

28816 2017



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

AMBROSIO ANNAMARIA
DI MARZIO MAURO
MARULLI MARCO
FALABELLA MASSIMO
DOLMETTA ALDO ANGELO

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere
Consigliere - Rel.

Oggetto

Servizi finanziari -
forma
convenzionale

Ud. 16/03/2017 PU
Cron. 28816
R.G.N. 27529/2013

SENTENZA

sul ricorso 27529/2013 proposto da:

Banca Centro Emilia - Credito Cooperativo, in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, a

C. Dec. l.

giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

Lisetta, Luigi, elettivamente domiciliati in Roma, a

giusta procura speciale per

355
2017
✶

Notaio dott.
8.11.2016;

l - Rep. n. 90724 del

- resistenti -

avverso la sentenza n. 1098/2011 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 22/09/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/03/2017 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito, per i resistenti, l'avvocato che ha chiesto il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

La Banca cooperativa Centro Emilia ricorre per cassazione nei confronti di Lisetta e Luigi svolgendo due motivi avverso la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Bologna in data 22 settembre 2011.

Confermando, per quanto rileva nella presente sede, la pronuncia resa in primo grado dal Tribunale di Ferrara il 16 dicembre 2005, n. 1097, la Corte territoriale ha dichiarato la nullità di due ordini di acquisto di bond argentini, con conseguenti condanne restitutorie, perché sprovvisti della necessaria forma che era stabilita nel contratto quadro a suo tempo stipulato tra le parti.

Nei confronti del ricorso resistono Lisetta e Luigi che hanno depositato apposito controricorso, nell'ambito del quale hanno pure sollevato delle eccezioni pregiudiziali di rito. I resistenti hanno anche depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- I motivi di ricorso proposti dalla Banca Centro Emilia denunciano i vizi qui di seguito richiamati.

Il primo motivo lamenta, in specie, «violazione o falsa applicazione di norma di diritto (art. 360, n. 3 cod. proc. civ.) degli artt. 1362 – 1366 cod. civ. in relazione all'applicato art. 1352 cod. civ.».

Il secondo motivo a sua volta si duole di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto controverso o decisivo per il giudizio (art. 360, n. 5 cod. proc. civ.)».

2.- Come appena sopra accennato, i resistenti sollevano delle pregiudiziali eccezioni di inammissibilità del ricorso che è stato presentato dalla Banca.

La prima di queste eccezioni si sostanzia nell'affermazione della tardività del ricorso. Questo è stato notificato – rilevano i resistenti – non già presso il domicilio professionale dell'avvocato loro difensore nel grado di appello, bensì presso la cancelleria della Corte di Appello di Bologna. Ne è seguita – assumono ancora i resistenti – l'inesistenza della notifica medesima: i «controricorrenti hanno avuto casuale notizia dell'esistenza del ricorso e avuto materiale conoscenza del suo contenuto, il giorno 9 novembre [2016], mediante accesso del ... difensore presso la cancelleria».

L'eccezione non ha pregio.

Come ha chiarito la sentenza di Cass. SS. UU., 20 luglio 2016, n. 14916, «l'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a



rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità». «Tali elementi consistono: a) nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento (in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, *ex lege*, eseguita), restando pertanto esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, sì da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa».

Ora, il caso, occorso nella fattispecie qui in giudizio, esula senz'altro dal catalogo delle ristrette ipotesi di inesistenza della notifica. Per rientrare nel diverso e minore vizio di nullità dell'atto: come tale sanabile con efficacia «*ex tunc*», (anche) per raggiungimento dello scopo. Secondo quanto è per l'appunto accaduto nel caso concretamente in questione.

3.- L'altra eccezione pregiudiziale mossa dai resistenti è di «assenza di valido mandato difensivo». Il ricorso – rilevano gli stessi – è stato sottoscritto, nella veste di avvocato, «dal vice presidente del Consiglio di amministrazione e legale rappresentante della Banca ricorrente». E l'amministratore di banca – aggiungono – non può «ricevere incarichi professionali, aventi ... natura di contratto d'opera, da parte della banca di cui è esponente primario», perché lo vieta la norma, «certamente di ordine pubblico», dell'art. 136 del testo unico bancario.

Pure questa eccezione va disattesa.

Non si vede, in effetti, per quale ragione l'ipotesica violazione della norma dell'art. 136 TUB dovrebbe avere conseguenze sin sulla validità della procura al giudizio (con detrimento, tra l'altro, dell'impresa bancaria, la cui efficienza rappresenta, in definitiva, il «bene» protetto dalla regola dell'art. 136). Il tutto a prescindere, naturalmente, da ogni valutazione sull'effettiva ricomprensione della fattispecie concreta nell'arco del divieto disegnato dalla norma del testo unico.

4.- I due motivi di ricorso, che sono stati proposti dalla Banca, vanno affrontati in maniera congiunta, in ragione della complementarietà che li lega. Entrambi i motivi proposti, in effetti, convergono sulla clausola, espressa dal contesto del contratto quadro, per cui «gli ordini sono impartiti di norma per iscritto. Qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente il cliente dà atto che tali ordini saranno registrati su nastro magnetico o su altro supporto equivalente».

Secondo il ricorrente, ha errato la Corte territoriale nel ritenere tale clausola espressiva di un patto di forma posto per la stessa validità degli ordini, che il cliente avrebbe poi impartito all'intermediario.

Ad avviso del ricorrente, la «previsione contrattuale che l'ordine potesse essere conferito telefonicamente, ovvero conferito verbalmente e non per iscritto, escludono l'applicazione alla fattispecie dell'art. 1352 cod. civ.». D'altro canto - aggiunge ancora lo stesso -, se è vero che non sono state prodotte le registrazioni degli ordini in questione, pure è vero che, nel corso degli anni, gli attuali resistenti hanno più volte impartito per telefono degli ordini alla Banca. In ogni caso - conclude il ricorrente - «nel comportamento tenuto dalla Banca ... non può essere configurato ... alcun inadempimento contrattuale».



5.- Il primo e il secondo motivo del ricorso presentato dalla Banca si manifestato infondati.

Questa Corte ha già avuto modo di affrontare la clausola-tipo in questione, che effettivamente risulta assai diffusa nella prassi operativa dei servizi di investimento. Si veda, in via segnata, la sentenza di Cass., 29 febbraio 2016, n. 3950, a cui ha fatto seguito la conforme pronuncia di Cass., 2 agosto 2016, n. 16053.

E ha ritenuto, con rilievo del tutto condivisibile, che tale clausola integra senza incertezze un patto costitutivo di forma *ad substantiam* per il rilascio degli ordini di acquisto da parte del cliente, che risulta in linea con la norma dell'art. 1352 cod. civ. Posta la presenza della detta clausola, la dichiarazione negoziale del cliente - il c.d. ordine, per l'appunto - che non sia stesa per iscritto o non venga quantomeno recepita sul nastro magnetico, a mezzo registrazione, è nullo.

Né certo potrebbe valere a ipotizzare un diverso orientamento il riportato rilievo del ricorrente, per cui la norma dell'art. 1352 riguarderebbe esclusivamente patti istitutivi di forme convenzionali scritte. Nulla supporta questa tesi. Non lo fa, di sicuro, il testo della norma dell'art. 1352 cod. civ. (e nemmeno, per vero, quello della norma dell'art. 1325 cod. civ.), dove l'onere dello scritto riguarda unicamente la validità del patto istitutivo della forma, senza alcun pregiudizio per tipo e caratteristiche della forma che il patto viene a imporre ai suoi contraenti.

Del resto, la giurisprudenza di questa Corte ben conosce - e vi consente - ipotesi di forme convenzionali ex art. 1352 cod. civ. che risultano riflesse nell'applicazione di «codici informatici» (cfr., Cass. 10 giugno 2014, n. 13020, con immediato riguardo a operatività in messaggi *swift*). A contare, in proposito, è la serietà e utilità dello



strumento formale che viene convenzionalmente adottato e che quindi si impone alle stesse parti; non si scorgono ragioni per potere predicare limitazioni ulteriori in materia (cfr., per quest'ordine di prospettiva si veda, in via segnata, la già citata pronuncia di Cass., n. 13020/2014).

Quanto, poi, all'ulteriore rilievo svolto dal ricorrente, per cui *inter partes* non era infrequente il caso di ordini impartiti per telefono, lo stesso altro non fa che sottolineare l'importanza primaria che nella specie concreta era venuta ad assumere la registrazione degli stessi su nastro magnetico (secondo un'alternativa, del resto, che la clausola in questione non manca di riflettere). All'evidenza autoreferenziale si mostra, infine, l'affermazione della Banca di non avere essa violato alcun dovere di ordine «contrattuale».

6.- In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza, con attribuzione delle medesime all'avvocato Bruno Guaraldi, che si è dichiarato antistatario per i resistenti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida nella misura di € 10.200,00 (di cui € 200,00, con attribuzione all'avvocato Bruno Guaraldi, dichiaratosi antistatario per i resistenti).

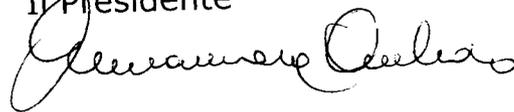
Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* d.p.r. n. 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 16 marzo 2017.

Il Consigliere Estensore



Il Presidente



IL CANCELLIERE B3
Dott.ssa Fabrizia Barone



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

il 3.0 NOV 2017

IL CANCELLIERE B3
Dott.ssa Fabrizia Barone



Corte di Cassazione - copia non ufficiale