

Omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con sentenza del 29 novembre 2006 il Tribunale di Genova, in accoglimento della domanda proposta da M.G. e C.M. nei confronti del Banco di San Giorgio s.p.a., dichiarava risolti, per inadempimento della banca convenuta, due ordini di acquisto di obbligazioni argentine - il primo in data 18 aprile 2001 per l'importo di Euro 101.000,00, e il secondo in data 6 settembre 2001 per l'importo di Euro 58.000,00 - da loro sottoscritti su segnalazione e sollecito del direttore di un'agenzia della stessa banca. Il Tribunale osservava che la convenuta non aveva assolto gli obblighi, sanciti dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, di informare preventivamente i clienti sui rischi collegati all'operazione che si accingevano a compiere, rischi che, alla data di acquisto dei titoli, erano incontestabili e consistenti. Risolti i contratti, il giudice di primo grado condannava la banca a restituire agli attori le somme utilizzate per l'acquisto dei titoli, con gli interessi legali dalla data della domanda giudiziale fino all'effettiva restituzione.

Condannava inoltre gli attori a restituire alla banca i titoli oggetto dei contratti.

2. Proposto appello principale da parte della banca e appello incidentale da parte del M. e della C., con sentenza del 20 giugno 2009 la Corte di appello di Genova rigettava l'appello principale e, in accoglimento di quello incidentale, condannava la banca a corrispondere gli interessi legali a decorrere dalla data dei singoli investimenti fino all'effettiva restituzione, confermando nel resto la sentenza impugnata.

A fondamento della decisione, la Corte di merito così motivava:

a) l'eventuale vizio della notifica della memoria di replica degli attori di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 7, comma 2, effettuata dal difensore, direttamente a mezzo fax senza l'intervento dell'ufficiale giudiziario e di cui l'appellante aveva invocato la nullità - doveva considerarsi sanato dall'avvenuta ricezione di detta memoria da parte del difensore della banca, come da sua esplicita ammissione;

b) la notifica della memoria in questione, pur eseguita tardivamente oltre il termine di legge previsto a pena di decadenza, non aveva comportato l'estinzione del processo, come eccepito dall'appellante, in quanto il solo adempimento che, se effettuato tardivamente, determina tale estinzione è quello relativo alla notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza, mentre il decorso dei termini che le parti si assegnano per le rispettive repliche ha solo l'effetto di precludere alle parti medesime alcune attività processuali, quali la deduzione di istanze istruttorie o la formulazione di domande riconvenzionali, ma non quello di provocare l'estinzione del giudizio; nel caso di specie, inoltre, con la memoria di cui trattasi parte attrice si era limitata a illustrare le difese già esposte nell'atto introduttivo del giudizio e a richiamare le istanze istruttorie ivi formulate, senza introdurre nella causa temi e istanze istruttorie ulteriori, cosicché l'eventuale ritardo con cui la memoria era stata notificata era irrilevante;

c) era infondata la doglianza dell'appellante, secondo cui il Tribunale avrebbe dichiarato il suo inadempimento valorizzando addebiti diversi da quelli mossi dagli attori; infatti il Tribunale aveva attribuito rilievo alla violazione del dovere d'informazione che gravava sulla banca e quindi a una condotta che corrispondeva a quella censurata dagli attori, i quali, negli atti introduttivi del processo, avevano rilevato come la banca avesse omesso di mettere in luce la rischiosità dell'investimento, nonché d'informarli che le maggiori agenzie di rating avevano abbassato la valutazione dei titoli argentini e di chiarire che investimenti di quel tipo non si addicevano al loro profilo di investitori;

d) malgrado che alle date in cui gli investimenti erano stati effettuati fosse chiaro a tutti gli operatori del settore, e in primo luogo alle banche, che il default dell'Argentina era imminente, la banca non aveva provato l'assolvimento del dovere di informazione del cliente, che sulla medesima gravava e che poteva essere adempiuto solo tramite la messa a disposizione di informazioni specifiche, chiare ed esaurienti e non certamente attraverso comunicazioni generiche sulla rischiosità dei titoli; per le stesse ragioni era irrilevante che il M. avesse sottoscritto il modulo prestampato che la banca gli aveva sottoposto e con il quale egli prendeva atto che l'investimento che si accingeva a effettuare era rischioso e sconsigliato per il suo profilo, in quanto, in assenza di prove specifiche sul contenuto delle informazioni elargite

dalla banca, la sottoscrizione di un modulo di tal genere non consentiva di ritenere adempiuto l'onere a carico della banca;

e) sulla somma dovuta in restituzione andavano conteggiati gli interessi legali dalla data degli investimenti fino all'effettiva restituzione;

f) doveva essere respinta la censura con la quale la banca si era doluta che il Tribunale non aveva approfondito, disponendo l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, la sua domanda di essere risarcita del danno che aveva subito in conseguenza della scelta degli attori di non aderire al piano di ristrutturazione del debito predisposto dal Governo argentino, non potendosi imputare al creditore, ai sensi dell'art. 1227 c.c., di non avere effettuato scelte che potevano risultare più vantaggiose per il debitore, ma che avevano esito incerto e poco chiaro e che potevano anche configurare una implicita rinuncia da parte degli attori medesimi a far valere i diritti risarcitori maturati.

3. Avverso tale sentenza la Banca ha proposto ricorso per cassazione sulla base di nove motivi, illustrati con memoria. Gli intimati M. e C. hanno resistito con controricorso e memoria.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

4. Con il primo motivo la banca ricorrente deduce vizio di omessa motivazione circa la scelta compiuta dalla Corte di appello di optare per la nullità, anziché per la inesistenza, della notificazione della memoria di replica e dell'istanza di fissazione dell'udienza, effettuate con trasmissione a mezzo fax direttamente dal difensore degli attori senza l'ausilio dell'ufficiale giudiziario.

La censura è inammissibile, in quanto il vizio di motivazione, denunciabile come motivo di ricorso per cassazione ex art. 360 c.p.c., n. 5, può concernere esclusivamente l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia, non anche l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche, giacché - ove il giudice del merito abbia correttamente deciso le questioni di diritto sottoposte al suo esame, sia pure senza fornire alcuna motivazione o fornendo una motivazione inadeguata, illogica o contraddittoria - la Corte di Cassazione, nell'esercizio del potere correttivo attribuitole dall'art. 384 c.p.c., comma 2, deve limitarsi a sostituire, integrare o emendare la motivazione della sentenza impugnata (Cass. S.U. 2008/28054).

Comunque la Corte di merito ha motivato la propria decisione, da un lato richiamando i differenti orientamenti giurisprudenziali formatasi sulla questione se il difensore abbia la facoltà di effettuare direttamente la notifica degli atti senza avvalersi dell'operato dell'ufficiale giudiziario, ovvero se la notifica debba in ogni caso essere effettuata dall'ufficiale giudiziario e, dall'altro, osservando che ogni vizio di notifica doveva ritenersi sanato dall'avvenuta ricezione della memoria da parte del difensore di controparte, in applicazione del disposto dell'art. 156 c.p.c., comma 3.

5. Con il secondo motivo si denuncia violazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 17, comma, lett. a) e dell'art. 156 c.p.c. per avere la Corte dichiarato nulla, anziché inesistente, la notifica della memoria effettuata direttamente a mezzo fax dal difensore della parte.

A illustrazione della censura la ricorrente formula il seguente quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c.: "Dica Ecc.ma Corte di Cassazione se la trasmissione a mezzo fax di un atto difensivo o di una istanza di fissazione d'udienza effettuata, ai sensi del D.Lgs. n. 5 del 2003, direttamente dal difensore della parte senza avvalersi dell'ausilio dell'Ufficiale Giudiziario costituisca una notificazione esistente".

La doglianza è inammissibile in quanto è illustrata con un quesito di diritto, formulato ex art. 366 bis c.p.c., - applicabile *ratione temporis*, essendo stata la sentenza impugnata pubblicata il 20 giugno 2009 - che non è attinente alla *ratio decidendi* posta a base della statuizione censurata (secondo cui il vizio della notifica deve ritenersi sanato dall'avvenuta ricezione della memoria da parte del difensore di controparte, in applicazione del disposto dell'art. 156 c.p.c., comma 3) (Cass. S.U. 2007/14385) e che si risolve nel mero e generico interpello della Corte in ordine alla sussistenza delle violazioni di legge dedotte con la proposta censura, ma non contiene la sintetica indicazione della regola di diritto applicata dal giudice di merito e della diversa regola di diritto che, ad avviso della ricorrente, si sarebbe dovuta applicare al caso di specie (Cass. S.U. 2008/2658; Cass. 2008/19769; 2008/24339).

La censura è comunque anche priva di fondamento.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, la notificazione deve considerarsi inesistente quando manchi del tutto, oppure sia stata effettuata in modo assolutamente non previsto dalla legge (Cass. 2000/12717; 2001/10278; 2005/16141), esorbitando completamente dallo schema legale degli atti di notificazione (Cass. 1999/1195), di modo che il fenomeno verificatosi, a causa della sua difformità dal modulo legale, risulti inidoneo a inserirsi nello sviluppo del processo (Cass. 2000/4753; 2004/18291).

Orbene, in presenza di una norma di legge (D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 17, comma 1) che espressamente stabilisce che tutte le notificazioni e comunicazioni alle parti costituite possono essere fatte, oltre che a norma dell'art. 136 cod. proc. civ., e segg., anche con trasmissione dell'atto a mezzo fax o per posta elettronica, oppure con scambio diretto fra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da parte di collaboratore o addetto allo studio del difensore e fa quindi riferimento a mezzi di trasmissione che possono anche prescindere dall'operato dell'ufficiale giudiziario (non espressamente menzionato dalla disposizione normativa richiamata, coerentemente con quanto previsto dall'art. 137 c.p.c., comma 1, secondo cui le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario quando non è disposto altrimenti), deve ritenersi che le modalità suddette, anche se effettuate direttamente dal difensore senza l'ausilio dell'ufficiale giudiziario, costituiscono comunque forme di notificazione non esorbitanti dallo schema legale degli atti di notificazione e quindi idonee, agli effetti dell'applicazione del disposto dell'art. 156 c.p.c., comma 3, a raggiungere lo scopo a cui sono dirette nel caso in cui siano state comunque ricevute dal destinatario.

6. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia ancora violazione di legge e si duole che la Corte territoriale, dopo aver considerato nulla e non inesistente la suddetta notifica, abbia ritenuto che il decorso del termine per la replica abbia comportato, non già l'estinzione del processo, ma solo l'effetto di ritenere tardive le difese esposte nella memoria di replica che avrebbero dovuto effettuarsi a pena di decadenza.

La doglianza è priva di fondamento, anche se per ragioni di diritto diverse da quelle addotte nella sentenza della Corte di appello, la cui motivazione in diritto deve essere pertanto corretta ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c.

Risulta in atti, in base alla stessa ricostruzione della vicenda processuale compiuta dalla ricorrente (v. pagg. 48 e 49 del ricorso per cassazione), che la banca convenuta, secondo quanto previsto dal D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 7, comma 1, ha notificato alle controparti la propria memoria difensiva, con previsione del termine di venti giorni per la replica, ai sensi dell'art. 140 c.p.c., con spedizione del plico postale raccomandato effettuata il 26 novembre 2005 e con ricezione dello stesso plico, da parte dei destinatari, avvenuta il 28 novembre 2005. E' inoltre pacifico in atti, per ammissione della stessa ricorrente (v. pag. 8 della sentenza impugnata), che la memoria di replica dei convenuti è stata notificata a parte attrice il 17 dicembre 2005. Rileva a tale riguardo la sentenza della Corte costituzionale n. 3 del 14 gennaio 2010, che, con statuizione avente efficacia nel rapporto processuale di cui trattasi, non ancora esaurito (Cass. 2001/14632; 2008/27264; 2010/10958), ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 140 c.p.c., nella parte in cui prevedeva che la notifica si perfezionasse, per il destinatario, con la spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della medesima o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione. Parte ricorrente ha eccepito che non sarebbe applicabile nel presente giudizio l'art. 140 c.p.c., come risultante a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale sopra menzionata, essendosi formato il giudicato, per mancata proposizione del ricorso incidentale da parte dei controricorrenti, su quella parte della sentenza di appello, nella quale la Corte territoriale ha disatteso la tesi, sostenuta in primo grado dal Tribunale di Genova, secondo cui il termine di venti giorni assegnato per la replica sarebbe dovuto decorrere dal momento in cui la parte destinataria della notifica aveva ricevuto la raccomandata inviata a conclusione della procedura ex art. 140 c.p.c., ed ha invece affermato il diverso principio secondo cui alla raccomandata con la quale l'ufficiale giudiziario, in caso di notifica a persona irreperibile, dà notizia del compimento delle operazioni previste dall'art. 140 c.p.c. non è applicabile la disciplina prevista dalla L. n. 890 del 1982, art. 8, quale risulta dopo l'intervento della Corte costituzionale di cui alla sentenza n. 346 del 1998.

Osserva al riguardo il collegio che - come si evince dall'esame diretto degli atti del giudizio appello (v. comparsa di risposta, pagg. 2-5; comparsa conclusionale, pag. 3), nella specie consentito essendo stata dalla ricorrente dedotta violazione del giudicato interno (Cass. 2004/17564) - gli appellati hanno resistito al gravame della banca anche sul punto del

momento perfezionativo della procedura di notifica prevista dall'art. 140 c.p.c., affermando a tale riguardo "il principio della scissione soggettiva del momento perfezionativo del procedimento notificatorio", nel senso che "la notifica si perfeziona alla data della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per il notificante e alla data di ricezione dell'atto per il destinatario", ed essendo risultati totalmente vittoriosi in appello, non avevano l'onere di richiedere nel giudizio di cassazione, con ricorso incidentale, l'accoglimento della tesi disattesa dal giudice di secondo grado (tesi comunque riproposta con controricorso in questa sede di legittimità), poichè il ricorso incidentale per cassazione, anche se qualificato come condizionato, presuppone la soccombenza (2009/25821; 2010/12728).

Pertanto, nel caso di specie, il termine di venti giorni concesso dall'attrice ai convenuti per la replica scadeva il 18 dicembre 2005 e detta replica è intervenuta tempestivamente, in quanto notificata il 17 dicembre 2005.

7. Resta assorbita dal rigetto del terzo motivo la doglianza di cui al quarto motivo, con la quale si è prospettato vizio di motivazione contraddittoria, in quanto la Corte, dopo aver sostenuto che la istanza di fissazione di udienza oltre i termini che le parti si sono assegnate per le rispettive repliche comporta l'estinzione del processo, ha subito dopo affermato che il decorso di tali termini non ha l'effetto di provocare l'estinzione del processo.

Con il quinto motivo si denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c. e vizio di motivazione, deducendosi che la Corte di appello ha confermato la sentenza di primo grado, accogliendo la domanda di risoluzione contrattuale sulla base di profili di inadempimento che erano stati dichiarati assorbiti dal giudice di primo grado e che non erano stati espressamente riproposti dalla parte interessata nel giudizio di appello. La censura è inammissibile.

Infatti, quanto alla dedotta violazione dell'art. 112 c.p.c., il quesito di diritto formulato dalla ricorrente (dica la Corte se viola l'art. 112 c.p.c. il giudice di appello che - in assenza di una loro espressa riproposizione a cura della parte interessata - confermi la sentenza di primo grado accogliendo la domanda di risoluzione sulla base di profili di inadempimento che erano stati dichiarati assorbiti dal giudice di primo grado) non è attinente alla ratio decidendi posta a base della statuizione censurata - secondo cui il Tribunale aveva attribuito rilievo alla violazione del dovere d'informazione che grava sulla banca e quindi a una condotta che corrispondeva a quella censurata dagli attori, i quali, negli atti introduttivi del processo, avevano rilevato come la banca avesse omesso di mettere in luce la rischiosità dell'investimento, nonchè d'informarli che le maggiori agenzie di rating avevano abbassato la valutazione dei titoli argentini e di chiarire che investimenti di quel tipo non si addicevano al loro profilo di investitori - e si risolve, ancora una volta, nel mero e generico interpello della Corte in ordine alla sussistenza della violazione dedotta con la censura proposta, ma non contiene la sintetica indicazione della regola di diritto applicata dal giudice di merito e della diversa regola di diritto che, ad avviso della ricorrente, si sarebbe dovuta applicare al caso di specie.

In ordine al prospettato vizio di motivazione, la doglianza non contiene, come richiesto a pena di inammissibilità dall'art. 366 bis c.p.c., la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero delle ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione, attraverso un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto) che ne circoscriva puntualmente i limiti, in maniera da non ingenerare incertezze in sede di formulazione del ricorso e di valutazione della sua ammissibilità e da evitare che all'individuazione di detto fatto controverso possa pervenirsi solo attraverso la completa lettura della complessiva illustrazione del motivo e all'esito di un'attività di interpretazione svolta dal lettore (Cass. S.U. 2007/20603; Cass. 2007/16002; 2008/8897).

8. Con il sesto motivo si denuncia violazione dell'art. 2697 c.c. e si deduce che la Corte di merito - facendo riferimento alla consapevolezza da parte di tutti gli operatori del settore, e quindi in primo luogo delle banche, che il default dell'Argentina era ormai imminente, anche perchè già nel luglio 1999 gli organi di stampa avevano reso noto che le principali agenzie internazionali di rating avevano segnalato i rischi connessi all'andamento dei titoli di debito pubblico argentini e poi proceduto al declassamento di detti titoli, così sancendone la inaffidabilità, tanto che dal gennaio 2000 la quantità di bond argentini detenuti nei portafogli dei fondi d'investimento italiani era diminuita in misura considerevole - ha posto a fondamento della decisione circostanze di fatto che non sono mai state nè provate nè allegare dalle parti e che certamente non possono rientrare nella categoria del fatto notorio.

La doglianza è inammissibile, in quanto la ricorrente non ha specificamente censurato la ratio posta a base, sulla questione dedotta, della sentenza impugnata e secondo la quale la banca non aveva assolto al proprio obbligo di informazione dei clienti sulle caratteristiche e sulla rischiosità dell'investimento in bond argentini e sulla non corrispondenza dell'investimento al profilo di investitori presentato dai clienti medesimi (v. Cass. 2004/3612; 2007/17125; 2011/4036).

9. Con il settimo motivo si denuncia violazione degli artt. 2730 e 2735 c.c., nonché dell'art. 116 c.p.c., e vizio di omessa e/o insufficiente motivazione e si censura che la Corte abbia ritenuto irrilevanti le dichiarazioni sottoscritte dal M., ritualmente prodotte in giudizio ed aventi valore di confessione stragiudiziale, rese alla parte ai sensi dell'art. 2735 c.c., comma 1, e come tali non liberamente apprezzabili dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e si deduce che comunque la motivazione sul punto appare gravemente insufficiente.

La censura è priva di fondamento.

Quanto alla dedotta violazione di legge, osserva il collegio che la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza - conseguente alle informazioni ricevute - della rischiosità dell'investimento e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (Cass. 2006/13212; 2009/12138 in motivazione; 2010/23495), tenuto anche conto della mancanza di prova specifica, come rilevato dal giudice di appello con valutazione non censurata dalla ricorrente, sul contenuto delle informazioni fornite dalla banca.

Con riferimento al dedotto vizio di motivazione, la doglianza non contiene un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto) in ordine alla chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero delle ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione.

10. Con l'ottavo motivo si denuncia ancora violazione dell'art. 112 c.p.c., e si deduce che la Corte di appello ha riformato la sentenza di primo grado in ordine alla decorrenza degli interessi legali, in assenza di appello incidentale proposto sul punto da parte degli attori.

La censura è priva di fondamento, in quanto, come si evince dalla sentenza impugnata, gli originari attori hanno proposto appello incidentale, chiedendo espressamente la condanna della banca convenuta alla "corresponsione degli interessi c.d. figurativi sulle somme impiegate per l'acquisto dei bond in questione, e ciò dai singoli esborsi al saldo effettivo".

11. Con il nono e ultimo motivo si denuncia vizio di omessa, contraddittoria o insufficiente motivazione in ordine alla decisione della Corte di merito sulla censura sollevata dalla banca appellante relativamente all'omessa pronuncia da parte del Tribunale sulla domanda di risarcimento dei danni proposta dalla banca medesima ai sensi dell'art. 2043 c.c..

La censura è inammissibile in quanto non accompagnata da un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto), in ordine alla chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero delle ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione.

La doglianza è comunque priva di fondamento, atteso che la sentenza impugnata è sul punto congruamente motivata con il rilievo che non può imputarsi al creditore, ai sensi dell'art. 1227 c.c., di non avere effettuato scelte che potevano risultare più vantaggiose per il debitore, ma che avevano esito incerto e poco chiaro e che avrebbero potuto anche configurare una implicita rinuncia da parte degli attori medesimi a far valere i diritti risarcitori maturati.

12. Le considerazioni che precedono conducono al rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio di cassazione, da liquidarsi come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese di cassazione, che si liquidano in Euro 5.200,00, di cui Euro 5.000,00 per onorari, oltre a spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 4 ottobre 2011.

Depositato in Cancelleria il 19 aprile 2012