

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

MATTEO MAGRI

*Sull'ammissibilità della richiesta di risarcimento del danno
alla banca per gestione patrimoniale scorretta
anche senza previa contestazione dell'estratto conto*

CEDAM

del danno cagionato dalla produzione e dalla vendita di sigarette affermando che «qualsiasi consumatore è pienamente consapevole sia dei rischi per la salute indotti dal fumo, sia dalla dipendenza da questo creato»).

Ha differito la data dell'udienza per la valutazione di ammissibilità dell'azione, TRIB. NAPOLI, 31.5.2010, in *Corr. giur.*, 2010, 985, con commento di COSTANTINO-CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*.

IV. La dottrina

In materia di azione di classe, oltre alla dottrina citata nella nota di commento a TRIB. TORINO, ord. 27.5.2010, in questa *Rivista*, 2010, I, 869, si veda SCHLESINGER, *La nuova «azione di classe»*, in *Corr. giur.*, 2011, 547 ss.; BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e resp.*, 2011, 14 ss.; AA.VV., *Futuro, Giustizia, Azione collettiva, Mediazione*, a cura di VIGORITI-CONTE, Giappichelli, 2010; CERRATO, *Un debutto «stonato» per la «nuova» class action italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 619 ss.; VIGORITI, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1; SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, in *Corr. merito*, 2010, 1045; TAVORMINA, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del co-*

dice di procedura civile, in *Obbl. e contr.*, 2010, 246; RUGGERI, *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1490; AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 491 ss.; MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *Judicium*, 2010. L'Avv. Rienzi, Presidente del Codacons, ha dichiarato – in un'intervista mandata in onda su Canale 5 il 24.5.2011 alle h. 9:55 – che all'azione contro la società che ha distribuito il test influenzale ha aderito un solo soggetto.

In particolare, sui problemi relativi all'esercizio dell'azione di classe in materia di pratiche commerciali scorrette, v. LIBERTINI, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. ind.*

Sui problemi di legittimità costituzionale v. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 15; nonché, per l'opinione richiamata nel testo relativa all'illegittimità dell'esclusione della legittimazione delle associazioni, RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contr. e impr.*, 2010, 11 ss.

MARIO LIBERTINI
MARISARIA MAUGERI

- CASS. CIV., I sez., 2.12.2010, n. 24548
Conferma App. Milano, 19.9.2005

CONTRATTI BANCARI - CONTRATTO DI GESTIONE PATRIMONIALE - GESTIONE INDIVIDUALE DI PORTAFOGLI - RENDICONTO PERIODICO - ONERE DI CONTESTAZIONE ENTRO UN TERMINE DETERMINATO - SUSTENENZA - ESCLUSIONE (cod. civ., artt. 1712, 1713, 1832; d. legis. 1° 9.1993, n. 385, art. 119)

Con riguardo al contratto di gestione patrimoniale, il rendiconto periodicamente inviato al cliente dalla società di gestione di portafogli costituisce un vero conto di gestione, ma la normativa di settore non pone alcun termine entro cui il cliente sia onerato della contestazione del rendiconto, né si dà applicazione analogica dell'art.

119 t.u.b. e dell'art. 1832 cod. civ. in tema di approvazione tacita dell'estratto conto bancario: pertanto, il mancato reclamo entro il termine prefissato non comporta la decadenza dal diritto di agire in responsabilità nei confronti del gestore, sebbene il comportamento complessivo del cliente, che, come quello del gestore deve essere improntato a buona fede, possa essere valutato dal giudice nel contesto delle risultanze istruttorie.

dal testo:

Il fatto. Con atto di citazione ritualmente notificato, F.M., G.M., M.M., e C.E. convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano la

società d'investimento mobiliare G.A. & C. s.p.a. (poi incorporata nella P. F. s.p.a.) chiedendo di esser risarciti dei danni subiti a causa della non corretta gestione patrimoniale espletata per loro conto dalla predetta società d'investimento.

Quest'ultima si difese eccependo, tra l'altro, la decadenza degli attori per non avere essi a suo tempo proposto tempestivo reclamo avverso i rendiconti periodicamente ricevuti.

Il tribunale, rigettata tale eccezione, accolse parzialmente la domanda degli attori e condannò la P. F. s.p.a., al pagamento di € 9.761,04 a titolo di risarcimento dei danni derivati da una singola operazione di vendita di strumenti finanziari non corrispondente alle previsioni del contratto intercorso tra le parti.

La decisione, impugnata dalla P. F. s.p.a., fu poi integralmente confermata dalla Corte d'appello di Milano, con sentenza emessa il 17 settembre 2005.

Detta corte stimò infondata l'eccezione di decadenza, reiterata anche in appello dalla difesa della banca, dovendosi attribuire ai rendiconti trimestrali inviati dal gestore una mera funzione informativa ed essendo perciò il mancato reclamo ad opera del cliente tutt'al più idoneo a rendere inoppugnabili i dati contabili nella loro storicità ma non anche ad impedire eventuali successive azioni di responsabilità per *mala gestio*. Aggiunse la corte d'appello che nessun onere di reclamo è contemplato dalla legge e che neppure la clausola contrattuale la quale, nel caso di specie, aveva previsto un termine di 45 giorni dalla spedizione del rendiconto per proporre reclamo ad opera del cliente, aveva ricollegato una sanzione di decadenza alla non tempestiva proposizione del reclamo; né comunque avrebbe potuto validamente farlo, senza specifica ed espressa approvazione per iscritto, trattandosi di clausola vessatoria.

Quanto poi al merito della pretesa risarcitoria, la corte lombarda disattese l'argomentazione dell'appellante, secondo cui le perdite di capitale accusate dagli investitori sarebbero dipese dalla loro decisione di recedere prematuramente dal rapporto di gestione, osservando che tale affermazione appariva sfornita di prova e che la gestione era stata così nefasta da far ritenere che il suo ulteriore protrarsi avrebbe solo potuto aggravare le perdite.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione la P.S. s.p.a. (già P. F. s.p.a.) prospettando tre motivi di doglianza.

I sigg. ri F.M., G.M., M.M., e C.E. hanno resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

I motivi. 1. Col primo motivo la banca ricorrente si duole della violazione degli artt. 1, comma 1, lett. *c*), ed 8, comma 1, lett. *b*), della legge n. 1 del 1991 (vigente al tempo dei fatti di causa), nonché della normativa secondaria emanata per dare attuazione a tali disposizioni di legge, insistendo nel sostenere che la funzione del rendiconto trimestrale inviato dal gestore del patrimonio al cliente è quella di porre quest'ultimo in condizione di valutare i risultati e le modalità di svolgimento dell'attività d'intermediazione finanziaria svolta nel suo interesse. Le peculiari caratteristiche di tale attività renderebbero impropria l'applicazione a questa figura delle regole dettate dall'art. 1713 cod. civ. per il rendiconto del mandatario, e le modalità prescritte dalla normativa secondaria per la redazione dei rendiconti trimestrali dimostrerebbero che la loro funzione è appunto quella già sopra indicata, con la conseguenza che il mancato tempestivo reclamo da parte del cliente che abbia ricevuto il rendiconto implicherebbe l'accettazione dei risultati della gestione precludendo la possibilità di successive contestazioni al riguardo.

2. Il secondo motivo di ricorso, che fa riferimento alle medesime norme menzionate nel primo e per alcuni aspetti ne ricalca anche il contenuto, è volto altresì a censurare l'impugnata sentenza laddove essa ha escluso che l'anticipato recesso dei clienti era stato causa del cattivo esito della gestione ed ha anzi affermato che il protrarsi di questa avrebbe peggiorato le cose.

La ricorrente obietta che, trattandosi di un rapporto di durata e dovendosi tener conto della natura e delle caratteristiche della gestione di un portafoglio d'investimenti, non potrebbe in alcun modo prescindere dall'orizzonte temporale in relazione al quale le scelte del gestore sono necessariamente calibrate, né quindi dall'incidenza dell'imprevisto scioglimento anticipato del rapporto sull'esito di tali scelte.

3. Infine, sempre facendo riferimento alle medesime disposizioni normative, la banca ricorrente torna sul punto già esaminato nel motivo precedente per sostenere, anche alle luce della consulenza tecnica espletata nel giudizio di merito, che se i clienti non avessero deciso di disinvestire anticipatamente il loro denaro e la gestione di portafoglio si fosse protratta sino alla data di scadenza delle obbligazioni in cui quel denaro era stato investito, i risultati della gestione sarebbero stati assai migliori.

4. Il ricorso non appare meritevole di accoglimento.

4.1. Si può senz'altro convenire con la difesa della banca ricorrente sull'affermazione per la quale i rendiconti periodici inviati dal gestore di portafogli ai propri clienti non sono un mero riepilogo di dati storico-contabili, bensì dei veri e propri rendiconti di gestione. È quanto si ricava con assoluta chiarezza dalla normativa primaria e secondaria emanata (tanto all'epoca dei fatti di causa quanto successivamente) per disciplinare tali rendiconti.

Da questa premessa non consegue però necessariamente che il cliente decada dal diritto di agire in responsabilità nei confronti del gestore qualora, con riferimento al periodo cui un determinato rendiconto si riferisce, non abbia contestato detto rendiconto entro un termine prefissato. Ovviamente il comportamento passivo del cliente, che al pari di quello del gestore dev'essere improntato a buona fede, potrà essere valutato dal giudice, nel contesto complessivo delle risultanze sottoposte al suo esame; ma nessun meccanismo di approvazione implicita del conto in conseguenza dell'omessa contestazione entro uno specifico termine è previsto dalla normativa di settore, né si può postulare un'applicazione analogica delle disposizioni dettate dall'art. 119 del testo unico bancario e dall'art. 1832 cod. civ. in tema di approvazione tacita degli estratti conto bancari, attesa la differenza di contenuto e di funzione tra questi ultimi ed i rendiconti di gestione dei quali qui si discute (per non dire, poi, che anche l'approvazione tacita del conto prevista da tali ultime norme è limitata alla conformità dei dati contabili alle singole operazioni da cui derivano e non implica un esonero generalizzato da responsabilità della banca verso il correntista).

Per completezza, va aggiunto che nemmeno gioverebbe tentare di far leva sulle disposizioni dettate dal codice in materia di mandato (disposizioni che la stessa difesa di parte ricorrente nega, d'altronde, siano qui invocabili), ed in specie sulla previsione di approvazione tacita dell'operato del mandatario, contemplata dal secondo comma dell'art. 1712 cod. civ., perché questa disposizione presuppone l'esecuzione già interamente avvenuta dell'incarico affidato al mandatario stesso, laddove la valutazione periodica di una gestione patrimoniale ancora in corso è cosa affatto diversa e, proprio per il suo carattere continuativo e perdurante nel tempo, il più delle volte mal si presta ad essere approvata per segmenti temporali (si veda, a quest'ultimo riguardo, Cass. 15 gennaio 2000, n. 426, che ha anche escluso la possibilità di applicare ad un mandato di gestione del patrimonio mobiliare la previsione del termine di dieci giorni entro il quale occorreva contestare i conti di liquidazione in base all'art. 53 degli usi della borsa valori di Milano, vigenti al tempo dei fatti di quella causa). Non può d'altronde neppure trascurarsi che, se pure per certi aspetti avvicinabile al mandato, la prestazione del servizio d'investimento consistente nella gestione individuale di portafogli ha regole sue proprie – essenzialmente dettate dall'esigenza di fornire all'investitore un *surplus* di tutela, che si esprime anche nell'imposizione della forma scritta sin dalla stipulazione del contratto – con le quali risulterebbe sistematicamente poco coerente ipotizzare un generale principio di approvazione tacita dei rendiconti periodici non contestati in un termine la cui durata, secondo la citata disposizione dell'art. 1712, troverebbe solo un assai vago riferimento nella natura degli affari o negli usi.

Tanto meno, poi, l'esistenza di un meccanismo legale di decadenza dipendente dalla mancata contestazione tempestiva dei rendiconti periodici di gestione inviati al cliente può essere desunta, come la ricorrente vorrebbe, da esigenze generali del sistema. La necessità per il gestore di portafogli di poter fare affidamento su un quadro di scelte d'investimento ben stabilizzato nel tempo non è argomento sufficiente a far postulare, a carico del cliente, una decadenza non prevista in modo esplicito né univoco dal legislatore, anche perché altro è la sta-

bilità delle scelte di gestione operate, pur se di per sé sempre relativamente opinabili, altro è l'eventuale violazione dei doveri gravanti sul gestore nell'adempimento degli obblighi che egli è tenuto a rispettare nell'interesse del cliente. La circostanza che sia mancata la rilevazione immediata di una siffatta violazione non implica, ovviamente, che il gestore possa legittimamente perseverare in essa, trattandosi di un fatto patologico che nulla ha a che fare con la durata nel tempo di strategie d'investimento fisiologicamente sviluppate. Se, dunque, a causa di detta violazione il cliente abbia subito un danno, il suo diritto a pretenderne il risarcimento è esercitabile fin quando non sia estinto per prescrizione.

4.2. Resta l'eventualità che l'approvazione tacita del conto derivi dalla volontà negoziale delle parti, per essere stata contemplata nel contratto di gestione da esse stipulato.

Nella fattispecie in esame, la corte d'appello riferisce di una clausola contrattuale volta a stabilire un termine di reclamo nei riguardi del rendiconto inviato dal gestore al cliente. La medesima corte, però, non solo esclude che la suddetta clausola ricolleggi al mancato reclamo la conseguenza della decadenza dalla facoltà di muovere contestazioni in ordine alla gestione del periodo cui il conto si riferisce, ma – quel che è forse più importante – aggiunge che, per esser validamente pattuita, una siffatta previsione di decadenza avrebbe richiesto l'approvazione specifica per iscritto, necessaria per le cosiddette clausole vessatorie: approvazione che, evidentemente, in questo caso non figurava.

La banca ricorrente censura in modo assai generico, e comunque inadeguato, questo passaggio decisivo della motivazione dell'impugnata sentenza: perché omette di riportare il testo della clausola contrattuale di cui si discute, come il principio di autosufficienza del ricorso le avrebbe invece imposto di fare, e soprattutto perché nulla dice in ordine all'affermata invalidità della clausola di decadenza per difetto di specifica approvazione scritta.

Le doglianze contenute nel primo e nel secondo motivo concernenti il rigetto dell'eccezione di decadenza non possono perciò trovare ingresso.

4.3. Nemmeno le doglianze riguardanti il

merito della responsabilità del gestore, come affermata dai giudici di primo e secondo grado, colgono nel segno.

Le argomentazioni svolte dalla difesa della banca ricorrente circa la necessità di valutare i risultati di gestione del portafoglio in una prospettiva che tenga conto dell'orizzonte temporale nel quale le scelte del gestore si iscrivono sono pienamente condivisibili, nella loro valenza generale, ma restano su un piano astratto.

Il contratto di gestione individuale di patrimonio non è certo di quelli cui deve necessariamente inerire un termine finale, ed è ad esso naturalmente connaturata la facoltà del cliente di disinvestire il proprio denaro ponendo fine al rapporto. Non è perciò agevole postulare che vi sia un momento prima del quale l'esercizio di tale facoltà di recesso possa dirsi anticipata, o comunque prematura, così da far carico al cliente di avere, con siffatto comportamento, procurato egli stesso (o aggravato) le perdite di capitale subite in conseguenza della gestione. Se ne può tener conto, al fine di stabilire se, o in quale eventuale misura, quelle perdite siano imputabili a colpa del gestore, qualora appaia ragionevole supporre che quest'ultimo abbia calibrato le scelte d'investimento su un orizzonte temporale che appariva ragionevole prevedere più lungo. Ma è evidente che si tratta di una valutazione di merito, da farsi alla luce di una ricostruzione approfondita e completa del rapporto di gestione.

Nel caso in esame, la corte d'appello ha appunto svolto tale valutazione, espressamente escludendo che il gestore avesse dato prova dell'incidenza negativa, sui risultati della gestione, della decisione di disinvestimento da parte dei clienti; ed ha aggiunto (ma non è rilievo decisivo) che l'andamento della gestione era stato anzi tale da far prevedere che il suo protrarsi avrebbe provocato altre perdite.

È questo, palesemente, un giudizio di merito, che non collide con alcuna norma di legge e che la banca ricorrente neppure ha impugnato sotto il profilo dell'eventuale difetto di motivazione, limitandosi a prospettare in proposito una propria diversa convinzione, la cui fondatezza non è però verificabile in sede di legittimità non essendo consentito procedere in tale sede ad un esame diretto delle risultanze istruttorie della causa.

Anche i restanti profili di doglianza contenuti nel secondo motivo di ricorso e nel terzo motivo vanno perciò disattesi.

5. Il ricorso, pertanto, dev'essere rigettato, con conseguente condanna della società ricorrente al rimborso, in favore dei controricorrenti, delle spese del giudizio di legittimità, che vengono liquidate in euro 2.000,00 per onorari e 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge. (*Omissis*)

[CARNEVALE *Presidente* – RORDORF *Estensore* – ZENO *P.M.* (concl. conf.). – BNP Paribas Sviluppo s.p.a. (avv.ti Arnaboldi, Rossi e Di Maio) – M.F., M.M.M., M.G. e E.C. (avv.ti Ciabattini Sgotto e Cappa)]

Nota di commento: «*Sull'ammissibilità della richiesta di risarcimento del danno alla banca per gestione patrimoniale scorretta anche senza previa contestazione dell'estratto conto*» [★]

I. Il caso

Alcuni clienti investitori citano avanti al Tribunale di Milano la società d'investimento mobiliare cui avevano dato mandato di gestire il loro portafoglio, chiedendo di essere risarciti dei danni subiti a causa della non corretta gestione patrimoniale esplicita per loro conto dal gestore.

La parte convenuta, costituitasi in giudizio, resiste eccependo, in particolare, la decadenza degli attori dalla possibilità di agire in responsabilità nei confronti della banca per non avere essi a suo tempo proposto tempestivo reclamo avverso i rendiconti periodicamente ricevuti.

Il Tribunale milanese rigetta l'eccezione e accoglie parzialmente la domanda degli attori, condannando la convenuta al pagamento di una somma a titolo di risarcimento dei danni derivati da una singola operazione di vendita di strumenti finanziari non corrispondente alle previsioni del contratto intercorso tra le parti.

La decisione, impugnata, viene integralmente confermata dalla Corte d'Appello di Milano, la quale, ribadendo l'infondatezza dell'eccezione di decadenza, reiterata anche nel secondo grado di giudizio dalla difesa della banca, afferma in particolare che ai rendiconti trimestrali inviati dal gestore è da attribuire una mera funzione informativa: il mancato reclamo ad opera del cliente ha l'effetto di rendere

inoppugnabili i dati contabili nella loro storicità ma non anche quello ulteriore di impedire eventuali successive azioni di responsabilità per *mala gestio*.

Osserva ancora la Corte di merito che, mentre nessun onere di reclamo è contemplato dalla legge, nel caso di specie non era neppure invocabile dai convenuti la clausola contrattuale che aveva previsto un termine di 45 giorni dalla spedizione del rendiconto per proporre reclamo, in quanto tale clausola non aveva ricollegato alcuna sanzione di decadenza alla non tempestiva proposizione del reclamo, né avrebbe comunque potuto validamente farlo, atteso il suo carattere vessatorio, che avrebbe richiesto, dunque, una specifica ed espressa approvazione per iscritto.

Il gestore propone ricorso in Cassazione. La Supr. Corte, pur convenendo con la difesa della banca ricorrente sull'affermazione per la quale i rendiconti periodici inviati dal gestore di portafogli ai propri clienti non sono un mero riepilogo di dati storico-contabili, bensì dei veri e propri rendiconti di gestione, respinge il ricorso sulla base dell'osservazione fondamentale che *nessun meccanismo di approvazione implicita del conto in conseguenza dell'omessa contestazione entro uno specifico termine è previsto dalla normativa di settore*, né si può postulare un'applicazione analogica delle disposizioni dettate dall'art. 119 del t.u.b. e dall'art. 1832 cod. civ. in tema di approvazione tacita degli estratti conto bancari, *attesa la differenza di contenuto e di funzione tra questi ultimi ed i rendiconti di gestione*.

L'approvazione tacita è dunque limitata alla conformità dei dati contabili alle singole operazioni da cui derivano, ma non implica invece, in alcun modo, un esonero generalizzato da responsabilità della banca verso il cliente.

In ogni caso, afferma la Cassazione, resta *salva la possibilità che le parti prevedano espressamente nel contratto di gestione l'approvazione tacita dei rendiconti, purché tale clausola, in quanto avente carattere vessatorio, venga specificamente approvata per iscritto* dalla parte che ne subisce la predisposizione ad opera dell'altro contraente.

II. Le questioni

1. PREMESSA: I RIFERIMENTI NORMATIVI. La sentenza in commento, pur non enunciando principi di particolare novità dal punto di vista prettamente giuridico, fornisce alcune indicazioni, a parere di chi scrive, estremamente chiare e lineari in merito alla possibile pretesa risarcitoria del cliente per *mala gestio* patrimoniale nell'ambito di rapporti di investimento che abbiano carattere di durata, e ciò anche

[★] **Contributo pubblicato in base a referee.**

in mancanza di previa contestazione dei rendiconti di gestione ricevuti periodicamente.

In particolare, dopo avere evidenziato che i rendiconti periodici inviati dal gestore di portafogli ai propri clienti non sono un mero riepilogo di dati storico-contabili, bensì veri e propri rendiconti di gestione, la pronuncia afferma testualmente che nessun meccanismo di approvazione implicita del conto in conseguenza dell'omessa contestazione entro uno specifico termine è previsto dalla disciplina normativa di settore.

Nel caso di specie, dunque, è da escludere l'applicazione, anche in via analogica, sia dell'art. 1832 cod. civ., che prevede l'invio di estratti conto e disciplina le conseguenze della loro mancata contestazione «nel termine pattuito o in quello usuale», sia dell'art. 119, comma 2°, d. legis. 1°9.1993, n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), il c.d. t.u.b., secondo cui «in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento».

Per quanto sul punto non vi sia alcuna contestazione tra le parti in causa, la pronuncia in commento chiarisce anche che al caso di specie non trovano applicazione le disposizioni dettate dal codice in materia di mandato, ed in particolare la previsione di approvazione tacita dell'operato del mandatario, contemplata dal comma 2° dell'art. 1712 cod. civ., dal momento che questa presuppone l'esecuzione già interamente avvenuta dell'incarico affidato al mandatario stesso, laddove la valutazione periodica di una gestione patrimoniale ancora in corso è cosa affatto diversa e, proprio per il suo carattere continuativo e perdurante nel tempo, il più delle volte mal si presta ad essere approvata per segmenti temporali.

L'esistenza di un generale principio di approvazione tacita dei rendiconti non contestati in un termine deve essere esclusa anche in considerazione del fatto che la prestazione del servizio d'investimento consistente nella gestione individuale di portafogli ha regole sue proprie (tra cui, ad esempio, l'imposizione della forma scritta sin dalla stipulazione del contratto, l'onere della consegna al cliente di un esemplare del contratto), la cui finalità è essenzialmente quella di predisporre un particolare sistema di tutele per l'investitore: risulterebbe dunque del tutto fuori luogo e sistematicamente poco coerente ipotizzare un generale principio di approvazione tacita dei rendiconti periodici non contestati in un termine la cui durata, secondo l'art. 1712, troverebbe solo un assai vago riferimento nella natura degli affari o negli usi. Peraltro, sul punto si deve evidenziare che tale approvazione tacita è stata da tempo surrettiziamente introdotta dall'ABI nello

schema di contratto per il servizio di gestione, così come precisato nella *Circolare ABI* del 19.1.1999, n. FI/LG/00339.

2. EFFETTI DELL'APPROVAZIONE TACITA DEL RENDICONTO. Dopo aver sottolineato l'inapplicabilità al caso *de quo* delle disposizioni delle quali si è detto in precedenza, la Supr. Corte chiarisce opportunamente anche il fatto che le ipotesi di approvazione tacita (*rectius* «mancata contestazione») previste dalle norme appena richiamate sono comunque da intendersi limitate alla conformità dei dati contabili alle singole operazioni da cui derivano e non implicano, invece, un esonero generalizzato da responsabilità della banca verso il correntista: detto altrimenti non è possibile in alcun modo ritenere che la mancata contestazione dei rendiconti, attraverso la previsione della decadenza dalla possibilità di proporre reclamo, possa integrare gli estremi di un'esimente da responsabilità per il gestore.

In base ad un indirizzo giurisprudenziale consolidato, la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto trasmesso da una banca al cliente determina l'inoppugnabilità degli accrediti e degli addebiti solo sotto il profilo strettamente contabile, ma non sotto quelli della validità ed efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivano le perdite inserite nel conto. Tale principio è da ritenersi estensibile e quindi applicabile anche in materia di contratti di investimento, posto che esiste una sostanziale omogeneità di funzioni nella previsione di questi obblighi. In particolare, appare evidente che anche nelle attività di intermediazione finanziaria l'invio della rendicontazione costituisce adempimento di un obbligo di informazione dell'intermediario. Ne consegue che l'investitore conserva, anche dopo l'approvazione tacita del conto, la possibilità di contestarne le risultanze attraverso l'esercizio degli strumenti di tutela previsti dalla legge. Nel caso di specie, in particolare – ma sul punto la sentenza è estremamente stringata – ad essere dichiarata è la responsabilità di natura contrattuale del gestore per una singola operazione di vendita di strumenti finanziari non corrispondente alle previsioni del contratto intercorso tra le parti: trattandosi, dunque, di violazione degli obblighi caratterizzanti la fase esecutiva dell'attività di gestione e di investimento, la determinazione del risarcimento deve essere effettuata ai sensi dell'art. 1223 cod. civ.

In particolare, mentre la quantificazione della perdita subita dall'investitore in seguito all'inadempimento del gestore dovrà essere operata confrontando il valore iniziale del portafoglio del cliente, ovvero del capitale investito, con quello che esso presenta in conseguenza del comportamento tenuto dall'intermediario, più difficile appare invece la de-

terminazione del mancato guadagno: se, infatti, nell'ipotesi «classica» tale mancato guadagno è costituito dalla *performance* negativa dello strumento finanziario oggetto dell'operazione, confrontata con parametri di riferimento per categorie-tipo di portafogli (in tal senso dispone la previsione dell'art. 38 del reg. Consob n. 16190/2007), nel caso oggetto della pronuncia in commento, poiché, come si è detto, l'inadempimento è consistito nella «vendita di strumenti finanziari non corrispondente alle previsioni del contratto», non sembra possibile l'utilizzo dello strumento comparativo, in quanto avrebbe ad oggetto parametri non omogenei, e pertanto tale componente del danno dovrebbe essere invece calcolata attraverso l'utilizzo del criterio equitativo.

3. LA CLAUSOLA PATTIZIA DI APPROVAZIONE TACITA DEL RENDICONTO. Seppur in estrema sintesi, la sentenza in commento affronta anche la questione relativa alla possibilità delle parti di pattuire espressamente nei contratti di gestione patrimoniale che il rendiconto debba intendersi tacitamente approvato dal cliente, in mancanza di un reclamo scritto da effettuarsi entro un certo numero di giorni dalla data della sua spedizione. Come nel caso di specie (in cui era previsto un termine di decadenza di 45 giorni per la proposizione del reclamo, decorrente dalla spedizione del rendiconto), una clausola di questo tipo, ove fosse inserita in un contratto di investimento stipulato con un consumatore, in quanto riconducibile alla fattispecie prevista dall'art. 33, comma 2°, lett. *h*), cod. cons., dovrebbe essere considerata vessatoria fino a prova contraria e restare, dunque, assoggettata alla relativa disciplina sanzionatoria.

Nel caso di contratto cui non fosse applicabile la disciplina del codice del consumo, sarebbe invece richiesta una specifica ed espressa approvazione per iscritto.

Oltre a ciò, richiamando quanto si è detto in precedenza, è peraltro opportuno evidenziare anche che un'eventuale clausola (per la quale pure il professionista fosse riuscito a vincere la presunzione di vessatorietà) che, attraverso un meccanismo di decadenza dalla possibilità di proporre reclamo, determinasse come ulteriore effetto l'esonero da qualsiasi possibile responsabilità della banca verso il cliente, costituirebbe un *minus* di tutela per l'investitore, che verrebbe così spogliato della possibilità di azionare gli specifici strumenti di tutela previsti dalla legge.

A parere di chi scrive, inoltre, nell'ipotesi che l'investitore rivesta la qualifica di consumatore, una clausola pattizia dal tal contenuto impingerebbe anche nella sanzione di nullità prevista dall'art. 143 cod. cons. («irrinunciabilità dei diritti»).

4. IL COMPORTAMENTO DEL CLIENTE. Un ulteriore aspetto cui fa riferimento la pronuncia in com-

mento e che si ritiene degno di nota, in quanto strettamente collegato alle questioni inerenti l'approvazione tacita del rendiconto, è quello relativo al comportamento passivo del cliente-investitore, che, afferma la sentenza, al pari di quello del gestore dev'essere improntato a buona fede e potrà essere valutato dal giudice, nel contesto complessivo delle risultanze sottoposte al suo esame.

A tale proposito, in sintonia con l'orientamento adottato dalla giurisprudenza in tema di approvazione del conto corrente bancario, sembra legittimo ritenere che nello svolgimento del rapporto il cliente sia tenuto ad osservare la normale attenzione e cautela e, quindi, a controllare il rendiconto trasmesso dall'intermediario.

L'esercizio costante di tale vigilanza consente, innanzitutto, di rilevare tempestivamente l'eventuale violazione degli obblighi informativi e di rendicontazione da parte dell'intermediario, in quanto il cliente viene a conoscenza delle operazioni compiute dall'intermediario e, in secondo luogo, permette al cliente stesso di intervenire per evitare un ulteriore pregiudizio economico da un'operazione non in linea con i suoi obiettivi di investimento.

Il cliente che ometta di esercitare queste forme di controllo pone dunque in essere un comportamento colposo, potenzialmente idoneo a concorrere con quello del gestore nella determinazione del danno complessivo, per la cui quantificazione, in applicazione dei principi generali in tema di obbligazioni, si renderà necessario, dapprima stabilire la rilevanza della colpa del cliente sotto il profilo del nesso di causalità e, quindi, stabilire la diminuzione del danno così come sancito dall'art. 1227 cod. civ.

Alla luce di quanto appena osservato, è quindi possibile affermare che nel contratto di gestione la quantificazione dei danni subiti per la violazione degli obblighi contrattuali trova il suo limite nella consapevolezza (acquisita preventivamente) da parte dell'investitore della pericolosità dell'operazione. Al contrario, si ritiene che nessuna colpa sia ravvisabile e, dunque, nessuna conseguente limitazione alla responsabilità del gestore potrà derivare dal comportamento del cliente che, solo successivamente alla trasmissione dei dati sull'andamento della gestione, venga a sapere delle perdite subite per effetto di un'operazione non corrispondente alle previsioni del contratto.

Sul punto appare certamente suggestiva la posizione di parte della dottrina la quale afferma invece che, ove non si individuasse nell'acquisizione da parte del cliente della documentazione contenente le informazioni relative all'andamento della gestione il limite temporale entro il quale esercitare l'azione di responsabilità contro il gestore, quest'ultima assumerebbe una sorta di funzione assicurativa per

l'investitore contro i rischi connessi alla gestione. Se tale posizione appare probabilmente accoglibile con riferimento ai danni concretantisi in perdite rispetto alle *performances* attese degli strumenti finanziari previsti in contratto utilizzati, essa non sembra invece cogliere nel segno con riferimento a tutti quei casi, come quello oggetto della sentenza in commento, in cui l'inadempimento del gestore è consistito nella violazione (dapprima degli obblighi di informazione verso il cliente e quindi) delle modalità di gestione stabilite contrattualmente: in tale ipotesi, oltre a non essere in alcun modo configurabili profili di colpa nel comportamento del cliente che non contesti immediatamente il contenuto del rendiconto inviatogli dal gestore, allo spirare di tale termine, il cliente medesimo non perderà definitivamente la possibilità di proporre l'azione di responsabilità contro il gestore, in quanto comunque esperibile entro gli ordinari termini di prescrizione e decadenza.

III. I precedenti

In tema di inapplicabilità alla gestione patrimoniale ancora in corso delle disposizioni dettate dal codice civile in materia di mandato, ed in specie sulla previsione di approvazione tacita dell'operato del mandatario, contemplata dal comma 2° dell'art. 1712 cod. civ., CASS., 15.1.2000, n. 426, in *Contratti*, 2000, 911, con nota di ANGIULI.

Circa i requisiti formali del contratto di gestione patrimoniale, si segnala TRIB. MILANO, 27.3.2000, *ibidem*, 777.

Per quanto riguarda l'approvazione tacita dell'estratto conto, CASS., 5.5.2006, n. 10376, in *Obbl. e contr.*, 2006, 938. In senso sostanzialmente conforme, v. CASS., 5.12.2003, n. 18626, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 4, 98; CASS., 26.7.2001, n. 10186, in *Foro it.*,

2002, I, 459; CASS., 15.6.1995, n. 6736, in *Mass. Giust. civ.*, 1995.

Con riferimento alla violazione degli obblighi di informazione da parte del gestore, CASS., 19.12.2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 227 ss., e CASS., 19.12.2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, I, 350 ss.

IV. La dottrina

In merito alla responsabilità del gestore per *mala gestio*, che, in quanto trova il proprio fondamento dal diverso e generalissimo principio del *neminem laedere*, non viene esclusa dall'approvazione (anche tacita) del mandato, si veda SALAMONE, *Osservazioni a Trib. Napoli, 5/5/00 in tema di gestioni patrimoniali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 770 ss.

Circa l'inapplicabilità dell'art. 1712 cod. civ., in tema di approvazione tacita del mandato, si rinvia a LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXXII, Giuffrè, 1984, 563 ss.

Sulla necessità di specifica approvazione per iscritto di una clausola vessatoria, i contributi sono innumerevoli: si segnalano, tra gli altri, ALPA-PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2003; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Utet, 2006, 27 ss.; RUFFOLO, *Clausole «vessatorie» e «abusiva»*. *Gli artt. 1469 bis ss. cod. civ. e i contratti col consumatore*, Giuffrè, 1997; VETTORI, *Codice del Consumo. Commentario*, Cedam, 2007.

Per quanto riguarda, i profili di responsabilità del gestore ed i correlativi strumenti di tutela a favore dell'investitore, CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1442 ss.

MATTEO MAGRI

- CASS. CIV., II sez., 4.1.2011, n. 95
Conferma App. Bologna, 16.11.2004

DONAZIONE - DONAZIONE MODALE - FUNZIONE ACCESSORIA DELL'ONERE - INCIDENZA DELL'ONERE DONATIVO AI FINI DELLA VALIDITÀ DELLA DONAZIONE - CARATTERE NON DETERMINANTE DELL'ONERE - INDICI RIVELATORI DEL CARATTERE NON DETERMINANTE (cod. civ., art. 794)

L'onere, pur ponendo in essere una limitazione alla disponibilità del bene oggetto di donazione, svolge una finalità accessoria rispetto alla volontà di beneficiare l'onerato con la diretta attribuzione in suo favore del bene medesimo. La stabile destinazione del bene donato al beneficiario dell'onere non equivale ad una destinazione in via esclusiva, tale da assorbire completamente il valore della donazione. In questa situazione, poi, l'eccedenza del va-