



Civile Sent. Sez. 1 Num. 1751 Anno 2016

Presidente: DI PALMA SALVATORE

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 29/01/2016

SENTENZA

sul ricorso 17912-2009 proposto da:

ROSSI NICOLA (c.f. RSSNCL64M12I726W), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GIUSEPPE MONTANELLI 11, presso l'avvocato VINCENZO PAGANO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIOVANNI FRANCHI, giusta procura a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

2015

contro

1885

BANCA NETWORK INVESTIMENTI S.P.A.;

- **intimata** -

Nonché da:



BANCA NETWORK INVESTIMENTI S.P.A. (c.f. 04114040969),
in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA TOMMASO
SALVINI 55, presso l'avvocato CARLO D'ERRICO, che la
rappresenta e difende, giusta procura a margine del
controricorso e ricorso incidentale;

- controzicorrente e ricorrente incidentale -

contro

ROSSI NICOLA;

- intimato -

avverso la sentenza n. 910/2008 della CORTE D'APPELLO
di BOLOGNA, depositata il 04/06/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 17/11/2015 dal Consigliere Dott. LOREDANA
NAZZICONE;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. IMMACOLATA ZENO che ha concluso per
l'inammissibilità del ricorso principale, rigetto del
ricorso incidentale, in subordine accoglimento per
quanto di ragione del principale e assorbito il
ricorso incidentale.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza del 4 giugno 2008, in riforma della pronuncia del Tribunale di Parma, ha respinto le domande di nullità e di condanna al risarcimento del danno, proposte dall'odierno ricorrente contro l'Area Banca s.p.a., poi Banca Bipielle Network s.p.a., in relazione all'acquisto di obbligazioni *Carrier* per l'importo di € 43.117,01, avvenuto nel 2000.

La corte territoriale ha ritenuto che:

a) la sentenza di primo grado ha violato l'art. 112 c.p.c., avendo essa dichiarato la nullità per omessa concessione del diritto di recesso ex art. 30, 7° comma, d.lgs. n. 58 del 1998 del contratto per la ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari, stipulato fuori sede (come risulta dall'interpretazione della stessa, che fa riferimento all'assenza della clausola nel "*documento in atti*"), laddove l'attore aveva chiesto dichiararsi la nullità del contratto di acquisto delle sole obbligazioni *Carrier*;

b) l'art. 30, 7° comma, d.lgs. n. 58 del 1998 si applica solo ai contratti di collocamento di strumenti finanziari ed a quelli di gestione di portafogli individuali, ma non alla mera negoziazione di strumenti finanziari su ordine della clientela, come quella intercorsa nella specie;

c) non sussiste la nullità del contratto: né per difetto della forma scritta, posto che tale obbligo riguarda il contratto-quadro (che infatti fu concluso per iscritto) e non il singolo ordine di acquisto di strumenti finanziari; né per la violazione degli obblighi di comportamento, come ormai sancito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 26725 del 2007;

d) è inammissibile, e comunque infondata, la domanda di risarcimento del danno con riguardo all'addebito di non avere la banca informato



l'investitore circa la perdita di valore delle obbligazioni, ai sensi dell'art. 28, 3° comma, Reg. Consob n. 11522 del 1998, trattandosi di allegazione introdotta tardivamente solo nella comparsa conclusionale in primo grado, e comunque perché essa riguarda le operazioni in derivati e *warrant*, diverse da quella in esame;

e) è infondata la domanda di risarcimento del danno con riguardo all'addebito di non avere la banca informato l'investitore circa l'assenza di *rating* delle obbligazioni acquistate, in quanto l'art. 44 Reg. Consob n. 11522 del 1998, che impone agli intermediari di inserire nei portafogli clienti strumenti finanziari non negoziati in mercati regolamentati in misura non superiore al 25% del controvalore dei patrimoni, riguarda la diversa ipotesi della conclusione di un contratto di gestione patrimoniale;

f) è infondata la domanda risarcitoria con riguardo alla violazione degli obblighi di comportamento previsti negli art. 21 d.lgs. n. 58 del 1998 e 28 Reg. Consob n. 11522 del 1998, avendo la banca provato di avere adempiuto a tutti gli obblighi sulla stessa gravanti: e ciò sia nella fase precontrattuale, avendo richiesto al cliente tutte le necessarie informazioni ed avendogli consegnato il documento sui rischi generali di investimento; sia nella fase esecutiva, posto che nel contratto-quadro era specificato come gli ordini relativi a strumenti non ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati avrebbero potuto comportare il rischio di difficoltà nel liquidarli ed una carenza di informazioni adeguate sul loro valore corrente, mentre il Rossi era stato reso edotto trattarsi di obbligazioni non ammesse a negoziazioni in mercati regolamentati ed era in condizione di rendersi pienamente conto della natura dell'operazione compiuta, essendo egli un giovane giornalista di buon livello culturale, evidenziando la



composizione del suo dossier altri titoli con profili di rischio simili ed avendo i titoli in questione un rendimento del 13,25% annuo, che di per sé palesava il rischio, parimenti elevato, di cui essi comportavano l'assunzione. Inoltre, non vi sono elementi per affermare che, all'epoca dell'ordine, la banca disponesse di informazioni tali da far presagire che la società non sarebbe stata in grado di rimborsare gli obbligazionisti, essendo gli articoli di giornale prodotti in giudizio relativi a due anni dopo; tutto ciò, a prescindere dal fatto che l'appellato non ha provato il nesso causale tra la condotta e il danno.

Avverso questa sentenza propone ricorso il soccombente, affidato a quattro motivi. Resiste la banca con controricorso, proponendo altresì ricorso incidentale per un motivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - È stata depositata una procura autenticata da nuovi difensori per la controcorrente e ricorrente incidentale nel corso del giudizio di legittimità. Essi, tuttavia, sono ad ogni effetto privi del potere di assistere la parte in giudizio.

Invero, come più volte chiarito, nel giudizio di cassazione la procura speciale non può essere rilasciata a margine o in calce di atti diversi dal ricorso o dal controricorso, stante il tassativo disposto dell'art. 83, 3° comma, c.p.c. - nel testo in vigore prima delle modifiche alla disposizione apportate dall'art. 45.9, lett. a), l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabili ai giudizi instaurati dopo la data il 4 luglio 2009 - che implica la necessaria esclusione dell'utilizzabilità di atti diversi da quelli suindicati: pertanto, se la procura non è rilasciata contestualmente a tali atti, è necessario il suo conferimento nella forma prevista dal 2° comma dello stesso articolo, cioè con atto pubblico o



con scrittura privata autenticata (per tutte, Cass., sez. un., 6 luglio 2005, n. 14212).

2. - I motivi del ricorso propongono avverso la sentenza impugnata censure di violazione e falsa applicazione delle seguenti norme:

1) dell'art. 112 c.p.c., in quanto il tribunale ha dichiarato la nullità "del contratto per cui è causa", ossia proprio di quell'ordine di acquisto di obbligazioni, come era stato richiesto;

2) dell'art. 30, 7° comma, d.lgs. n. 58 del 1998, che si applica anche ai contratti di acquisto di strumenti finanziari;

3) degli art. 1218 c.c. e 23 d.lgs. n. 58 del 1998, per avere la corte territoriale ritenuto non raggiunta la prova del nesso causale tra inadempimento ed acquisto dei titoli, ossia del danno, in quanto l'accertata violazione del divieto di dar corso ad operazioni inadeguate in assenza di specifico avvertimento preclude ogni ulteriore indagine sul nesso causale;

4) dell'art. 21 d.lgs. n. 58 del 1998, 28 e 29 Reg. Consob n. 11522 del 1998, chiedendo alla Corte se possa considerarsi un investitore particolarmente qualificato un soggetto solo perché di professione giornalista "capo servizio" e per avere negoziato altri strumenti di simile profilo di rischio, e se il rifiuto di fornire informazioni sul profilo di rischio impedisca all'intermediario di vendere titoli diversi dai Bot o comunque lo esenti dal fornire un'informazione precisa circa le caratteristiche del titolo come pericoloso, o se occorra la specifica sottoscrizione del cliente.

Nel proprio ricorso incidentale, la banca deduce il vizio di motivazione, sotto ogni profilo, quanto alla compensazione delle spese legali, la quale non sarebbe stata adeguatamente giustificata dalla corte del merito.



3. - Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

La corte d'appello ha escluso la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 30, 7° comma, d.lgs. n. 58 del 1998 - invece pronunciata dal tribunale - affermando che la domanda non avrebbe dovuto essere esaminata, con conseguente vizio di ultrapetizione ai sensi dell'art. 112 c.p.c., in quanto l'attore ha chiesto dichiararsi la nullità dell'ordine di acquisto e non del contratto per la ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari, invece dichiarato nullo dal tribunale.

Giova ricordare che il potere-dovere del giudice di qualificare giuridicamente l'azione trova un limite - la cui violazione determina il vizio di ultrapetizione - nel divieto di sostituire la domanda proposta con una diversa, perché volta ad un diverso *petitum* o fondata su una differente *causa petendi* o su una realtà fattuale non dedotta in giudizio dalle parti e sulla quale, pertanto, non si è realizzato il contraddittorio. Peraltro, il giudice del merito, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto ad uniformarsi al tenore meramente letterale degli atti nei quali esse sono contenute, ma deve, per converso, avere riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere, come desumibile dalla natura delle vicende dedotte e rappresentate dalla parte istante (fra le altre, Cass. 14 novembre 2011, n. 23794).

Nella specie, dall'esame degli atti processuali, consentito attesa la natura del vizio denunziato, risulta che l'attore chiese dichiararsi nullo l'acquisto delle obbligazioni *Carrier*, deducendo altresì l'avvenuta conclusione del contratto di negoziazione ed allegando inadempimenti della banca al medesimo.

La sentenza di primo grado, dal suo canto, ha esaminato l'intero rapporto, dichiarando infine la



nullità del contratto "per cui è causa", ma nella sostanza palesando di reputare nullo, per difetto della previsione del diritto di recesso, proprio il singolo ordine di acquisto delle obbligazioni Carrier.

Ne deriva che il vizio di ultrapetizione non sussiste.

Del resto, proprio questa è l'impostazione corretta, come hanno chiarito ormai le Sezioni unite (Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905), precisando come "la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di 'collocamento', sia pur latamente intesa", e chiarendo definitivamente la necessità di "applicazione dello ius poenitendi agli specifici atti negoziali".

4. - Il secondo motivo è fondato.

La sentenza impugnata, con autonoma motivazione censurata dal motivo, ha ritenuto infondata la domanda di nullità proposta ai sensi dell'art. 30, 7° comma, d.lgs. n. 58 del 1998, perché la prescrizione dell'obbligatoria attribuzione del diritto di recesso non sarebbe applicabile ai contratti di mera negoziazione di strumenti finanziari.

Tale tesi è stata però disattesa dalla medesima decisione delle Sezioni unite sopra menzionata (Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905), la quale ha affermato l'opposto principio secondo cui il diritto di recesso, accordato all'investitore dall'art. 30 d.lgs. n. 58 del 1998, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, 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 ordini impartiti dal cliente nell'ambito di un contratto di negoziazione di tali strumenti al di fuori dalla sede dell'intermediario.

5. - Il terzo e quarto motivo restano assorbiti.

6. - Il ricorso incidentale è assorbito.

7. - In conclusione, il ricorso va accolto, e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa va decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, 2° comma, c.p.c., con l'accoglimento della domanda di nullità dell'acquisto di obbligazioni e la condanna della banca alla restituzione della somma di € 43.117,01, oltre interessi dalla domanda.

8. - Le spese vengono compensate per intero, atteso l'esito finale del giudizio ed il sopravvenire della citata decisione di legittimità a Sezioni unite.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo ed il secondo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri ed il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara la nullità dell'ordine di acquisto di obbligazioni *Carrier* concluso fra le parti; compensa fra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 novembre 2015.