

Civile Ord. Sez. 1 Num. 23448 Anno 2020

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: FERRO MASSIMO

Data pubblicazione: 26/10/2020

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

C. U. x C. I.

## ORDINANZA

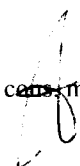
Sul ricorso proposto da:

RUSSO ALDO, CUNDARI PIERA, rappr. e dif. dagli avv. Gianluca Fontanella, elett. dom. presso il suo studio, in Roma, via della Pineta Sacchetti n. 201, come da procura in calce all'atto

-ricorrente e controricorrente sul ricorso incidentale-

Contro

ORD  
2036  
2020



UNICREDIT s.p.a., in persona del l.r.p.t., rappr. e dif. dagli avv. Francesco Carbonetti e Fabrizio Carbonetti, elett. dom. presso lo studio degli stessi, in Roma, via di San Valentino n. 21, come da procura in calce all'atto

-controricorrente e ricorrente in via incidentale-

per la cassazione della sentenza App. Roma 19.5.2015, n. 3088 rep. 4539/2015 in R.G. 7028/2019;

vista la memoria del controricorrente;

udita la relazione della causa svolta dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro alla camera di consiglio del 10.7.2020.

### **FATTI DI CAUSA**

Rilevato che:

1. RUSSO ALDO e CUNDARI PIERA, impugnano la sentenza App. Roma 19.5.2015, n. 3088 rep. 4539/2015 in R.G. 7028/2019, che respingendo il loro appello incidentale avverso la sentenza Trib. Roma 11683/2009 ed accogliendo in parte quello principale di Unicredit s.p.a., ha statuito che, per effetto della confermata nullità del contratto quadro di conferimento dell'incarico di negoziazione di titoli e dei singoli ordini, dal pagamento cui era stata tenuta la banca conseguiva l'obbligo, a carico degli investitori, di riconsegna dei titoli obbligazionari acquistati per loro conto da gennaio-marzo del 1999 all'agosto 2000;

2. la corte ha premesso che: a) gli attori avevano invocato in via principale la nullità del contratto quadro di conferimento dell'incarico di negoziazione in valori mobiliari e dei correlativi ordini d'acquisto di obbligazioni della Repubblica Argentina, per mancanza di forma scritta e progressive domande di nullità, annullamento per dolo o errore o risoluzione per inadempimento vertenti sul medesimo effetto; b) il tribunale, rilevando la nullità del contratto quadro e degli ordini "in quanto conclusi fra le parti senza forma scritta", condannava la banca alla restituzione di euro

347.555.15 con interessi legali dalle date dei singoli acquisti, cioè per le somme investite, al netto delle cedole nel frattempo maturate e riscosse dai clienti; c) su detta nullità, in difetto di gravame, si è formato il giudicato tra le parti;

3. la corte ha ritenuto che: a) l'appello della banca, volto alle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto di intermediazione finanziaria, era ammissibile, nonostante l'eccezione di prescrizione opposta (per la quale, semmai, occorreva tener conto del solo periodo tra negoziazione dei titoli e domanda riconvenzionale della banca) e fondata, in quanto conseguente all'operare *ex tunc* della nullità predetta e correlata ad interesse della banca; b) la mala fede della banca, per la violazione dell'art.23 T.U.F., giustificava il rigetto dell'appello ove con esso si contestava la debenza degli interessi legali sulle somme sin dalle date degli acquisti, non trovando applicazione l'art.2033 c.c. e dunque un diverso calcolo dal giorno della domanda; c) sull'appello incidentale, la restituzione delle cedole, disposta in favore della banca e computata in diminuzione del debito di questa, era conseguente alla retroattività della nullità pronunciata quanto agli ordini; d) non era infine fondata la ulteriore domanda di risarcimento degli investitori, già per difetto di loro allegazione di un diverso più proficuo impiego del danaro versato in esecuzione degli ordini;

4. il ricorso principale è su sei motivi; ad esso resiste con controricorso la banca, svolgendo altresì ricorso incidentale su due motivi, cui Russo e Cundari resistono con controricorso; il controricorrente ha depositato memoria.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

Considerato che:

1. il primo e il secondo motivo del ricorso principale contestano la irrivalità, ai sensi dell'art.345 c.p.c., della domanda con cui in appello la banca ha chiesto la condanna alla restituzione dei titoli negoziati, senza riprodurre più compiutamente la domanda di accertamento dell'obbligo restitutorio già formulata in primo grado e non riproposta;

2. con il terzo e quarto motivo è dedotta la violazione degli artt. 1418, 2033, 2943, 2946 c.c., 118 disp. att. c.p.c. e 132 c.p.c. avendo errato la corte ove ha rigettato l'eccezione di prescrizione della domanda di condanna alla restituzione dei titoli (terzo motivo) e parimenti il vizio di attività processuale, ai sensi degli artt.115, 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. sul punto in cui la somma di condanna a favore dei ricorrenti era stata ridotta per compensazione per le cedole incassate, aparendo omessa la motivazione di diniego dell'appello incidentale stante il mero richiamo ad una regola normativa sugli effetti restitutori della nullità, evocati in punto di compensazione con le cedole, invece da trattenere in considerazione della buona fede dell'*accipiens* (quarto motivo);

3. il quinto motivo invoca il vizio di motivazione, adducendo diversità tra la domanda decisa in primo grado (accertamento dell'obbligo di restituzione) e quella effettivamente svolta dalla banca (mera condanna);

4. il sesto motivo censura ancora per vizio di motivazione la sentenza che ha ammesso una tardiva allegazione di circostanze da parte della banca;

5. con il ricorso incidentale, nel primo motivo, la banca adduce l'erroneità della sentenza ove ne ha qualificato la mala fede, desumendola direttamente dal difetto di forma scritta del negozio e degli ordini, trascurando la più ampia attuazione del contratto, non denunciato per altri investimenti dagli stessi clienti, così in violazione dell'art.2033 c.c.; nel secondo motivo, è censurata la statuizione condannatoria sulle spese di lite, priva di motivazione;

6. quanto al ricorso principale, il primo e secondo motivo sono infondati, per molteplici profili; la "fragilità" dell'argomento lessicale, di cui dà conto la corte nel riconoscere l'invarianza del motivo d'appello rispetto alla domanda riconvenzionale svolta dalla banca in primo grado, mette in evidenza che la censura degli appellanti incidentali (qui ricorrenti) è stata unicamente condotta sull'accostamento delle formule verbali adottate dalla banca avanti ai giudici; esse, in realtà, inequivocamente indicano la richiesta della banca di ottenere in appello, quale decisione omessa dal tribunale, la restituzione dei titoli obbligazionari intermediati per conto dei clienti, stante la pronunciata nullità del contratto quadro e dei singoli ordini di acquisto,

domanda che già apparteneva al primo giudizio ed era stata proposta nella subordinata ipotesi di accoglimento della domanda degli attori, come poi avvenuto;

7. in questo senso, non solo non può dirsi contestabile la motivazione (per nulla apparente, per quanto sintetica e dunque non censurabile per via del nuovo limite di cui all'art.360 co.1 n.5 c.p.c., ex Cass. su. 8053/2014), ma nemmeno vi appare riconoscibile un vizio all'altezza del divieto di novità dell'appello, ex art. 345 c.p.c., per come il giudice di merito, anche alla luce della narrativa di cui all'atto, ha ricostruito in coerenza la domanda; va invero ripetuto che *«si configura domanda nuova - come tale, inammissibile in appello (con rilevabilità dell'inerente violazione del divieto anche d'ufficio in funzione dell'attuazione rigorosa del principio del doppio grado di giurisdizione) - quando gli elementi dedotti in secondo grado comportano il mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato, integrando una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza, da quella fatta valere in primo grado, e ciò anche se tali fatti erano già stati esposti nell'atto introduttivo del giudizio al mero scopo di descrivere ed inquadrare altre circostanze, e soltanto nel giudizio di appello, per la prima volta, siano stati dedotti con una differente portata, a sostegno di una nuova pretesa, determinando in tal modo l'introduzione di un nuovo tema di indagine e di decisione (Cass. 8342/2010, 16298/2010); orbene, si tratta di scostamento che non è stato nemmeno allegato in punto di modificazione della causa petendi, non potendosi dire che un nuovo o minore elemento, realmente dedotto dinanzi al giudice di secondo grado nella complessiva condotta difensiva, abbia comportato il mutamento dei fatti costitutivi del diritto alla restituzione azionato; esso ovviamente ne presupponeva la piena declaratoria di fondatezza, dunque la pronuncia su un titolo idoneo, il che esclude vi sia stata modifica dell'oggetto sostanziale dell'azione e dei termini della controversia, in modo da porre in essere una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza, «da quella fatta valere in primo grado e sulla quale non si è svolto in quella sede il contraddittorio» (Cass. 15101/2012);*

8. il terzo motivo è inammissibile, già quale conseguenza diretta dell'inammissibilità dei primi due motivi e per altro profilo infondato; la non novità della domanda della banca in appello, evidenzia che comunque il diritto di agire di essa, come correttamente censito dalla corte, non si era prescritto nel termine decennale di cui all'art.2946 c.c., quanto meno consideratane la tempestività al momento della proposizione della domanda riconvenzionale di restituzione avanzata avanti al tribunale; va tuttavia precisata, nonostante la portata assorbente della circostanza di fatto, la necessità di integrare ex art.384 c.p.c. la motivazione; invero, considerati i limiti di azione dell'intermediario ai sensi dell'art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n.58, per il quale l'inosservanza della prescritta forma scritta del contratto d'investimento ne determina la nullità (co.1), che può essere fatta valere solo dal cliente (co.3), la conseguente deroga della prima parte dell'art.1422 c.c. influenza anche l'esperibilità, quanto a legittimazione e a termini di prescrizione, dell'azione di ripetizione, di cui alla seconda parte della disposizione;

9. nella specie, il motivo investe la sola restituzione dei titoli quali *res*, per i quali non si pone – diversamente da quanto dedotto con i motivi successivi, per cedole e rendimenti – alcuna questione di compensazione, essendo nella specie retta la restituzione dell'indebitato dalle regole generali in materia di accertamento della nullità del contratto; né si pone il tema, estraneo al presente giudizio ed affrontato da Cass. s.u. 28314/2019, relativo alla latitudine della eccezione di buona fede allorchè l'intermediario contrapponga, all'investitore che agisca in nullità protettiva selettiva, cioè circoscritta ad alcuni soli ordini di acquisto, il risultato economico positivo (per il cliente) comunque maturato su altri ordini, non oggetto di azione di nullità relativa; così delimitata la questione, sugli ordini dichiarati nulli opera il principio per cui *«accertata la mancanza di una causa acquirendi - in caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, o in presenza di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di*

*ripetizione dell'indebito oggettivo; la pronuncia del giudice, avente portata estintiva del contratto, è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del solvens di restituzione della prestazione rimasta senza causa»* (Cass.6664/2018; conf., più in generale, Cass. 715/2018); si tratta di criterio risolutore che, per quanto applicato nel citato primo precedente anche ad acquisti diversi da quelli selettivamente contestati dal cliente e dunque con estensione restrittivamente superata da Cass. s.u. 28314/2019, esprime una portata generale, poiché intimamente collegata agli effetti della nullità, come indicato nell'art.1422 c.c. e pur tuttavia esprime il principio per cui *«secondo le norme sull'indebito, le restituzioni non seguono automaticamente alla caducazione del contratto, ma esigono la domanda di parte»*; mentre Cass. 18266/2018 a sua volta ha specificato che *«la disciplina della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c. ha portata generale e si applica a tutte le ipotesi di inesistenza, originaria o sopravvenuta, del titolo di pagamento, qualunque ne sia la causa»*, anche se nella presente vicenda il principio è applicato alle mere restituzioni dei titoli;

10. L'originalità del richiamo alla menzionata norma civilistica, tuttavia, influenza in modo diretto altresì il regime della prescrizione, perché mentre il criterio ordinario presuppone che ciascuna parte (oltre che il giudice d'ufficio) possa far valere in ogni tempo la nullità, il carattere speciale e derogatorio, sul punto, dell'art.23 d.lgs. n. 58 del 1998, consentendo l'azione stessa solo all'investitore, confligge con la possibilità che per l'intermediario decorra un omogeneo termine per far valere, sia pur mediamente, l'identica causa di invalidità e quindi proporre la domanda di restituzione (ad oggetto limitato ai titoli); siffatta iniziativa appare invero esercitabile solo in conseguenza della altrui azione (perseguita con successo e) volta alla dichiarazione di nullità, non potendo così a tale più ampio accertamento dar vita l'iniziativa di una qualsiasi delle due parti del rapporto, ma solo l'investitore; non sembra perciò pertinente il mero richiamo al principio per cui *«l'accertata nullità del negozio giuridico, in esecuzione del quale sia stato eseguito un pagamento, dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebito*

oggettivo, volta ad ottenere la condanna alla restituzione della prestazione eseguita in adempimento del negozio nullo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere non già dalla data del passaggio in giudicato della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso» (Cass. 15669/2011; conf. 7749/2016); si tratta infatti di un atto, l'acquisto di prodotto finanziario a fronte della provvista acquisita, che l'intermediario non può far inficiare di nullità, preclusagli dalla nozione relativa della stessa ex art.23 d.lgs. n.58 del 1998 e dalla diversa portata che l'ipotetica eccezione di buona fede nell'esecuzione del più complessivo negozio nullo potrebbe sollevare rispetto alle più selettive pretese d'invalidità e restitutorie avanzate dall'investitore (Cass. s.u. 28314/2019); la decorrenza della prescrizione, dal lato dell'intermediario, altresì per l'azione restitutoria dei titoli strettamente conseguente all'accertamento della nullità del contratto di investimento finanziario impone pertanto un più ragionevole raffronto con la generale norma sull'esercizio del diritto quale condizione concreta nella quale deve rinvenirsi la parte interessata, ai sensi dell'art.2935 c.c., per individuare il relativo termine iniziale; esso appare decorrere, dunque, da quando la nullità quale azione di parte o l'omologo rilievo officioso siano intervenuti, pur se ciò determina che la domanda di ripetizione assuma portata dipendente dall'accertamento giudiziale promosso dall'investitore o rilevato dal giudice; il carattere originario della causa di invalidità, da un lato e opportune ragioni ex art. 111 Cost. di tendenziale simultaneità processuale, dall'altro, possono così combinarsi mediando rispetto alla più rigida regola che fissa il *dies a quo* per l'azione di ripetizione (così circoscritta) dal medesimo fatto storico economico di scambio;

11. il quarto motivo è per i primi due profili infondato, investendo essi nel loro complesso e sostanzialmente, ma oltre i limiti fissati per tale vizio (Cass. s.u. 8053/2014), la motivazione (primo profilo) con cui il giudice di merito ha dato conto della sufficiente esplicitazione anche iniziale della domanda di restituzione delle cedole (indicate con precisione nelle difese introduttive e anche mediante richiami ad allegati, secondo profilo), nonché dell'analogo



principio restitutorio già reso per i titoli in senso stretto (cioè l'effetto restitutorio connesso all'accertamento della nullità dei negozi d'investimento); dato conto poi che il contraddittorio processuale ha investito tutti gli ordini di acquisto dei titoli, dichiarati nulli al pari del contratto quadro di negoziazione, ne discende che *«essendo, inoltre, entrambe le parti titolari del diritto alla restituzione dell'indebito, i reciproci crediti, ove esistano versamenti eseguiti in esecuzione del contratto, potranno compensarsi legalmente, ai sensi dell'art. 1243 c.c.»* (Cass. 6664/2018), secondo un principio che può essere ribadito avendo riguardo all'oggetto della domanda di nullità per come selettivamente esperita dall'investitore;

12. il terzo profilo del quarto motivo è invece fondato, laddove pone il tema della restituzione delle cedole, recate in deduzione già dal primo giudice per come *medio tempore* rimosse dagli investitori e rispetto al capitale versato per l'acquisto dei titoli; nel presupposto che si tratti di frutti civili, gli effetti restitutori retroattivi – ossia antecedenti alla domanda giudiziale – connessi alla dichiarata nullità dipendono tuttavia dalla mala fede dell'*accipiens*, ai sensi dell'art. 1148 c.c., del cui accertamento in concreto, però, la corte d'appello non si è data carico;

13. ne consegue l'assorbimento del quinto e sesto motivo, pure attinenti alla restituzione delle cedole;

14. quanto al ricorso incidentale, il primo motivo è fondato; la censura si propone di ribaltare l'apprezzamento del giudice di merito, giunto meccanicamente alla conclusione della mala fede della banca sulla base di un'equivalenza non corretta, avendo desunto in sé la citata condizione dal mero vizio di forma del contratto quadro di negoziazione dei titoli del debito pubblico argentino, senza dunque considerare che anche l'errore di diritto rileva ai fini della configurazione della buona fede e che l'intermediario aveva rispettato il contratto, nonostante il vizio di forma, erogando il servizio d'investimento, e così procurando l'incasso per gli investitori delle cedole e operando in tema il principio per cui, assunta la banca la qualità di *accipiens*, la sua buona fede *«rilevante ai fini della decorrenza degli interessi dal giorno della domanda, va intesa in senso soggettivo, quale ignoranza dell'effettiva*

*situazione giuridica, derivante da un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non trovando applicazione l'art. 1147, comma 2, c.c., relativo alla buona fede nel possesso, sicché, essendo essa presunta per principio generale, grava sul "solvens", che intenda conseguire gli interessi dal giorno del pagamento, l'onere di dimostrare la malafede dell'"accipiens" all'atto della ricezione della somma non dovuta, quale consapevolezza della insussistenza di un suo diritto a conseguirla» (Cass. 23543/2016); il giudice di merito dovrà pertanto procedere a nuova verifica della circostanza conformandosi al suddetto principio di diritto; il secondo motivo del ricorso incidentale è assorbito;*

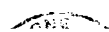
ne consegue che il ricorso principale è fondato quanto al quarto motivo, nei sensi di cui in motivazione, sono infondati i primi tre motivi, nonché i primi due profili del quarto, con assorbimento dei restanti, mentre è fondato il ricorso incidentale quanto al primo motivo, assorbito il secondo;

la sentenza impugnata va in conclusione cassata, in relazione ai motivi accolti, con rinvio al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà ai principi di diritto sopra enunciati e provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità;

#### **P.Q.M.**

la Corte accoglie il quarto motivo del ricorso principale, nei sensi di cui in motivazione, rigetta i primi tre motivi e i primi due profili del quarto motivo, con assorbimento dei restanti motivi del medesimo ricorso; accoglie il primo motivo del ricorso incidentale, con assorbimento del secondo; cassa e rinvia alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 luglio 2020



il Presidente 