

Civile Ord. Sez. 1 Num. 42055 Anno 2021

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: AMATORE ROBERTO

Data pubblicazione: 30/12/2021

ORDINANZA

sul ricorso n. [REDACTED] r.g. proposto da:

[REDACTED] (cod. fisc. [REDACTED]), rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta in calce al ricorso, dall'Avvocato [REDACTED] [REDACTED], con cui elettivamente domicilia in [REDACTED] presso lo studio dell'Avvocato [REDACTED].

- **ricorrente** -

contro

[REDACTED] (cod. fisc. [REDACTED]), con sede in [REDACTED] alla [REDACTED] [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore* dott. [REDACTED], in qualità di cessionaria dei crediti della [REDACTED] rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta in calce al controricorso, dagli Avvocati [REDACTED] e [REDACTED], elettivamente domiciliata in [REDACTED], presso lo studio dell'Avvocato [REDACTED].

- **controricorrente** -

ORD
4489
2021



La corte del merito ha ritenuto, per quanto qui ancora di interesse, che la contestazione dell'appellante - in ordine al rigetto della domanda riconvenzionale proposta per l'illegittima gestione delle somme depositate sul conto corrente, senza, cioè, alcuna autorizzazione del cliente per la compravendita di titoli per cospicui importi - non fosse fondata, posto che, per un verso, l'autorizzazione per le operazioni di finanziamento in divisa estera non era stata neanche contestata dall'appellante e che, per altro, la documentazione versata in atti dimostrava che, dopo la consegna degli estratti conto e dell'elenco cronologico delle operazioni di compravendita titoli da parte della banca (cfr. lettera 6 febbraio 2002), non vi era stata alcuna significativa e pertinente reazione del correntista ovvero ancora una richiesta di esibizione del contratto quadro, del documento sui rischi generali, quanto piuttosto solo una richiesta di amichevole accordo; ha inoltre osservato che il contestato diniego di esibizione ex art. 210 cod. proc. civ. della documentazione bancaria attestante l'asserita *mala gestio* delle somme versate sul conto corrente non avrebbe potuto essere giustificata - come dedotto dall'appellante - dall'asserita distruzione della prova degli ordini né dalla violazione dell'art. 119 TUB sotto il profilo della mancata conservazione della documentazione per dieci anni, posto che *in primis* l'appellante avrebbe dovuto dimostrare che il contratto quadro aveva prescritto che gli ordini potessero essere impartiti esclusivamente in forma scritta e non anche in forma orale o telefonica e perché, in tal ultimo caso, avrebbe dovuto considerarsi legittima l'obiezione della banca secondo cui, stante le previsioni dell'art. 69 Reg. 11522/98, le registrazioni telefoniche degli ordini di acquisto o vendita erano state conservate dalla banca solo per un periodo di due anni a decorrere dalla loro registrazione.

2. La sentenza, pubblicata il 2.5.2016, è stata impugnata da [REDACTED] con ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo, cui [REDACTED] quale cessionaria del credito, ha resistito con controricorso.

La società controricorrente ha depositato memoria.



CONSIDERATO CHE

1. Con il primo ed unico motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione delle norme regolanti il riparto degli oneri della prova in relazione al rigetto della domanda risarcitoria avanzata in via riconvenzionale. Il ricorrente evidenzia che aveva provveduto a contestare la *mala gestio* dell'istituto di credito nelle operazioni di compravendita titoli per l'assenza di una sua espressa autorizzazione sia stragiudizialmente che nel corso dei due gradi di giudizio di merito e che tutte le perdite maturate sul conto corrente erano state determinate dalle predette operazioni su titoli e che aveva chiesto, in via istruttoria, l'ordine giudiziale di esibizione ex art. 210 c.pc. di tutta la documentazione afferente i rapporti negoziali intrattenuti con [REDACTED], comprese eventuali autorizzazioni ad acquisto e vendita titoli, con acquisizione anche di Ctu contabile volta ad accertare l'andamento di dare e avere tra le parti, e ciò dopo aver richiesto in via stragiudiziale alla banca tutta la predetta documentazione con lettera del 13.3.2007, documentazione che tuttavia veniva fornita dall'istituto di credito in modo incompleto ed insufficiente, senza l'indicazione di eventuali tracce documentali o registrazioni di autorizzazioni impartite dal cliente nelle operazioni di compravendita titoli. Osserva ancora il ricorrente che erronea avrebbe dovuto considerarsi l'affermazione dei giudici del merito secondo cui si sarebbe dovuto procurare la predetta documentazione tramite la richiesta prevista dall'art. 119 TUB. Sottolinea la ricorrente che, seguendo il ragionamento della corte di appello, si troverebbe nell'impossibilità di provare il diritto risarcitorio azionato in via riconvenzionale per la mancata dimostrazione dell'assenza di autorizzazione alle compravendite titoli e del conseguente danno subito, ciò integrando la violazione dell'art. 2697 cod. civ. in punto di ripartizione dell'onere della prova, dovendosi ritenere che, a fronte dell'allegazione da parte del cliente dell'inadempimento della banca agli obblighi di custodia, avrebbe dovuto essere la banca a provare il corretto adempimento delle sue obbligazioni, dimostrando l'esistenza delle necessarie autorizzazioni impartite dal cliente per l'acquisto dei titoli. Si

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



evidenzia ancora che, coordinando le due norme sopra ricordate di cui all'art. 119 TUB e 69 Reg. Consob, la banca avrebbe dovuto conservare la documentazione relativa alle registrazioni degli ordini di acquisto per ben dieci anni, dovendo ricadere sulla banca stessa le conseguenze della dispersione della detta documentazione trascorso il biennio dalla sua registrazione.

2. Il ricorso non è fondato.

2.1 Occorre *in primis* evidenziare che non è dato riscontrare alcuna violazione dei principi che regolano la ripartizione degli oneri probatori nella *subiecta materia*.

2.1.1 Sul punto è utile ricordare che, secondo la giurisprudenza espressa da questa Corte, la violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c., censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e non invece laddove oggetto di censura sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti (sindacabile, quest'ultima, in sede di legittimità, entro i ristretti limiti del "nuovo" art. 360 n. 5 c.p.c.: cfr. Sez. 3, Sentenza n. 13395 del 29/05/2018; v. anche: Sez. 3, Sentenza n. 15107 del 17/06/2013; Sez. 6-3, Ordinanza n. 18092 del 31/08/2020).

2.1.2 Ciò posto, risulta evidente che la corte di appello non ha in alcun modo addossato al cliente l'onere di dimostrare l'assenza delle necessarie autorizzazioni in relazione alle operazioni sui titoli, essendosi invece limitata, tramite un ragionamento tipicamente indiziario, ad evidenziare che - sulla base della documentazione esibita dalle parti - la mancata reazione del cliente ai ripetuti ed ingenti acquisti di titoli operati dal funzionario della banca, unitamente alla mancata richiesta del contratto quadro e alla timida richiesta di una composizione amichevole della controversia, faceva ritenere che le predette operazioni di compravendita di titoli fossero state debitamente autorizzate dal correntista.



2.1.3 Ogni ulteriore questione sulla legittimità o meno del diniego dell'ordine di esibizione ex art. 210 cod. proc. civ. risulta, poi, superata dalla considerazione che né gli ordini scritti, né le registrazioni telefoniche potevano essere oggetto di un ordine di esibizione, presupponendo quest'ultimo l'esistenza dei documenti cui dovrebbe riferirsi, mentre è pacifico in causa che essi nella specie non erano più in possesso della banca, essendo decorso il decennio di cui all'art. 119, ultimo comma, T.u.b., quanto ai documenti, e il biennio di cui all'art. 69 Reg. Consob 11522/1998, quanto alle registrazioni telefoniche.

2.1.4 Non essendo previsti requisiti di forma, nemmeno *ad probationem*, degli ordini di acquisto dei titoli (neppure la registrazione delle telefonate è da considerarsi tale, come chiarito da Cass. 612/2016, 3087/2018, mentre il giudice di merito ha accertato in fatto che neanche era stato dimostrato che il contratto quadro prevedesse requisiti di forma), risulta legittimo il ricorso alla prova (testimoniale o, come nella specie) presuntiva (ex artt. 2725 e 2729, secondo comma, cod. civ.), come concretamente operato dalla corte territoriale.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

Sussistono i presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso art.13 (Cass. Sez. Un. 23535 del 2019).

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro [REDACTED] per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore



importo a titolo di contributo unificato pari a quello, se dovuto, dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, il 5.11.2021