

Contro

██████████, in persona di procuratore speciale, rappr. e dif. dall'avv. ██████████ elett. dom. presso lo studio dell'avv. ██████████ in ██████████, come da procura in calce all'atto

-controricorrente -

per la cassazione della sentenza App. Venezia 4.11.2015, n. 2578 rep. 2449/2015 in R.G. 88/2012;

viste le memorie del ricorrente e 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. ██████████ in proprio ed anche per ██████████ ██████████, di cui è amministratore di sostegno, impugna la sentenza App. Venezia 4.11.2015, n. 2578 rep. 2449/2015 in R.G. 88/2012, che ha respinto il proprio appello avverso le sentenze Trib. Vicenza 22.9.2009, n. 1457, non definitiva e Trib. Vicenza 28.6.2011, n.922, definitiva, così rigettandone la domanda di nullità degli ordini di acquisto, effettuati dall'aprile del 1998 all'agosto del 2001, di obbligazioni Argentina, per le quali era stata avanzata la richiesta di risarcimento di un danno per 416.893,33 euro, pari al valore d'acquisto;

2. la corte ha premesso che: a) gli attori avevano invocato la nullità di sei operazioni d'acquisto per mancanza di un valido contratto scritto di negoziazione, lo specifico inadempimento della banca per due di esse in virtù di non consegna del documento su rischi e della violazione degli obblighi informativi secondo la disciplina Consob 1997-98, per inadeguatezza delle operazioni, la violazione delle norme sul conflitto d'interesse per difetto di autorizzazione del cliente all'agire della banca in nome proprio e per conto di

quello, la responsabilità solidale della banca per fatto del dipendente autore delle operazioni, la violazione del dovere di informazione sul declassamento del rating; b) in via subordinata, era proposta domanda di risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria, per le sei operazioni, con restituzione delle somme investite; c) la banca, opponendosi alla domanda, invocava il contratto-deposito titoli del 1992 e il contratto normativo del 1999, per la negoziazione di ordini su strumenti finanziari, chiedendo in via riconvenzionale la restituzione di quanto percepito sulla base di essi dagli investitori (cedole, rendite oltre che i titoli), così fissando il dare-avere tra le parti avendo riguardo a tutte le operazioni d'investimento, con ogni compensazione; d) analoga riconvenzionale in restituzione di quanto versato alla banca era allora proposta anche dagli attori; e) con una prima sentenza non definitiva, il tribunale negava che la nullità relativa invocata potesse pregiudicare l'applicazione delle altre regole sulla nullità del contratto quadro, per come estesa a tutte le altre operazioni, così dichiarandola con tale ampiezza relativamente alle operazioni confluite nel deposito titoli n. 782162, facendo difetto un valido contratto d'intermediazione finanziaria; f) con la sentenza definitiva, ricostruito il rapporto dare-avere come a debito finale a carico degli attori, costoro venivano condannati alla corrispondente restituzione per 133.120,34 euro oltre accessori, così detraendo dai versamenti di 1.856.287,78 euro, utilità percepite, frutti, valore dei titoli sul conto;

3. la corte ha ritenuto che: a) la domanda riconvenzionale della banca, volta alle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto di intermediazione finanziaria, era ammissibile, benché l'investitore avesse fatto valere la nullità solo di singole operazioni, in ragione del principio dell'art.36 c.p.c. sulla connessione oggettiva della domanda riconvenzionale con l'azione ed era altresì fondata, avendo la banca fatto valere, dall'accertamento della nullità del contratto per difetto di sua firma (accertamento non impugnato da alcuna delle parti), il proprio diritto alle restituzioni ex art.2033 c.c.; b) nessuna censura poteva essere ascritta all'operato del C.T.U. che, sul rifiuto degli attori-appellanti di fornire altri documenti, aveva ricostruito i rapporti con la

banca solo sulla base di quelli versati in atti, senza alcuna inversione dell'onere della prova a carico della banca e poi procedendo a valutazione del portafoglio titoli all'epoca del loro trasferimento presso altra banca, nel 2006 e senza che gli investitori lo avessero indotto a dubitarne, in ragione di altri valori; c) il saldo finale a debito non era nella sostanza errato, nonostante l'errore di imputazione di un addendo, stante l'invarianza della sottrazione effettuata dagli investimenti rispetto a quanto percepito; d) la detrazione delle cedole ricevute era dovuta in applicazione della regola di cui all'art.2033 c.c. sull'indebito oggettivo e la correlazione della buona fede dell'*accipiens* simmetrica a quella della banca, avendo entrambi confidato sulla validità del contratto; e) la domanda di indebito arricchimento della banca era inammissibile perché nuova; f) la pregiudizialità della nullità del contratto quadro, con le derivate restituzioni rendeva a sua volta "superflua la disamina dei profili risarcitori", mentre la compensazione delle rispettive poste tempo per tempo e fino alla domanda ha giustificato il diniego di interessi e rivalutazione monetaria;

4. il ricorso principale è su otto motivi; ad esso resiste con controricorso la banca; le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Considerato che:

1. il primo motivo contesta la "violazione dell'art.23 comma 3° d.lgs." [T.U.F] avendo errato la corte ove ha affermato essere la banca legittimata a proporre domanda riconvenzionale per la nullità di operazioni diverse da quelle impugnate dagli investitori, gli unici che possono far valere la nullità per inosservanza della forma scritta;

2. il secondo e terzo motivo censurano la violazione dell'art.2697 c.c., per come la corte ha consentito che le risultanze della C.T.U. supplissero al deficit di prova della banca rispetto alla propria domanda, specie con riguardo alla composizione del deposito titoli, di presunta formazione imputabile a soli acquisti intermediati dalla banca stessa e parimenti contestano, in violazione degli artt.61, 101 e 191 c.p.c., la stessa ammissibilità della C.T.U. per provare il credito della banca;

3. il quarto e quinto motivo censurano la sentenza per non avere considerato, in violazione degli artt.820, 1148 e 2033 c.c., il diritto degli investitori di buona fede a trattenere in ogni caso le cedole rimosse sul capitale da altri goduto, quali frutti civili, a fronte di uno stato soggettivo che ne impediva la restituzione;

4. con il sesto motivo si contesta la pronuncia ove ha affermato il diritto della banca alla restituzione dell'indebitato per cedole e plusvalenze, in violazione dell'art.2033 c.c., posto che i relativi pagamenti erano stati effettuati da un terzo emittente;

5. con il settimo motivo è denunciata omessa pronuncia sulla *reconventio reconventionis* e vizio di motivazione sulla responsabilità della banca per violazione di una norma imperativa;

6. con l'ottavo motivo si deduce la violazione degli artt. 1241, 1242, 1223 e 2033 c.c., avendo errato la sentenza ove ha disconosciuto la rivalutazione monetaria sul credito di valore, non correttamente compensato sin dal suo sorgere con un diverso debito di valuta;

7. il primo motivo è fondato; la fattispecie appare omologa rispetto ad altra su cui Cass. s.u. 28314/2019 hanno avuto modo di individuare il perimetro della legittimazione ad iniziativa processuale dell'intermediario finanziario a fronte della domanda di nullità protettiva esercitata dall'investitore in termini selettivi, cioè ove questi chieda accertarsi l'invalidità solo di alcune operazioni esattamente indicate; il citato precedente ha dunque affrontato la questione degli «*effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro*», risolvendo gli interrogativi sulla «*estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente ed, eventualmente, i limiti di tale estensione*», allorchè siano invocate «*conseguenze compensative e restitutorie che ne possono derivare ove trovino ingresso nel processo come eccezioni o domande riconvenzionali*»;

8. i punti di omologia con l'attuale vicenda sono invero i seguenti: a) nel giudizio di merito si è formato il giudicato sulla nullità del contratto quadro per difetto di forma, nella specie, di sottoscrizione da parte della banca; b) la sottoscrizione degli investitori, benché irrilevante ai fini dell'accertamento della nullità, in relazione al giudicato, assume decisività con riguardo alla ammissibilità delle diverse forme di tutela dell'intermediario quali reattive rispetto all'uso selettivo delle nullità di protezione invocato dagli investitori; c) il quadro normativo di riferimento, *ratione temporis*, concerne – con i rinvii di contenuto alle delibere Consob 1.7.1998, n.1522, art.28 e 30.9.1997, n.10943, art. 5 - l'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);

9. le Sezioni Unite hanno premesso il riconoscimento che *«la configurazione normativa e l'elaborazione giurisprudenziale relativa alle nullità di protezione ne evidenziano la vocazione funzionale, ancorché non esclusiva, alla correzione parziale del contratto, limitatamente alle parti che pregiudicano la parte contraente che in via esclusiva può farle valere»*, così decidendo di assumere, con riguardo al caso del contratto d'investimento finanziario, *«come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede, al fine di accertare se sia necessario alterare il regime giuridico peculiare di tale tipologia di nullità, sotto il profilo della legittimazione e degli effetti, per evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice»*; superando le tesi che ravvisano nell'azione volta a far dichiarare la nullità circoscritta di alcune sole operazioni un esempio di difetto di per sé della buona fede o che, all'opposto, impongono come unica via di delimitazione dei risultati della selettività la prova dell'aver agito l'investitore con preordinazione dolosa per recare danno alla controparte, viene così enunciato il principio compositivo per cui *«non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore*

corrispondente al petitum azionato»; per giungere così a «verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il petitum azionato in conseguenza della proposta azione di nullità»;

10. in tali ipotesi il mezzo processuale al quale è legittimato l'intermediario, coerente con l'unico intento compatibile con l'istituto, e cioè *«paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati», non è una contrapposta azione di nullità, bensì «l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso»; con tale mezzo è agevole accertarsi se un danno per l'investitore, anche considerando i frutti e i rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia determinato e, in caso positivo, «entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede»; appare dunque errato il riferimento codicistico alla *vis expansiva* dell'art.36 c.p.c., poiché la connessione oggettiva qualificata tra la nullità selettiva, azionata dall'investitore e la nullità radicale del contratto d'investimento, promossa dall'intermediario in via riconvenzionale come nella vicenda, frustrerebbe la *ratio* di tutela finale che comunque l'istituto di cui all'art.23 co.3 d.lgs. n.58/1998, in una lettura di coerenza costituzionale ai sensi degli artt.2, 3, 41 e 47 Cost., intende assicurare proprio circoscrivendo l'azione stessa al solo investitore; alla sua controparte, dunque, è normativamente precluso far accertare non solo in via autonoma (art.2033 c.c.), ma anche come iniziativa riconvenzionale, la nullità dell'intero contratto quadro ove l'effetto sia, anche solo potenzialmente, quello di giungere ad una pronuncia restitutoria per un debito a carico dell'investitore, cioè del soggetto che la norma intende proteggere, imponendo requisiti informativi specifici, una condotta di elevata ed adeguata informazione e, per quanto qui d'interesse, una forma contrattuale apposta a pena di nullità, anche in deroga agli artt.1421 e 1422 c.c.;*

11. ne deriva che se è vero che requisito della eccezione è che essa diviene opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, «*come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore*», la latitudine del suo oggetto ben potrà, a tal fine, inerire all'intera serie degli ordini discendenti dal medesimo contratto quadro o accordo o incarico generale e comunque estendersi a tutte le operazioni effettuate per il medesimo cliente e per le quali tutta la condotta d'intermediazione finanziaria invocata potrà esigere l'istruzione, nel processo, che conduca alla disamina dei risultati effettivi dell'investimento così complessivamente attuato; resta fermo tuttavia che, per i suoi limiti strutturali, anche il suo pieno fondamento, ove si pervenga ad uno scrutinio che escluda qualunque svantaggio economico per il cliente o addirittura ne sia provato il vantaggio, non potrà condurre ad alcuna conseguenza di invalidità o di inefficacia del titolo integrante il diritto dell'investitore a conservare le relative utilità; in questa delimitazione effettuale trova conferma il naturale perimetro di esercizio dell'eccezione, così dovendosi riconfigurare il contesto della difesa della banca e dunque il giudice di merito essendo chiamato ad esaminare – ancora sulla base delle indicazioni della pronuncia delle Sezioni Unite - se solo sia intervenuto «*un ingiustificato sacrificio economico a ... danno [dell'intermediario], alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro*»;

12. il secondo motivo è infondato, posto che la sentenza ha chiarito che le operazioni affidate al consulente, pur se limitate ai documenti prodotti dalle parti e, nella circostanza, con rifiuto dei ricorrenti di permettere l'acquisizione ulteriore rispetto agli ordini di acquisto oggetto di domanda di nullità, si sono comunque espletate sul rapporto di debito-credito proprio dell'intero contratto d'intermediazione finanziaria; né i ricorrenti, genericamente ipotizzando una potenziale affluenza di titoli da altro intermediario, hanno evidenziato un diverso, più selettivo, andamento del medesimo rapporto e del suo esito finale, per come desunto dagli estratti conto, in difetto di

elementi puntuali indicativi di valori di carico differenti in capo ad altro soggetto trasferitario del portafoglio;

13. il terzo motivo è inammissibile in quanto, oltre a porre una questione apparentemente nuova (laddove s'invoca l'omesso rilievo di una preclusione istruttoria a carico della banca, senza però riportare il contenuto della corrispondente difesa avanti al giudice di merito e la sua rituale rilevazione), finisce con il censurare, con mere critiche di merito, l'apprezzamento di fatto cui è giunta la corte d'appello (Cass. s.u. 8053/2014);

14. il quarto motivo è fondato, con assorbimento del quinto e del sesto, già per la stretta dipendenza dall'orientamento che sorregge l'accoglimento del primo motivo, come sopra riassunto, posto il diritto dell'investitore a trattenere, alla stregua di frutti civili percepiti in buona fede (condizione specificamente accertata per entrambe le parti, con riguardo al contratto quadro, pag.14), le cedole rimosse ai sensi dell'art.820 c.c. o 1148 c.c.; resta peraltro ferma l'indagine, che spetterà al giudice di merito, sulla portata dell'eccezione di buona fede siccome eventualmente ricompresa nell'azione riconvenzionale di nullità promossa dalla banca, dando corso al principio per cui *«nel caso in cui l'intermediario opponga l'eccezione di buona fede per evitare un uso oggettivamente distorsivo delle regole di legittimazione in tema di nullità protettive, al solo fine di paralizzare, in tutto o in parte, gli effetti restitutori conseguenti all'esperimento selettivo dell'azione di nullità da parte del cliente investitore, nei limiti della complessiva utilitas economica ritratta da quest'ultimo grazie all'esecuzione del contratto quadro affetto dalla nullità dal medesimo fatta valere, le cedole medio tempore rimosse dall'investitore non vengono in considerazione né come oggetto dell'indebito, né quali frutti civili ex art.820 e 2033 c.c., ma rilevano solo come limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore»* (Cass. 10505/2020);

15. il settimo motivo è inammissibile, con assorbimento dell'ottavo, laddove, censurando l'omissione di pronuncia sulla *reconventio reconventionis* restitutoria o risarcitoria, per un verso avversa in modo generico l'apprezzamento di superfluità di esame della questione

motivatamente condotto dalla corte d'appello (avendo la pronuncia investito sia la validità del contratto quadro che le restituzioni) e, per altro, non dà conto in modo adeguato della non novità della domanda stessa, per come introdotta già avanti al primo giudice (con esplicitazione del suo tenore relativo invece al richiamo nei motivi d'appello), dovendosi infine tenere conto dell'accoglimento del quarto motivo (in punto di restituzione delle cedole) e della apparente delimitazione del danno richiesto pari al controvalore proprio di tali frutti civili;

ne consegue che il ricorso va accolto quanto al primo e quarto motivo, con infondatezza del secondo, inammissibilità del terzo e del settimo, assorbimento dei restanti, cassazione e rinvio, nonché deferimento al giudice del rinvio anche della liquidazione delle spese del procedimento.

P.Q.M.

la Corte accoglie il ricorso quanto al primo e al quarto motivo, rigetta il secondo, dichiara inammissibili il terzo e il settimo, dichiara assorbiti i restanti; cassa e rinvia alla Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del procedimento.

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