

Civile Sent. Sez. 1 Num. 17943 Anno 2016

Presidente: GIANCOLA MARIA CRISTINA

Relatore: DI MARZIO MAURO

Data pubblicazione: 13/09/2016

SENTENZA

sul ricorso 27845-2011 proposto da:

2016

1118

RICORSO,

- ricorrenti -

contro

avverso la sentenza n. 1123/2010 della CORTE D'APPELLO
di BOLOGNA, depositata il 01/10/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 01/06/2016 dal Consigliere Dott. MAURO DI
MARZIO;

udito, per i ricorrenti, l'Avvocato _____ che
ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. LUCIO CAPASSO che ha concluso per il
rigetto dei primi tre motivi del ricorso. Accoglimento
dei restanti motivi eccetto l'ottavo e il sedicesimo
che restano assorbiti.

Lu
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§ 1. - I

hanno convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Forlì la I

chiedendo dichiararsi la nullità ovvero annullarsi ovvero dichiararsi l'inefficacia ovvero dichiararsi risolti, con le pronunce consequenziali, i contratti denominati MyWay e 4You che essi avevano stipulato con le convenute.

§ 2. - Nel contraddittorio con queste ultime, che hanno resistito alla domanda, il Tribunale adito, dopo aver pronunciato su un'eccezione di difetto di legittimazione passiva che più non rileva, ha dichiarato la nullità dei contratti MyWay perché mancanti dell'indicazione della facoltà di recesso ed ha per contro rigettato tutte le domande aventi ad oggetto i contratti 4YOU, disattendendo altresì ogni reciproca domanda restitutoria e compensando le spese di lite.

§ 3. - Proposto appello dalla

S.p.A., cui gli originari attori hanno resistito, esso, per quanto rileva, è stato accolto dalla Corte d'appello di Bologna con sentenza del 1° ottobre 2010, con conseguente rigetto integrale della domanda inizialmente proposta e con compensazione di spese.

Ha in breve ritenuto la Corte d'appello, contrariamente a quanto affermato dagli originari attori:

-) che i contratti fossero stati stipulati nel rispetto del necessario requisito di forma scritta;

-) che fossero stati rispettati gli obblighi informativi gravanti sull'intermediario finanziario;

-) che i contratti non dovessero contenere la clausola sul diritto di ripensamento ai sensi dell'articolo 30 del Tuf sia perché non conclusi fuori sede, sia perché detta clausola era in effetti contenuta non solo nei contratti 4YOU, ma anche in quelli MyWay, sebbene in un allegato concernente non l'intera pattuizione ma l'acquisto di quote di fondi di investimento;

-) che i contratti recassero un oggetto determinato, non fossero viziati da nullità né da inefficacia per contrasto con gli articoli 1469 *bis* e seguenti c.c., né da errore o dolo;

-) che i contratti davano atto del conflitto di interessi a carico dell'intermediario.

§ 4. - Per la cassazione della sentenza

proposto ricorso affidato a 16 motivi illustrati da memoria.

La ha resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§ 5. - Il ricorso contiene i seguenti 16 motivi.

1) Il primo motivo denuncia: «*Violazione o falsa applicazione degli articoli 23 e 24, comma 1, lettera a, Tuif, 30 regolamento Consob numero 11.522/1998, 117 decreto legislativo 1° settembre 1993, numero 385 Tub, 2722 c.c. e comunque omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio e ciò*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

in relazione alla forma contrattuale come risultante dalle effettive vicende di formazione del contratto».

Il motivo concerne in breve asseriti vizi di forma del contratto, il cui frontespizio sarebbe stato riempito dall'intermediario, e che sarebbe stato sottoscritto solo ~~da~~ all'ultima pagina.

2) Il secondo motivo denuncia: «*Violazione o falsa applicazione dell'articolo 2702 c.c. in relazione al riempimento delle schede clienti*».

La doglianza si sofferma sul diniego di ammissione di una prova testimoniale dedotta nella fase di merito concernent~~e~~ il riempimento dei moduli contrattuali.

3) Il terzo motivo denuncia: «*Violazione o falsa applicazione dell'articolo 23, comma 6, decreto legislativo 58/1998. Onere probatorio*».

Si sostiene, in estrema sintesi, che la Corte territoriale avrebbe violato la regola che pone a carico dell'intermediario finanziario ~~la~~ prova di aver agito con la diligenza professionale richiesta.

4) Il quarto motivo denuncia: «*Violazione o falsa applicazione dell'articolo 30, comma 6 e 7, Tuif, 2697 e 2729 c.c., 245, comma 2, c.p.c.*».

in relazione alla prova del contratto "fuori sede"».

Il motivo ^{ha}ad oggetto la presenza della clausola di ripensamento nei contratti in discorso e la sua validità.

5) Il quinto motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione dell'articolo 30, comma 6 e 7, Tuif in merito alla nozione di "collocamento" e dell'articolo 112 c.p.c. per vizio di ultrapetizione».

Il motivo si collega al precedente e si riferisce ancora al diritto di recesso.

6) Il sesto motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione dell'articolo 30, comma 6 e 7, Tuif e 2702 c.c. in relazione alla sottoscrizione della "proposta di adesione"».

Anche tale motivo è puntato essenzialmente sul tema del diritto di ripensamento.

7) Il settimo motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione degli articoli 1418, comma 1, c.c., 21 e seguenti Tuif, 26 e seguenti regolamento Consob numero 11.522/1998, 11 legge 262 e 2005, 99 c.p.c., in relazione alla valutazione dei vizi in termini di responsabilità risoluzione anziché di nullità per violazione di norme imperative».

Il motivo ripropone l'eccezione di nullità dei contratti sotto diversi profili, ponendo in discussione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la violazione dei doveri di comportamento a carico dell'intermediario finanziario determina responsabilità precontrattuale o contrattuale ma non nullità del contratto d'intermediazione finanziaria.

8) L'ottavo motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione degli articoli 1176 c.c., 21, comma 1, e 23 Tuif, 26, comma 1, 27 comma 1 e 3, 28 comma 1 e 2, 29 comma 1, 32, comma 3, regolamento Consob numero 11.522/1998, in relazione all'obbligo di diligenza dell'intermediario finanziario».

Il motivo si sofferma sull'osservanza della diligenza professionale da parte dell'intermediario finanziario.

9) Il nono motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione degli articoli 1176, 1373, 1469 bis, ter, quater, quinquies, c.c. in relazione alla tutela del consumatore e comunque omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa il fatto decisivo dell'evidente squilibrio a carico del consumatore».

Il motivo pone in evidenza sotto diversi aspetti lo squilibrio della pattuizione.

10) Il decimo motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione degli articoli 1, comma 2, lettera, legge 281/1998, 21, comma 1, 23, 28 Tuif, 96, comma 3, regolamento Consob numero 11.522/1998, 1469 quater c.c. e comunque omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa il fatto decisivo dell'evidente "intrasparenza" del contratto».

Il motivo denuncia l'errore commesso dalla Corte territoriale nel non avvedersi dell'opacità del contratto, la quale mirava in buona sostanza a nascondere la pressoché certa impossibilità per l'investitore di realizzare alcun guadagno a fronte del guadagno certo in capo alla banca.

11) L'undicesimo motivo denuncia: «Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa l'inadeguatezza delle informazioni sui piani finanziari e in particolare sui titoli».

Il motivo ha ad oggetto la violazione degli obblighi informativi gravanti sull'investitore.

12) Il dodicesimo motivo denuncia: «Violazione o falsa applicazione dell'articolo 21, comma 1, Tuif e 27 regolamento Consob, e


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

comunque omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa l'inadeguatezza delle informazioni sul conflitto di interessi».

Anche il dodicesimo motivo concerne la violazione degli obblighi informativi.

13) Il tredicesimo motivo denuncia: «Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa lo squilibrio determinato dall' "intrasparenza"».

Il ricorrente si sofferma qui nuovamente sullo squilibrio contrattuale collegato all'opacità della pattuizione.

14) Il quattordicesimo motivo denuncia: «Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa la clausola di recesso».

Il motivo si sofferma sulla conformazione della clausola di recesso e sulle conseguenze di esso.

15) Il quindicesimo motivo denuncia: «Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa i profili tecnici dello squilibrio».

Vengono esaminati qui alcune ricadute economiche della complessa operazione posta in essere mediante il contratto.

lu
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

16) Il sedicesimo motivo denuncia: «Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa l'annullabilità per vizi del consenso».

Il motivo concerne l'annullabilità dei contratti per vizio del consenso.

§ 6. – Il ricorso va accolto nei limiti che seguono.

§ 6.1. – I primi tre motivi, che per il loro collegamento possono essere simultaneamente esaminati, vanno respinti.

Correttamente la Corte d'appello ha osservato (pagina 18 della sentenza impugnata) che gli stessi attori-appellanti avevano prodotto copia integrale dei contratti da ciascuno di essi sottoscritti, ivi compreso il frontespizio, nei quali si dava atto della ricezione anche di «un esemplare del presente contratto», con conseguente inammissibilità delle prove testimoniali dirette a dimostrare il contrario, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2722 c.c., tanto più che nessuna norma proibiva il completamento dei moduli contrattuali ad opera dell'intermediario finanziario, neppure essendo stato dedotto e


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

tantomeno dimostrato il riempimento *sine o contra pacta*.

Né è richiamato a proposito, nel terzo motivo, il dettato dell'articolo 23, sesto comma, del Tuf, secondo cui nei giudizi di risarcimento dei danni proposti dagli investitori grava sull'intermediario l'obbligo di provare di aver agito usando la specifica diligenza, dal momento che la Corte di merito, lungi dall'addossare agli investitori un onere probatorio non loro, ha semplicemente ritenuto che l'intermediario avesse osservato l'onere probatorio su di esso incombente.

§ 6.2. - Gli altri motivi, fatta eccezione per l'ottavo ed il sedicesimo, vanno accolti nel senso che segue.

Questa Corte si è espressa in diverse pronunce sui prodotti finanziari MyWay e 4YOU.

È stato affermato che: «Il contratto "MyWay" non è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., perché la struttura negoziale (che prevede l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del

lur
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

finanziamento) pone l'alea della operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate ad un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, laddove invece la banca consegue vantaggi certi e garantiti. Né il rischio dell'inadempimento del risparmiatore può farsi rientrare nell'alea contrattuale, così incidendo nel meccanismo funzionale del rapporto, atteso che l'interesse al corretto adempimento del proprio debitore è circostanza comune ad ogni contratto» (Cass. 10 novembre 2015, n. 22950; il principio è stato ribadito da Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949; analoga decisione è stata adottata nella sentenza recentemente pronunciata in causa R.G.n.29395/2011).

La non meritevolezza di tutela, ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, c.c., è stata altresì affermata, sulla base di argomenti in parte diversi, anche con riguardo all'analogo prodotto 4You (Cass. 30 settembre 2015, n. 19559).

A detto orientamento la Corte intende dare continuità, evidenziando altresì come nella specie, i ricorrenti abbiano con i motivi spiegati - pur senza richiamare il secondo

W
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

comma dell'articolo 1322 c.c. - evidentemente posto, come avevano già fatto nelle fasi di merito, la questione della meritevolezza della causa del negozio, con conseguente esclusione del collegamento al contratto atipico in questione di ogni concreto effetto giuridico, e quindi con l'inefficacia della specifica autoregolamentazione negoziale intercorsa tra le parti, secondo il dettato dell'articolo 1322, secondo comma, c.c..

Ed infatti, l'insieme delle doglianze, ivi comprese quelle concernenti la violazione di obblighi informativi previsti dalla disciplina del Tuf e la globale opacità della pattuizione, mira nel complesso a denunciare proprio la grave iniquità della pattuizione, tale da comportare la collocazione di ogni rischio a carico dell'investitore, ed in particolare (i virgolettati che seguono sono tratti dal ricorso per cassazione) *«lo squilibrio dato dagli enormi vantaggi della Banca, a fronte dell'ingentissimo rischio accollato agli aderenti, i quali avevano prospettive di guadagno ridotte veramente ai minimi termini ed a circostanze del tutto eccezionali»* (nono motivo), nonché la circostanza che i ricorrenti fossero convinti di *«concludere un piano*

lu

presentato come previdenziale» (decimo motivo), mentre esso era congegnato in modo talmente non trasparente – non trasparenza strumentale alla realizzazione di un programma negoziale per l'appunto gravemente squilibrato – da impedire la percezione dell'effettivo coefficiente di rischio.

I ricorrenti hanno in tale prospettiva posto l'accento sulla circostanza che «l'unitarietà funzionale della complessa fattispecie contrattuale era stata spacciata dalle banche convenute, nella pubblicità e nella promozione ... non già come investimento speculativo ... bensì come piano previdenziale tout court» (quindicesimo motivo); ed hanno sottolineato «l'ampio margine di guadagno che la banca conseguiva da tale operazione ... a totale insaputa dell'investitore che non era in alcun modo in grado di valutarne l'equità». In sintesi, secondo i ricorrenti: «l'unica certezza di lucro ... sono i guadagni che per commissioni e per sovrapprezzi nelle varie componenti del prodotto complesso che conseguiva la banca; mentre, dal lato del sottoscrittore, "l'analisi del rendimento dei piani finanziari MyWay e 4YOU mostra due prodotti finanziari strutturalmente in perdita

lv
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sin dal primo anno di sottoscrizione del contratto" ... Per cui di seguito il CTU conclude che "il prodotto in questione non può ... essere considerato equo"». Il piano in discorso «assicurava in partenza una sicura perdita ed anche nel complesso una perdita assai probabile», mentre «la banca guadagna una prima volta sul "finanziamento" concesso ..., una seconda volta... nell'operazione di acquisto dei prodotti... una terza volta sulle commissioni, una quarta volta, eventualmente, sull'estinzione anticipata del mutuo. Viceversa il cliente ... in una situazione di mercato non eccezionalmente brillante è destinato a perdere sempre, così come è destinato a perdere ancor più nel caso in cui intende recedere anticipatamente» (ancora quindicesimo motivo).

Insomma, non v'è dubbio che i motivi in discorso, complessivamente esaminati, pur nella loro pletoricità e nonostante la sovrapposizione di diversi piani di doglianza, pongono senz'altro la questione dell'alea dell'operazione, tutta collocata esclusivamente in capo al risparmiatore, il quale, nell'assumere l'obbligo di restituire l'importo conseguito a mutuo ad un saggio

Len

d'interesse tutt'altro che tenue, non ha una sicura prospettiva di lucro, mentre la banca consegue vantaggi sostanzialmente certi e garantiti: nel che si riassume la valutazione di meritevolezza compiuta da questa Corte in ordine ai contratti in esame.

Ne discende che il rilievo in questa sede dell'immeritevolezza si fonda sulla complessiva disamina delle doglianze spiegate dai ricorrenti e, pertanto, non è operato officiosamente - il che sarebbe peraltro ben possibile, rifluendo l'immeritevolezza in illiceità per difetto di causa -, sicché non ricorre l'esigenza di stimolare preventivamente il contraddittorio sul punto, anche in sede di legittimità, secondo il principio stabilito da Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

§ 6.3. - L'ottavo ed il sedicesimo motivo sono assorbiti.

§ 7. - A tanto consegue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio al Giudice del merito, che si atterrà ai principi dianzi esposti, ed al quale va rimessa anche la


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

regolamentazione delle spese del presente grado di giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

accoglie il quarto, quinto, settimo, nono, decimo, undicesimo, dodicesimo, tredicesimo, quattordicesimo e quindicesimo motivo nei sensi indicati in motivazione, respinti i primi tre, assorbiti l'ottavo e il sedicesimo, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia anche per le spese alla Corte d'appello di Bologna in diversa composizione.

Così deciso in Roma il 1° giugno 2016.