

SENT. N° 834

F. 1110.1308  
13-11-04

181k

p. 1029

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE DI APPELLO DI GENOVA

SEZIONE PRIMA CIVILE

Oggetto

Diritto societario

composta dai magistrati

dott. Vincenzo FERRO Presidente relatore

dott. Loris PIROZZI Consigliere

dott. Rosa Maria DI VIRGILIO Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento civile di appello iscritto al n. 800 R.G.

2006

promosso dalla

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a. avente sede in Siena,  
in persona del direttore titolare del gruppo di Genova  
Massimo Fontanelli, legale rappresentante a norma dell'art.  
29 dello statuto, rappresentata e difesa in giudizio  
dall'avv. Umberto Morera e dall'avv. Giorgio Giorgi e presso  
quest'ultimo elettivamente domiciliata in Genova via San  
Vincenzo 2 e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata,  
come da procura in calce all'atto di appello,

RS

- appellante in via principale -

nei confronti di

A libelo  
Avv. Giorgi 21/07

1  
• APPLICATE MARCHE SU ORIGINALE PER € 6,20  
Genova, 21/7/08



nullità dei contratti di cui in narrativa e condannare la banca a corrispondere gli interessi dalla data di sottoscrizione dei singoli ordini."

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con l'atto introduttivo del procedimento di primo grado, ritualmente attivato nelle forme di cui al D. legisl. 17 gennaio 2003 n. 5, [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] hanno convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Genova la Banca Monte Dei Paschi di Siena s.p.a. per sentir "a) dichiarare la nullità, o -in subordine- risolvere per inadempimento o per violazione della clausola di buona fede, o -in ulteriore subordine- annullare i contratti per effetto dei quali agli esponenti sono state assegnate le obbligazioni identificate in narrativa; b) condannare la Banca a restituire gli importi a ciascuno degli esponenti rispettivamente addebitati in ragione delle suddette assegnazioni e precisamente: I) € 20.079,27 alla signora [REDACTED]; II) € 20.079,27 al signor Ivo Prospero; III) € 73.322,25 alla signora [REDACTED]; il tutto con gli interessi da quando dovuti al saldo e gli interessi sugli interessi dalla domanda al saldo."



La Banca convenuta, con la comparsa di risposta notificata il 25 luglio 2005 e con l'istanza di fissazione di udienza depositata a norma dell'art. 8 del D. legisl. 17

gennaio 2003 n. 5, ha chiesto "In via pregiudiziale dichiararsi la domanda dei signori [redacted], [redacted] e [redacted] inammissibile per difetto di interesse ad agire; nel merito respingere le domande dei signori [redacted], [redacted] e [redacted] siccome infondate in fatto e in diritto."

Con ordinanza 23 novembre 2005 è stata fissata l'udienza collegiale, ed è stata respinta la deduzione di priva testimoniale formulata dalla convenuta.

Con sentenza 16 febbraio/28 marzo 2006 n. 1187 Tribunale di Genova, sezione I civile, in composizione collegiale, ha così deciso: "Ogni contraria istanza azione ed eccezione respinte, dichiara la risoluzione dei contratti per cui è causa, e per l'effetto dichiara tenuta e condanna la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. alla restituzione di € 20.079,27 alla signora [redacted], di € 20.079,27 al signor [redacted], di € 73.322,25 complessivamente alla signora [redacted] somme da maggiorarsi degli interessi legali dalla domanda al saldo".

Avverso la suddetta sentenza, notificata il 18 aprile 2006, la Banca Monte Dei Paschi di Siena s.p.a. ha proposto il presente appello.

[redacted], [redacted], [redacted]  
costituendosi congiuntamente in giudizio resistono

all'appello chiedendone la reiezione, e contestualmente propongono appello incidentale.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

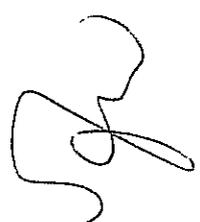
1. Si ripropone, con carattere di priorità logica, la questione, prospettata dagli originari attori mediante l'appello incidentale, relativa alla nullità per difetto di forma del contratto stipulato per la negoziazione dei titoli relativi agli ordini che sarebbero stati in seguito dagli stessi impartiti, e conseguentemente dei contratti di acquisto dei titoli obbligazionari per cui è causa.

1.1. Il Tribunale ha dato atto che è incontrovertibile in linea di fatto l'avvenuta conclusione in forma scritta del contratto quadro e la circostanza che in esecuzione di tale contratto sono stati effettuati, a seguito di ordini provenienti dagli attori, gli acquisti a cui si riferisce la presente materia del contendere; e ha ricordato che tanto basta per escludere la eccepita nullità, la quale è configurabile in assenza della forma scritta prevista dall'art. 23 del D. Legisl. 24 febbraio 1998 n. 58 contenente il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria solo con riferimento al contratto quadro, e non anche in relazione ai singoli ordini di acquisto, che peraltro nella fattispecie in esame risultano, a lor volta, da documenti redatti in forma scritta.



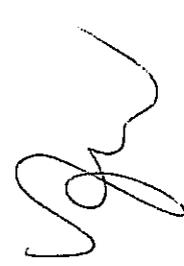
1.2. Ma la censura degli appellanti in via incidentale si affida all'assunto che la Banca ha prodotto soltanto una copia incompleta del contratto quadro di intermediazione mobiliare, nel quale la mancanza di una pagina intermedia rende impossibile la conoscenza del tenore della clausole contrattuali di 1 a 11, onde "non può dirsi che la banca abbia prodotto un contratto ma solo un paio di fogli" con la conseguenza che "la mancanza del contratto quadro comporta il difetto di forma prescritta *ad substantiam* e determina la nullità di tutti gli ordini sottoscritti a valle".

1.3. La censura si palesa priva di fondamento. Altro è la mancata produzione del contratto redatto in forma scritta (suscettibile di essere considerata equipollente, sul piano probatorio, alla inesistenza del contratto stesso), e altro è la acquisizione al processo di una copia incompleta del documento scritto che, mentre non esclude (ed anzi, mediante le pagine conoscibili, dimostra) l'avvenuta stipulazione nella forma scritta, impedisce soltanto di prendere cognizione di una parte del contenuto negoziale. Tale difetto, quindi, può assumere rilevanza solo se ed in quanto si controverta specificamente -ciò che non si verifica nella fattispecie in esame- di quella parte del contenuto negoziale di cui ignorasi il contenuto, della quale all'una o all'altra delle parti incomba l'onere della prova.



2. Merita invece di essere condivisa l'argomentazione critica specificamente espressa nel quarto motivo di cui all'appello principale della Banca, la quale investe la sentenza di primo grado nella parte avente ad oggetto l'affermazione che, poiché "la Banca convenuta è stata inadempiente ai propri obblighi", e poiché "tale inadempimento è grave", ne consegue che "ciò impone la risoluzione del contratto, con obbligo di restituzione delle somme investite".

2.1. Il Tribunale ha proceduto alla valutazione del comportamento della Banca in relazione agli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e in particolare di adeguata informazione degli stessi che sono posti a carico degli intermediari nell'attività di servizi di investimenti e accessori dalle norme di cui al D. Legisl. 24 febbraio 1998 n. 58 -contenente il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria- e al Regolamento attuativo emanato con deliberazione CONSOB 1° luglio 1998 n. 11522, sulla duplice premessa: della inidoneità della violazione di tali obblighi ad assumere rilevanza in ordine al momento genetico del rapporto e della incidenza di tale eventuale violazione sulla fase esecutiva e quindi sul momento funzionale del rapporto stesso; e della espressa qualificazione della relativa responsabilità in termini di



responsabilità contrattuale "con conseguenze sul piano della risoluzione del contratto e la conseguente ricostituzione della situazione *qua ante* a fronte di un contratto che, pur nella sua valida costituzione, ha avuto però esecuzione inesatta da parte dell'intermediario". E, in concreto, in esito all'analisi della fattispecie in questione, ha affermato: che l'assunto della Banca secondo cui gli attori hanno sottoscritto il Documento rischi generali degli investimenti così ricevendo una informazione adeguata a rendere il loro acquisto pienamente consapevole, trova smentita nel fatto che solo uno dei documenti sottoscritti agli attori (quello relativo a [REDACTED]) risulta una data, indicata nel 14 ottobre 2002 e quindi di gran lunga successiva all'epoca dell'investimento risalente al febbraio 2001 (e successiva persino alla crisi argentina), mentre per quanto attiene agli altri due investitori manca qualsiasi elemento dal quale possa desumersi la data in cui l'informazione è stata somministrata; che, comunque, la sottoscrizione di tale documento non soddisfa la finalità di tutela dell'investitore in ordine all'esigenza di una consapevole assunzione dei rischi inerenti all'investimento, risultando dalla intitolazione del documento stesso che esso "non descrive tutti i rischi e altri aspetti significativi riguardanti gli investimenti in strumenti finanziari"; che nessuna data compare negli altri documenti sottoscritti dagli



attori, costituiti dal "modulo dati profilo del cliente" da cui risulta che essi hanno dichiarato di essere portatori di approfondita esperienza finanziaria e di elevata propensione al rischio"; che nemmeno attraverso l'esperimento dei mezzi istruttori richiesti sarebbe stato assolto dalla Banca l'onere della prova dell'adempimento dei suoi obblighi di informazione anteriormente al compimento delle operazioni di cui si discute.

2.2. Indipendentemente dal contenuto di merito dell'apprezzamento valutativo compiuto dal primo giudice in ordine alla condotta della Banca, alla sussunzione della fattispecie nell'ambito della responsabilità per inadempimento alla quale è correlato il rimedio della risoluzione del contratto ostano radicalmente le seguenti considerazioni. I contratti dei quali è stata chiesta e pronunciata la risoluzione si identificano, alla luce del tenore delle conclusioni formulate dagli attori nella citazione introduttiva, in quelli "per effetto dei quali agli esponenti sono state assegnate le obbligazioni identificate in narrativa", e in relazione ai quali è stata chiesta dagli attori e disposta dal primo giudice la condanna della Banca a restituire gli importi a ciascuno degli esponenti rispettivamente addebitati in ragione delle suddette assegnazioni (e precisamente: € 20.079,27 ad [REDACTED], € 20.079,27 a [REDACTED], € 73.322,25 a

████████████████████. In relazione a tale contratto (come si è visto) il Tribunale, sul presupposto dell'assenza in esso di vizi strutturali suscettibili di determinarne la nullità sul piano del diritto sostanziale, ha ritenuto la sussistenza della violazione degli obblighi di comportamento che la disciplina del settore pone a carico dell'intermediario nella fase della formazione del contratto, ad essa attribuendo la rilevanza non già di vizio genetico attinente alla conclusione del contratto bensì di vizio funzionale inerente a un contratto ormai perfezionatosi, incidente sull'esecuzione delle prestazioni dovute in guisa tale da comportare la risoluzione in applicazione del rimedio previsto in via generale dall'art. 1453 C.C. per i contratti a prestazioni corrispettive. E coerentemente ha individuato la conseguenza della risoluzione in una prestazione sostanzialmente restitutoria (come tale del resto delineata già nelle conclusioni rassegnate dall'attore), consistente nel recupero da parte dell'investitore del capitale investito, in conformità al paradigma generale secondo cui, caducato il titolo giuridico posto a fondamento delle prestazioni contrattuali, queste risultano indebitamente effettuate e devono essere eliminati gli spostamenti patrimoniali da esse cagionati.

2.3. Orbene, che la violazione degli obblighi di correttezza, trasparenza e buona fede, e specificamente di

informazione (in senso passivo e in senso attivo) e per quanto occorra di astensione, che sono posti a carico dei soggetti abilitati a prestare servizi di investimento dall'art. 21 del D. Legisl. 24 febbraio 1998 n. 58 contenente il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, e dalle disposizioni ulteriori contenute nel regolamento attuativo emanato dalla CONSOB il 1° luglio 1998 col n. 11522, non si risolve in vizio rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1418 C.C. quale causa di nullità del contratto, è affermazione ricorrente nella prevalente giurisprudenza (e in particolare in quella del tribunale genovese), che questa Corte ritiene in se stessa meritevole di essere condivisa e della cui correttezza non è comunque necessaria in questa sede una più approfondita verifica.

2.4. Importa invece rilevare, in adesione alle argomentazioni critiche dell'appellante, che collocandosi l'esigenza dell'osservanza di tali doveri e correlativamente la violazione eventuale di essi in un momento antecedente - logicamente e cronologicamente- al perfezionamento del contratto, la condotta deviante da tali doveri in ipotesi posta in essere dall'intermediario non può configurarsi come inadempimento di obblighi che nel contratto già concluso trovino la loro scaturigine, il cui corretto adempimento possa assumere la valenza di corretta attuazione della

corrispettività negoziale, e il cui inadempimento per  
converso possa vulnerare il sinallagma contrattuale fino a  
giustificare la risoluzione del contratto. Si può ammettere  
che, se ed in quanto il contratto specifico si ponga come  
momento esecutivo del programma di cui a un progresso  
contratto quadro, le suindicate manifestazioni di condotta  
illecita possano assumere la rilevanza di inadempimento di  
obblighi assunti con la stipulazione del contratto quadro:  
ma il rilievo viene qui formulato a soli fini di completezza  
di analisi teorica, giacché tale non è la fattispecie in  
esame, nella quale non viene in discussione (con deduzione  
di inadempimento e con richiesta di risoluzione), il  
contratto quadro precedente, dalla cui caducazione *ex post*  
non potrebbe, comunque, automaticamente derivare il diritto  
alla restituzione delle prestazioni effettuate in esecuzione  
dei contratti specifici. In ogni caso, in relazione al  
contratto specifico, la violazione delle suddette  
prescrizioni legislative e regolamentari, dettate a fini di  
tutela del contraente presumibilmente debole, può venire in  
considerazione quale fonte di responsabilità precontrattuale  
ai sensi dell'art. 1337 C.C.: e sotto tale profilo -nel  
quale questa Corte ravvisa l'unica corretta impostazione  
giuridica congruente a situazioni del tipo di quella *sub*  
*judice*- esigerebbe di essere esaminata, affinché, ove fosse  
riconosciuta la *culpa in contrahendo*, potesse esserne tratta

la conseguenza sanzionatoria del risarcimento del danno (da commisurarsi non già all'interesse positivo della parte alla esecuzione del contratto bensì all'interesse negativo della stessa a non essere coinvolta in una stipulazione pregiudizievole), se tale prospettazione potesse considerarsi appartenente al *thema decidendum* nei cui limiti il giudice può esercitare i suoi poteri di qualificazione giuridica della fattispecie e di applicazione ad essa delle norme e dei principi di diritto ad essa congruenti. Ma così non è: siffatto contenuto decisionale non avrebbe potuto assumere la decisione di primo grado, né può assumere la decisione da emettersi in esito al giudizio di appello, giacché la domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale non si rinviene, nemmeno implicitamente, nell'ambito della enunciazione della *causa petendi* e del *petitum* di cui alla citazione introduttiva del giudizio di primo grado; né può ritenersi ammissibilmente configurabile una fungibilità tra l'una e l'altra delle suindicate prospettazioni (rispettivamente: risoluzione del contratto per inadempimento; risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale), che si differenziano tra loro in termini non solo di essenziale alterità costitutiva ma anzi di assoluta reciproca incompatibilità logica e giuridica, indipendentemente dalla circostanza fattuale meramente accidentale della eventuale coincidenza



contenutistica, sul piano strettamente pecuniario, della statuizione restitutoria e della statuizione condannatoria.

3. A questo punto, resta solo da rilevare che, quand'anche l'interprete della volontà processuale della parte ritenesse di poter accedere ad una lettura in tal senso orientata del contenuto della domanda degli attori, tale eccezionale sforzo sarebbe comunque vanificato dalla mancata riproposizione di tale domanda nella presente sede di appello mediante la formulazione di una impugnazione incidentale potenzialmente idonea a precludere il formarsi del crisma della irrevocabilità sulla quella che risulterebbe in tal caso la reiezione implicita della domanda se ed in quanto la decisione, nelle sue componenti positive e negative, dovesse considerarsi estesa alla domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale.

4. La presente decisione si esaurisce pertanto, in accoglimento dell'appello principale e in riforma della sentenza di primo grado, nella rimozione della statuizione risolutoria e della conseguente statuizione ripristinatoria. Resta assorbita la subordinata istanza di revisione della sentenza di primo grado nella parte concernente la posizione personale di ██████████ che la Banca appellante assume essere (ed essere stato) operatore qualificato in quanto dipendente di un istituto bancario e come tale escluso dal

novero dei soggetti destinatari delle norme di tutela dettate a favore degli investitori.

5. Si accede in definitiva all'accoglimento dell'appello principale, alla reiezione dell'appello incidentale, e alla riforma della sentenza di primo grado nel senso suindicato. La peculiarità della vicenda e delle ragioni della decisione giustificano la totale compensazione tra le parti delle spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

la Corte,

pronunciando in via definitiva,

accoglie l'appello principale proposto dalla BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a.;

rigetta l'appello incidentale proposto da [REDACTED]

[REDACTED], [REDACTED]  
e, in riforma della sentenza del Tribunale di Genova, sezione I civile, 16 febbraio/28 marzo 2006 n. 1187,

respinge le domande di risoluzione contrattuale e di restituzione proposte da [REDACTED], [REDACTED]

[REDACTED] nei confronti della BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a. e accolte dal Tribunale;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese di entrambi i gradi del processo.

Genova, 13 novembre 2007.

IL PRESIDENTE ESTENSORE

15

Depositata in Cancelleria il

11.11.2008

7 IDANGEFALERE C  
Avv. Giuseppe Annarò

Il presente documento è stato depositato in cancelleria il 19-11-08