



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE D'APPELLO DI BARI

Sezione Prima Civile

composta dai sigg.ri Magistrati:

DOTT. ALDO	NAPOLEONE	PRESIDENTE
DOTT. GUIDO	ASCATIGNO	CONSIGLIERE
DOTT. FRANCESCO	CASSANO	CONSIGLIERE REL

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA 1145/09

ne la causa civile iscritta nel registro generale affari contenziosi sotto il numero d'ordine 1347 dell'anno 2006,

TRA

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Bari, alla via De Rossi, n. 225, presso e nello studio dell'avv. C. Capone, dal quale è rappresentata e difesa, unitamente all'avv. prof. U. Morera, del Foro di Roma, in virtù di procura in calce all'atto di appello,

- Appellante -

CONTRO

██████████ elettivamente domiciliata in Bari, alla via Principe Amedeo, n. 3, presso e nello studio dell'avv. D. Romito, dal quale è rappresentata e difesa, in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione,

Sent 1145/09
R.G.N. 1347/06

Cron. 3991
Rep. 1585
Ud. //


- Appellata -

All'udienza del 30.6.2009, la causa è passata in decisione sulle conclusioni dei procuratori delle parti, come da p.v. in pari data.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 20/2-27/3/2006, il Tribunale di Bari ha rigettato l'opposizione proposta dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., con atto del 29/12/2004, avverso il decreto del 18.10.2004, con cui le era stato ingiunto di rimborsare, in favore della sig.ra [REDACTED] la somma di € 21.333,07, che l'opposta aveva corrisposto per l'acquisto di *bond* "Cirio Holding 6,25", e ciò sul presupposto della nullità dell'ordine di acquisto, in quanto non concluso per iscritto.

Avverso la suddetta sentenza ha proposto appello la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., con atto del 31.7.2006. A fondamento dell'impugnazione ha dedotto l'erroneità della pronunzia, che aveva ritenuto necessaria la forma scritta anche in relazione al singolo ordinativo di acquisto, con ciò violando la normativa di settore. Ha quindi rimarcato l'infondatezza della domanda proposta in via monitoria dalla [REDACTED], che aveva sostenuto la nullità dell'atto di acquisto anche sotto lo specifico profilo della violazione degli obblighi d'informazione, attiva e passiva, gravanti sull'intermediario finanziario, contestando in ogni caso l'effettività delle negligenze ascritte; e contestando altresì la pretesa annullabilità dell'ordine di acquisto, in quanto concluso in conflitto d'interessi. Ha concluso per la riforma dell'impugnata sentenza e per la conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto; il tutto, con vittoria di spese del doppio grado del giudizio.



Si è costituita l'appellata, contestando le avverse doglianze, concludendo per il rigetto dell'appello, e in ogni caso riproponendo le questioni tutte sollevate in citazione e ritenute assorbite dal primo giudice, compresa la domanda di annullamento dell'ordinativo per conflitto d'interessi, e comande tra loro poste in forma subordinata; il tutto, con vittoria di spese e del doppio grado del giudizio.

All'udienza del giorno 30.6.2009, le parti hanno precisato le proprie conclusioni in modo conforme alle originarie istanze difensive, sicchè, concessi i termini ex art. 190 c.p.c., la causa è stata riservata per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Accipisce in principalità l'appellata la nullità dell'atto di appello, in asserita violazione dell'art. 342 c.p.c., per ciò che l'unica censura mossa alla sentenza di primo grado verterebbe sull'affermazione secondo cui "...i singoli ordini emanati dai Clienti soggiacciono al requisito della forma scritta per la loro validità", affermazione che l'appellata assume invece mai resa dal primo giudice.

L'eccezione è inintelligibile, posto che la stessa appellata, dopo averla formulata, s'è profusa in articolate difese incentrate sulla necessità della forma scritta ai fini della validità dei singoli ordinativi della negoziazione di prodotti finanziari ("La necessità che la forma con cui impartire gli ordini debba essere concordata per iscritto deriva proprio dall'art. 30 del Regolamento Consob 11522/98 che nel disciplinare il contenuto del contratto di fornitura di servizi finanziari imponeva che lo stesso avesse tra i suoi elementi la indicazione dei modi di impartire gli ordini... In mancanza di un tale accordo pertanto l'ordine orale impartito dalla sig.ra Fepe doveva dichiararsi nullo per difetto della forma vincolata prevista in



ossequio all'art. 23 del Tuf, e dall'art. 30 del Regolamento Consob nonché 1351 c.c. Infatti, salvo diverso accordo tra le parti in ossequio alla facoltà riconosciuta dall'art. 30 del regolamento Consob 11522/98, il requisito della forma scritta ad substantiam è previsto dalla legge non solo per il cd. contratto quadro, in base al quale l'intermediario si obbliga a prestare il servizio di investimento, ma anche per i contratti di acquisto dei singoli strumenti finanziari"). L'eccezione è dunque infondata.

Eccepisce altresì l'appellata la nullità dell'atto di citazione in opposizione, in primo grado, con conseguente definitività ed irrevocabilità del decreto ingiuntivo, per ciò che la citazione, in violazione della disposizione di cui all'art. 163, co. III, n.7, c.p.c., difetterebbe della necessaria *vocatio in ius*.

L'assunto è infondato per l'ovvia considerazione che il rito introdotto con il d.lgs. n. 5/2003 (c.d. rito societario) s'ispira al principio per cui la soluzione della controversia alla decisione del giudice (c.d. fase *apud iudicem*) deve risultare dal libero gioco processuale fra le parti, sicchè il modello processuale prevede che la controversia abbia inizio con la notifica dell'atto di citazione, senza indicazione dell'udienza di comparizione a data a fissa (art. 2). Il che vale anche per l'opposizione a decreto ingiuntivo, tant'è che è prevista la designazione immediata del giudice al solo fine di decidere sull'eventuale istanza di cui all'art. 648 c.p.c. (art. 2, co. III, d.lgs. n. 5/2003). L'eccezione è dunque priva di pregio giuridico.

Venendo al motivo d'impugnazione proposto dalla Banca, può rilevarsi che la stipulazione del c.d. contratto-quadro è prevista, a pena di nullità, dall'art. 23 del d.lgs. n. 58/98, sicchè dalla sua violazione discende la nullità dei singoli contratti di acquisto dei prodotti finanziari, quand'anche effettuati in forma scritta.

In effetti, la normativa vigente prevede che «i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti... Nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo». Da tale formulazione normativa taluno conclude possa inferirsi la necessità della forma scritta *ad substantiam* del contratto quadro. La disposizione andrebbe letta nel senso che la forma scritta atterrebbe non tanto alla manifestazione della volontà dei contraenti quanto alla modalità di rappresentazione al cliente delle condizioni contrattuali, il fine del legislatore essendo quello di garantire l'effettiva conoscibilità di dette condizioni. Il regime di nullità farebbe fronte principalmente ad esigenze di tutela della parte debole, tant'è che la nullità sarebbe "relativa", nel senso che potrebbe essere fatta valere solo dal cliente, e si atteggierebbe come "nullità di protezione", finalizzata a porsi quale sanzione del contraente forte (l'intermediario), col consentire al cliente di avere, nell'ambito di un rapporto contrattuale per sua stessa natura "asimmetrico", un effettivo riscontro delle condizioni pattuite.

Conseguentemente, ai fini della validità negoziale sarebbe sufficiente la redazione per iscritto del documento e la sua sottoscrizione da parte del solo cliente: in sostanza, un regime assimilabile a quello previsto per il consenso informato del paziente, rispetto alla prestazione medico-sanitaria. L'assunto, che svisceri il dato letterale e pretermette del tutto il rilievo pubblicistico della disciplina dell'intermediazione mobiliare, posta a tutela dell'interesse generale alla regolarità dei mercati ed alla stabilità del sistema finanziario (vd., Cass., sez. I, 15 marzo 2001, n. 3753, in *Foro it.*, 2002, I, 858), non può essere condiviso, giacchè, per orientamento giurisprudenziale ormai consolidato,

la forma scritta prevista dell'art. 23 del T.U.F. per il contratto di negoziazione, o c.d. contratto quadro, non foss'altro che per i rilevanti doveri di protezione che ne scaturiscono, e sui quali il contraente debole ha diritto di confidare, implica la sottoscrizione di entrambe le parti negoziali (casi, da ultimo, Trib. Genova, 2 agosto 2006, in <http://www.adusbef.veneto.it>; vd., Cass., sez. I, 7 settembre 2001, n. 11495, in *Contratti*, 2002, 26). Tant'è che proprio il requisito di forma scritta previsto per il contratto quadro per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari, consente di affermare la forma libera per i singoli ordini attuativi di esso (Cass., sez. I, 7 settembre 2001, n. 11495, in *Foro it.*, 2003, I, 612; Trib. Milano, 15 marzo 2006, www.ilcaso.it; Trib. Milano, 25 marzo 2006, ord., in *Corriere del merito*, 2006, 77; Trib. Rovereto, 18 gennaio 2006, www.ilcaso.it; Trib. Genova, 2 agosto 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1225; Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2281; Trib. Venezia, 11 luglio 2005, Trib. Venezia, 7 luglio 2005, Trib. Venezia 8 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1237; Trib. Genova, 22 aprile 2005, Trib. Mantova, 1 dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 614; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 618; Trib. Monza, 27 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 2189).

Ed invero, il singolo ordine di acquisto non soggiace alla forma scritta, come espressamente confermato dall'art. 60, Reg. Consob n. 11522/98, il quale prescrive che gli intermediari rilascino agli investitori, all'atto del ricevimento degli ordini, "una attestazione cartacea contenente: a) il nome dell'investitore; b) l'orario, qualora rilevante con riferimento alle modalità di esecuzione, e la data di ricevimento dell'ordine; c) gli elementi essenziali dell'ordine e le eventuali istruzioni accessorie"; ovvero registrano "su

astro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori", a tal fine rilasciando alla clientela la necessaria *password* d'accesso. Orbene, se l'intermediario è tenuto esclusivamente a consegnare al Cliente un'attestazione cartacea dell'effettuazione dell'ordine, di necessaria formazione unilaterale, l'attestazione, con ogni evidenza, non può che operare sul piano della forma scritta *ad probationem*, piuttosto che su quello della forma scritta *ad validitatem*. E comunque, l'art. 30 reg. Consob 1 luglio 1998, n. 11522 prescrive che il contratto-quadro deve contenere una serie di indicazioni concernenti le caratteristiche dei servizi offerti dall'intermediario, nonché i diritti e gli obblighi reciproci delle parti, compresa l'indicazione delle "modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni" (art. 30, comma 2, lett. c), sul presupposto che siffatte "modalità" siano rimettibili all'autonomia privata.

L'ordine di acquisto conferito dalla signora [REDACTED] alla Banca Montepaschi è dunque del tutto valido sotto il profilo formale, sicché l'appello della Banca sul punto deve dirsi ~~del tutto~~ fondato.

Né la nullità del negozio può essere fatta valere dalla [REDACTED] sotto il diverso profilo della violazione, da parte dell'intermediario, dei doveri di informazione, attivi e passivi, previsti dalla normativa di settore, e della inadeguatezza dell'operazione.

Va detto che solo con la comparsa conclusionale in appello, e quindi in modo irrimediabilmente tardivo e inammissibile, la sig.ra [REDACTED] ha invocato la risoluzione, per grave inadempimento della Banca, del negozio di acquisto stipulato, con i conseguenti profili risarcitori. A fondamento della domanda monitoria, essa ha invece invocato la nullità del negozio per

contrarietà a norme imperative. Senonché, deve dirsi costituire *jus receptum* il principio per cui, in difetto di espressa previsione in tal senso (c. l. *nullità virtuale*), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anche esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità (vd., Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724). Ne consegue che, in tema d'intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri d'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*; in ogni caso, deve escludersi che, mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, c. l. civ., la nullità del cosiddetto *contratto quadro* o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso (cfr. Sez. Un. cit.).



0805241294

9

che, porta a negare rilevanza, in sé, alle numerose censure di nullità mosse dall'appellata al contratto stipulato con Montepaschi, ed in particolar modo, alle ragioni di nullità riferite all'assunta violazione dei doveri di condotta informativa, attiva e passiva, della Banca.

Quanto alla circostanza che la Banca abbia operato in "contropartita diretta", va rilevato che la stessa, di per sé sola, non può integrare la fattispecie della negoziazione in conflitto d'interessi allegata dall'appellata. E' appena il caso di osservare che la prova della ricorrenza del conflitto avrebbe dovuto essere fornita dall'appellata, secondo le regole generali di distribuzione dell'onere probatorio, non operando su tale specifica questione la disposizione di cui all'art. 23 T.U.F., la cui funzione è quella di trasferire sull'intermediario la prova dei fatti che rientrano nella sua sfera di controllo.

Alla stregua di tutto quanto precede, deve concludersi che l'appello, fondato, dev'essere accolto sicchè, in riforma dell'impugnata sentenza, l'opposizione proposta dalla Banca dev'essere accolta ed il decreto ingiuntivo dev'essere revocato.

Nel sopraggiungere in corso di causa della giurisprudenza di legittimità richiamata a fondamento della decisione (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724), la ragione dell'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado del giudizio.

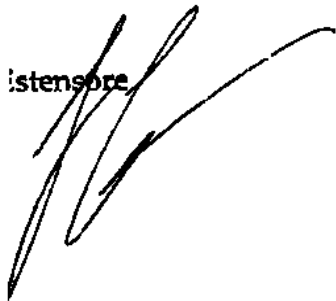
P.T.M.

La Corte d'appello di Bari, Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe introdotto, ogni diversa istanza eccezione o deduzione disattesa, così provvede:

- 1) accoglie l'appello e, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta da Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., con atto del 29/12/2004, nei confronti di pepe Carmela e, per l'effetto, revoca il decreto opposto;
- 2) compensa integralmente tra le parti le spese processuali del doppio grado del giudizio.

Così deciso in Bari, addì 10 novembre 2009, nella camera di consiglio della Sezione Prima Civile della Corte.

L' istensore,



Il Presidente



Minuta def
18-11-09

Depositato in Cancelleria
23 NOV. 2009

Il Cancelliere
IL CANCELLIERE


Avv.
23 NOV. 2009