». In sostanza, la ricorrente si duole che la Corte distrettuale abbia «ricavato la data certa (quella anteriore agli ordini di acquisto) dalla allegata scheda di profilazione e dalla dichiarazione del cliente di ricevuta del documento sui rischi generali dell'investimento, ambedue sottoscritti dalla ricorrente e riportanti la data della pretesa stipula del contratto di negoziazione (26.7.2000) e, soprattutto, perché la scheda sarebbe stata "allegata" (come? con scotch, con una spilla o solo accostata?)».

2.1. La censura – in disparte le colorite espressioni adottate – è inammissibile in quanto, sebbene veicolata come violazione di legge, investe in realtà un accertamento in fatto, non censurabile in questa sede, sulla scorta del quale il giudice di merito, dopo aver analizzato le prove documentali versate in atti – segnatamente «una copia del contratto di investimento (doc. 14 fascicolo di primo grado di parte convenuta) con allegata scheda di profilazione, quest'ultima riportante la data di compilazione», nonché «il documento sui rischi generali dell'investimento» recante la dichiarazione della cliente «firmata e datata» – ha ritenuto «certo che il contratto di investimento sia stato stipulato in forma scritta perlomeno nella stessa data della redazione della scheda informativa».

2. Con il secondo mezzo si deduce «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in relazione al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la nuova formulazione del d.l. 22.6.2012 n. 83 convertito con modificazioni con la l.

dirittobancario.it

Giurisprudenza

7.8.2012 n. 134 e comunque violazione degli artt. 1326, 1350 n. 13, 2725 e 2729 cod. civ. in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.», con riguardo alla dedotta nullità del contratto di negoziazione ex art. 23 TUF «perché non sottoscritto dalla banca». Secondo la ricorrente, la Corte d'appello si sarebbe «limitata ad affrontare solo l'argomento della non necessarietà della simultaneità delle sottoscrizioni e, soprattutto, della produzione in giudizio del contratto da parte della Banca, da valere, a suo dire, quale equipollente della sottoscrizione della parte, dimenticando sia che il presupposto di questo equipollente è la mancanza di revoca del consenso (che invece nella causa de qua vi era stata con la richiesta di nullità), sia che, comunque, il preteso perfezionamento del contratto si sarebbe verificato solo dopo la stipula degli ordini di acquisto (con la produzione in giudizio del medesimo) e, quindi, del tutto inutilmente».

2.1. La censura, oltre a presentare profili di inammissibilità – in quanto prospetta cumulativamente e confusamente mezzi di impugnazione eterogenei (vizi motivazionali ed *errores in iudicando*), in contrasto con la tassatività dei motivi di ricorso e con l'orientamento di questa Corte per cui una simile tecnica espositiva riversa impropriamente sul giudice di legittimità il compito di isolare le singole censure (*ex plurimis*, Cass. nn. 19761, 19040, 13336 e 6690 del 2016; n. 5964 del 2015; nn. 26018 e 22404 del 2014) – è comunque infondata, alla luce del recente insegnamento delle Sezioni Unite di questa Corte per cui «in tema d'intermediazione finanziaria, il requisito della forma scritta del contratto-quadro, posto a pena di nullità (azionabile dal solo cliente) dall'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, va inteso non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione dell'investitore assunta dalla

dirittobancario.it

Giurisprudenza

norma, sicché tale requisito deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest'ultimo, e non anche quella dell'intermediario, il cui consenso ben può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti» (Sez. U. 16/01/2018 n. 898, Rv. 646965 - 01).

3. Con il terzo motivo si deduce (testualmente) la «violazione dell'art. 23 TUF e degli artt. 1350 n. 3, 2702, 2725, 2729 nonché degli artt. 116 n. 214, 215 e 221 c.p.c. e dei principi della valenza probatoria dei singoli atti con conseguente nullità degli ordini di acquisto non sottoscritti dalla ricorrente ma da un rappresentante senza firma autenticata, il tutto in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.». Il motivo è articolato in due profili: con il primo si obietta che i due ordini di acquisto per cui è causa «erano privi di valenza probatoria in quanto ... era stato dedotto dalla ricorrente "che essendo stati detti ordini firmati da un terzo non era possibile conoscerne l'autenticità"»; con il secondo si afferma che anche per gli ordini di acquisto era necessaria la forma scritta *ad substantiam*.

3.1. La censura è infondata.

3.1. Sotto il profilo giuridico, la statuizione del giudice d'appello è conforme all'orientamento di questa Corte per cui «in tema di intermediazione finanziaria, l'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, laddove impone la forma scritta, a pena di nullità, per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, si riferisce ai contratti quadro e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) che vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario, la cui validità non è invece soggetta a requisiti formali, salvo diversa previsione dello stesso contratto quadro. In tal caso, infatti, il principio di cui all'art. 1352 c.c., secondo cui la forma

dirittobancario.it

Giurisprudenza

convenuta dalle parti per la futura stipulazione di un contratto si presume pattuita "ad substantiam", è estensibile, ai sensi dell'art. 1324 c.c., agli atti che seguono a quella stipulazione, come nell'ipotesi degli ordini suddetti (Sez. 1, 09/08/2017 n. 19759, Rv. 645194 – 02; conf. Sez. 1, 02/08/2016 n. 16053).

3.2. Con riguardo poi alla forma scritta convenzionale per gli ordini di acquisto di cui alla clausola n.5 del contratto di negoziazione *inter partes*, riportata a pag. 30 del ricorso («il cliente può impartire i propri ordini per iscritto, a mezzo specifico modulo, lettera, telegramma con copia, telex, telefax; in forma telefonica, ferma restando la registrazione da parte della banca e/o dei promotori, di cui la stessa si avvale, delle relative conversazioni; con sistema telematico»), il giudice d'appello ha espressamente rilevato che «gli ordini di investimento risultano sottoscritti dal rappresentante dell'appellante cui la stessa aveva conferito ampia procura, prodotta e mai disconosciuta, per operare e disporre nelle forme più varie nei confronti della banca (cfr. doc. 17 fascicolo di primo grado della convenuta)», così effettuando un accertamento in fatto, sulla base del materiale probatorio acquisito, che non è sindacabile in questa sede, essendo inammissibili in sede di legittimità le censure volte ad ottenere una rivisitazione (e differente ricostruzione) delle risultanze istruttorie; spetta infatti al giudice del merito, «in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, dando così liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge» (Cass. 19547/2017; cfr. *ex plurimis*, Cass. Sez.

dirittobancario.it

Giurisprudenza

U. 7931/2013; Cass. 26860/2014, 962/2015, 16056/2016, 9097/2017); ne consegue che non può essere rimesso in discussione il «valore indiziario» attribuito dal giudice d'appello alla «delega conferita dalla ricorrente al Sig. Pezzolito» (v. pag. 22 e ss. del ricorso).

4. Il quarto mezzo – rubricato «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in relazione al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la nuova formulazione del d.l. 22.6.2012 n. 83 convertito con modificazioni con la l. 7.8.2012 n. 134 e comunque violazione dell'art. 1352 cod.civ. e conseguente invalidità dei due ordini di acquisto perché privi della forma convenzionale il tutto in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.» – viene proposto per l'ipotesi in cui, con riguardo al terzo motivo, si ritenga infondato il secondo profilo ma fondato il primo.

4.1. La censura risulta assorbita dal rigetto integrale del terzo motivo, ed è comunque affetta da ulteriori profili di inammissibilità, sia in ragione della impropria formulazione cumulativa ed eterogenea (per quanto già osservato in occasione del secondo motivo) sia perché a ben vedere si lamenta l'omesso esame non tanto di un fatto controverso e decisivo, quanto delle argomentazioni svolte dall'appellante e della giurisprudenza appositamente invocata nell'atto di appello e poi in comparsa conclusionale (v. pag. 30 del ricorso).

5. Con il quinto mezzo si deduce la «violazione dell'art. 30 VI comma d.lgs. 24.2.98 n. 58 per mancato avvertimento della facoltà di recesso in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c. Conseguente nullità degli ordini». In sintesi, la ricorrente lamenta che, trattandosi di offerta "fuori sede", gli ordini di acquisto dei titoli Parmalat in questione avrebbero dovuto contenere, a pena di nullità, la clausola

dirittobancario.it

Giurisprudenza

che informava l'investitore della facoltà di recesso, senza spese né corrispettivo, entro i sette giorni successivi; contesta quindi l'erroneità della decisione impugnata laddove si afferma che, stante la natura di interpretazione autentica dell'art. 56-quater della legge n. 98 del 2013 – di conversione con modifiche del d.l. n. 69 del 2013 – «la disciplina dello jus poenitendi deve applicarsi fino al 1° settembre 2013 ai soli servizi di collocamento in senso stretto e di gestione di portafogli».

5.1. Il motivo merita accoglimento, alla luce dell'orientamento maturato da questa Corte in tema di diritto di recesso ex art. 30, comma 6, T.U.F., in base al quale «è la circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori dalle sede dell'intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il secondo comma del citato art. 30), perché ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui», in simili ipotesi dovendosi presumere che «l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell'intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera l'intermediario si avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata» (Cass. Sez. U. 03/06/2013, n. 13905). In altri termini, il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale a ripristinare *a posteriori* quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato. Di qui la reiterata affermazione del principio per cui «il diritto di recesso accordato all'investitore dell'art.

dirittobancario.it

Giurisprudenza

30, comma 6 t.u.f. e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ivi compresa l'effettuazione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro, ove ricorra la stessa esigenza di tutela» (Cass. nn. 7776/2014, 1368/2016, 9134/2016, 3644/2018).

6. Con il sesto motivo – rubricato «violazione degli artt. 1394 e 1395 cod.civ. nonché dell'art. 21 TUF e 27 del regolamento Consob 11522 dell'1.7.98 per mancato accoglimento della domanda di annullamento in relazione al n. 3 dell'art. 360» – si lamenta che «il più grave conflitto di interessi, dei tre denunciati, è stato escluso dalla sentenza perché (nonostante che la circostanza dei debiti della Parmalat con il MPS non fosse stata contestata) essa sarebbe generica. E non è stata nemmeno contestata la circostanza che il Monte dei Paschi di Siena era leader del Consorzio di collocamento ... e, comunque, rientra tra i finanziatori della Parmalat. E' evidente quindi che i titoli emessi il 19.12.2001 alla data degli acquisti (13.11.2003) esistevano nel portafoglio della Banca da due anni», sicché «l'istituto di credito non poteva disfarsi di titoli già presenti nel suo portafoglio senza renderne edotto il proprio cliente».

6.1. La censura presenta profili di inammissibilità e di infondatezza.

6.2. Ed invero essa, in quanto veicolata solo come violazione di legge e non anche come vizio motivazionale, non è idonea a

dirittobancario.it

Giurisprudenza

rimettere in discussione in questa sede la valutazione di merito effettuata dalla Corte distrettuale circa la genericità della circostanza per cui «la Monte dei paschi di Siena era creditrice della Parmalat» e la mancanza di prova della «conoscenza da parte della convenuta dello stato della Parmalat a causa della sua condizione di finanziatrice della società».

6.3. Quanto invece al di conflitto di interessi legato al fatto che «gli acquisti sarebbero avvenuti in contropartita diretta dal momento che la Banca, in realtà diversa dalla attuale convenuta, avrebbe trasferito titoli del proprio paniere», il giudice *a quo* ha correttamente escluso che «l'esecuzione di un siffatto ordine in conto proprio da parte dell'intermediario configuri, di per se sola, un'ipotesi di annullabilità dell'atto in forza degli artt. 1394 o 1395 c.c. (Cass. N. 28432/2011)», facendo applicazione di un orientamento di questa Corte che può dirsi ormai consolidato, nel senso che «la negoziazione in contropartita diretta costituisce uno dei servizi di investimento al cui esercizio l'intermediario è autorizzato, al pari della negoziazione per conto terzi, come si evince dalle definizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 58 del 1998, essendo essa una delle modalità con le quali l'intermediario può dare corso ad un ordine di acquisto o di vendita di strumenti finanziari impartito dal cliente. Ne deriva che l'esecuzione dell'ordine in conto proprio non comporta, di per sé sola, l'annullabilità dell'atto ai sensi degli artt. 1394 o 1395 c.c.» (Sez. 1, 09/06/2016 n. 11876, Rv. 639905–01; Sez. 1 11/06/2018, n. 15161, Rv. 648899 - 01).

7. Con il settimo mezzo – rubricato «subordinatamente violazione dell'art. 1218,1453, 2730 cod.civ. e dell'art. 29 Regolamento Consob 11522/98 in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.» – si deduce che «anche se il II motivo sarà frazionato e venisse rigettata la prima

dirittobancario.it

Giurisprudenza

parte relativa all'applicazione dell'art. 23 TUF, ma venisse accolta quella della inesistente valenza probatoria delle firme apposte agli ordini, si profilerebbe un grave inadempimento (consistente nell'inadeguatezza) rendendo illegittimo il rigetto della richiesta di risoluzione dei contratti di acquisto ex art. 1453 cod.civ. »

7.1. La censura, oltre ad essere confusamente formulata in modo generico, senza il necessario riferimento alla parte della sentenza impugnata che con esso si intende contestare, è comunque da respingere, in quanto espressamente condizionata all'ipotesi di un parziale accoglimento del secondo motivo, che invece è stato respinto *in toto*.

8. Con l'ottavo motivo – rubricato (testualmente) «omessa pronuncia da parte del Tribunale e della Corte di appello su fatto decisivo e controverso (annullamento ex artt. 1427, 1428, 1429, 1439 cod.civ.) dell'errore essenziale e scusabile e discusso tra le parti in relazione al n. 5 dell'art. 360 c.p.a. così come novellato il 22.6.2012» – si lamenta che «l'attrice è incorsa in errore essenziale e scusabile sulla qualità dell'oggetto della prestazione per colpa e/o dolo esercitato dalla Banca al momento in cui è stata indotta ad acquistare "bonds" Parmalat, a seguito di tutte le inadempienze dell'intermediario mobiliare poste in luce ai punti che precedono» e, dopo una lunga citazione di due precedenti di merito, si conclude (testualmente) che «il fatto omesso e controverso (contestazione avversaria a pagina 41, 42 e 423 della comparsa conclusionale in appello) era decisivo e se necessario sarà esaminato dalla Suprema Corte».

8.1. La censura è palesemente inammissibile, non solo perché formulata in modo pressoché incomprensibile, ma anche perché prospetta come "omessa pronuncia" una pronuncia in realtà

dirittobancario.it

Giurisprudenza

evidentemente non condivisa – quella in base alla quale la Corte d'appello ha ritenuto palesemente infondata la domanda di «annullamento degli ordini di investimento sotto il profilo di vizio della volontà, nella specifica ipotesi dell'errore ... anche perché privo di ogni deduzione specifica» – e ciò in contrasto con il granitico orientamento di questa Corte per cui il ricorso per cassazione rappresenta un rimedio impugnatorio a critica vincolata e cognizione determinata dall'ambito dei vizi dedotti, non già uno strumento per accedere ad un terzo grado di giudizio nel quale far valere la supposta ingiustizia della sentenza impugnata, spettando esclusivamente al giudice di merito la selezione degli elementi del suo convincimento (*ex plurimis*, Cass. Sez. U. 7931/2013; conf. Cass. 14233/2015, 12264/2014).

9. Il nono mezzo – rubricato «omessa pronuncia da parte del Tribunale e della Corte di appello su fatto controverso ma decisivo (richiesta risarcimento danni ex artt. 1218 e 1453 cod. civ.) e ristretto illegittimamente dal Tribunale solo ai danni che sarebbero stati eliminati con il concordato Bondi, il tutto in relazione al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. come novellato il 22.6.2012» – oltre a soffrire degli stessi profili di inammissibilità rilevati nel motivo precedente, veicola come censura motivazionale un asserito vizio di omessa pronuncia sulla domanda risarcitoria che invece la Corte distrettuale ha espressamente dichiarato assorbita dal rigetto delle domande di inadempimento.

10. Anche il decimo motivo – rubricato «violazione dell'art. 5 parte 2 della lettera B del I comma ("consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'allegato n. 1") del Regolamento Consob 30.9.1997 n. 10943 nonché dell'art. 28 I comma lettera B (che conferma il

dirittobancario.it

Giurisprudenza

precedente modificando solo l'allegato come n 3) del Regolamento Consob n. 11522 dell'1.7.1998, in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.» – risente dell'inammissibilità evidenziata per il settimo, in quanto espressamente condizionato al caso in cui «verrà accolta la parte del motivo di cassazione basato sull'inefficacia della valenza probatoria della firma del rappresentante», che invece come visto non ha trovato accoglimento.

11. L'undicesimo ed ultimo mezzo – rubricato «ingiusto assorbimento dell'ultimo motivo di appello sulla richiesta subordinata della banca in caso di vittoria della ricorrente di ottenere la restituzione delle cedole riscosse e degli interessi eventualmente riscossi, si censura tale assorbimento rilevando la violazione degli artt. 820 e 1148 cod.civ. in relazione al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.» – è difficilmente comprensibile e comunque infondato, in quanto afferente una domanda svolta dall'appellata che si sarebbe dovuta esaminare solo in caso di accoglimento delle domande dell'appellante.

12. In conclusione, la sentenza impugnata va cassata in accoglimento del solo quinto motivo di ricorso, stante il rigetto di tutti i restanti motivi, con rinvio al giudice d'appello in diversa composizione, anche ai fini della statuizione sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il quinto motivo di ricorso, rigetta tutti i restanti, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 12/04/2018

dirittobancario.it