

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GENOVESE Francesco A. - Presidente -

Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -

Dott. MARULLI Marco - rel. Consigliere -

Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere -

Dott. CAIAZZO Rosario - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 10995/2013 proposto da:

D.I.M., elettivamente domiciliato in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n.99, presso lo studio dell'avvocato Iacobucci Berardino, rappresentato e difeso dall'avvocato Arnese Aurelio, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a.;

- intimata -

e contro

Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., che ha incorporato Banca Antonveneta S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Federico Confalonieri n.5, presso lo studio dell'avvocato Manzi Luigi, rappresentata e difesa dall'avvocato Trabucchi Giuseppe, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

D.I.M., elettivamente domiciliato in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n.99, presso lo studio dell'avvocato Iacobucci Bernardino, rappresentato e difeso dall'avvocato Arnese Aurelio, giusta procura a margine del ricorso;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 676/2012 della CORTE D'APPELLO di LECCE SEZIONE DISTACCATA di TARANTO, depositata il 10/12/2012;

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

### Svolgimento del processo

1.1. Con sentenza n. 676 del 10.12.2012 la Corte d'Appello di Taranto ha rigettato gli appelli di entrambe le parti avverso la decisione che in primo grado, in accoglimento della domanda proposta da D.I.M., aveva condannato la Banca Antonveneta a restituire al medesimo le somme percepite a fronte di operazioni di investimento poste in essere per suo conto tra il 2000 ed il 2003 in difetto di un pregresso contratto quadro, disponendo altresì che da esse fossero detratti i dividendi nel frattempo corrisposti all'attore.

1.2. La Corte tarantina, così provvedendo, ha primamente respinto l'appello incidentale della banca - che si era doluta della dichiarata nullità delle singole operazioni, della contrarietà a buona fede dell'iniziativa processuale dell'attore e della denegata sanatoria della nullità del contratto quadro per effetto del comportamento del medesimo - sull'assunto che, "risultando incontrovertibile la mancanza del c.d. contratto quadro redatto per iscritto D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 23, e art. 30 Delibera Consob 11522/1998", la nullità del medesimo per difetto di forma si propaga ai singoli negozi di investimento e ne preclude l'efficacia, che la nullità così determinatasi non è sanabile per il contrario dettato dell'art. 1423 c.c., e che non ricorrevano inoltre nella specie le condizioni per dare ingresso all'exceptio doli excepta dall'appellante.

Rigettando, parimenti, l'appello principale del D. - che aveva, a sua volta, lamentato l'erroneità della compensazione disposta nella specie dal giudice di primo grado - la Corte ha osservato che la riscossione di somme a titolo di dividendi viene curata dalla banca in forza di un contratto di deposito di titoli in amministrazione, onde è corretto reputare che la banca, in esecuzione del contratto di commissione in essere tra le parti, sia legittimata ad ottenere la restituzione dell'importo accreditato al cliente a tale titolo.

1.3. Avverso la citata decisione promuovono odierno ricorso, in via principale, il D. con cinque motivi ed in via incidentale la banca con quattro motivi.

Entrambe le parti resistono reciprocamente ai rispettivi atti di gravame con controricorso.

Memoria della banca ex art. 380 bis c.p.c., comma 1.

Motivi della decisione



2. E' logicamente prioritario l'esame del ricorso incidentale, atteso che avendo esso ad oggetto nelle sue varie sfaccettature la declaratoria di nullità delle singole operazioni di investimento impugnate dal D. - a cui ha provveduto il giudice di prime cure con sentenza confermata da quello d'appello - la fondatezza di esso - ed anche per vero di uno solo dei motivi che lo corroborano - in quanto inteso a confutare la legittimità della predetta declaratoria, porterebbe ad affermare che i negozi sottesi alla esecuzione di ciascuna delle operazioni contestate risultano validamente formati, con l'ovvia conseguenza che, venendo perciò meno ogni obbligo restitutorio, diversamente sotteso all'accoglimento della domanda di nullità, non vi sarebbe ragione di domandarsi se, come postulato dal ricorso principale, il giudice d'appello abbia correttamente regolato o no il riflesso tema delle reciproche partite creditorie tra le parti in applicazione del principio di compensazione.

3.1.1. Ciò detto, e muovendo dunque dal ricorso incidentale - che non incorre nella preclusione eccepita dal controricorrente, in quanto le questioni sollevate con il terzo ed il quarto motivo sono lungi dal trovare stabile soluzione nella giurisprudenza di questa Corte e, comunque, la loro illustrazione ne sollecita la rimeditazione il primo motivo di esso pone l'interrogativo se l'azione di nullità promossa nella specie dal D. possa in ragione del contegno serbato dalla parte, che operi una selezione tra le singole operazioni, facendo valere la nullità solo in relazione a quelle svantaggiose, configurarsi come volontaria rinuncia all'azione di nullità.

3.1.2. Il secondo ed il terzo motivo del ricorso incidentale pongono parimenti al centro della discussione il contegno del D. in pendenza del rapporto intrattenuto con la banca e deducono l'omesso esame di esso da parte del giudicante d'appello ovvero l'omessa illustrazione delle ragioni di tale mancata considerazione, ancorchè si fosse documentato che il D. avesse posto in essere, in base al contratto di cui avrebbe lamentato la nullità per vizio di forma, numerosissime operazioni di investimento, limitando le proprie contestazioni solo a quelle in perdita, e ciò in palese violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto che avrebbero reso legittimo, contrariamente a quanto deciso dal decidente d'appello, paralizzarne le relative pretese per mezzo dell'exceptio doli.

3.1.3. Il quarto motivo lamenta, infine, la contrarietà dell'impugnata decisione nella parte in cui essa ha escluso la sanabilità delle operazioni di investimento oggetto di recriminazione per il divieto sancito dall'art. 1423 c.c., chiedendo se in considerazione della riserva da esso prevista per il caso che la legge disponga diversamente, e stante la natura relativa della nullità stabilita dal D.Lgs. 28 febbraio 1998, n. 58, art. 23, il fatto che il D. abbia per anni pacificamente operato i propri investimenti nel mercato mobiliare in base ad un contratto nullo non debba intendersi quale comportamento inteso alla sua convalida.

3.2. Come è reso palese dalla loro sintetica ricognizione tutti i sopradetti motivi di ricorso mettono capo ad un comune tema di diritto originato dall'inosservanza dell'obbligo di forma previsto dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art.23, per la stipulazione dei contratti di investimento mobiliare, intendendo sollecitare questa Corte a prendere posizione - e, meglio sarebbe dire a riprendere posizione, giacchè in entrambi i casi non mancano pregressi pronunciamenti di essa (Cass., Sez. 1<sup>a</sup>, 27/04/2016, n. 8395 e, parzialmente, ancorchè non massimata sul punto, Cass., Sez. I, 24/03/2016, n. 5919) - in ordine ad un duplice quesito che segue alla declaratoria di nullità del suddetto contratto che non sia stipulato per iscritto, consistente nel chiedersi se sia contrario al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e legittimi perciò l'opposizione dell'eccezione di dolo generale "l'uso selettivo della nullità", a cui l'investitore si determini allorchè faccia valere la nullità del contratto quadro solo in relazione a talune delle operazioni di investimento da lui concluse (in genere, quelle in perdita) e, nel contempo, se per effetto di una consuetudine di lungo



periodo, tradottasi nel procedere a reiterate operazioni di investimento pur in difetto di un valido contratto sottostante, non sia ravvisabile un tacito comportamento di assenso dell'investitore, tale che si possa argomentare la rinuncia da parte sua a far valere in prosieguo la preesistente causa di nullità ovvero l'intervenuta sanatoria di essa.

3.3. Si tratta di questioni che sono da tempo al centro del dibattito in materia, in cui temi specifici della contrattazione finanziaria incrociano, non senza qualche tensione, temi più generali del diritto delle obbligazioni (regime delle nullità di protezione, sanabilità del negozio "nullo", opponibilità delle eccezioni di correttezza e buona fede, ecc.) e su cui, come detto, la Corte non ha fatto già mancare il suo apporto, dando, tuttavia, vita - segnatamente, con riguardo alla questione dell'"uso selettivo della nullità" - a soluzioni giudicate non sempre soddisfacenti, tanto da giustificare l'investitura per la loro soluzione delle SS.UU. a cui questa Sezione ha provveduto con le note ordinanze 27/05/2017 nn. 12388, 12389 e 12390. Peraltro neppure in quella sede gli interrogativi devoluti all'organo della nomofilachia dalle citate ordinanze hanno potuto ricevere risposta, avendo le SS.UU. nelle sentenze pronunciate il 18/01/2018, nn. 1200 e 1201 e 23/01/2018, n. 1653 arrestato il proprio scrutinio alla questione della nullità del contratto monofirma, astenendosi perciò dal chiarire, sul presupposto che il contratto in questione è immune dalla nullità sancita dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, se sia consentito all'investitore eccipire la nullità del contratto solo in relazione a talune operazioni di investimento, operando così una selezione tra esse secondo il proprio interesse. Sicchè, a rigore, essendo rimasto l'interrogativo più stringente posto dall'odierna vicenda senza risposta, vi sarebbe ragione di sollecitare nuovamente l'intervento chiarificatore della Corte nella sua composizione più alta, nuovamente sottoponendo ad essa la questione dell'uso selettivo della nullità e, di riflesso, come pure si era adombrato dall'ordinanza interlocutoria di questa Sezione 27/04/2017, n. 10447 - che pur rimettendo alle SS.UU. la sola questione della nullità del contratto monofirma, aveva interloquito anche su quelle di cui qui si discute le questioni della sanabilità di essa in deroga al dettato di segno contrario dell'art. 1423 c.c..

3.4. E tuttavia nel procedere in questa direzione il collegio non può non prendere atto che gli interrogativi cui si è fatto cenno si rendono meritevoli di devoluzione all'organo di vertice se ed in quanto delle questioni che vi sono racchiuse si possa ravvisare la concreta conferenza in rapporto al caso in esame, a nulla rilevando che entrambi sottendano "questioni di massima di particolare importanza", dacchè, anche in tale ipotesi la sollecitazione del sindacato giurisdizionale nella sua massima espressione deve pur sempre giustificarsi in rapporto alla specie dedotta in giudizio e non può essere intesa a soddisfare esigenze di uniforme interpretazione della legge che non si palesino indispensabili ai fini della sua definizione.

Ora, poichè nella specie è fatto incontrovertito che la lunga consuetudine intrattenuta dal D. con la banca e sviluppatasi attraverso un elevato numero di operazioni di investimento e disinvestimento non tragga titolo da un pregresso accordo quadro debitamente stipulato tra le parti nella richiesta forma scritta, in quanto un contratto in tal senso non è mai venuto ad esistere tra loro, l'assunto che bisogna trarne ai nostri fini è che se un contratto manca, perchè mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trovi in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità, di guisa che quando se ne faccia valere la nullità - a torto o a ragione che sia, questo qui non rileva - non vi è ragione di chiedersi se ciò integri "un uso selettivo della nullità" e cozzi perciò contro le regole



della correttezza e della buona fede o sia fonte di un abuso del diritto, perchè una siffatta evenienza - ma non diverso discorso si impone per i pretesi effetti concludenti, quanto alla rinuncia a valersi della nullità o alla convalida di essa di un comportamento protratto nel tempo - è prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro e non quando come qui esso totalmente manchi.

3.4. Reputa perciò il collegio che, pur dovendo per questo rigettarsi il proposto ricorso incidentale, nondimeno si renda necessario affermare il seguente principio di diritto: "In materia di intermediazione finanziaria, allorchè le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente".

4.1. Venendo ora al ricorso principale - alla cui disamina non osta l'inammissibilità pregiudizialmente eccepita dalla controricorrente, giacchè gli atti su cui esso si fonda sono indicati nell'illustrazione di ogni singolo motivo - il D. sostiene con i primi tre motivi che la Corte d'Appello abbia errato nel ritenere che il diritto della banca ad ottenere la restituzione delle somme a lui corrisposte a titolo di dividendi potesse essere riconosciuto, non già in base alle norme dettate in materia di compensazione, bensì sulla scorta delle norme in materia di contratto di commissione e di deposito titoli (primo motivo), legittimando di fatto una compensazione tra opposte partite creditorie, quantunque ciò non potesse avvenire non essendo la banca titolare di un credito suo da compensare con quello attoreo (secondo motivo) e non potesse perciò al riguardo far valere alcun interesse ad agire (terzo motivo).

4.2. Tutti i sopradetti motivi - esaminabili ad onta della pregiudiziale inammissibilità eccepita dalla controricorrente, risultandone, rispetto al primo, l'autosufficienza e la decisività in ragione dell'idoneità della sua illustrazione a consentire a questa Corte di prendere cognizione ex actis della pertinenza e della rilevanza decisoria, segnatamente in relazione alla qualificazione della fattispecie, della censura ivi declinata, nonché, rispetto al secondo e al terzo, la specificità e la conferenza delle obiezioni che con essi il deducente muove alla decisione impugnata - sono infondati e vanno pertanto respinti.

4.3. Giova osservare che nella disciplina dei servizi di investimento, il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 5, nel testo vigente all'epoca degli acquisti oggetto di giudizio, distingueva le operazioni di negoziazione aventi ad oggetto strumenti finanziari a seconda che esse fossero svolte "per conto proprio" (lett. a) o "per conto terzi" (lett. b). Nel primo caso - sulla falsariga di quanto in seguito precisato dal comma 5-bis inserito dal D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164, art. 1, comma 1, lett. n), alla stregua del quale si intende per "negoziazione per conto proprio" "l'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti, nonché l'attività di market maker" - si identificano le attività di acquisto e vendita che l'intermediario pone in essere sul mercato secondario qualificate dalla duplice particolarità che esse sono poste in essere per dare esecuzione ad un ordine dell'investitore e che l'operazione incide sul patrimonio dell'intermediario in quanto è lui che vende (o compra) in qualità di controparte del proprio cliente; nel sistema di vendita "in contropartita diretta" è dunque l'intermediario che, su richiesta del cliente, vende titoli di cui ha acquistato la proprietà (Cass., Sez. 5<sup>a</sup>, 26.3.2014, n. 7062 in motivazione) con lo scopo di realizzare una differenza tra il prezzo di acquisto e quello di vendita



(Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 26/08/2016, n. 17353 in motivazione). Nel secondo caso - come ancor più chiaramente esplicita la dizione attuale della norma dovuta al D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164, art. 1, comma 1, lett. m), che recita ora "esecuzione di ordini per conto dei clienti" - si identificano invece le attività che l'intermediario, investito dell'ordine, pone in essere, dietro il pagamento di una provvigione, al fine di acquistare o vendere sul mercato secondario per conto del cliente i titoli di cui questo intende disfarsi o di cui vuole entrare in possesso, cedendoli a terzi oppure acquisendoli da costoro; nel sistema "per conto terzi" si realizza, in buona sostanza, una tipica attività di intermediazione poichè l'intermediario non vende al proprio cliente titoli presenti nel suo patrimonio e non acquista da lui peraltro titoli destinati a restarvi, ma si limita ad intermediare l'operazione tra il proprio cliente ed un terzo, vendendo od acquisendo presso costui per conto del cliente i titoli di interesse di quest'ultimo (Cass., Sez. 5<sup>^</sup>, 26.3.2014, n. 7062 in motivazione).

4.4. Così ricostruito il quadro dei rapporti tra cliente ed intermediario che trovano compimento nella fase terminale della sequenza procedimentale che caratterizza la prestazione dei servizi di investimento, le obiezioni che il D. muove alla sentenza impugnata con i primi tre motivi del proprio ricorso si rivelano di fronte ad esso di ben poco momento poichè non colgono l'essenza del fenomeno che si realizza quando l'intermediario venda o acquisti titoli per conto del proprio cliente. Ed invero in entrambi i casi si ha che l'intermediario pone in essere nei confronti dell'investitore un negozio traslativo trasferendogli i titoli già presenti nel suo portafoglio ovvero i titoli che abbia provveduto a reperire ed acquisire per conto del cliente negoziandoli presso terzi. Così come allora, quando l'operazione vada a buon fine, l'intermediario avrà titolo a riceverne dal cliente il prezzo, potendo pure corrispondergli, a mezzo del negozio accessorio rappresentato dalla costituzione dei titoli presso di lui in deposito in amministrazione le utilità generate in tal senso dovendo intendersi il richiamo ad esso operato dal giudice d'appello - specularmente, quando il negozio consistente nell'ordine di investimento venga meno perchè nè è dichiarata la nullità, anche il negozio traslativo posto in essere dall'intermediario per dare attuazione all'ordine ricevuto si caduca e la nullità che perciò lo travolge, quale effetto riflesso della nullità che investe il negozio presupposto, privandolo della causa acquirendi, lascia campo aperto alla *condictio indebiti ob causam finitam* (Cass., Sez. 2<sup>^</sup>, 15/01/2018, n. 715), sicchè l'obbligo restitutorio che in ragione di ciò si determina in capo ad entrambe le parti, mentre è adempiuto dall'intermediario con la restituzione del prezzo, impone all'investitore che, con la restituzione dei titoli siano pure restituiti i frutti (Cass., Sez. 2<sup>^</sup>, 14/03/2017, n. 6575) che il loro possesso gli abbia procurato e, quindi, i dividendi ed in genere le utilità che egli abbia riscosso in pendenza del rapporto e che non può più trattenere essendo gli effetti di esso venuti irreversibilmente meno in ragione della dichiarata nullità.

4.5. Dunque l'assunto da ciò ritratto dal decidente, che ha reputato legittima la compensazione tra le opposte partite debitorie originate dall'accoglimento dell'azione di nullità promossa dal D., non si presta a smentite, risultando esso rispettoso del canone di un'interpretazione *secundum ius*.

4.6. Va in conseguenza di ciò affermato quindi il seguente principio di diritto: "In materia di intermediazione finanziaria, allorchè sia dichiarata la nullità di un ordine di investimento, i cui effetti per i principi regolanti le nullità negoziali si estendono al negozio di acquisto effettuato dall'intermediario per dare esecuzione all'ordine ricevuto, l'intermediario e l'investitore hanno diritto di ripetere l'uno nei confronti dell'altro le reciproche prestazioni, sicchè è legittimamente dichiarata la compensazione tra la somma che l'investitore abbia corrisposto all'intermediario ai



fini dell'investimento e la somma che l'intermediario abbia riscosso per conto dell'investitore ed abbia corrisposto al medesimo a titolo di frutti civili".

5.1. Il quarto motivo del ricorso principale - con cui il D. censura il deliberato d'appello nella parte che lo ha visto soccombere perchè esso non avrebbe riconosciuto il suo diritto a trattenere i dividendi in quanto frutti civili percepiti in buona fede - incorre nella pregiudiziale inammissibilità fatta valere dalla controricorrente, trattandosi di questione nuova.

5.2. E' noto infatti secondo il consueto indirizzo seguito da questa Corte che "non sono prospettabili, per la prima volta, in sede di legittimità le questioni non appartenenti al tema del decidere dei precedenti gradi del giudizio di merito" (Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 25/10/2017 n. 25319), in quanto il giudizio di cassazione "ha per oggetto solo la revisione della sentenza in rapporto alla regolarità formale del processo ed alle questioni di diritto proposte" (Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 26/03/2012, n. 4787). Tanto più doveroso è poi constatare alla luce di questo rilievo che il motivo non è neppure autosufficiente, non avendo il ricorrente, proprio in ragione del resto della novità della questione, neppure indicato dove e quando essa sia stata prospettata nel corso dei pregressi gradi di giudizio, laddove al contrario è suo onere precipuo "di indicare in quale specifico atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Suprema Corte di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della suddetta questione" (Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 18/10/2013, n. 23675).

6.1. Il quinto motivo mette capo ad una denuncia cumulativa di errores in procedendo per violazione dell'art. 132 c.p.c., n. 4, e art. 111 Cost., o, subordinatamente, per nullità della sentenza, ed in iudicando per vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione avendo il giudice d'appello, allorchè aveva inteso confermare la statuizione di primo grado in ordine ai dividendi da dedurre in compensazione, errato al pari del primo giudice determinandone l'entità anche in relazione ad operazioni estranee al giudizio.

6.2. Il motivo è inammissibile integrando la denuncia di un errore di valutazione che, lungi dal poter precostituire pretesto per giustificare la richiesta declaratoria di nullità della sentenza, giacchè non è la discordanza di giudizio rispetto alle proprie aspettative che priva la sentenza della motivazione o la rende altrimenti irrita, neppure merita adesione laddove solleva un'apparente vizio motivazionale, lamentando l'erroneo apprezzamento di elementi fattuali della vicenda che è di esclusiva pertinenza del giudice di merito e che non compete alla Corte di Cassazione sottoporre a nuovo giudizio.

7. Rigettati, perciò, entrambi i ricorsi le spese possono essere compensate.

8. E' tuttavia dovuto da entrambe le parti il doppio contributo previsto dal D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art.13, comma 1 quater.

P.Q.M.

Respinge entrambi i ricorsi e compensa le spese di lite. Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 8 febbraio 2018.

Depositato in Cancelleria il 24 aprile 2018