



Civile Ord. Sez. 1 Num. 17948 Anno 2020
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: IOFRIDA GIULIA
Data pubblicazione: 27/08/2020

sul ricorso 22746/2015 proposto da:

BANCA DELLE MARCHE spa in amministrazione straordinaria, in persona dei Commissari p.t., elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Santiago del Cile n. 8, presso lo studio dell'avvocato Marco Battaglia, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Gaeta, giusta procura speciale in calce al ricorso;

-ricorrente -

ord.
2363
2020

Contro

SCIPIONI SANDRO, MERRA STEFANIA e MERRA DOMENICO, elettivamente domiciliati in Roma, Via Sicilia n. 50, presso lo studio degli avvocati Leonardo Salvatori e Luigi Napolitano, che li rappresentano e difendono, giusta procura speciale a margine del controricorso;

-controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1656/2015 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 12/03/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23/07/2020 dal cons. IOFRIDA GIULIA.

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Roma, con sentenza n.1656/2015, depositata in data 12/3/2015, - in controversia promossa da Sandro Scipioni, Stefania Merra e Domenico Merra, nei confronti della Banca delle Marche spa, per sentire dichiarare la nullità degli acquisti di bond argentini, effettuati, tra il novembre 1998 ed il settembre 2000, per il tramite dell'istituto, ovvero, in via subordinata, il loro annullamento o comunque per sentire accertare l'inadempimento della banca agli obblighi stabiliti dalla normativa di settore, con condanna della convenuta alla restituzione integrale del capitale investito e/o al risarcimento dei danni, - ha riformato la decisione di primo grado, che aveva respinto le domande attrici.

I giudici d'appello hanno infatti accolto il gravame degli investitori, senza dichiarare risolti, per inadempimento dell'intermediaria, i contratti aventi ad oggetto l'acquisto dei bond argentini,



condannando la banca, accertato il di lei inadempimento agli obblighi informativi, al pagamento allo Scipioni di € 157.116,04, alla Merra di € 131.264,85 ed al Merra di € 52.348,57, somme tutte comprensive della rivalutazione monetaria alla data del 31/1/2015, nonché agli interessi nella misura del 2% dalla domanda al saldo.

La Corte territoriale, in particolare, ha rilevato che: a) la banca non aveva fornito alcuna prova sull'adempimento all'obbligo di informazione del cliente, non sull'esistenza di un rischio di *default* delle obbligazioni (verificatosi poi nel dicembre 2001), ma sulle caratteristiche dei titoli, essendo del tutto generiche le prove orali dalla stessa parte articolate in primo grado, non ammesse e di cui si chiedeva nuovamente, in appello, l'ammissione; b) risultava, in effetti, che, sin dal 1997, i bond argentini erano stati valutati con particolare attenzione dalle maggiori agenzie internazionali di rating, né gli investitori potevano ritenersi avvezzi a rischiosi investimenti, dimostrando il «*paniere*» dei titoli dagli stessi posseduti soltanto una propensione all'acquisto di titoli di società italiane od europee note e consolidate sul mercato (ad eccezione dello Scipioni, che aveva anche investito in titoli Russia); c) nella liquidazione del danno doveva detrarsi l'importo corrispondente al residuo valore dei titoli, ammontante, in via prudenziale, al 25% del loro valore nominale al momento dell'acquisto, e doveva riconoscersi anche sulle somme dovute dalla banca, prima della loro rivalutazione monetaria, il risarcimento del danno da lucro cessante, corrispondente alla mancata disponibilità degli importi investiti, da liquidarsi nella misura equa del 2%.

Avverso la suddetta pronuncia, la Banca delle Marche spa in amministrazione straordinaria propone ricorso per cassazione,

affidato a quattro motivi, nei confronti di Sandro Scipioni, Merra Stefania e Merra Domenico (che resistono con controricorso).

I controricorrenti hanno depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente lamenta: 1) con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt. 21-29 comma 3 d.lgs 58/1998 e 1455 c.c., denunciando che la Corte territoriale abbia operato una valutazione globale degli investimenti, quando invece gli stessi avrebbero dovuto essere valutati singolarmente con riferimento ai diversi periodi in cui gli ordini erano stati sottoscritti (tra il 1998 ed il 2000) ed ognuno in relazione alla propensione al rischio manifestata da ciascuno degli investitori (ad es., lo Scipioni era avvezzo ad investire in titoli azionari, obbligazionari ad alto rischio), senza ammettere, oltretutto, le prove orali articolate dalla banca o la consulenza tecnica d'ufficio richiesta, pur non sussistendo un obbligo in capo alla banca di recepire per iscritto le avvertenze fornite al cliente, nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso, ex art.360 n. 5 c.p.c.; 2) con il secondo motivo, la nullità della sentenza, ex art.360 nn. 3 e 4 c.p.c., per violazione degli artt.112 c.p.c. e 132 comma 2° c.p.c., stante l'omessa pronuncia (o la mancata motivazione per l'ipotesi in cui si ritenesse tale domanda implicitamente respinta dalla Corte d'appello) sulla richiesta, avanzata dalla banca in via subordinata, di detrazione, dall'importo da restituire, dell'ammontare delle cedole incassate dagli investitori (dal 1999 al 2001), maggiorate dagli interessi; 3) con il terzo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., dell'art.1123 c.c., nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo, ex art.360 n. 5



c.p.c., rappresentato dal residuo valore dei titoli da detrarre dal danno liquidato, stimato dalla Corte di merito «*in via prudenziale*» nel 25% del valore nominale dell'investimento anziché in quello ufficiale di mercato risultante dal bollettino ufficiale di quotazione dei titoli argentini al momento della decisione; 4) con il quarto motivo, la nullità della sentenza, per violazione dell'art.112 c.p.c., avendo la Corte di merito altresì liquidato, con vizio di ultrapetizione, un danno da lucro cessante o mancato guadagno, derivato da altro ipotetico investimento mai chiesto dagli attori in primo grado (essendo stata richiesta soltanto la restituzione delle somme investite e non rimborsate comprensive di rivalutazione ed interessi legali) e neppure dimostrato.

2. La prima censura è inammissibile.

La Corte d'appello ha ritenuto indimostrato da parte della banca l'adempimento dell'obbligo di informativa ai tre clienti al momento della sottoscrizione degli investimenti, ritenendo insufficienti le espressioni riportate nelle comunicazioni particolari agli investitori, apposte sugli ordini scritti («*titolo a rischio*», «*operazione eseguita fuori dai mercati regolamentati*»), ed inammissibili le prove testimoniali articolate dalla Banca, in comparsa di costituzione e risposta in primo grado e reiterate in appello (essendosi il giudizio di primo grado concluso in senso favorevole alla banca), in quanto le circostanze articolate risultavano del tutto generiche (in particolare, si legge in sentenza, la circostanza sub 3 - «*vero che i funzionari di Banca delle Marche rappresentarono ai sig.ri Merra e Scipioni la natura, i rischi e le implicazioni dell'operazione di investimento poi effettuata*» -risultava «*di fatto, priva di reale contenuto, limitandosi a replicare, in forma assertiva, la portata dell'obbligo posto a carico dell'intermediario senza nulla dire quali*



siano state, nella specie, le informazioni fornite e segnatamente quali fossero stati i rischi o le implicazioni rappresentati con riguardo all'acquisto dei bond argentini di cui si discute»), considerato, inoltre, che si trattava di titoli, già all'epoca dell'acquisto, inadatti ad investitori non professionali, quali gli appellanti, valutato il paniere dei titoli nel tempo acquistati dagli stessi (seppure lo Scipioni avesse investito anche in titoli Russia, investimento sul quale però non vi erano elementi per valutarne la rischiosità).

Ora la ricorrente lamenta sia la mancata puntuale valutazione in relazione ai diversi investimenti ed alla tipologia dei diversi investitori sia la mancata valutazione del contenuto della documentazione prodotta (essenzialmente, gli ordini di acquisto scritti, contenenti comunicazioni particolari agli investitori) sia la mancata ammissione delle prove orali articolate.

Le prime due doglianze sono inammissibili, avendo la Corte proceduto ad una valutazione del materiale probatorio in atti, per ciascuno dei singoli investitori, cosicché le stesse si risolvono in una inammissibile richiesta di nuova valutazione di merito.

L'ultima censura è inammissibile, del pari.

Vero che questa Corte, con consolidato orientamento, ha precisato (Cass. 14335/2019; Cass. 810/2016) che, nelle azioni di responsabilità per danni subiti dall'investitore, nelle quali occorre accertare se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione, il riparto dell'onere della prova si atteggia nel senso che l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento anche sulla base



di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, avrà l'onere di provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegare come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di aver agito con la specifica diligenza richiesta. Questa Corte (Cass. 19750/2017) ha poi da tempo chiarito che *«in tema di intermediazione finanziaria, la prova dell'assolvimento degli obblighi informativi incombenti sull'intermediario può essere data anche mediante deposizione testimoniale del funzionario della banca in quanto nessuna fonte, primaria o secondaria, richiede la prova scritta»*. Sempre questa Corte (Cass. 10112/2018) ha precisato che il dipendente dell'intermediario finanziario che ha dato corso all'operazione impugnata dall'investitore ha un interesse riflesso e di mero fatto all'esito della causa e non può pertanto essere ritenuto incapace a testimoniare.

Deve tuttavia rilevarsi, anzitutto, che la banca non ha proceduto all'onere di trascrivere nell'atto di impugnazione i relativi capitoli o di indicare le circostanze di fatto che formavano oggetto della disattesa istanza istruttoria, ai fini dell'autosufficienza del ricorso per cassazione (Cass. 13556/2006), e soltanto uno dei capitoli di prova orale, per interrogatorio formale e testi, è ritrascritto nel corpo della decisione impugnata.

Inoltre, il giudizio sulla superfluità o genericità della prova testimoniale è insindacabile in cassazione, involgendo una valutazione di fatto che può essere censurata soltanto se basata su erronei principi giuridici, ovvero su incongruenze di ordine logico (Cass. 18222/2004).

Sempre questa Corte (Cass. 8204/2018; Cass. 9748/2018) ha chiarito che la censura contenuta nel ricorso per cassazione relativa alla mancata ammissione della prova testimoniale è

inammissibile qualora con essa il ricorrente si duole della valutazione rimessa al giudice del merito, quale è quella di non pertinenza della denunciata mancata ammissione della prova orale rispetto ai fondamenti della decisione, senza allegare le ragioni che avrebbero dovuto indurre ad ammettere tale prova, né adempiere agli oneri di allegazione necessari a individuare la decisività del mezzo istruttorio richiesto e la tempestività e ritualità della relativa istanza di ammissione.

Ora, la doglianza si limita a confutare la motivata valutazione operata dalla Corte di merito in ordine alla genericità del capitolato di prova orale articolato dalla banca, non vertendosi in ipotesi di un mancato esame di fatto decisivo, nei limiti ora posti per il vizio motivazionale dall'art.360 n. 5 c.p.c..

3. La seconda e terza censura sono, invece, fondate.

La Corte d'appello, senza dichiarare risolti i singoli contratti di investimento, anche in difetto di domanda sul punto, ha condannato la banca, ritenuta inadempiente, alla restituzione, a ciascuno degli investitori, a titolo di risarcimento del danno, dell'intero capitale investito, abbattuto del 25% in considerazione del presumibile valore residuo dei titoli, determinato «*in via prudenziale*», maggiorato di rivalutazione ed interessi e di un ulteriore 2% a titolo di lucro cessante, conseguente alla mancata disponibilità di quegli importi, che verosimilmente sarebbero stati investiti con un rendimento non inferiore a quello garantito, all'epoca, dai titoli di stato.

Questa Corte (Cass. 2661/2019) ha precisato, di recente, che «*quando sia dichiarata la risoluzione del contratto d'investimento in valori mobiliari, si ingenerano tra le parti reciproci obblighi restitutori, dovendo l'intermediario restituire l'intero capitale*



investito, mentre l'investitore è obbligato alla restituzione del valore delle cedole corrisposte e dei titoli acquistati, secondo la disciplina di cui all'art. 2038 c.c.; i reciproci crediti vantati dalle parti, ove ne ricorrano i presupposti, possono compensarsi legalmente, ai sensi dell'art. 1243 c.c. ».

Già si era affermato (Cass. 6664/2018; Cass. 715/2018) che «*accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza*».

Invero, per il caso di accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento del contratto, proposta dall'investitore, il disposto dell'art. 1458 c.c. prevede il diritto alle reciproche restituzioni, alla stregua della disciplina del pagamento dell'indebito e previa domanda di parte: atteso che, in caso di risoluzione per inadempimento del vincolo contrattuale, il venir meno della *causa acquirendi* comporta l'obbligo di restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso, secondo le regole dell'indebito oggettivo, operando le regole comuni, dettate dagli artt. 2033 ss. c.c.. La restituzione del capitale investito, da un lato, e la restituzione delle cedole corrisposte nonché dei titoli,



dall'altro lato, costituiscono dunque l'oggetto delle reciproche obbligazioni derivanti dalla risoluzione del contratto.

Nella specie, tuttavia, non vi è stata pronuncia di risoluzione, ma solo condanna al risarcimento del danno.

Occorreva fare quindi applicazione del criterio che questa Corte ha individuato con riferimento all'ipotesi di obbligazione risarcitoria da illecito aquiliano.

Questa Corte (Cass. 16088/2018; Cass. 12248/2013) ha statuito che *«la corretta applicazione del criterio generale della "compensatio lucri cum damno" postula che, quando unico è il fatto illecito generatore del lucro e del danno, nella quantificazione del risarcimento si tenga conto anche di tutti i vantaggi nel contempo derivati al danneggiato, perché il risarcimento è finalizzato a sollevare dalle conseguenze pregiudizievoli dell'altrui condotta e non a consentire una ingiustificata locupletazione del soggetto danneggiato»* (in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che aveva correttamente quantificato il danno, conseguente all'acquisto di obbligazioni argentine, in misura pari al capitale investito, sottraendo da tale importo il valore delle cedole rimosse ed il controvalore dei titoli concambiati, considerati un arricchimento derivante dal medesimo fatto illecito).

Invero, nella prestazione del servizio di negoziazione di titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, il danno risarcibile consiste nell'essere stato posto a carico di detto cliente un rischio, che presumibilmente egli non si sarebbe accollato, e tale danno può essere liquidato *«in misura pari alla differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto*

e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria, solo se non risulti che, dopo l'acquisto, ma già prima della proposizione di detta domanda, il cliente, avendo avuto la possibilità con l'uso dell'ordinaria diligenza di rendersi autonomamente conto della rischiosità dei titoli acquistati, né sussistendo impedimenti giuridici o di fatto al disinvestimento, li abbia, tuttavia, conservati nel proprio patrimonio: nel qual caso, il risarcimento deve essere commisurato alla diminuzione del valore dei titoli tra il momento dell'acquisto e quello in cui l'investitore si è reso conto, o avrebbe potuto rendersi conto, del loro livello di rischiosità» (Cass. 29864/2011; Cass. 28810/2013; Cass. 30902/2017; Cass. 10286/2018; Cass. 29353/2018).

Come rilevato, poi, in altro precedente di questa Corte, n. 12926/2018, al fine di accertare l'eventuale debito residuo dell'intermediario ed il suo ammontare, il giudice deve procedere alla comparazione tra grandezze economiche rese omogenee in termini di valore reale. A tal fine può: a) esprimere in moneta attuale tutti i valori, rivalutando dall'epoca del fatto la somma equivalente all'entità del danno e dall'epoca del versamento quella riscossa per la vendita dei titoli; b) ricondurre quest'ultimo importo al valore che, in termini di espressione monetaria, avrebbe avuto all'epoca del fatto produttivo del danno, rivalutando poi la differenza tra le due somme da comparare; c) rivalutare l'importo originariamente equivalente al danno sino all'epoca della vendita dei titoli, raffrontare i valori a quella data e rivalutare la differenza da tale data all'attualità; d) rapportare il valore monetario del prezzo di vendita e del danno a una data intermedia e quindi effettuare il calcolo tra il dare e l'avere.



In definitiva, tuttavia l'ammontare delle cedole riscosse ed il valore residuo dei titoli, al valore ufficiale di quotazione all'epoca della decisione, non sulla base di un valore del tutto ipotetico e privo di puntuali riferimenti, che, in difetto di pronuncia di risoluzione con gli obblighi restitutori conseguenti, rimanevano in possesso degli investitori, andavano comunque calcolati, ai fini della liquidazione del danno dovuto.

4. La quarta censura è assorbita.

5. Per tutto quanto sopra esposto, in accoglimento dei motivi secondo e terzo del ricorso (inammissibile il primo ed assorbito il quarto), va cassata la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione. Il giudice del rinvio provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo ed il terzo motivo del ricorso, inammissibile il primo ed assorbito il quarto, cassa la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, anche in ordine alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 23 luglio 2020.

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE



Il Presidente