

Civile Sent. Sez. 1 Num. 20251 Anno 2021

Presidente: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Relatore: MARULLI MARCO

Data pubblicazione: 15/07/2021

SENTENZA

sul ricorso [REDACTED] proposto da:

[REDACTED] in
persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore,
elettivamente domiciliate in [REDACTED] presso lo
studio dell'avvocato [REDACTED], che le rappresenta
e difende unitamente all'avvocato [REDACTED], giuste procure in
calce al ricorso

- ricorrenti -

contro

[REDACTED] elettivamente domiciliato in [REDACTED],
presso lo studio dell'avvocato [REDACTED], che lo rappresenta e
difende unitamente agli avvocati [REDACTED] e
[REDACTED] giusta procura in calce al controricorso

- controricorrente -

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

1578
2021

avverso la sentenza n. [REDACTED] della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il 14/04/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 9/04/2020 dal Cons. dott. Marco Marulli;

lette le conclusioni scritte ai sensi dell'art. 23, comma 8-*bis*, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, del P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. SGROI CARMELO che chiede che la Corte di Cassazione rigetti il ricorso in epigrafe; con le conseguenze di legge.

FATTI DI CAUSA

1. [REDACTED]
impugnano la sentenza in esergo con la quale la Corte d'Appello di Torino, respingendone il gravame, ha confermato la decisione di prima istanza che su ricorso di [REDACTED] aveva condannato entrambe in solido a ristorare il medesimo del danno patito in conseguenza dell'acquisto mediante la sottoscrizione di proposta contrattuale in data 9.6.2008, per il tramite della banca, di una polizza Unit Linked emessa dalla compagnia, operazione conclusa da costoro in conflitto di interessi ed in violazione degli obblighi informativi previsti dal TUF e dalla normativa di secondo livello.

Nel motivare il rigetto il giudice distrettuale, disattesa previamente l'eccezione inammissibilità dell'appello per conflitto di interesse dei difensori, ha ribadito i convincimenti già esternati dal giudice di prime cure. Sicché, sussistendo nella specie un'incontestata situazione di conflitto d'interessi, era dovere dell'intermediario, alla stregua degli obblighi informativi gravanti sul medesimo a mente degli artt. 21, comma 1-*bis* TUF e dell'art. 23, comma 3, Regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29.10.2007 nei testi vigenti all'epoca, astenersi dal dare corso all'operazione ove non avesse informato di ciò il cliente («l'intermediario ha ... l'obbligo

di informare il cliente del conflitto; se non lo fa, si deve astenere, obbligo che discende dall'interpretazione del dato testuale che richiede la necessaria informazione ai fini della decisione informata»); e, poiché nella specie detta segnalazione era intervenuta dopo la conclusione del contratto («è documentata la tardività di tale segnalazione – 24.6.2008 – perché intervenuta quando il contratto di polizza ormai perfezionatosi era in esecuzione – proposta del 9.6.2008, pagamento del premio in data 16.6.2008 ed accettazione da parte di [REDACTED] in data 24.6.2008 –»), ciò rendeva corretta la condanna di entrambe le convenute («corretta è poi la statuizione del giudice di prime cura circa la titolarità di [REDACTED] e [REDACTED] in relazione alla domanda risarcitoria derivante da violazione degli obblighi informativi, comprensivo di quello relativo al conflitto di interessi, in virtù del precetto contenuto nell'art. 25-*bis* TUF che testualmente al comma 1 recita "gli artt. 21 e 23 si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche e imprese di assicurazione"»), al risarcimento decretato in primo grado, sussistendo altresì il nesso causale («la S.C. ha stabilito che nella fattispecie del conflitto di interessi deve considerarsi irrilevante l'indagine sul nesso causale tra condotta e inadempimento»), nella misura ivi riconosciuta pari alla differenza tra il capitale investito e quello riscosso («il risarcimento del danno non deve essere limitato al c.d. "interesse negativo", ... ma si deve estendere alla totalità dei danni, valutati nel loro complesso, che risultino collegati da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto: rilevano in sostanza sia il danno emergente che il lucro cessante»).

Per la cassazione di detta sentenza le soccombenti si valgono cumulativamente di quattro motivi di ricorso, a cui la compagnia ne

aggiunge un quinto, motivi a cui replica con il controricorso il [REDACTED].

Chiamata in trattazione alla camera di consiglio del 10.7.2020 con ordinanza interlocutoria 22608/2020, all'esito della discussione in quella sede, la causa era rimessa all'odierna trattazione in pubblica udienza.

RAGIONI DELLA DECISIONE

2. Il ricorso – alla cui cognizione, salvo quanto si avrà occasione di dire riguardo al quinto motivo di ricorso, non osta la pregiudiziale opposta dal controricorrente in punto di conflitto di interessi tra le parti ricorrenti, che renderebbe nullo il rilascio della procura all'unico difensore costituitosi per entrambe, e ciò perché nei limiti enunciati in relazione al concreto rapporto esistente tra le parti (Cass., Sez. II, 22/01/2018, n. 1530) non è apprezzabile la pretesa situazione di conflitto ravvisandosi, per vero, tra le ricorrenti una sostanziale uniformità di intenti – allega, al primo motivo, un'inammissibile doglianza motivazionale – nella specie avente ad oggetto l'omesso esame di un fatto decisivo consistito nel non aver considerato se l'asserito conflitto di interessi fosse pregiudizievole per il cliente – soggiacendo invero la specie in esame all'applicazione, *ratione temporis*, dell'art. 348-ter, comma 5, cod. proc. civ. – la cui applicazione prescinde anche concettualmente dall'inammissibilità dell'appello – di guisa che deve ritenersi precluso il ricorso per cassazione, se come qui – e come pure riconoscono le stesse ricorrenti («la Corte d'Appello di Torino, al pari del giudice di primo grado, ha completamente omesso di indagare sul carattere pregiudizievole o meno del conflitto di interessi») – la sentenza d'appello confermi la decisione di primo grado.

3.1. Il secondo motivo argomenta la violazione dell'art. 23 del citato regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29 ottobre 2007, nel testo applicabile alla specie, che le ricorrenti spiegano, a confutazione dell'affermazione operata dal giudice d'appello circa il dovere dell'intermediario di astenersi dal dar corso all'esecuzione di operazioni in conflitto di interessi, rilevando che, poiché in tal senso si era orientata la Dir MiFID I (Dir. CEE 21 aprile 2004, n. 2004/39/CE) alla luce della quale sono state adottate le citate disposizioni regolamentari, «la disciplina di riferimento introdotta in attuazione delle direttive Mifid non prevede più alcun obbligo di astensione per l'intermediario che operi in conflitto di interessi».

3.2. L'assunto, fermo in principio che è da escludere che il legislatore europeo e, di seguito, quello nazionale possano aver pensato di liberalizzare totalmente le operazioni in conflitto di interessi – icasticamente il P.M. discorre al riguardo di «una sorta di franchigia dell'omissione informativa» – è frutto di un travisamento della richiamata realtà normativa.

L'art. 23 Reg. congiunto, nel testo applicabile alla specie, non ha affatto abdicato al principio "disclose or abstain" alla base della previgente disciplina del conflitto di interesse risultante dall'art. 27 Reg. Consob 1° luglio 1998, n. 11522, ma nel quadro di una riorganizzazione di essa fondata sul principio della prevenzione si è passati, quanto alla posizione dell'investitore, da un'impostazione basata sul principio del consenso espresso ad un'impostazione basata ora sul principio del consenso tacito.

In ragione dei mutamenti che attraversano senza sosta il mercato finanziario e che rendono il conflitto di interessi una dimensione potenzialmente presente in qualunque contrattazione finanziaria, l'intento dei riformatori si è infatti indirizzato in direzione di un'attualizzazione della relativa disciplina per mezzo principalmente

di un'accresciuta responsabilizzazione degli intermediari, chiamati, qui, come già più in generale previsto dall'art. 21, comma 1-*bis*, TUF, ad adottare «ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o tra clienti» (art. 23, comma 1) e a gestire «i conflitti di interessi anche adottando idonee misure organizzative ... da evitare che tali conflitti incidano negativamente sugli interessi dei clienti» (art. 23, comma 2); e ciò non senza, però, fare nel contempo salva l'avvertenza che «quando le misure adottate ai sensi dell'art. 2 non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, gli intermediari informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti affinché essi possano assumere una decisione informata sui servizi prestati, tenuto conto del contesto in cui le situazioni di conflitto si manifestano» (art. 23, comma 3).

Quest'ultima disposizione rafforza la convinzione che l'intermediario che intenda promuovere la conclusione di un'operazione in conflitto di interessi deve informarne previamente il cliente («gli intermediari informano chiaramente i clienti prima di agire per loro conto») e solo dopo averne ottenuto il consenso («possano assumere una decisione informata») l'operazione può avere seguito. E' vero, a questo riguardo, che la norma non ne fa cenno, ma la prestazione del consenso è implicitamente presupposta dalla circostanza che l'intermediario non può agire se non dopo aver posto il cliente nella condizione di prendere una decisione informata, che non può che essere perciò espressione di assenso da parte sua, dato che diversamente l'intermediario si troverebbe nella condizione di non potere portare a termine l'operazione. Il passaggio normativo rilevante sta piuttosto nel fatto non già che l'intermediario possa

prescindere dal consenso dell'investitore, ma che quel consenso che in precedenza doveva essere prestato in forma espressa oggi può essere manifestato anche per mezzo di un comportamento concludente, quale è da ravvisarsi nel fatto che l'investitore, debitamente notiziato della conflittualità dell'operazione, non si opponga ad essa e ne autorizzi così tacitamente la conclusione. Il che è, all'evidenza, cosa ben diversa da quella predicata dal motivo, persistendo in difetto di "disclosure" il dovere di "abstain" dell'intermediario, che non può infatti effettuare l'operazione in conflitto di interessi se non dopo aver informato il cliente ed avere da questo ottenuto, sia pure per effetto di un comportamento concludente, il consenso alla sua esecuzione.

4.1. Il terzo motivo di ricorso – che sfugge ad un preliminare rilievo di inammissibilità poiché oggetto della censura non è l'apprezzamento di fatto compiuto dal giudice d'appello, ma la *regula iuris* dal medesimo applicata – imputa all'impugnata decisione di aver ritenuto «la sussistenza *in re ipsa* del nesso causale tra inadempimento e danno, sebbene «la banca non avesse violato alcun obbligo di astensione atteso che la disciplina vigente in tema di conflitto di interessi non ne prevede», alla luce dei principi generali in materia di responsabilità da inadempimento «spettasse, dunque al sig. [REDACTED] provare la sussistenza del nesso causale» ed, una volta informato, costui non avesse esercitato «il diritto di recesso dal contratto».

4.2. Il motivo è infondato.

Esso riposa su un presupposto (l'insussistenza di un dovere di astensione da parte dell'intermediario in caso di conflitto di interessi) del tutto inveritiero come si è spiegato rigettando il secondo motivo di gravame, non avendo il legislatore – e, per esso, le autorità delegate all'adozione dei provvedimenti attuativi – con le disposizioni

regolanti la specie inteso disgiungere l'obbligo di trasparenza, che impone di informare il cliente che l'operazione avviene in conflitto di interessi, ed il dovere di astensione ove il cliente non sia posto in condizione di prendere una decisione informata, prestando il proprio consenso all'operazione. Sicché, come bene ha indicato il P.M. una volta «individuato l'oggetto della tutela che è la consapevole e compiuta informazione del cliente su ogni aspetto dell'operazione in strumenti finanziari, la violazione delle misure apprestate in quella direzione e delle regole poste per impedire il pericolo del pregiudizio definisce come tale la responsabilità del soggetto intermediario o collocatore a titolo omissivo».

Ciò del resto rispecchia un intendimento già enunciato da questa Corte in relazione alla fattispecie a suo tempo prevista dall'art. 27 Reg. Consob 11522/1998, che postulava, non diversamente del resto da quanto si è osservato in relazione alle disposizioni applicabili al caso di specie, l'obbligo dell'intermediario di astenersi dalle operazioni in conflitto di interessi se non debitamente autorizzate dall'investitori. In tali ipotesi si sosteneva, sottolineandosi segnatamente la peculiarità di essa rispetto alla violazione degli obblighi informativi più generalmente previsti a carico dell'intermediario, ove, come si è ricordato ancora di recente, la funzione dei medesimi di colmare l'asimmettria informativa tra le parti è foriera solo di una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio (Cass., Sez. I, 17/04/2020, n. 7905), «la violazione dell'obbligo giuridico di astensione a carico dell'intermediario esclude la necessità dell'accertamento del nesso causale, da ritenersi in "re ipsa"; invece nella differente ipotesi dell'inosservanza dell'obbligo di informazione attiva, specificamente prevista dall'art. 28, comma 2, del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, l'esistenza del nesso

causale andrà accertata in concreto, non potendosi escludere che l'investitore, una volta correttamente informato, avrebbe deciso di dar corso ugualmente all'investimento». Né vi è ragione di deflettere da siffatto indirizzo in considerazione dei visti mutamenti normativi, poiché come si è precisato, rigettando il secondo motivo di ricorso, il principio in virtù del quale le operazioni in conflitto di interessi non possono avere seguito senza il consenso dell'investitore non è stato accantonato, ma ha solo visto mutare il suo assetto, con la conseguenza che l'operazione posta in essere dall'intermediario in una situazione di conflitto di interessi del quale egli non abbia previamente informato l'investitore e rispetto al compimento della quale, sia pure nella vista forma del consenso tacito, egli non sia stato perciò autorizzato, qualora si riveli pregiudizievole, è fonte di indubbia responsabilità dell'intermediario, dato che solo l'adesione ad essa dell'investitore recide il nesso di causalità altrimenti sussistente tra la violazione dello specifico obbligo informativo a cui è tenuto l'intermediario nel dar corso ad un'operazione in conflitto di interessi e il danno che ne patisce l'investitore.

4.3. In questa ottica risulta, poi, del tutto inconferente, poiché relativo ad un *post factum* irrilevante sul piano dell'accertamento della responsabilità dell'intermediario – e di cui al più si sarebbe potuta apprezzare la concludenza se solo la questione fosse stata sollevata nei gradi di merito ai fini del contenimento del risarcimento del danno ex art. 1227, comma 2, cod. civ. –, è l'argomento del recesso.

5.1. Il quarto motivo di ricorso lamenta la violazione dell'art. 1223 cod. civ. perché la Corte d'Appello avrebbe ritenuto cristallizzato il danno, disponendo la sua liquidazione nella somma corrispondente alla differenza tra la somma versata all'atto dell'operazione e la somma rimborsata al [REDACTED], sebbene nella specie fosse mancata

qualsiasi cristallizzazione della minusvalenza e non si potesse perciò parlare di una perdita «in quanto il *quantum* dello stesso è allo stato del tutto indeterminato ed indeterminabile».

5.2. Il motivo è inammissibile.

La Corte d'Appello, nel confermare sul punto l'assunto del giudice di primo grado e nel ritenere quindi corretta la liquidazione del danno patito dal [REDACTED] nella differenza tra quanto investito e quanto riscosso, mostra di condividere il criterio più generalmente enunciato in materia da questa Corte, che ne raccomanda la parametrizzazione «in misura pari alla differenza tra il valore dei titoli al momento del relativo acquisto e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria» (Cass., Sez. I, 14/11/2018, n. 29353).

Nell'indirizzarsi in questa direzione essa ha dato forma ad un giudizio di valore che basandosi sull'apprezzamento di circostanze di fatto emerse nel corso della vicenda sostanzia un accertamento di merito non suscettibile di essere sindacato da parte questa Corte, tanto più considerando che la pretesa "potenzialità" del danno, eccepita dalle ricorrenti nel formulare il motivo, è tale non già in forza dei dati concreti disponibili al momento della decisione ma in ragione di ipotetici e non prevedibili rimborsi futuri, sicché, come ancora annota il PM, potenziale non è il danno liquidato dal decidente ma, potenziali sono semmai gli ulteriori rimborsi che l'investitore potrebbe essere deputato a ricevere in futuro.

6.1. Il quinto motivo di ricorso, che riguarda solo la compagnia, deduce un duplice errore di diritto in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello pronunciandone la solidale condanna con la banca. Da un lato, posto che la responsabilità solidale è configurabile solo in correlazione con la medesima prestazione, sarebbe, invero, «di palmare evidenza ... la diversità delle prestazioni» alle quali sono

obbligate la banca e la compagnia, la prima essendo «tenuta a fornire al cliente tutte le informazioni sull'investimento», la seconda rispondendo esclusivamente «per l'eventuale violazione delle obbligazioni assunte ed attinenti alla fase formativa ed esecutiva del contratto»; dall'altro si sarebbero ritenute applicabili alla compagnia le disposizioni in tema di conflitto di interessi quantunque esse «siano applicabili alle imprese di assicurazione solo quando esse distribuiscono direttamente prodotti finanziari ed assicurativi», mentre nella specie alla collocazione della polizza aveva provveduto la banca e solo su di essa gravavano perciò gli obblighi informativi a cui erano tenuti gli intermediari.

6.2. Il motivo è inammissibile.

Sciogliendo qui la riserva di cui si è fatto cenno nello scrutinare il primo motivo di ricorso occorre prendere atto del conflitto di interessi che per effetto del rassegnato motivo di ricorso si determina tra [REDACTED]

[REDACTED], giacché l'estraneità alla vicenda argomentata dalla prima rispetto alla seconda e da cui la prima intende prendere le distanze contestando, segnatamente, la solidarietà risarcitoria tra loro affermata nella pregressa fase di merito e separando perciò la propria posizione da quella della banca, rende inammissibile, come reiteratamente affermato da questa Corte, il conferimento di unico mandato difensivo ed inammissibile la costituzione in giudizio a mezzo dello stesso procuratore, per irriducibile contrasto con il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, valori costituzionalmente garantiti (Cass., Sez. VI-III, 20/01/2020, n. 1143; Cass., Sez. I, 25/09/2018, n. 22772; Cass., Sez. I, 23/03/2018, n. 7363).

Ne consegue che *in parte qua* il ricorso non può trovare alcun seguito. Né, in contrario, rileva l'asserzione circa l'intervenuta

rinuncia da parte della Compagnia al regresso nei confronti della Banca per il caso di conferma della condanna in solido di cui dà notizia la memoria agli atti, giacché non consta che la relativa volontà sia stata debitamente formalizzata nei modi previsti dalla legge.

7. Vanno dunque respinti i primi quattro motivi di ricorso, mentre va dichiarato inammissibile il quinto.

8. Le spese seguono la soccombenza.

Ove dovuto sussistono i presupposti per il raddoppio a carico del ricorrente del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

P.Q.M.

Respinge il primo, il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso; dichiara inammissibile il quinto motivo di ricorso; condanna le parti ricorrenti al pagamento in solido delle spese del presente giudizio che liquida in favore di parte resistente in euro [REDACTED] di cui euro [REDACTED] per esborsi, oltre al [REDACTED]% per spese generali ed accessori di legge.

Ai sensi ~~del~~ dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente, ove dovuto, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della I sezione civile il giorno 9.4.2021.

Si dà atto che la presente sentenza viene sottoscritta dal solo Presidente in applicazione delle disposizioni impartite dal Primo Presidente con decreto 40/2020 del 18.3.2020.