

Civile Sent. Sez. 1 Num. 17077 Anno 2016 Presidente: GIANCOLA MARIA CRISTINA

Relatore: DI MARZIO MAURO Data pubblicazione: 12/08/2016

SENTENZA

sul ricorso 28037-2011 proposto da:

BARZAGHI ALDO (c.f. BRZLDA43P17F205K), JENNA LILIANA (c.f. JNNLLN42C70F205Z), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DI PORTA PINCIANA 4, presso l'avvocato FABRIZIO IMBARDELLI, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALBERTO JARACH, giusta procura a margine del ricorso;

2016

916

contro

- ricorrenti -

1

BANCA POPOLARE DI LODI S.P.A., in persona della dott.ssa SILVIA CAPORALI, nella qualità di

dirittobancario.it

•

CALVADA SPRINGER TURNES



procuratrice speciale di BANCO POPOLARE SOCIETA'
COOPERATIVA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA
NAZIONALE 204, presso l'avvocato LUCA ZITIELLO, che la
rappresenta e difende, giusta procura in calce al
controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1766/2011 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 16/06/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 03/05/2016 dal Consigliere Dott. MAURO DI MARZIO;

udito, per i ricorrenti, l'Avvocato ALBERTO JARACH che
si riporta e insiste nell'accoglimento;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato D'OSTUNI LUDOVICA, con delega avv. ZITIELLO, che si riporta; udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. LUCIO CAPASSO che ha concluso per il rigetto del ricorso.







SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§ 1. — Barzaghi Aldo e Jenna Liliana hanno convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano la Banca Popolare di Lodi S.p.A., presso la quale erano titolari di due conti correnti con annesso deposito titoli, e, dopo aver premesso di aver trasmesso telefonicamente alla banca in data 16 novembre 1999 l'ordine di acquisto di obbligazioni Swissair S.a. per il controvalore di 608.000 dollari americani, hanno lamentato che la convenuta avesse invece acquistato per loro conto obbligazioni della SAir Group Finance Inc., circostanza da loro scoperta solo nel 2002, a seguito del default che aveva interessato il gruppo comprendente entrambe le società.

Su tali premesse gli attori hanno chiesto dichiararsi risolto per inadempimento, ovvero nullo, ovvero annullato per errore, il contratto intercorso tra le parti, con condanna della convenuta alla restituzione della somma investita.

§ 2. — Nel contraddittorio con la Banca Popolare di Lodi S.p.A., che ha resistito, il Tribunale di Milano, con sentenza del 27 maggio 2008, ha dichiarato risolto il contratto W







con condanna della banca a restituire agli attori l'intero importo investito, sul presupposto che la stessa convenuta fosse venuta meno all'onere di provare di aver ricevuto l'ordine di acquisto dei titoli effettivamente acquistati e non di obbligazioni Swissair S.a..

§ 3. — Proposto appello dalla Banca Popolare di Lodi S.p.A., cui Barzaghi e Jenna hanno resistito, esso, con sentenza del 16 giugno 2011, è stato accolto dalla Corte d'appello di Milano, che ha rigettato l'originaria domanda attrice e regolato conseguentemente le spese di lite.

A fondamento della decisione la Corte territoriale, dopo aver rammentato la regola concernente il riparto degli oneri probatori posta dall'articolo 23 del decreto legislativo numero 58 del 1998, ha osservato che il congegno previsto dalla norma citata intanto avrebbe potuto operare, in quanto gli attori avessero dimostrato l'oggetto e i termini del proprio ordine. A ciò la sentenza impugnata ha aggiunto:

-) Barzaghi e Jenna avevano sostenuto che la banca avesse acquistato titoli diversi da

lu







quelli oggetto dell'ordine senza dimostrare a quali titoli l'ordine stesso si riferisse, né comprovare che esso avesse ad oggetto obbligazioni della compagnia aerea e non della società finanziaria, distinta dalla compagnia aerea, ma appartenente allo stesso gruppo;

- -) gli originari attori non avevano neppure dimostrato che il pregiudizio lamentato avesse fatto seguito all'asserito inadempimento, dal momento che il default aveva colpito l'intero gruppo e, cioè, sia la compaquia aerea che la società finanziaria;
- -) non poteva addebitarsi alla banca di non aver depositato le registrazioni elettroniche previste dall'articolo 63 del regolamento Consob numero 11.522 del 1998, ossia le registrazioni concernenti gli elementi essenziali degli ordini impartiti dagli investitori, dal momento che dette registrazioni nulla avrebbero potuto aggiungere alla nota informativa cartacea inviata dall'intermediario finanziario ai clienti, mentre la banca non era tenuta ad essere in possesso, e conseguentemente a produrre, la registrazione magnetica dell'ordine impartito telefonicamente, essendo trascorso il termine

In





biennale in proposito previsto dall'articolo
69 del citato regolamento;

- -) il teste Tiziano Bassi aveva riferito della prassi usualmente adottata dall'Istituto di spiegare specificamente ai clienti quale fosse il titolo disponibile e se eventualmente differente da quello richiesto perché emesso altra società del medesimo gruppo;
- -) pur non avendo il teste riferito nulla di specifico con riguardo all'oggetto dell'ordine proveniente da Barzaghi e Jenna, risultava che questi ultimi avevano ricevuto la nota informativa riportante i dati dell'avvenuto acquisto del seguente tenore: «DESCRIZIONE TITOLO: S-AIR GROUP FIN SWSAIR 7½ 11/04, Info Emittente S-AIR GROUP FINANCE INC, tipo Airlines, mercato emissione Euro-Dollar, il codice ISIN XS0103759089, tasso 7½, la scadenza»;
- -) allo stesso modo erano infondate le domande di nullità o di annullabilità formulate dagli appellati, non essendovi prova che oggetto dell'ordine trasmesso dai clienti fossero dei titoli emessi dalla compagnia aerea, sicché nulla rivelava che detta compagnia non

w





avesse mai emesso obbligazioni con le caratteristiche di quelle acquistate, obbligazioni che invece aveva per emesso *SAir Group Fi*nance Inc.

§ 4. - Contro la sentenza Barzaghi Aldo e Jenna Liliana hanno proposto ricorso per cassazione affidato a cinque motivi illustrati da memoria.

La Banca Popolare di Lodi S.p.A. ha resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§ 5. - Il ricorso contiene cinque motivi.

§ 5.1. — Il primo motivo è svolto da pagina 14 a pagina 21 del ricorso sotto il titolo: «Articolo 360, primo comma, numero 3, c.p.c.: violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'articolo 63, primo comma, Regolamento Consob numero 11.522/98, e all'articolo 2697 c.c.».

Secondo i ricorrenti la Corte d'appello avrebbe errato nell'omettere di applicare il primo comma dell'articolo 63 citato in rubrica, secondo cui gli intermediari autoriz-

(w







zati registrano in forma elettronica gli elementi essenziali degli ordini impartiti dagli
investitori: viceversa, se avesse applicato
la norma, i giudici di merito non avrebbero
escluso, in modo parimenti erroneo, che essi
attori avessero dato la prova del fatto costitutivo della domanda spiegata, ossia il
riferimento dell'ordine di acquisto ad obbligazioni Swissair S.a. e non Sair Group Finance Inc..

lv

Inoltre, sempre secondo i ricorrenti, la Corte d'appello di Milano non si sarebbe avveduta che il citato articolo 63 distingue chiaramente le registrazioni elettroniche degli ordini di borsa dalle registrazioni elettroniche delle relative operazioni.

§ 5.2. — Il secondo motivo è svolto da pagina 21 a pagina 25 del ricorso sotto la rubrica: «Articolo 360, numero 5 c.p.c.: omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio per avere la sentenza impugnata, senza motivazione alcuna, del tutto ignorato il contegno della BPL nel processo, da cui poteva ricavarsi, ai sensi







dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c., argomento di prova sull'effettivo oggetto degli ordini in questione».

Il motivo è volto a denunciare il totale difetto di motivazione in ordine al rilievo della condotta della banca, consistita nel non mettere a disposizione degli attori e del giudice le registrazioni elettroniche degli ordini oggetto del contendere.

§ 5.3. — Il terzo motivo è svolto da pagina 25 a pagina 29 del ricorso sotto la rubrica: «Articolo 360, primo comma, numero 3, c.p.c.: violazione di norme di diritto in relazione agli articoli 1453 c.c. e 23, ultimo comma, del decreto legislativo numero 58 del 1998 e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'articolo 2697 c.c.».

Secondo i ricorrenti la Corte d'appello avrebbe attribuito loro la proposizione di una domanda risarcitoria, come poteva desumersi dal passaggio della motivazione secondo cui essi non avrebbero «dimostrato che il pregiudizio lamentato ha fatto seguito a siffatto inadempimento considerato che il default ha investito l'intero gruppo»: dopo di

lur







che la Corte d'appello non si sarebbe avveduta che la domanda di risoluzione proposta richiedeva la prova dell'esistenza dell'obbligazione, ma non anche la dimostrazione del danno e del nesso di causalità rispetto all'inadempimento. La Corte territoriale, inoltre, non avrebbe richiamato a proposito l'articolo 23 del decreto legislativo numero 58 del 1998 ed avrebbe altresì violato la regola di riparto dell'onere probatorio previsto dall'articolo 2697 c.c..

W

§ 5.4. — Il quarto motivo è svolto da pagina 29 a pagina 33 del ricorso sotto la rubrica: «Articolo 360, primo comma, numero 3 c.p.c.: violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione agli articoli 2697 c.c., 2727 c.c. e 2729 c.c.; articolo 360, primo comma, numero 5 c.p.c.: omessa motivazione su un fatto decisivo e controverso per il giudizio, in relazione alla ritenuta decisione di non desumere dai documenti prodotti agli atti dagli attori la prova indiziaria dell'esistenza del loro diritto di pretendere dalla banca l'acquisto dei titoli oggetto degli ordini».





Il motivo si risolve nell'elencazione di alcuni documenti attraverso i quali, a dire dei ricorrenti, la Corte d'appello avrebbe dovuto pervenire all'accertamento che l'ordine di acquisto aveva avuto ad oggetto obbligazioni Swissair S.a. e non Sair Group Finance Inc..

§ 5.5. - Il quinto motivo è svolto da pagina 33 a pagina 40 del ricorso sotto la rubrica: «Articolo 360, primo comma, numero 5 c.p.c.: omessa motivazione su un fatto decisivo e controverso per il giudizio, per avere la sentenza impugnata, senza motivazione alcuna, del tutto ignorato il contenuto dei documenti prodotti agli atti dagli attori in primo grado sub doc. 1, doc. 2, e doc. 12 (allegati al presente ricorso ex articolo 369, comma secondo, numero 4, c.p.c., con la stessa numerazione), nonché la testimonianza resa dal signor Roberto Costa all'udienza del 20 marzo 2007, da cui risultava la prova dell'inadempimento della banca rispetto agli obblighi di informazione in materia di intermediazione finanziaria, per effetto del quale la stessa sentenza avrebbe dovuto rigettare l'appello e confermare l'accoglimento della domanda di

1





risoluzione ex articolo 1453 c.c., formulata dagli attori anche per tale concorrente profilo».

Nel motivo si sostiene che la Banca avrebbe fornito informazioni equivoche ed imprecise in ordine ai titoli oggetto delle operazioni (vengono in particolare citati documenti in cui i titoli vengono descritti come obbligazioni «SwissAir»). Si soggiunge che la palese contraddittorietà delle comunicazioni concernenti i titoli era stata rilevata anche dal teste Roberto Costa il quale aveva affermato che l'operato della banca non risultava conforme alla normale prassi bancaria. In tal modo secondo i ricorrenti la banca sarebbe venuta meno all'osservanza degli obblighi informativi su di essa gravanti.

- § 6. Il ricorso va respinto.
- § 6.1. Il primo motivo è inammissibile.
- § 6.1.1. Le espressioni violazione o falsa applicazione di legge descrivono e rispecchiano i due momenti in cui si articola il giudizio di diritto, ossia: a) il momento concernente la ricerca e l'interpretazione

lw





della norma regolatrice del caso concreto; b) il momento concernente l'applicazione della norma stessa al caso concreto, una volta correttamente individuata ed interpretata.

In relazione al primo momento, il vizio di violazione di legge investe immediatamente la regola di diritto, risolvendosi nella erronea negazione o affermazione dell'esistenza o inesistenza di una norma, ovvero nell'attribuzione ad essa di un contenuto che non ha riguardo alla fattispecie in essa delineata; con riferimento al secondo momento, il vizio di falsa applicazione di legge consiste, alternativamente: a) nel sussumere la fattispecie concreta entro una norma non pertinente, perché, rettamente individuata ed interpretata, si riferisce ad altro; b) nel trarre dalla norma in relazione alla fattispecie concreta conseguenze giuridiche che contraddicano la sua pur corretta interpretazione (Cass., n. 18782/2005). Ricorre in altri termini la violazione ogni qualvolta vi è un vizio nella individuazione o nell'attribuzione di significato ad una disposizione normativa; ricorre invece la falsa applicazione qualora l'errore si sia annidato nella individuazione della esatta portata precettiva

w





della norma, che il giudice di merito abbia applicato ad una fattispecie non corrispondente a quella descritta nella norma stessa.

Dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto va tenuta nettamente distinta la denuncia dell'erronea ricognizione della fattispecie concreta in funzione delle risultanze di causa, ricognizione che si colloca al di fuori dell'ambito dell'interpretazione e applicazione della norma di legge.

Il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi — violazione di legge in senso proprio a causa dell'erronea ricognizione dell'astratta fattispecie normativa, ovvero erronea applicazione della legge in ragione della carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta — è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (Cass., n. 195/2016; Cass., n. 26110/2015; Cass., n. 8315/2013; Cass., n. 16698/2010; Cass., n. 7394/2010; Cass. S.U., n. 10313/2006).

Nel caso in esame l'errore attribuito alla sentenza impugnata non ha in effetti nulla a che vedere con la violazione di legge, dal momento che ciò che i ricorrenti addebitano IN





alla Corte di appello non è di aver effettuato un'erronea ricognizione dell'astratta fattispecie normativa, ma di aver ritenuto, in fatto, che l'acquisizione della registrazione magnetica di cui al primo comma dell'articolo 63 del regolamento Consob numero 11.522 del 1998 non avrebbe potuto contraddire quanto risultante dalla nota informativa cartacea inviata ai clienti nei giorni successivi all'investimento.

(M

§ 6.1.2. — Per altro verso, il ragionamento svolto dalla Corte d'appello è pienamente condivisibile, sicché la doglianza in esame non coglie nel segno neppure se ricondotta all'ambito della denunzia di vizio motivazionale.

Ed in effetti, il primo comma dell'articolo 63 del regolamento Consob numero 11.522 del 1998 stabilisce che: «Gli intermediari autorizzati registrano in forma elettronica, entro il giorno successivo a quello di ricezione, gli elementi essenziali degli ordini impartiti dagli investitori...».

Ebbene, la annotazione in forma elettronica degli «elementi essenziali degli ordini impartiti dagli investitori» non ha nulla a che





vedere con la previsione di cui al secondo comma del precedente articolo 60, secondo cui: «Gli intermediari autorizzati registrano su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori»: nell'un caso, infatti, la annotazione concerne i dati che individuano l'oggetto degli ordini impartiti; nell'altro caso la registrazione si riferisce alla viva voce del cliente, che abbia telefonicamente impartito l'ordine. Gli elementi essenziali degli ordini impartiti dagli investitori, di cui al primo comma del citato articolo 63, ben possono essere collocati allora sul medesimo piano delle informazioni previste dal primo comma (cui rinvia anche il secondo) dell'articolo 61 dello stesso regolamento Consob numero 11.522 del 1998, secondo il quale: «Nella prestazione dei servizi di negoziazione, gli intermediari autorizzati inviano al domicilio dell'investitore per ogni operazione eseguita, entro il settimo giorno lavorativo successivo a quello di esecuzione, una nota relativa all'operazione stessa in cui sono distintamente riportate le sequenti informazioni: a) l'orario, qualora rilevante con riferimento alle modalità di esecuzione,

 \mathcal{L}





e la data di esecuzione dell'operazione; b) il tipo di operazione; c) il mercato regolamentato in cui l'operazione è stata eseguita ovvero se la stessa è stata eseguita fuori mercato; d) lo strumento finanziario e le quantità oggetto dell'operazione; e) il prezzo praticato, unitario e totale; f) se la controparte dell'investitore è costituita dall'intermediario; g) le commissioni e le spese addebitate; h) gli eventuali effetti fiscali; i) il termine e le modalità di liquidazione dell'operazione».

Sicché, in definitiva, del tutto plausibilmente la Corte d'appello ha ritenuto che ove pure acquisito, il contenuto della annotazione elettronica degli «elementi essenziali degli ordini impartiti dagli investitori» non potesse ragionevolmente discostarsi dalle risultanze della nota informativa rimessa a Barzaghi Aldo e Jenna Liliana e, dunque, nessun rilievo potesse avere ai fini dell'osservanza dell'onere probatorio su di essi gravanti, nella loro qualità di attori, come tali tenuti a provare l'esistenza dell'obbligazione fatta valere e, cioè, il riferimento dell'ordine ad obbligazioni Swissair S.a. e non Sair Group Finance Inc.

lu





§ 6.2. - Il secondo motivo è infondato.

Premesso che la doglianza si riferisce nuovamente alle registrazioni elettroniche degli ordini di cui al primo comma dell'articolo 63 poc'anzi menzionato (giacché, con riguardo alla registrazione magnetica della telefonata con cui l'ordine fu impartito, la sentenza ha specificamente preso posizione, sul rilievo che la banca, decorsi due anni, non era tenuta a conservarla ai sensi dell'articolo 69, secondo comma, lettera b, dello stesso regolamento Consob già ricordato), è agevole osservare che il motivo attiene alla valutazione del merito della controversia, riservata al giudice di merito e sottratta sindacato della Corte di cassazione, se non dall'angolo visuale del vizio motivazionale: vizio in questo caso insussistente, dal momento che la valutazione in ordine al rilievo della condotta della banca è assorbita dal giudizio di cui si è dato conto nell'esame del motivo precedente, giudizio con cui la Corte d'appello ha escluso che la registrazione elettronica potesse apportare elementi probatori in favore degli attori, tenuto

les





conto del contenuto della nota informativa agli stessi inviata.

§ 6.3. - Il terzo motivo è assorbito.

Ed infatti, una volta confermata la sentenza impugnata nella parte in cui essa ha ritenuto che gli attori non avessero provato l'esistenza dell'obbligazione (in tal senso deponendo anche la reiezione dei motivi successivi), la motivazione svolta ad abundantiam in ordine all'assenza di un pregiudizio derivato dall'acquisto di obbligazioni Sair Group Finance Inc. in luogo di Swissair S.a. diviene evidentemente irrilevante.

Ciò esime dall'osservare che il motivo, se non fosse assorbito, sarebbe inammissibile, poiché attribuisce alla Corte d'appello l'adozione di una ratio decidendi — avere cioè affermato che la domanda di risoluzione per inadempimento richiederebbe la prova del danno e del nesso di causalità con l'inadempimento — che la sentenza impugnata non contiene affatto, avendo viceversa la Corte territoriale inteso affermare che, quale che fosse l'oggetto dell'ordine impartito dagli investitori, il default aveva colpito sia

Ur





Sair Group Finance Inc. in Large St Swissair S.a..

§ 6.4. - Il quarto motivo è inammissibile. Esso difatti altro non è che una richiesta di complessivo riesame del materiale istruttorio, che privilegi taluni elementi in luogo di quelli valorizzati, con motivazione che si è visto essere plausibile, dalla Corte d'appello, la quale in buona sostanza ha ritenuto che l'ordine impartito da Barzaghi Aldo e Jenna Liliana fosse quello risultante dalla nota informativa loro inviata, ordine riferito al titolo, come si è ricordato in espositiva, così descritto: «DESCRIZIONE TITOLO: S-AIR GROUP FIN SWSAIR 71/2 11/04, Info Emittente S-AIR GROUP FINANCE INC, tipo Airlines, mercato emissione Euro-Dollar, il codice ISIN XS0103759089, tasso 71/2, la scadenza».

È difatti inammissibile la revisione del ragionamento decisorio del giudice - quale quella in buona sostanza sollecitata in questa sede -, non potendo mai la Corte di cassazione procedere ad un'autonoma valutazione delle risultanze degli atti di causa (Cass. n. 91/2014; Cass. S.U., n. 24148/2013; Cass.

(w





n. 5024/2012) e non potendo il vizio consistere in un apprezzamento dei fatti e delle prove in senso difforme da quello preteso dalla parte, spettando soltanto al giudice di merito di individuare le fonti del proprio convincimento, controllare l'attendibilità e la concludenza delle prove, scegliere tra le risultanze probatorie quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione dando liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova (Cass. n. 11511/2014; Cass. n. 25608/2013; Cass. n. 6288/2011; Cass. n. 6694/2009). E, con riguardo alle prove, mai può essere censurata la valutazione in sé degli elementi probatori secondo il prudente apprezzamento del giudice (Cass. n. 1414/2015; Cass. n. 13960/2014).

W

§ 6.5. — Il quinto motivo è inammissibile. Si tratta, esattamente come nel caso del motivo precedente, di una complessiva richiesta di rivalutazione del materiale istruttorio e di sostituzione del ragionamento in proposito svolto plausibilmente dal giudice di merito con altro diverso ragionamento più favorevole ai ricorrenti.





§ 7. - Le spese seguono la soccombenza.

PER QUESTI MOTIVI

rigetta il ricorso e condanna i ricorrentI al rimborso, in favore della società controricorrente, delle spese sostenute per questo
grado del giudizio, liquidate in complessivi
€ 10.200,00, di cui € 200,00 per esborsi,
oltre spese generali e quant'altro dovuto per
legge.

Così deciso An Roma, il 3 maggio 2016.



CANGES CHICOCHETICANO. 3