



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI

- Sezione distaccata di Sassari -

composta dei magistrati

dott. Francesco Mazzaroppi Presidente

dott. M.Teresa Spanu Giudice est.

dott. Maura Nardin Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. (*Omissis*) nel Ruolo degli Affari Contenziosi per l'anno 2010, promossa da

B. DI S. s.p.a., in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliato in (*Omissis*), presso lo studio dell'avv. (*Omissis*), che lo rappresenta e difende per procura generale 9-06-99 Notaio (*Omissis*),

appellante

contro

D. G. e B. P., elettivamente domiciliati in (*Omissis*), presso lo studio dell'avv. (*Omissis*), che li rappresenta e difende per procura speciale a margine dell'atto di citazione di primo grado,

appellati

OGGETTO: nullità del contratto di intermediazione finanziaria.

All'udienza del 10-10-14 la causa è stata tenuta a decisione sulle seguenti

CONCLUSIONI

Nell'interesse dell'appellante: voglia la Corte

- 1) rigettare la domanda proposta da D. G. e B. P. perché infondata in fatto e diritto assolvendo il B. di S. da ogni avversa domanda;
- 2) con vittoria di spese del doppio grado di giudizio.

Nell'interesse degli appellati: voglia la Corte

- 1) rigettare l'appello proposto in quanto infondato in fatto e diritto e per l'effetto confermare la sentenza n. 443/09;
- 2) con vittoria di spese, diritti ed onorari.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza depositata in data 30-03-09 il Tribunale di Sassari accoglieva la domanda proposta da D. G. e B. P. nei confronti del B. di S. s.p.a. al fine di ottenere la dichiarazione di nullità dell'acquisto di titoli

Argentina, disposto dagli attori in data 22-04-2000 in assenza del prescritto contratto quadro e del documento informativo sui rischi.

Il tribunale, preso atto che l'intera normativa di settore dettava norme imperative, affermava che la violazione delle prescrizioni di legge comportava la nullità dei negozi compiuti in esecuzione del contratto nullo, in quanto l'invalidità atteneva agli elementi intrinseci della fattispecie, relativi alla struttura del rapporto, che veniva colpito nella sua genesi.

Con atto di citazione tempestivamente notificato il B. di S. s.p.a. ha proposto appello avverso la suddetta sentenza, deducendo (i) l'erronea interpretazione delle norme di riferimento applicabili quanto alla ripartizione dell'onere della prova, (ii) l'errata applicazione del regime delle nullità alla violazione dei doveri di comportamento.

Si sono costituiti D. G. e B. P., resistendo all'appello e chiedendo la conferma della sentenza appellata.

La causa è stata quindi trattenuta a decisione sulle conclusioni sopra trascritte.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo l'appellante ha censurato la decisione impugnata nella parte in cui il tribunale riteneva provata la violazione dell'art. 23 TUF nonostante parte attrice non avesse assolto all'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa e segnatamente la sussistenza degli addebiti

contestati alla banca in punto di regolare stipulazione del contratto quadro e consegna del documento informativo sui rischi.

Il motivo non è fondato.

Giova ricordare che la normativa introdotta dal d.lgs. 24-02-98 n°58 e dal Regolamento CONSOB adottato con delibera n°11522/98 e successive modificazioni prevede, quanto ai contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, che: a) devono essere redatti per iscritto a pena di nullità; b) gli intermediari autorizzati *non possono fornire i proprio servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto* che specifichi quanto indicato nell'art. 30 del regolamento Consob n°11522/98, costituente la normativa di attuazione del TUF.

Nella prestazione dei servizi d'investimento gli intermediari devono inoltre comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza ed in particolare: a) acquisire dal cliente le informazioni sulla sua esperienza, situazione finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio; b) disporre di adeguata conoscenza degli strumenti finanziari oggetto dei propri servizi e della situazione economica e finanziaria degli emittenti per informare adeguatamente il cliente su natura, rischi ed implicazioni della specifica operazione di investimento; c) astenersi dall'operare in conflitto di interessi con il cliente o su valori non negoziati nei mercati regolamentati, se non espressamente autorizzati per iscritto; d) avvertire il cliente dell'eventuale inadeguatezza dell'operazione richiesta per

tipologia, oggetto, frequenza o dimensione; e) consegnare il documento informativo sui rischi.

Intervenuta a Sezioni Unite (sentenza n. 26724/07), la Corte di legittimità ha distinto la fattispecie di nullità virtuale per violazione di norme imperative attinenti la validità del contratto dai casi in cui la violazione riguardi norme di comportamento, affermando che nella seconda ipotesi *la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, c.d. contratto quadro, il quale per taluni aspetti può essere accostato alla figura del mandato; può dar luogo invece a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto quadro.*

Nella specie, gli attori deducevano non solo l'inosservanza delle regole di comportamento impartite dagli artt. 21 e ss D.L.vo 58/98 *(I soggetti abilitati classificano, sulla base di criteri generali minimi definiti con regolamento dalla Consob, che a tale fine può avvalersi della*

collaborazione delle associazioni maggiormente rappresentative dei soggetti abilitati e del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, di cui alla legge 30 luglio 1998, n. 281, il grado di rischiosità dei prodotti finanziari e delle gestioni di portafogli d'investimento e rispettano il principio dell'adeguatezza fra le operazioni consigliate agli investitori, o effettuate per conto di essi, e il profilo di ciascun cliente, determinato sulla base della sua esperienza in materia di investimenti in prodotti finanziari, della sua situazione finanziaria, dei suoi obiettivi d'investimento e della sua propensione al rischio, salve le diverse disposizioni espressamente impartite dall'investitore medesimo in forma scritta, ovvero anche mediante comunicazione telefonica o con l'uso di strumenti telematici, purché siano adottate procedure che assicurino l'accertamento della provenienza e la conservazione della documentazione dell'ordine), ma anche l'invalidità degli ordini d'acquisto per violazione della disposizione inderogabile che prevedeva la consacrazione per iscritto del consenso informato dell'investitore, producendo l'ordine di acquisto 22-04-2000 (doc. 2 fascicolo di primo grado) e la comunicazione 25-06-02, con la quale il B. di S. inviava loro il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (doc.3 fascicolo di primo grado).

La doglianza proposta dall'odierno appellante – secondo la quale gli attori non avrebbero offerto di provare alcunché in ordine al contratto

quadro ed il tribunale non avrebbe correttamente governato l'onere della prova – si rivela dunque infondata, non essendo gli attori onerati della prova negativa di non aver stipulato un contratto scritto, ma spettando invece alla banca allegare di contro la validità della pattuizione e produrre il relativo documento.

La tardiva produzione nel presente grado del contratto datato 22-01-01, seppure ammissibile a norma dell'art. 345 c.p.c. nella versione *ratione temporis* applicabile, trattandosi di documento indispensabile per la decisione, non vale a sopperire alla carenza probatoria della banca, posto che la negoziazione dei titoli per cui è causa risale all'aprile dell'anno precedente, come risulta inconfutabilmente dalla documentazione prodotta in primo grado dagli attori.

L'omessa consegna del documento sui rischi alla data dell'ordine d'acquisto non veniva invece contestata dalla convenuta in primo grado, la quale si limitava ad affermare che i clienti avevano già aperto una Gestione Patrimoniale e ricevuto il documento *de quo*, la cui consegna non era necessario replicare al momento dell'acquisto dei bond argentini.

Tuttavia, è stata acquisita la prova (doc. 3 cit.) che il B. di S. aveva convocato i clienti per la regolarizzazione del dossier titoli n. 510/16000536 (quello per cui è causa) soltanto nel giugno 2002, inviando contestualmente il “Documento sui rischi generali degli investimenti in

strumenti finanziari” , che non risulta fosse stato consegnato ai medesimi clienti in epoca precedente, né la banca chiariva in primo grado quale tipologia di investimento avesse in gestione per conto dei signori D.-B., tale da richiedere l’invio del documento sui rischi ai sensi dell’art. 28 Regolamento Consob n. 11522/98 (*“Prima di iniziare la prestazione dei servizi di investimento, gli intermediari autorizzati devono: ... b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all’Allegato n. 3”*).

La sentenza di primo grado merita dunque conferma nella parte in cui il primo giudice riteneva non soddisfatto da parte della banca l’onere di provare di aver regolarmente stipulato il contratto quadro e fornito il documento sui rischi.

Con il secondo motivo l’appellante ha dedotto l’erronea applicazione della disciplina relativa alla nullità del contratto, richiamando il principio espresso dalle Sezioni Unite (n. 26725/07 sopra citata), secondo il quale l’inadempimento dell’intermediario agli obblighi di informazione attiva e passiva da luogo a responsabilità contrattuale, traducibile in termini di risoluzione nel caso di inadempimento di non scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra parte.

Il motivo non è fondato.

Sulla scorta dei principi espressi dalle Sezioni Unite, si deve avere riguardo alla deduzione specificamente svolta nel caso concreto ed al tipo di tutela richiesta.

La domanda proposta dai signori D.-B., diretta ad ottenere la declaratoria di nullità dell'ordine di acquisto dei Bond argentini, è fondata sull'allegazione di una deficienza strutturale del negozio, causata dall'inosservanza della prescritta formalizzazione della procedura di attivazione degli investimenti finanziari, consistente, da un lato, nella stipulazione per iscritto del contratto quadro, ai sensi dell'art. 23 TUF, e, dall'altro, nell'obbligo di consegna del documento sui rischi prima di iniziare la prestazione dei servizi di investimento, stabilito dal regolamento attuativo Consob (art. 28 n. 11522/98), violazioni che – così prospettate - attengono alla genesi della fattispecie contrattuale e non agli obblighi comportamentali inerenti la sua esecuzione.

Una lettura sistematica della normativa di settore impone di mantenere sullo stesso piano di tutela la sanzione di nullità testuale sancita dall'art. 23 TUF all'inosservanza dell'obbligo di consegnare il documento (scritto) sui rischi: a protezione dell'interesse pubblico alla regolarità del sistema finanziario è prescritta l'adozione di una fase documentale complessa che costituirà il titolo del successivo sviluppo negoziale, concretantesi nei singoli ordini di investimento, e che deve necessariamente precederlo, quale "obbligo legale di fattispecie" (come

osservato dalla più attenta dottrina, mentre le modalità di comunicazione dei singoli ordini di negoziazione e delle istruzioni all'intermediario sono rimesse dalla legge all'autonomia delle parti, cfr. tra le tante Tribunale Milano, 26-04-07 e la comunicazione CONSOB del 21-05-10, che, anche alla luce delle direttive comunitarie in materia di investimento, esclude che sia previsto un requisito formale per le disposizioni di ordini; nello stesso senso v. da ultimo Cass. Civ. sez. I, 14-07-2013 n. 18140).

L'inosservanza di tali prescrizioni è causa di invalidità dell'intera operazione, che rimane privata del presupposto necessario a renderla conforme al paradigma legale proprio nel momento della formazione dell'accordo contrattuale.

Conferma di ciò si trae proprio dalla sentenza citata dall'appellante (v. da ultimo lo stesso principio ribadito da Cass. Civ. sez. I, 10-04-14 n. 8462, che esclude la nullità ex art. 1418 c. 1 c.c. soltanto per le norme imperative comportamentali), ove è sancita l'invalidità nella forma della nullità virtuale tutte le volte in cui la violazione delle norme imperative concerna un vizio strutturale del contratto e non già il comportamento esecutivo di un contratto validamente concluso (cfr. Cass. Civ. sez. VI, 14-12-10 n. 25222: *in tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. nullità virtuale), ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è*

suscettibile di determinarne la nullità, che va, pertanto, esclusa sia quando prevista una forma diversa di invalidità (es. annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi).

In questi termini la consegna del documento sui rischi, che deve precedere l'inizio della prestazione del servizio di investimento, si inserisce nel corredo documentale prescritto inderogabilmente per la tutela degli interessi dei risparmiatori e della sicura circolazione dei prodotti finanziari (cfr. Cass. Civ. sez. I, 19-02-14 n. 3889: *“Il contratto di gestione di portafoglio stipulato con un intermediario finanziario deve essere redatto per iscritto a pena di nullità ai sensi dell'art. 23 c. 1 del d.legs. 24 febbraio 1998 n. 58 e dell'art. 30 comma 1 del Regolamento Consob 1° luglio 1998 n. 11522; tale forma scritta, prevista dalla legge a protezione dell'investitore, non ammette equipollenti o ratifiche, cosicché non è idonea ad integrare il requisito formale la sottoscrizione del documento sui rischi generali di cui all'art. 28 del citato Regolamento Consob, che assolve unicamente ad una funzione strumentale e propedeutica alla stipulazione del contratto di gestione e serve a rendere l'investitore più consapevole rispetto ai rischi dell'investimento e del mandato gestorio conferito all'intermediario”*).

Spostare detta prescrizione alla fase esecutiva del contratto, rendendola rilevante solo sul versante della tutela del sinallagma contrattuale,

significa svuotare di contenuto l'obbligo di consegna di tale documento, che attiene all'informativa generale sui rischi degli investimenti finanziari e non allo specifico investimento che si vorrà perfezionare in esecuzione del contratto quadro, protetto da altri obblighi di informazione.

Il dovere informativo si esplica invero su un duplice piano: quello generale, di tipo preventivo, che vige al momento della stipulazione del contratto quadro, e quello specifico, relativo all'adeguatezza della singola operazione rispetto al profilo del risparmiatore che l'intermediario ha l'obbligo di individuare.

Sia che si voglia ipotizzare una specie di nullità virtuale, a norma dell'art. 1418 c. 1 c.c., sia che si voglia inquadrare l'invalidità nella mancata formazione dell'accordo (consapevole), ai sensi dell'art. 1418 c. 2 c.c., deve ritenersi che il primo dovere attiene senz'altro alla validità del contratto, mentre il secondo riguarda l'adempimento dello stesso.

L'appello deve dunque essere rigettato anche in ordine al secondo motivo.

L'appellante deve infine essere condannato alla rifusione in favore degli appellati delle spese processuali, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione:

- 1) rigetta l'appello proposto dal B. di S. s.p.a. avverso la sentenza n. 443/09 del Tribunale di Sassari;
- 2) condanna l'appellante alla rifusione in favore degli appellati delle spese processuali, che liquida in euro 5.500,00 per competenze, oltre quanto dovuto per legge.

Così deciso in Sassari il

Il Presidente

Il giudice estensore