

SENTENZA

94

Arro 2012

5583
2005



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano

Arro 437/2012

ASP
29
2012

Il Tribunale di S. Maria C.V., I sez. civile, giudice di primo grado in
composizione collegiale in persona dei sigg.ri Magistrati:

- dott. Giancarlo de Donato, Presidente
- dott.ssa Maria Rosaria Pupo, Giudice relatore
- dott. Giovanni D'Onofrio, Giudice

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

tra:

con gli avv. _____
citazione ed elezione di domicilio in _____

per mandato a margine dell'atto di _____

IL TRIBUNALE DI S. MARIA C.V.
-attori- _____

co n t r a

_____ in persona del legale

rapp.te p.t., nonché

persona del legale rapp.te p.t., entrambe con gli avv.ti _____

_____ giusta mandato a tergo dell'atto di _____

citazione notificato ed elezione di domicilio in _____

_____ -convenute spieganti riconvenzionale-

a definizione della causa civile iscritta al N. 5583/2005 R.G.,

avente ad oggetto intermediazione mobiliare,

passata in decisione alla udienza collegiale dell'11.10.2011,

sulle conclusioni di cui al relativo verbale.

Motivi in fatto ed in diritto

1) La sentenza viene redatta in conformità al nuovo testo degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., immediatamente applicabile anche nei giudizi in corso alla data di entrata in vigore della riforma, ai sensi dall'art. 58 L. n. 69/09.

2) In fatto trattasi di due acquisti di bond argentini eseguiti dagli attori in data 28.7.1998 e 12.2.2001 (quest'ultimo tramite la _____), in relazione ai quali gli investitori istanti hanno concluso, tra l'altro, sia per la inesistenza (v. memoria di replica ex art. 6 D. Lgs. 5/2003) sia per la nullità (v. atto introduttivo e memoria ex art. 6 cit.) dei relativi contratti.

Le convenute resistono concludendo per il difetto di legittimazione passiva (limitatamente a _____), per l'improponibilità della domanda in virtù della clausola arbitrale, per il rigetto per infondatezza della domanda, ed in via riconvenzionale per la restituzione dei titoli consegnati e

1

delle cedole corrisposte agli attori.

3) L'eccezione di arbitrato, introduttiva di una questione preliminare di merito, è infondata.

a) Invero la clausola invocata dalle convenute devolve all'arbitrato irrituale le controversie nascenti dal contratto fiduciario (tra gli attori e la

), ma non quelle derivanti dai contratti di investimento che nella fattispecie, come si è precisato nel paragrafo seguente, mancano del tutto; peraltro a fronte di più domande connesse di cui solo alcune demandate alla competenza arbitrale questa viene assorbita ed esclusa da quella ordinaria (cass. n. 23088/2007).

b) Inoltre vi è da dire che la clausola che si esamina, derogativa della competenza del giudice ordinario in favore degli arbitri, risulta priva della sottoscrizione della società e la mera produzione in giudizio da parte del soggetto (nella fattispecie la banca) che non l'ha sottoscritta non supplisce alla mancanza di tale requisito essenziale, essendo che gli attori, rivolgendosi al giudice ordinario hanno manifestato la volontà di revocare l'originaria proposta di devolvere all'arbitrato la cognizione della presente controversia [v. quanto esposto infra al par. 4), lett. a) e b)].

c) Quanto innanzi è assorbente delle questioni, pur sollevate dagli attori, circa la vessatorietà della clausola (che richiede la specifica approvazione ex artt. 1341 e 1342 c.c.) e della applicabilità ad essa della disciplina di cui agli artt. 1469-bis e ss. c.c. e del D. Lgs. 206/2005 (cd. codice del consumo).

4) La domanda di nullità proposta dagli attori è fondata e va accolta.

La disciplina cui fare riferimento è quella dettata dall'art. 23 del T.U.F. (D. Lgs. n. 58/1998 in vigore al momento degli acquisti del 28.7.1998 e del 12.2.2001) a mente del quale: "I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento... e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti... Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo".

La forma scritta di tali contratti è dunque prescritta dalla legge ad substantiam, essendo la nullità -assoluta e rilevabile d'ufficio- conseguenza della carenza del requisito formale.

La norma primaria è a sua volta integrata dall'art. 30 Reg. Consob n. 11522/98 che prescrive il contenuto minimo del contratto con l'investitore che deve: a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e warrant; f) indicare le altre

condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio.

In forza del contratto in questione, usualmente definito come "contratto quadro", l'intermediario autorizzato è tenuto, su ordine del cliente, a fornire al cliente stesso servizi d'investimento e servizi accessori aventi ad oggetto strumenti finanziari. A norma dell'art. 1 paragrafo 2. lett. b) del T.U.F per strumenti finanziari si intendono anche le obbligazioni e i titoli di Stato (quali sono le obbligazioni Argentina); ai sensi del paragrafo 3. lett. b) dello stesso articolo per servizi d'investimento si intende anche la negoziazione per conto terzi ed ai sensi della successiva lettera a) del paragrafo 6 per servizi accessori si intendono anche la custodia ed amministrazione di strumenti finanziari.

E questo contratto (di mandato ad acquistare prodotti finanziari) ha, come il generale contratto di mandato, una causa gestoria: esso deve contenere il programma non solo dell'attività indispensabile alla conclusione del negozio gestorio ma anche di tutti gli sviluppi esecutivi. Di qui dunque l'avvertita esigenza (art. 30 Reg. Consob) di stabilire normativamente, in considerazione dell'importanza degli interessi sottesi al contratto, le modalità del programma gestorio, comprensivo da un lato delle modalità tecniche dell'imputazione e degli effetti nella sfera giuridica del mandante -ad es. lett. c dell'art. 30 del Regolamento indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni-, dall'altro degli obblighi di comportamento che il mandatario deve osservare nella conclusione del contratto (art. 21 T.U.F. e 26-29 del Regolamento).

Ebbene, nel caso di specie, come si dirà, non è stato acquisito al processo un contratto scritto, avente il contenuto dell'art. 30 del Regolamento, che disciplini i servizi di investimento ed in particolare la negoziazione di titoli di Stato. Invero nella fattispecie il Tribunale rileva quanto segue:

a) i documenti prodotti dalle convenute -ad eccezione del contratto fiduciario di cui si dirà infra sub c.IV)- non recano la sottoscrizione di entrambe le parti, ma solo quella degli investitori e pertanto non costituiscono valido contratto quadro; invero la manifestazione scritta della volontà di uno dei contraenti, la quale concorre alla formazione del negozio con efficacia pari alla volontà dell'altro, non può essere sostituita da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, la quale non può essere utilizzata né quale elemento integrante il contratto, né, quand'anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto, come prova di questo, quando sia per esso richiesta la prova scritta *ad substantiam* (v. Cass., 4709/1997); laddove invece il vincolo della forma scritta *ad substantiam* è vincolante per entrambe le parti e quindi anche per l'intermediario finanziario (Trib. Torino 5.2.2010; Trib. Mondovì 9.4.2009; ivi altri riferimenti giurisprudenziali).

b) Tale carenza (cui non può neppure supplire la prova per testi o per presunzioni: v. Cass., 5148/1982) non può essere in alcun modo emendata o sanata dalla produzione in giudizio da parte della banca convenuta dell'asserito contratto quadro di negoziazione, posto che l'incontro delle

volontà può dirsi perfezionato solo se la parte del processo che ha sottoscritto il contratto al momento della produzione non abbia già manifestato la revoca del proprio consenso (v. Cass., 13548/2006), volontà di revoca che nel caso di specie le parti attrici hanno specificamente dimostrato e manifestato proponendo la domanda di nullità del contratto quadro per carenza della forma scritta (tali considerazioni possono estendersi anche a proposito della clausola arbitrale).

La giurisprudenza di legittimità ha affermato (v. Cass. Civ. n. 9687/2003; n. 11115/97; n. 2919/90) che ove si controversi sulla nullità di un contratto per la validità del quale è richiesta la forma scritta, la prova della sua validità va fornita esclusivamente mediante la produzione di un documento sottoscritto da entrambe le parti, senza che siano ammessi equipollenti o che possa assumere valenza probatoria il comportamento delle parti, anche giudiziale; e seppure la produzione in giudizio del contratto ad opera della parte che non l'ha sottoscritto vale a considerarlo concluso nella forma documentale prescritta, equivalendo siffatta produzione al consenso negoziale, ove non sia medio tempore intervenuta la revoca dello stesso (v. per tutte Cass. Civ. n. 7075/2004), appare comunque decisivo e dirimente il rilievo che la produzione di un contratto al fine di udire dichiarare la nullità equivale a revoca del consenso eventualmente già prestato (cf. Cass. Civ. n. 2826/2000; Trib. Rimini n. 1523 del 12.10.2010).

Dunque posto che l'art. 1325 c.c. annovera fra gli elementi costitutivi del contratto la forma prescritta dalla legge sotto pena di nullità, quando la prescrizione formale non è stata rispettata, il contratto è privo di un suo elemento essenziale in mancanza del quale esso non può intendersi validamente perfezionato. E certamente, in mancanza di un contratto sottoscritto da entrambi i contraenti, il requisito formale difetta.

In tal caso nemmeno può a ragione replicarsi che alla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario possa supplire il successivo compimento di operazioni esecutive dello stesso, che in qualche modo ne confermerebbero il perfezionamento, in quanto tale ragionamento implica di ritenere che il contratto-quadro si sarebbe perfezionato con il meccanismo dello scambio di conformi consensi ex art. 1326 c.c.; una argomentazione per vero assai ardita e non avallabile, che condurrebbe a qualificare il contratto prodotto e sottoscritto dalla sola parte attrice come proposta contrattuale e come accettazione i successivi documenti, di natura, scopo e contenuto assolutamente diversi.

L'unica altra opzione possibile sarebbe quella di attribuire alle operazioni successive valore di convalida del contratto nullo, ma ciò in violazione a quanto disposto dall'art. 1423 c.c. Al riguardo per l'inapplicabilità della sanatoria o della convalida del contratto relativo alla prestazione di servizi finanziari desumibile dal comportamento delle parti, anche quando il rapporto abbia avuto esecuzione per lungo periodo temporale si è espressa anche una cospicua giurisprudenza di merito (v. Trib. Alba 29.10.2010, Trib. Padova 23.3.2010,

Trib. Mantova 22.8.2007, Trib. Torino 5.1.2010).

Né i rilievi che precedono sono animati da mero formalismo.

Invero il contratto quadro assicura la trasmissione di informazioni essenziali che ineriscono alla corretta esecuzione delle prestazioni attinenti all'attività di intermediazione finanziaria; tali informazioni sono volte, per la gran parte, a tutelare il contraente più debole (l'investitore); né va dimenticato che il diritto al risparmio è protetto a livello costituzionale (art. 47) con la contestuale previsione di un controllo dello Stato per la disciplina dell'esercizio del credito. Pertanto la previsione di forma scritta è da considerarsi garanzia di un consenso consapevole, pieno ed integrale delle parti al complessivo assetto contrattuale, che dev'essere corrispondente al contenuto fissato dalla norma.

E nel caso in esame non vi è prova che tanto si sia verificato; ma vi è invece certezza sul fatto che l'onere formale previsto dal legislatore ad substantiam nell'ottica sopra richiamata non sia stato rispettato, e che ciò determini la fondatezza dell'eccezione di nullità del contratto-quadro.

c) In ogni caso, poi, oltre alla decisiva circostanza che nessun documento, tra quelli che si esaminano, reca la sottoscrizione congiunta delle parti -ad eccezione del contratto fiduciario di cui si dirà a breve sub IV)-, la documentazione esibita dalle convenute non è un contratto quadro (di cui all'art. 23 D. Lgs. 58/1998 ed all'art. 30 Reg. Consob n. 11522/1998), bensì trattasi:

I) dell'ordine di acquisto (a firma del solo attore) e della relativa esecuzione (doc. n. 1 e doc. n. 2 produzione e produzione), che costituiscono operazioni esecutive del contratto quadro, assimilabili quindi alle istruzioni per l'adempimento del mandato (art. 1711 c.c.), le quali sono prive di autonoma valenza negoziale e meramente integrative delle obbligazioni di carattere gestorio del mandatario;

II) ovvero della scheda dati profilo cliente (doc. n. 3) datata 28.12.2004, a firma del solo attore oltre che successiva e non coeva agli acquisti per cui è causa (del 28.7.1998 e del 12.2.2001) con conseguente inosservanza dell'art. 28 comma 1 reg. consob n. 11522;

III) ovvero del documento sui rischi generali degli investimenti (doc. n. 4) datato 27.11.2003, a firma del solo attore ed anch'esso successivo e non coevo agli acquisti predetti, con conseguente inosservanza dell'art. 28 co. 1 lett. b) reg. Consob n. 11522/1998;

IV) ovvero del (distinto e diverso) contratto fiduciario (amministrazione di valori per conto dei terzi) sottoscritto tra e gli attori (doc. n. 5, con data illeggibile) regolato dalla legge 23.11.1939, n. 1966, dal R.D. 22.04.1940, n. 531 e dal D.M. 16 gennaio 1995. Invero l'esame di tale contratto (non certo agevole stante la cattiva qualità della copia esibita) consente di rilevare che esso non è conforme al contenuto minimo prescritto dall'art. 23 in relazione all'art. 1 co. 5 D. Lgs. 58/1998 e dall'art. 30 del regolamento Consob n. 11522/98, come già illustrato all'inizio di questo paragrafo 4): in genere lo schema relativo alla prestazione di servizi

d'investimento consta di una parte generale (contenente disposizioni riguardanti il conflitto d'interessi, la durata del contratto, il diritto di recesso, le modifiche unilaterali al contratto da parte delle banche e le modalità con le quali queste vengono comunicate alla clientela) e di specifiche sottosezioni dedicate ai singoli servizi (negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, gestione di portafogli, consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari), nonché di alcuni allegati, tra cui quelli relativi all'informativa precontrattuale e al conferimento degli incarichi per la prestazione dei citati servizi.

V) ovvero dell'incarico conferito alla _____ di assumere in amministrazione fiduciaria (doc. n. 6, datato 12.02.01, a firma del solo attore) per conto degli attori i titoli e/o valori all'uopo ivi elencati;

VI) ovvero della clausola arbitrale (doc. n. 7), priva di data, a firma dei soli attori, della quale si è già detto.

5) Per tutte le ragioni sopra esposte, assolutamente dirimenti ed assorbenti delle altre domande proposte in via gradata dalle parti attrici, deve essere dichiarata la nullità ex artt. 23 TUF e 30 reg. Consob 11522/1998 del contratto quadro di negoziazione e dei conseguenti ordini ed operazioni per difetto di valido contratto quadro nella forma scritta richiesta *ad substantiam*. Dalla declaratoria di nullità del contratto deriva la fondatezza delle domande restitutorie svolte da entrambe le parti processuali, non trovando causa le attribuzioni patrimoniali eseguite; pertanto le società convenute devono essere dichiarate tenute e condannate a restituire alle parti attrici il capitale investito, pari complessivamente ad Euro € 392.512,62 (97.512,62 + 295.000), oltre interessi legali dalla domanda giudiziale sino al saldo e, per contro, conseguendo alla declaratoria di nullità la restitutio in integrum, le parti attrici, in accoglimento della domanda riconvenzionale delle convenute devono essere dichiarate tenute e condannate a restituire alle società convenute il valore di tutte le cedole percepite, pari ad Euro 29.378,12 (v. c.t.u.) nonché i titoli attualmente in possesso, oltre interessi legali dalla domanda giudiziale ex art. 2033 c.c., dovendosi presumere la buona fede dell'accipiens in assenza di idonea prova contraria.

Le spese di lite si ritiene giusto compensarle per la metà (anche per la fondatezza della spiegata riconvenzionale) con la restante metà, liquidata in dispositivo, a carico delle società convenute.

Le spese di c.t.u., già liquidate, vanno invece compensate per intero tra le parti.

P. Q. M.

disattesa ovvero respinta ogni altra domanda, istanza ed eccezione:

condanna le società convenute, in solido tra loro e con salvezza dei rapporti interni, al pagamento in favore degli attori, in solido tra loro, della somma di € € 392.512,62 oltre interessi dalla domanda;

condanna gli attori, in solido tra loro, al pagamento in favore delle convenute, in solido tra loro, della somma di € 29.378,12 oltre interessi dalla domanda;

6



ordina agli attori di restituire alle convenute istanti i titoli per cui è causa di cui sono ancora in possesso.

condanna la convenute, in solido tra loro e con salvezza dei rapporti interni, al pagamento in favore delle attrici, in solido, della metà delle spese di lite che si liquidano in E. 7.500,00 di cui 500,00 per spese, 3.000,00 per diritti e 4.000,00 per onorario, oltre iva, cpa e 12,5%.

dichiara compensate tra le parti la restante metà delle spese di lite

~~compensa per intero tra le parti le spese di c.t.a.~~ *con l'arte e successi di entrambe*

Li 18.11.2011 delle parti in ragione della natura

Il Giudice estensore
Dr. ssa M. PUPPO

Il Presidente

Dr. G. DONATO

Giuseppe Donato

Il Cancelliere C.A.
BOZZA



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI CAPRI
13 GEN 2012
Dr. G. DONATO