Civile Ord. Sez. 1 Num. 6664 Anno 2018
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: NAZZICONE LOREDANA
Data pubblicazione: 16/03/2018

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sul ricorso [redacted] proposto da:

[redacted], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in [redacted] presso lo studio dell'avvocato [redacted] che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato [redacted], giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

[redacted], quale erede di [redacted] e [redacted], elettivamente domiciliato in [redacted] presso lo studio dell'avvocato [redacted], che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

contro

CRD.
284
2018

[redacted];

- intimati -

avverso la sentenza n. 1/2014 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 07/01/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 08/02/2018 dal cons. NAZZICONE LOREDANA.

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Sondrio con sentenza del 17 giugno 2008 dichiarò la nullità del contratto di negoziazione, concluso in data 25 agosto 2000 tra [redacted] ed il [redacted], nonché degli ordini di acquisto in titoli azionari indicati nel ricorso introduttivo del giudizio, dichiarando altresì inammissibile la domanda relativa ad ulteriori operazioni, proposta tardivamente dall'attore, ed interamente compensati i rispettivi crediti.

La Corte d'appello di Milano con sentenza del 7 gennaio 2014, in parziale riforma della decisione impugnata, ha condannato il [redacted] (ora s.p.a.) a restituire agli appellanti la somma di € 125.995,38, escludendo qualunque compensazione con i crediti restitutori vantati dalla banca.

Ha ritenuto la corte territoriale, per quanto ancora rileva, che il contratto quadro è nullo, posto che la firma su di esso apposta non è riferibile ad [redacted] come accertato mediante consulenza grafica; non è fondata l'*exceptio doli*, sollevata dalla banca in relazione a duplice abuso del diritto, per avere il cliente ingenerato, eseguendo il contratto per oltre sette anni, l'affidamento circa il riconoscimento della piena validità ed efficacia del contratto quadro, mentre è in facoltà del cliente compiere un uso c.d. selettivo dell'azione di nullità, con riguardo ai soli investimenti non andati a buon fine; non è fondata l'eccezione di compensazione, proposta dalla

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

banca con riguardo ai risultati economici positivi realizzati dall'attore nel periodo grazie alle plusvalenze delle operazioni finanziarie, i quali non costituiscono un credito dell'intermediario, né si applica in materia di ripetizione dell'indebito il principio della *compensatio lucri cum damno*, tipico delle sole azioni di responsabilità.

Avverso questa sentenza propone ricorso parte soccombente, affidato a sei motivi ed illustrato da memoria.

Resiste [redacted] con controricorso, mentre gli altri intimati non svolgono difese.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – I motivi del ricorso censurano la sentenza impugnata per:

1) omessa pronuncia sulla configurabilità di una convalida tacita del contratto quadro, ai sensi dell'art. 1444, comma 2, c.c., posto che l'istituto è applicabile anche alla fattispecie della nullità relativa *ex* art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, la cui *ratio* ispiratrice è affine piuttosto al vizio di annullabilità: come dimostra il fatto che tutela solo una delle parti del rapporto, unica legittimata all'azione, senza alcuna possibilità di rilievo d'ufficio, e, se non sia fatta valere, l'intermediario è vincolato agli obblighi contrattuali assunti, perché il contratto resta pienamente valido e idoneo a produrre effetti giuridici sino all'eventuale esercizio del rimedio in esame; mentre la condotta tenuta dall'investitore nel corso del rapporto, come accertata nei due gradi di merito, integra espressione inequivoca della sua volontà di volersi giovare degli effetti del contratto quadro;

2) ove non si riconosca il vizio di omessa pronuncia, violazione e falsa applicazione degli artt. 12 preleggi, 1444, comma 2, c.c., 23, commi 1 e 3, d.lgs. n. 58 del 1998, per non avere la corte d'appello rilevato l'esistenza della convalida tacita del contratto;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

3) omessa pronuncia sulla sollevata *exceptio doli generalis*, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., in ragione della condotta tenuta dall'investitore, il quale ha posto in essere una serie di comportamenti idonei ad ingenerare nella banca il pieno affidamento sia sul riconoscimento della piena validità ed efficacia del contratto, sia sulla volontà di effettuare e mantenere gli investimenti finanziari, di cui poi ha invece contestato la nullità, pur dovendo ben sapere se la sua sottoscrizione fosse autentica: infatti, la corte del merito ha valutato solo la diversa eccezione di abuso del processo, per aver fatto il cliente un uso selettivo dell'azione di nullità; pertanto, questa Corte potrà rilevare l'abuso del diritto, rigettando di conseguenza le domande proposte;

4) ove non si riconosca il vizio di omessa pronuncia che precede, violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1375 c.c., 23, commi 1 e 3, d.lgs. n. 58 del 1998, per non avere la corte d'appello rilevato l'esistenza di una condotta violativa degli obblighi di correttezza e buona fede, non potendo trasformarsi la nullità relativa in questione, dettata a tutela del singolo investitore, in uno strumento per trasferire opportunisticamente sull'intermediario l'esito negativo di uno o più investimenti, inducendo l'uso selettivo della nullità una pericolosa incertezza nei mercati;

5) violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione alla domanda di compensazione delle pretese creditorie, per avere la sentenza impugnata da un lato respinto un'eccezione mai proposta (la *compensatio lucri cum damno*) e dall'altro omesso di statuire sull'eccezione di compensazione con le somme dovute alla banca *ex* art. 2033 c.c., con riguardo agli importi conseguiti dall'attore nello stesso periodo;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

6) in subordine, violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 2033, 2037, 2038 c.c., e 23 d.lgs. n. 58 del 1998, perché quest'ultima norma attribuisce al cliente il diritto di far valere la nullità del contratto quadro, non dei singoli acquisti o vendite di strumenti finanziari, e dalla nullità del contratto quadro deriva che divengono indebite tutte le prestazioni eseguite: quindi, la consegna della provvista; il trasferimento dei titoli, con diritto alla riconsegna o al loro controvalore; le somme pagate al cliente, a titolo di plusvalenza azionaria o rendimento cedolare obbligazionario (in tal caso, in quanto, se è vero che questi utili provengono dalla vendita effettuata sul mercato o dall'ente emittente, tuttavia se gli strumenti finanziari fossero rimasti nella disponibilità della banca, solo questa ne avrebbe beneficiato); ciò, dovendo intendersi il principio dispositivo *ex* art. 23 cit. come facoltà della parte di adire o no il giudice, ma non anche di selezionare gli effetti che derivano dalla sua scelta, mentre l'azione di ripetizione dell'indebito è retta dalle regole generali.

2. – Il primo ed il secondo motivo, da trattare congiuntamente in quanto strettamente connessi, vertendo entrambi sulla obliterata o disattesa eccezione di convalida del contratto quadro, sono infondati, anche se al riguardo occorre correggere la motivazione della decisione impugnata.

Invero, è fondato l'assunto della controricorrente circa la tardività dell'eccezione *ex* art. 1444 c.c., sollevata per la prima volta dalla banca con la memoria del 18 maggio 2012 depositata nel giudizio di appello.

Questa Corte ha già avuto modo di enunciare il principio, che ora si intende ribadire, secondo cui il giudice non può rilevare *ex officio* l'intervenuta convalida tacita del contratto annullabile, formando essa

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'oggetto di un'eccezione di merito in senso stretto (cfr. Cass. 8 marzo 2017, n. 5794, in ipotesi di proposizione dell'eccezione di convalida per la prima volta con l'atto d'appello).

Invero, secondo il meccanismo della norma, la convalida implica una rinunzia a far valere i vizi che affliggono il contratto e richiede, alla stregua dell'art. 1444, comma 1, c.c., che il contraente compia un atto contenente la menzione del contratto, del motivo di annullabilità e la dichiarazione che s'intende convalidarlo; ovvero, a norma del comma 2, che il contraente, al quale spetta l'azione, dia volontariamente esecuzione al contratto, conoscendo il motivo di annullabilità: in entrambi i casi, dovendo l'intenzione di convalidare l'atto da parte del rinunziante essere inequivocabilmente manifestata.

La convalida del negozio annullabile, pertanto, non costituisce l'effetto automatico di una previsione di legge, ma va ricondotta, anche nell'ipotesi tacita, ad una manifestazione di volontà della parte, da accertare di volta in volta, come diretta a valutare la conformità dell'assetto programmato al proprio interesse reale, in funzione del quale è, appunto, conferito il potere di convalida.

Dal punto di vista processuale, se ne trae che l'eccezione di intervenuta convalida del negozio si configura non come una mera difesa o una eccezione in senso lato, bensì quale eccezione di merito in senso stretto e non rilevabile d'ufficio.

Ne deriva che il giudice d'appello avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'eccezione di convalida, onde sul punto occorre integrare la relativa motivazione, ai sensi dell'art. 384, comma 4, c.p.c.: ed invero, alla luce dei principî di economia processuale e della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 2, Cost., una volta verificata l'omessa pronuncia su di un'eccezione nuova formulata in appello, la corte di cassazione può omettere la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

cassazione con rinvio della sentenza impugnata ed esaminare la questione della inammissibilità di quell'eccezione nuova, essendo in tal caso del tutto superfluo ed inefficiente il ritorno della causa in fase di merito, posto che quell'eccezione non potrebbe mai essere esaminata nel fondo (cfr. Cass., sez. un., 2 febbraio 2017, n. 2731; Cass. 27 dicembre 2013, n. 28663; Cass. 11 aprile 2012, n. 5729).

3. – Il terzo motivo è infondato.

La decisione impugnata non è incorsa del denunziato vizio di omessa pronuncia, avendo al contrario la stessa disatteso l'*exceptio doli*, espressamente considerata accanto a quella limitrofa, cui pure ha dedicato maggiore spazio, di uso selettivo della nullità: ed invero, sia pure con sintetica motivazione, la corte del merito ha affermato essere state le operazioni «*eseguite in buona fede*».

In tal modo la corte del merito ha operato un accertamento in fatto circa la condotta di buona fede dell'investitore, non più sindacabile innanzi al giudice di legittimità.

A ciò si aggiunga che la ricorrente neppure espone di avere a suo tempo allegato la conoscenza della nullità in capo al cliente, allorché pose in essere le varie operazioni finanziarie, ed il dolo del suo agire. Mentre essa avrebbe dovuto dedurre in questa sede, nel rispetto dell'art. 366 c.p.c., di avere allegato tempestivamente, nel giudizio di merito, le circostanze da cui risultasse il dolo o la mala fede della controparte, per essere stata a conoscenza della invalidità del negozio e, ciononostante, avere inteso danneggiare l'altra parte proseguendo in operazioni finanziarie anche altamente rischiose; mentre, al contrario, la odierna parte resistente ha puntualizzato come le operazioni per cui è causa furono addirittura concluse senza nessun contratto quadro ed in epoca anteriore alla stessa conclusione del contratto di investimento del 2000, rivelatosi a firma apocrifa.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

4. – Il quarto motivo è inammissibile.

Nella vicenda in esame, il tribunale, con decisione confermata in appello, ha dichiarato la nullità del contratto quadro, perché la firma apposta dall'investitore è risultata apocrifa.

Poiché dall'accertamento della nullità ed inefficacia del contratto quadro deriva l'applicazione degli artt. 2033 ss. c.c., come di seguito esposto, la ricorrente non ha interesse alla valutazione della liceità di una condotta del cliente, qualora egli invochi la nullità solo di talune operazioni finanziarie, la quale concerne un profilo astratto irrilevante per la soluzione della controversia: dovendo, infatti, l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c. essere apprezzato in relazione all'utilità concreta derivabile alla parte, quale interesse identificabile nella possibilità di conseguire una concreta utilità o un risultato giuridicamente apprezzabile, e non già di un mero interesse astratto a una più corretta soluzione di una questione giuridica (Cass. 11 marzo 2014, n. 5581; Cass. 10 aprile 2012, n. 5656; Cass. 25 giugno 2010, n. 15353; Cass. 23 dicembre 2009, n. 27151).

5. – Il quinto motivo è infondato, non essendo la decisione impugnata incorsa del denunziato vizio di omessa pronuncia: invero, la corte d'appello, lungi dal trascurare di rispondere all'eccezione proposta della banca, l'ha diversamente qualificata, reputando inconferente nella vicenda il richiamo all'istituto della compensazione e, dunque, qualificando la pretesa come *exceptio* di *compensatio lucri cum damno*: dunque, per ciò stesso esaminata, con conseguente rigetto del motivo proposto per violazione dell'art. 112 c.p.c.

6. – Il sesto motivo è fondato, nei limiti di seguito esposti.

6.1. – Esso pone la seguente questione di diritto: se la banca, una volta caducato il contratto quadro, sia titolare del diritto di credito alla ripetizione dell'indebito, onde possa eccepire il medesimo – ed, in

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

particolare, nell'ambito dell'odierno *thema decidendum*, i crediti pecuniari restitutori – in compensazione con il credito restitutorio vantato dal cliente.

Al quesito, la corte del merito ha dato risposta negativa, affermando che la banca non può opporre in compensazione «*le plusvalenze realizzate dall'investitore in altre operazioni finanziarie effettuate nel periodo oggetto di causa*» e che «*i ricavi ottenuti dall'attore non costituiscono un credito dell'intermediario*» (p. 11 della decisione impugnata).

Nella specie non si parla, occorre evidenziare, della restituzione dei titoli quali *res* (per i quali non opera la compensazione), ma unicamente dei guadagni conseguiti dall'investitore, sia negli investimenti per cui è causa, sia in altri, pur sempre retti dal medesimo contratto quadro ormai caducato.

6.2. – Occorre rilevare, quanto all'oggetto del presente giudizio, che fu dichiarata in primo grado, con statuizione confermata in appello, la nullità del contratto quadro e di taluni ordini.

La declaratoria di nullità ha dunque colpito il contatto quadro a monte, nonché, a valle, alcune concrete operazioni finanziarie, in quanto si è arrestata agli «*ordini di acquisto dei titoli azionari indicati nel ricorso introduttivo del 13 giugno 2007*», riassunti dalla sentenza d'appello in quelli del 15 settembre 1999, 16 settembre 1999, 29 febbraio 2000, 8 marzo 2000, 8 maggio 2000, 6 giugno 2000, 4 luglio 2000, 15 febbraio 2002. Mentre è stata dichiarata inammissibile in primo grado, con statuizione confermata in sede di impugnazione, la domanda di nullità di ulteriori ordini sino al controvalore di € 1.851.437,50, in quanto tardiva: restando, dunque, limitato l'oggetto del presente giudizio ai titoli originariamente acquistati per il controvalore complessivo di € 125.995,38.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Se la domanda attorea è stata circoscritta in questi limiti, nondimeno non è precluso alla banca di sollevare l'eccezione di compensazione, con riguardo all'intero suo credito restitutorio, che le deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo.

Al riguardo è stata, invero, dichiarata inammissibile la domanda nuova, con pronuncia sulla quale si è formato il giudicato interno; ma non l'eccezione di compensazione, formulata per l'intero e che non trova limitazioni in forza della prima pronuncia: ben potendo il soggetto, convenuto con una domanda di pagamento, eccepire il proprio maggior credito, fermo restando che, in concreto, l'eccezione potrà valere a paralizzare la pretesa altrui solo sino alla reciproca concorrenza (cfr. art. 1241 c.c.: «*i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti*»).

Occorre, dunque, enunciare il seguente principio di diritto: «*In tema di giudizi aventi ad oggetto rapporti di intermediazione finanziaria, ove sia stata dichiarata la nullità del contratto quadro su domanda dell'investitore non è precluso all'intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che le deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo*».

6.3. – Una volta che sia privo di effetti il contratto di intermediazione finanziaria destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro), in quanto esso sia dichiarato nullo, annullato, risolto o altrimenti caducato, operano le regole comuni dettate dagli artt. 2033 ss. c.c., non altrimenti derogate.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

La disciplina del pagamento dell'indebito è invero richiamata dall'art. 1422 c.c.: accertata la mancanza di una *causa adquirendi* – in caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, o in presenza di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; la pronuncia del giudice, avente portata estintiva del contratto, è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del *solvens* di restituzione della prestazione rimasta senza causa (cfr. Cass. 6 giugno 2017, n. 14013; Cass. 3 giugno 2016, n. 11490; Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956; Cass. 15 aprile 2010, n. 9052; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27334; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1252).

Né la legittimazione all'azione di nullità, riservata all'investitore *ex* art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, impedisce la restituzione reciproca dell'indebito ricevuto: ponendosi la legittimazione all'azione e le conseguenze ripristinatorie dell'azione medesima, qualora esercitata, su piani diversi, che l'investitore può vagliare al momento della proposizione della domanda, perseguendo la sua massima convenienza.

Neppure è di ostacolo la natura giuridica dei singoli ordini, che questa Corte ormai ritiene negozi giuridici autonomi, ma collegati al contratto normativo di investimento. Se, invero, come ormai si afferma (Cass. 23 maggio 2017, n. 12937; Cass. 9 agosto 2016, n. 16820; Cass. 27 aprile 2016, n. 8394; Cass. 6 novembre 2014, n. 23717), può sì predicarsi anche la caducazione del singolo ordine, tipicamente mediante l'azione di risoluzione per inadempimento, ma anche di altre azioni caducatorie, e se ciò lascia in tal caso

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sopravvivere il contratto quadro e la sua idoneità a fondare l'efficacia degli altri ordini, resta tuttavia che, quando, come nella specie, sia stata dichiarata dal giudice del merito la nullità per difetto di sottoscrizione da parte del cliente del contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi d'investimento, anche i successivi ordini, pur qualora non indicati dal cliente, ne restano travolti (cfr. già Cass. 11 aprile 2016, n. 7068; onde non rileva il precedente di Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, che attiene all'azione proposta solo con riguardo a taluni ordini).

Secondo le norme sull'indebito, le restituzioni non seguono automaticamente alla caducazione del contratto, ma esigono la domanda di parte. Essendo, inoltre, entrambe le parti titolari del diritto alla restituzione dell'indebito, i reciproci crediti, ove esistano versamenti eseguiti in esecuzione del contratto, potranno compensarsi legalmente, ai sensi dell'art. 1243 c.c.

Le reciproche restituzioni riguarderanno, quindi, anzitutto le somme investite ed i titoli consegnati; in secondo luogo, applicandosi le predette norme sull'indebito oggettivo, i dividendi e le cedole, costituenti frutti civili, dal giorno della percezione, se l'*accipiens* è in mala fede, o dal giorno della domanda, se in buona fede; qualora, poi, i titoli siano stati nel frattempo rivenduti a terzi, in applicazione dell'art. 2038 c.c. è dovuta la restituzione del corrispettivo conseguito o, in caso di vendita in mala fede, del valore equivalente.

L'onere di allegare, e di dimostrare, la sussistenza degli elementi costitutivi del controcredito opposto in compensazione grava sulla parte che abbia sollevato l'eccezione, secondo le regole generali. Quanto all'elemento soggettivo, nella specie, come esposto, la corte del merito ha ritenuto la buona fede dell'investitore, e sul punto vi è giudicato interno.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

6.5. – In conclusione, al riguardo deve essere enunciato il seguente principio di diritto: «*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*».

7. – La sentenza impugnata va pertanto cassata, in accoglimento del sesto motivo del ricorso, e la causa rinviata alla Corte d'appello di Milano, che provvederà, in diversa composizione, a statuire sull'eccezione di compensazione alla stregua dei principî enunciati, secondo le allegazioni e le prove già in atti, nonché al regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il sesto motivo del ricorso, dichiarato inammissibile il quarto e respinti gli altri; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, innanzi alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'8 febbraio 2018.

Il Presidente

(Francesco Antonio Genovese)

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE

Corte di Cassazione - copia non ufficiale