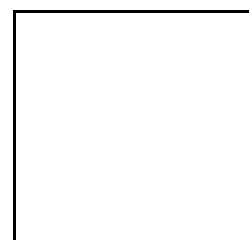


Civile Ord. Sez. 1 Num. 20951 Anno 2022

Presidente: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Relatore: AMATORE ROBERTO

Data pubblicazione: 30/06/2022



ORDINANZA

sul ricorso n. 28034-2019 r.g. proposto da:

UNIONE DI BANCHE ITALIANE s.p.a., in forma abbreviata U.B.I. BANCA s.p.a. (P.Iva 03053920165), con sede legale in Bergamo, Piazza Vittorio Veneto n. 8, quale società incorporante BANCO DI BRESCIA SAN PAOLO C.A.B. S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore dott. Massimiliano Salodini, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alfredo Bazoli e Alessio Gattamelata, presso il cui studio in Roma, Viale delle Belle Arti n. 7, è elettivamente domiciliata.

- **ricorrente** -

contro

CLEMENTI PAOLO (cod. fisc. CLMPPLA67D05B157O), rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta in calce al controricorso, dagli Avvocati

Bruno Gianpaoli e Massimo Zanardini, con i quali elettivamente domicilia in Brescia, alla Via Sostegno n. 80, presso lo studio dell'Avvocato Gianpaoli.

- **controricorrente** -

avverso la sentenza della Corte di appello di Brescia, depositata in data 16.5.2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 17/6/2022 dal Consigliere dott. Roberto Amatore;

RILEVATO CHE

1. Con atto di citazione datato 18.12.2006 PAOLO CLEMENTI evocò in giudizio il BANCO DI BRESCIA SAN PAOLO C.A.B. S.P.A., in relazione a più operazioni di acquisto di bond argentini tra il 1998 ed il 2001, chiedendo che ne venisse dichiarata la nullità ovvero che venisse accertata la responsabilità della banca ex art. 1337 cod. civ. ovvero, in via alternativa, che venisse accertato l'inadempimento della banca con la conseguente risoluzione e, in ogni caso, con la condanna di quest'ultima alla restituzione degli importi versati ovvero al risarcimento del danno per lire 1.583.459.249, oltre interessi e rivalutazione. Allegò il Clemente che: i) la banca non aveva fornito informazioni sulla natura e sui rischi dei titoli, né all'inizio né nel corso del rapporto e né all'atto degli ultimi acquisti allorquando era ormai di dominio pubblico il prossimo default argentino; ii) l'acquisto del 3.7.1998 non era stato preceduto da ordini; iii) il contratto quadro era stato sottoscritto solo in data 15.9.2000 e che pertanto gli acquisti eseguiti anteriormente erano avvenuti in assenza dello stesso; iv) la "scheda informativa" allegata al detto contratto non era stata utilizzata perché ritenuta superflua in ragione del rapporto di fiducia intercorrente tra le parti; v) nel gennaio 2005 aveva provveduto alla vendita dei titoli realizzando lire 680.509.000 con una perdita rispetto al capitale investito di lire 1.583.459.249.

2. Il Tribunale di Brescia, con la sentenza n. 1057/2011, emessa in data 29.3.2011, accolse la domanda avanzata dal Clementi esclusivamente con riferimento agli ordini del 18.5.2000 e del 4.09.2001, dichiarandoli risolti, per inadempimento della banca agli obblighi informativi, con conseguente condanna della stessa alla restituzione della somma incassata pari ad euro

127.872,04, nonché con condanna del Clementi alla restituzione in favore della banca del ricavato della vendita (effettuata in data 20 maggio 2005) dei titoli; rigettò invece la domanda di nullità degli ordini di negoziazione per mancanza del contratto quadro in quanto era risultato che il Clementi aveva sottoscritto con la banca un contratto di negoziazione in data 11.12.1996; rigettò altresì la domanda di responsabilità ex art. 1337 cod. civ. stante il rifiuto dell'investitore di fornire informazioni, contenuto nel documento sui rischi; respinse la domanda di nullità degli ordini per mancanza di forma scritta, pur dopo aver accertato il difetto di ordine scritto solo per la negoziazione del 3.7.1998, disattendendo la detta domanda perché non rientrava la stessa nel *petitum* e nella *causa petendi* della domanda originaria.

4. Proposto gravame da parte di Paolo Clementi avverso la predetta sentenza di primo grado, la Corte di appello con la sentenza qui di nuovo impugnata, accogliendo parzialmente l'appello così proposto, ha dichiarato la nullità degli ordini di negoziazione in relazione agli acquisti eseguiti in data 30.1.1998 e 3.7.1998; ha dichiarato risolto per inadempimento della banca agli obblighi informativi l'ordine di negoziazione impartito in data 19.7.2001; ha condannato Banco di Brescia s.p.a. a restituire al Clementi la somma incassata per la vendita dei titoli di cui alle operazioni eseguite in data 30.01.1998, 3.7.1998 e 19.7.2001, pari complessivamente ad euro 206.538,79; ha condannato Clementi a restituire al Banco di Brescia il ricavato della vendita delle predette operazioni eseguite in data 30.01.1998, 3.7.1998 e 19.7.2001.

La corte di merito ha ritenuto che: a) il primo motivo di appello – articolato in relazione alla dedotta inammissibilità della nullità degli ordini di acquisto, per difetto della forma scritta convenzionale (per come prescritta dagli artt. 1 e 2 del contratto quadro), per non essere stata oggetto di denuncia nel giudizio di primo grado – era infondato posto che, per un verso, la questione era stata proposta dall'attore sia nell'atto di citazione che negli scritti difensivi successivi e che, per altro verso, la stessa sarebbe stata anche rilevabile d'ufficio da parte del giudice quale causa di nullità diversa da quella prospettata dall'attore, con l'effetto di estendere ad essa il relativo accertamento; ha dunque osservato che il Clementi aveva allegato la

questione dell'esistenza degli ordini datati 30.1.1998 e 3.7.1998 e della necessaria forma scritta richiesta nel contratto quadro all'art.1 e che il Tribunale si era peraltro soffermato sull'interpretazione di detta previsione negoziale, ravvisandovi la presunzione prevista dall'art. 1352 cod. civ., con conseguente nullità degli ordini per difetto di forma convenzionale e che detta interpretazione non era stata impugnata dalla banca; ha osservato che la forma scritta era anche imposta dall'art. 2 del predetto contratto quadro in quanto "operazioni eseguite fuori dai mercati regolamentari"; ha osservato che entrambe gli acquisti datati 30.1.1998 e 3.7.1998 non risultavano preceduti da ordine scritto, derivando da ciò la nullità delle relative operazioni con i conseguenti obblighi restitutori; b) l'accoglimento del primo motivo comportava l'assorbimento del secondo motivo relativo agli acquisti eseguiti in data 30.1.1998 e 3.7.1998 nonché del terzo motivo di appello limitatamente alle censure relative agli stessi; c) quanto al terzo motivo di appello articolato in relazione all'ordine di acquisto datato 19.7.2001 (preceduto da ordine scritto), la dizione contenuta nell'ordine riportante la dicitura sottoscritta dal Clementi ("nonostante l'avvertenza che la suddetta disposizione non appaia a me/noi adeguata sono/siamo a richiedervi comunque l'esecuzione della operazione") non fosse idonea a dimostrare l'assolvimento da parte della banca dei necessari obblighi informativi, osservando altresì che: c.a) l'acquisto del 19 luglio 2001 era avvenuto nel periodo in cui le agenzie di rating avevano declassato i titoli argentini; c.b) era stata la stessa banca a ricordare che "alla fine del marzo 2001" le agenzie di rating avevano iniziato a declassare i bond argentini; c.c) la banca aveva dunque l'onere di dimostrare di aver impartito dette informazioni, onere invece non assolto; c.d) lo stesso funzionario della banca, escusso come testimone, non aveva fornito utili informazioni in tal senso; c.e) occorreva pertanto dichiarare la risoluzione dell'acquisto eseguito in data 19.7.2001, con l'ordine di restituzione del relativo importo; d) l'appello incidentale doveva essere dichiarato inammissibile in quanto non era rinvenibile alcuna censura specifica alle argomentazioni contenute nella sentenza con riguardo agli ordini eseguiti in data 18.5.2000 e 4.9.2001, oggetto della dichiarata risoluzione, e rispetto ai quali il Tribunale aveva ben evidenziato come la

banca non avesse assolto all'onere probatorio a proprio carico in ordine all'assolvimento degli obblighi informativi, con ciò incorrendo la banca appellante incidentale nella violazione dell'art. 342 cod. proc. civ. in relazione all'obbligo di specificità dei motivi di gravame.

2. La sentenza, pubblicata il 16.5.2017, è stata impugnata da Unione Di Banche Italiane s.p.a. con ricorso per cassazione, affidato a cinque motivi, cui Paolo Clementi ha resistito con controricorso.

Entrambi le parti hanno depositato memoria.

CONSIDERATO CHE

1. Con il primo motivo la banca ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 4, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., sul rilievo che le statuizioni della Corte di appello, in ordine alla dichiarazione di nullità degli ordini di acquisto per carenza di forma scritta ovvero per mancanza di ordini, non sarebbero state precedute da alcuna eccezione sollevata dal cliente investitore né nell'atto di citazione in appello né in secondo grado e che pertanto la Corte territoriale, riformando la sentenza di primo grado in parte qua, avrebbe statuito *ultra petita*, in ragione del fatto che l'investitore aveva solo dedotto in ordine all'invalidità degli ordini per violazione degli obblighi informativi di cui agli artt. 21 TUF, 28 e 29 Reg. Consob n. 11522/1998, 17 d.lgs. n. 415/1996 e 5 reg. Consob n. 10943/97. Osserva ancora la società ricorrente che la delimitazione della domanda nei suoi confini oggettivi e soggettivi spetterebbe solo alle parti ed anche il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto dovrebbe essere coordinato con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., nel senso che, solo allorquando sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice può rilevare in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'eventuale nullità dell'atto stesso.

1.1 Il motivo è infondato.

1.2 Occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza espressa da questa Corte anche a Sezioni Unite, la "rilevazione" "ex officio" delle nullità negoziali

(sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o "di protezione") è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida", e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro "dichiarazione", invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione (Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014, ove è stato anche affermato che *"Nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo"*).

Alla luce dei riferiti principi di diritto affermati da questa Corte, le censure proposte nel primo motivo vanno dunque disattese.

2. Con il secondo mezzo si deduce violazione e falsa applicazione di norme di legge, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 4, cod. proc. civ., in relazione al disposto normativo di cui all'art. 329 cod. proc. civ. e 2909 cod. civ., sul rilievo che la Corte di appello avrebbe erroneamente affermato la sua acquiescenza all'argomento del Tribunale di Brescia secondo il quale dalla previsione pattizia ("gli ordini sono conferiti di norma per iscritto") dovrebbe "ravvisarsi la presunzione prevista dall'art. 1352 cod. civ. con la conseguente nullità degli ordini per difetto di forma convenzionale". Si evidenzia l'erroneità della decisione impugnata laddove la stessa avrebbe statuito il formarsi di un giudicato interno sull'interpretazione fornita dal primo giudice alla disciplina applicabile di cui al richiamato art. 1 del contratto quadro, e ciò anche in ragione della sua mancata impugnazione dell'interpretazione contenuta nella sentenza di prime cure. Osserva la banca ricorrente che il giudicato interno potrebbe formarsi solo su un capo autonomo della sentenza che risolve una questione che abbia una propria individualità ed autonomia, così da integrare una decisione del tutto indipendente, autonomia invece insussistente nel caso

di specie ove la menzione della predetta questione avrebbe integrato un mero *obiter dictum* irrilevante ai fini del decidere, e cioè una mera argomentazione utilizzata dal Tribunale per l'esposizione di una astratta tesi giuridica non funzionale alla decisione.

3. Con il terzo motivo si censura il provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 5, cod. proc. civ., per violazione e falsa applicazione degli artt. 1352, 1362, 1363, 1364, 1367 e 1371 cod. civ., sul rilievo che la Corte di appello avrebbe comunque errato nello statuire, *iuris ed de iure*, che nella previsione negoziale di cui all'art. 1 del contratto quadro dovesse ravvisarsi un'inderogabile pattuizione quanto alla forma scritta degli ordini di acquisto, così illegittimamente concludendo per la nullità di quelli negoziati il 30 gennaio e il 3 luglio 1998. Osserva la banca ricorrente che sarebbe pacifico in giurisprudenza il principio secondo cui, qualora le parti abbiano convenuto la forma scritta per un determinato atto, ben potrebbero, nella loro autonomia negoziale, rinunciare anche tacitamente al formalismo convenzionale, avendo infatti la Corte territoriale omesso di esaminare e considerare le allegazioni delle parti dalle quali sarebbero risultati evidenti plurimi atti incompatibili con la volontà del Clementi di mantenere il suddetto patto che prevedeva la forma scritta per l'esecuzione degli ordini. Osserva ancora la banca ricorrente che la Corte di appello avrebbe anche errato nell'interpretare il contenuto della clausola negoziale sopra ricordata secondo il suo significato letterale posto che i titoli oggetto di negoziazione erano titoli di stato (emessi dalla Repubblica Argentina), per i quali, ancorché negoziati fuori dai mercati regolamentari, non poteva né doveva trovare applicazione la previsione pattizia di cui all'art. 2 del contratto quadro ("la negoziazione di valori mobiliari, diversi dai titoli di Stato, o garantiti dallo Stato, quotati nei mercati regolamentati, potrà avvenire, fuori da detti mercati, soltanto a seguito dell'ordine preventivo impartito, per iscritto, dal cliente").

3.1 Il secondo e terzo motivo - che possono essere esaminati congiuntamente - sono invece fondati nei limiti qui di seguito precisati.

3.1.1 E' pur vero che rappresenta circostanza incontestabile quella secondo cui il Tribunale aveva disatteso la domanda di nullità degli ordini di acquisto del 30 gennaio e del 3 luglio 1998 non già perché mancanti della forma scritta

prescritta convenzionalmente quanto piuttosto perché la relativa deduzione di nullità non era stata considerata compresa nel *petitum* e nella *causa petendi* della domanda (e cioè per una ragione più radicale rispetto a quella della necessità della forma scritta, anche in considerazione della presunzione di cui all'art. 1352 cod. civ.); tuttavia la diversa questione della possibilità di rinuncia, anche tacita, mediante comportamenti incompatibili, alla forma scritta convenzionale degli atti qui in esame (ordine di acquisto di titoli mobiliari) (cfr. anche Cass. 4539/2019), non risulta essere stata riproposta in appello da parte dell'istituto di credito appellato neanche ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ. e dunque la relativa doglianza, da trattare inscindibilmente con la questione prospettata nel secondo motivo, deve ritenersi nuova e dunque inammissibile in questo giudizio di legittimità.

3.1.2 Discorso diverso va fatto in relazione all'ulteriore questione, prospettata nel terzo motivo e sopra ricordata, della corretta interpretazione della previsione pattizia di cui all'art. 2 del contratto quadro ("la negoziazione di valori mobiliari, diversi dai titoli di Stato, o garantiti dallo Stato, quotati nei mercati regolamentati, potrà avvenire, fuori da detti mercati, soltanto a seguito dell'ordine preventivo impartito, per iscritto, dal cliente"), questione quest'ultima che, riguardando il rilievo di una nullità contrattuale, avrebbe potuto essere esaminata *ex officio* dal giudice di appello e dunque non abbisognava del rilievo di parte, ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ.

Ne consegue che, per tale ultima questione, risulta fondata la doglianza proposta dalla società ricorrente laddove evidenzia che l'affermazione del giudice di prime cure - richiamata nella sentenza di appello - secondo cui, per un verso, "gli ordini sono conferiti di norma per iscritto" e, per altro, dovrebbe "ravvisarsi la presunzione prevista dall'art. 1352 cod. civ. con conseguente nullità degli ordini per difetto della forma convenzionale" (pag. 13 della sentenza di appello che richiama pagg. 7 e 8 della sentenza di primo grado) - deve ritenersi, come sostenuto oggi dalla ricorrente, un mero *obiter dictum*, non necessario né funzionale alla decisione adottata, e non già un'autonoma *ratio decidendi* come tale suscettibile di passare in giudicato qualora non impugnata dalla parte a ciò interessata.

3.1.3 Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il giudicato interno può formarsi solo su di un capo autonomo di sentenza che risolva una questione avente una propria individualità ed autonomia, così da integrare una decisione del tutto indipendente; autonomia che invece non sussiste quando si tratti di una mera argomentazione, ossia della semplice esposizione di un'astratta tesi giuridica, pur se essa serva a risolvere questioni strumentali rispetto all'attribuzione del bene controverso. Conseguente che l'impugnazione della pronuncia di merito coinvolge necessariamente anche il ragionamento giuridico - esatto o errato che sia - che la sostiene, lasciando libero il giudice dell'impugnazione di confermare la decisione anche sulla base di una diversa motivazione in diritto (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 9628 del 02/10/1997; Sez. 3, Sentenza n. 6757 del 17/05/2001; Sez. 3, Sentenza n. 738 del 23/01/2002; Sez. 2, Sentenza n. 10527 del 03/07/2003; Sez. 3, Sentenza n. 17767 del 05/09/2005; Sez. 1, Sentenza n. 21092 del 28/10/2005).

3.1.4 Deve pertanto ritenersi erronea l'affermazione della Corte di appello secondo cui la "presunzione prevista dall'art. 1352 cod. civ. con la conseguente nullità degli ordini di acquisto per difetto di forma convenzionale" sarebbe stata oggetto di statuizione da parte del Tribunale e, non essendo stata impugnata dalla banca, avrebbe determinato il conseguente passaggio in giudicato della relativa interpretazione giudiziale, quanto agli effetti giuridici di cui all'art. 1352 cod. civ. e alla necessità della forma scritta *ad substantiam* degli ordini di acquisto per la previsione pattizia di cui agli artt. 1 e 2 del contratto quadro di negoziazione. E ciò limitatamente al profilo, quindi, dell'interpretazione del contenuto delle predette clausole negoziali che, prevedendo la necessità della forma scritta e dunque l'ipotesi di una nullità contrattuale, ben avrebbero potuto essere oggetto di rilievo officioso da parte della Corte di appello, anche senza necessità di una sua sollecitazione alla trattazione ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ. da parte della banca appellata.

Ne consegue l'accoglimento delle doglianze così prospettate limitatamente al denunciato profilo della mancata formazione di un giudicato interno in ordine alla questione dell'interpretazione del contenuto delle clausole di cui agli artt. 1 e 2 del contratto quadro, quanto alla necessità della forma scritta per gli

ordini di acquisto di titoli di Stato e alla conseguente applicazione della presunzione prevista dall'art. 1352 cod. civ., in relazione alle due negoziazioni censurate nei motivi qui in esame.

4. Con il quarto mezzo si denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, nn. 3 e 4, cod. proc. civ., vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 99 e 112 cod. proc. civ. con conseguente nullità della sentenza, sul rilievo che il provvedimento impugnato sarebbe incorso in un evidente vizio di ultrapetizione laddove, in accoglimento del terzo motivo di appello, avrebbe disquisito sulla clausola di inadeguatezza riportata nell'ordine di acquisto, già ritenuta valida dal primo giudice e invece ritenuta insufficiente dalla Corte di appello. Osserva la banca ricorrente che sia la motivazione del primo giudice che quella resa in grado di appello si sarebbero incentrate sull'accertamento della violazione dell'art. 29 Reg. Consob in tema di inadeguatezza delle operazioni mentre il Clementi mai avrebbe invocato, né in primo come in secondo grado, la violazione della predetta norma regolamentare.

4.1 Il motivo è infondato.

Va evidenziato che la Corte di appello, nell'accogliere il gravame riguardo alla compravendita del 19 luglio 2001, aveva ritenuto che la clausola negoziale sottoscritta dal Clementi – secondo cui “nonostante l'avvertenza che la suddetta disposizione non appaia a me/noi adeguata sono/siamo a richiedervi comunque l'esecuzione dell'operazione” – non costituisse adempimento agli obblighi informativi a carico della banca, così fondando la decisione sul disposto normativo dell'art. 21 TUF e dell'art. 28 Reg. Consob, *ratione temporis* applicabile.

A ciò va aggiunto che le censure, così prospettate dalla società ricorrente, tendono a confondere la questione dell'adeguatezza dell'investimento rispetto al profilo di rischio dell'investitore da quella (diversa e precedente) dell'esecuzione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario nei confronti dell'investitore cliente, obblighi che devono essere comunque assolti dall'intermediario anche al di là della valutazione dell'adeguatezza dell'investimento (Cass. 5250/2016; Cass. 22513/2021; Cass. 23520/2020).

Ne consegue che non è in alcun modo rintracciabile la denunciata ultrapetizione.

5. La ricorrente propone, inoltre, un quinto motivo con il quale declina, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., vizio di violazione e falsa applicazione dell'art. 342 cod. proc. civ., nella formulazione vigente *ratione temporis*, sul rilievo che la corte di appello avrebbe errato nel dichiarare inammissibile l'appello incidentale per genericità dello stesso.

5.2 Il motivo è infondato in quanto dalla stessa lettura del contenuto della comparsa di costituzione e risposta della banca, riportata virgolettata in relazione alla pag. 9, si evince la presentazione in grado di appello di una confutazione solo generica alla sentenza di primo grado in ordine all'accertamento dell'inadempimento agli obblighi informativi, senza l'indicazione di quali fossero gli *errores in iudicando* in cui sarebbe incorso il giudice di prime cure.

P.Q.M.

accoglie il secondo e terzo motivo di ricorso nei limiti di cui in motivazione; rigetta il primo, quarto e quinto motivo; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte di appello di Brescia che, in diversa composizione, deciderà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 17 giugno 2022