

SENTENZA N° 12044/07
REPERTORIO N° 9635/07



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

21

IL TRIBUNALE DI MILANO
Sezione VI Civile

Dott. Salvatore Di Blasi Presidente
Dott. Angela Bernardini Giudice
Dott. Silvia Brat Giudice rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa n. 28602/06 R.G.
promossa da

., elettivamente domiciliato in Milano, via Manara, n. 13
presso lo studio dell'Avv. Marzia Martinoli, che lo rappresenta e difende in
forza di delega a margine dell'atto di citazione

GA

- attore -

contro

., elettivamente domiciliata in Milano, n.
presso lo studio dell'Avv. ., che la rappresenta e
difende in forza di procura in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

- convenuta -

oggetto : intermediazione mobiliare

All'udienza del 10 ottobre 2007 le parti così concludevano:

- OMISSIS -

1

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, conveniva davanti al Tribunale di Milano la s.p.a. Sim in liquidazione, già L..

Sim in persona del legale rappresentante pro – tempore, ciò deducendo: che in data 21 giugno 2000 sottoscriveva un contratto di negoziazione ed il 27 giugno 2000 un contratto di gestione portafogli; che la società odierna convenuta non provvedeva ad acquisire informazioni circa l'esperienza dell'attore in ambito finanziario, gli obiettivi di investimento e la propensione al rischio; che esso attore non aveva mai sottoscritto alcun ordine, avendo intrattenuto con il promotore solo rapporti verbali e che, nonostante ciò, la aveva effettuato, in modo del tutto arbitrario, operazioni di acquisto e di vendita di strumenti finanziari, in totale assenza dei rispettivi ordini; ordini elencati, a titolo esemplificativo alle pagg. 5 e 6 della citazione; che nel periodo compreso tra il 5 luglio 2000 ed il 4 gennaio 2002 erano state poste in essere diverse operazioni finanziarie da parte della , in esecuzione, illegittima, del contratto di negoziazione; che, a seguito di tali operazioni, il F subiva una perdita di € 192.256,00. L'attore denunciava, altresì, la violazione delle disposizioni in tema di doveri informativi di cui all'art. 21 T.U.F.- come specificati dagli artt. 26 – 29 regolamento CONSOB Intermediari e, più in generale, la condotta di mala gestione tenuta dalla società convenuta. Per tali ragioni, l'attore chiedeva la declaratoria di nullità delle operazioni arbitrariamente poste in essere; in via subordinata, chiedeva l'annullamento delle stesse operazioni ed, in via ulteriormente subordinata, la risoluzione del contratto con conseguente condanna della controparte al risarcimento dei danni per un ammontare di €192.256,00.

Parte convenuta, ritualmente costituitasi in giudizio, in via pregiudiziale, eccepiva l'improponibilità della vertenza, per essere la stessa devoluta ad un collegio arbitrale composto da tre membri, di cui due nominati dalle parti ed il terzo designato di comune accordo; che tale clausola fosse efficace, contrariamente a quanto asserito dallo stesso attore, derivava dal fatto che il cliente era stato reso edotto della natura vessatoria della disposizioni. Nel merito, la convenuta deduceva che il Pisoli non era affatto un investitore sprovveduto;

tanto che il portafoglio titoli – che lo stesso aveva trasferito dalla Banca presso la convenuta - denotava una rilevante propensione al rischio, comprendendo in sé anche strumenti finanziari derivati, che notoriamente, sono rischiosi. Inoltre, il cliente aveva ricevuto il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, come previsto dall'art. 28 del regolamento CONSOB n. 11522/1998, ma aveva ritenuto di non fornire informazioni circa la sua esperienza in materia finanziaria, la propensione al rischio, gli obiettivi di investimento. Con riferimento agli ordini, la ' Sim asseriva che gli stessi erano stati dati dal per mezzo di posta elettronica e che di questi era stata fornita adeguata rendicontazione.

Emesso il decreto di fissazione di udienza in data 16 marzo 2007, la causa era ritenuta in decisione all'udienza collegiale del 10 ottobre 2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via pregiudiziale, va respinta l'eccezione di improponibilità della domanda, in ragione della clausola arbitrale sottoscritta dal nell'ambito del contratto quadro (doc. n. 1 di parte attorea). Tale clausola è presunta come vessatoria, alla luce dell'art. 33, lett. 1) del Codice del Consumo. Né è sufficiente addurre, come prospettato dalla convenuta, il fatto che il cliente fosse perfettamente consapevole del carattere vessatorio della clausola. La legge, infatti, all'art. 34, V comma, del predetto Codice prevede la possibile esclusione del carattere vessatorio delle clausole di cui al precedente art. 33, ogni qualvolta il contenuto delle stesse, ancorché predisposto in via unilaterale, sia stato oggetto di specifica trattativa. Circostanza, questa, che non si è verificata nel caso in esame, non avendola neppure dedotta la) Sim.

La seconda questione pregiudiziale da affrontare concerne la pretesa estinzione del giudizio sollevata dalla convenuta nella memoria ex art. 7 depositata il 22 novembre 2006. Sostiene la) Sim che il giudizio sarebbe estinto in quanto la memoria di replica attorea ex art. 6 avrebbe dovuto essere notificata alla convenuta entro trenta giorni dalla notifica della comparsa, non essendo stato indicato, in quest'ultima un diverso termine. Ora, posto che la comparsa costitutiva era stata notificata il 13 luglio 2006, il termine ultimo per la

notifica della memoria di replica era il 27 settembre 2006; mentre la detta memoria attorea è stata notificata il 28 settembre 2006.

L'eccezione non va accolta. Ed, invero, parte attorea ha dimostrato di aver consegnato lo scritto difensivo in questione all'ufficiale giudiziario il 27 settembre 2006; circostanza, questa, idonea a garantire la tempestività della notifica, alla luce dei principi di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 477/2002; che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 149 c.p.c. e dell'art. 4, III comma, L. n. 890/1982 nella parte in cui è previsto che la notificazione si perfezioni, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. **IL CASO.it**

L'ultima questione pregiudiziale riguarda l'eccezione di estinzione sollevata da parte dell'attore. Questi, in sede di memoria ex art. 6 D.lgs. n. 5/2003, ha contestato la nullità della notifica a mezzo fax della comparsa di costituzione, ai sensi dell'art. 17 del rito societario; secondo tale tesi, infatti, il fax costituisce un mezzo alternativo di trasmissione del quale può avvalersi soltanto l'ufficiale giudiziario ai fini della notifica di un atto giudiziario, mentre il difensore non può provvedere a detto incumbente mediante invio dell'atto dall'apparecchio telefax del proprio studio, in quanto l'art. 17 D.lgs. n. 5/2003 non deroga all'art. 137 c.p.c. nel prevedere che l'unico soggetto abilitato alla notifica sia l'ufficiale giudiziario. Da tale eccezione, parte attorea intende far discendere l'inesistenza della notifica e, quindi, la contumacia della convenuta, con conseguente ammissione dei fatti di cui all'atto di citazione.

Orbene, l'art. 2 del D.lgs. n. 5/2003 prevede, con riferimento al contenuto dell'atto di citazione, *"l'indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento"*. L'art. 4 del D.lgs. n. 5/2003 stabilisce, con riguardo al contenuto della comparsa di costituzione, che *"nella stessa comparsa il convenuto deve indicare il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento"*. L'art. 1, comma IV del D.lgs. n. 5/2003 stabilisce che *"per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto*

compatibili". L'art. 17 del D.Lgs. n. 5/2003 al II comma autorizza la notificazione e la comunicazione alle parti costituite, oltre che a norma dell'art. 136 e seguenti del codice di procedura civile, anche con trasmissione a mezzo fax, o per posta elettronica, o "con scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da collaboratore o addetto allo studio del difensore"; inoltre stabilisce: "le disposizioni del comma 1 si applicano a tutti i procedimenti previsti dal presente decreto e le trasmissioni di atti ai sensi del comma 1, lettera a) e b) devono essere effettuate nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione di documenti informatici o teletrasmessi". L'art. 137 c.p.c. stabilisce che, fatta salva diversa disposizione di legge, le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario.

Precedentemente alle disposizioni del rito societario, solo specifiche disposizioni normative, del tutto eccezionali, avevano consentito la notifica a mezzo fax ed a soggetti diversi dall'ufficiale giudiziario.

La legge 16.10.1986, n. 664, concernente la ristrutturazione dei servizi amministrativi dell'Avvocatura di Stato, prevede, all'art. 7, la facoltà, per l'Avvocatura di Stato, di avvalersi dei mezzi di telecomunicazione per la trasmissione a distanza degli atti relativi agli affari contenziosi consultivi e amministrativi. A tale proposito, la S.C. ha notato che "l'art. 7 comma 3 della Legge 664/1986, all'evidente scopo di accelerare le operazioni di trasmissione degli atti relativi agli affari contenziosi, consultivi ed amministrativi, consente all'Avvocatura dello Stato di avvalersi dei mezzi di telecomunicazioni, prevedendo poi al successivo comma 4, al fine di soddisfare l'adempimento dell'obbligo della sottoscrizione, che tale obbligo deve ritenersi assolto con la sottoscrizione dell'Avvocato dello Stato ricevente, purché dalla copia fotoriprodotta risultino l'indicazione e la firma dell'estensore originale. Orbene, in presenza di una previsione di così ampia portata, comprendente espressamente anche gli atti riguardanti il contenzioso, del tutto arbitraria è la tesi dedotta in base alla quale devono considerarsi esclusi da tale disciplina gli atti per i quali è richiesta la notificazione, non essendo una tale interpretazione consentita né dalla lettera, né dalla ratio della norma la quale, essendo finalizzata all'accelerazione delle procedure, finirebbe per non trovare

applicazione proprio per quelle attività solitamente sottoposte a rigorosi termini di decadenza. Né a tale lettura è di ostacolo l'art. 137 c.p.c. che impone all'ufficiale giudiziario di eseguire la notifica della copia conforme all'originale e quindi di accertarne previamente la conformità, trattandosi all'evidenza di una deroga in quanto con la sottoscrizione dell'avvocato dello Stato ricevente viene conferita alla copia fotoriprodotta la stessa funzione dell'originale" (Cass. civ., n. 9642/1999).

IL CASO.it

Altra disposizione eccezionale è quella rappresentata dalla L. n. 183/1993, che disciplina la trasmissione di atti tra difensori della medesima parte muniti di un'unica procura alle liti, per consentire la trasmissione di atti da un difensore al proprio domiciliatario di altra città; in forza di tale disposizione, la copia inviata via fax acquisisce valore legale, ove l'avvocato trasmittente la dichiara conforme all'originale esistente presso il suo studio.

Infine, deve essere presa in considerazione la L. n. 53/1994, che abilita l'avvocato munito di procura alle liti e dell'autorizzazione del consiglio dell'ordine di appartenenza ad eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale a mezzo del servizio postale, secondo le modalità previste dalla legge n. 890/1982, ad esclusione di una diversa disposizione da parte dell'autorità giudiziaria. La notifica *de qua* è assistita da specifiche condizioni, quali la tenuta di un apposito registro cronologico – "il cui modello è stabilito con decreto del Ministro di giustizia, sentito il parere del Consiglio nazionale forense" (art. 8 della legge cit.) – e che deve essere numerato e vidimato in ogni mezzo foglio da parte del presidente o di un delegato del Consiglio dell'Ordine di appartenenza del notificante.

Ora, dall'esame delle disposizioni normative citate si traggono due conclusioni: 1) che non esiste una normativa regolamentare in ordine alla trasmissione di atti via fax; 2) che le notifiche di atti sono riservate all'ufficiale giudiziario, ad eccezione di specifica e puntuale normativa derogatoria.

Si tratta, a questo punto, di verificare la validità della notifica della comparsa al di fuori delle ipotesi di cui alle leggi n. 664/1986, non trattandosi di notifica dell'Avvocatura di Stato; non vertendosi in tema di trasmissione di atti dal *cd. dominus* al domiciliatario; non essendo, infine, state rispettate le specifiche

modalità previste e non essendo l'avvocato della convenuta in possesso dell'autorizzazione da parte del Consiglio dell'Ordine.

Sulla questione si sono già pronunciati alcuni giudici di merito, anche in epoca anteriore all'entrata in vigore del nuovo rito societario, come Tribunale Roma, con ordinanza del 21 marzo 2001, Tribunale Bari con ordinanza in data 2 giugno 2005, Tribunale Brescia, con ordinanza del 6 dicembre 2005, Tribunale Mantova con ordinanza in data 27 ottobre 2005, Tribunale Monza, con ordinanze del 30 dicembre 2004, del 20 gennaio 2006 e con sentenza in data 19 maggio 2005.

Alcuni giudici, pervenuti alla conclusione circa l'inesistenza della notifica così effettuata, hanno sottolineato come l'attuale sistema normativo preveda pur sempre l'intervento dell'ufficiale giudiziario e come, invece, lo scambio diretto tra difensori costituisca valida forma di notifica nel rito societario solo se attestato da una fisica sottoscrizione per ricevuta sull'originale ex art. 17 rito societario (Tribunale Monza, 30 dicembre 2004 e Tribunale Brescia, 6 dicembre 2005).

Con pronuncia successiva del 20 gennaio 2006, il Tribunale di Monza, pur non mutando orientamento in ordine alle modalità ed ai soggetti abilitati alla notifica, ha osservato come l'omessa notifica della comparsa di risposta potesse essere sanata, *"essendo assolutamente equipollente (quanto a requisiti) a quella ulteriore speciale forma di "notifica" ammessa dallo stesso D.lgs. n. 5/2003 all'art. 17 lett. c)"*. Nel caso esaminato dal giudice monzese è stata fatta applicazione del principio di conservazione di cui all'art. 156, III comma, c.p.c., posto che il difensore che aveva sollevato l'eccezione *de qua* aveva riconosciuto di aver ricevuto a mezzo fax la memoria della controparte; ne derivava che, pur in assenza della fisica sottoscrizione di cui all'art. 17, la dichiarazione di avvenuta ricezione da parte del destinatario induceva a ritenere che l'atto avesse raggiunto il suo scopo (nello stesso senso la sentenza del 19 maggio 2005 del Tribunale di Monza). Anche il Tribunale di Mantova, 27 ottobre 2005, ha aderito alla tesi della nullità della notifica a mezzo fax, sul rilievo che lo strumento del fax non è del tutto estraneo all'ordinamento positivo e che nel caso concreto nessuno dei destinatari aveva lamentato la mancata ricezione dell'atto.

Con ordinanza del 2 giugno 2005, il Tribunale di Bari, ha, invece, ravvisato, nell'art. 17 D.Lgs n. 5/2003, l'intenzione del legislatore di legittimare forme di

notificazioni e comunicazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle di cui agli artt. 136 e seguenti del codice di procedura civile, eliminando l'esclusiva competenza dell'ufficiale giudiziario; ciò in quanto lo stesso art. 137, I comma, c.p.c. stabilisce che le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario "quando non è disposto altrimenti", previsione, questa, che renderebbe compatibile la notifica effettuata anche da altri soggetti. Il Tribunale di Bari, superata in tal modo la questione pregiudiziale, ha, poi, verificato se la notifica effettuata a mezzo posta elettronica o via fax sia "astrattamente rispondente al tipo normativo. Ad avviso del giudicante, dirimente è la circostanza per cui, nel modello legale disegnato dalla novella, l'utilizzo di mezzi alternativi di trasmissione degli atti processuali è consentito solo tra le parti costituite, sicché le parti contumaci sono sottratte a forme di comunicazione e di trasmissione per le quali la garanzia dell'effettiva conoscibilità dell'atto è inevitabilmente connessa alla circostanza che la parte stessa, attraverso il proprio difensore, abbia comunicato formalmente le proprie coordinate tecniche, che ne assicurino la reperibilità attraverso tali mezzi di comunicazione. Pertanto, solo ove vi sia stata la dichiarazione del difensore di volersi avvalere di quei mezzi alternativi, può porsi la questione, logicamente successiva, della sanabilità di una notificazione che, pur invalida per inosservanza della normativa concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici o teletrasmessi, abbia comunque raggiunto lo scopo suo proprio. Ed, invero, solo ove il difensore abbia reso quella dichiarazione può dirsi che egli abbia accettato il rischio (verso la controparte e verso il proprio assistito) legato all'incertezza in ordine alla provenienza dell'atto, alla data di sua effettiva spedizione e ricezione, alla sua conformità all'originale, all'antiorità della procura rispetto all'atto di citazione etc."

Ad avviso del Collegio, la fattispecie in esame non va ricondotta nella categoria dell'inesistenza, per ragioni di ordine sistematico. Ed, invero, l'art. 160 c.p.c. concentra le previsioni di nullità della notifica sull'unico versante della consegna; determinandosi il vizio di nullità nelle ipotesi di incertezza sulla persona cui è stata effettuata la notifica o di inosservanza delle disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia, fatta salva l'applicazione dell'art. 156 c.p.c.. Ora, il concetto giuridico della nullità, già di per sé così esteso - tanto

da comprendere le anomalie riguardanti il destinatario dell'atto, ossia colui, il cui diritto di difesa e di contraddittorio va primariamente salvaguardato – circoscrive in un ambito del tutto ristretto l'altro concetto dell'inesistenza giuridica. Inesistenza che si determina quando l'atto è privo di elementi essenziali identificatori, è totalmente abnorme ed avulso dalla realtà processuale, come, ad esempio, nell'ipotesi di una notifica effettuata da un privato qualunque. La S.C. ha individuato alcuni casi di inesistenza, laddove l'atto mancava di requisiti indispensabili, come, a titolo esemplificativo, l'assenza della firma dell'ufficiale giudiziario (Cass. civ., n. 6377/1988), l'omessa indicazione della data (Cass. civ., n. 3068/1987) nella relazione di notifica, od, ancora, nell'ipotesi di consegna a legale ormai privo della rappresentanza processuale del destinatario dell'atto (Cass. civ., n. 12002/1998, ipotesi relativa a notifica di atto di appello nei confronti di legale cancellatosi già nel corso del giudizio di primo grado dall'albo professionale e privo, quindi, dell'abilitazione ad esercitare la professione forense). Ora, l'atto inesistente è totalmente privo dei requisiti essenziali per la sua qualificazione in termini di atto del tipo normativamente considerato ed è, perciò, insuscettibile di una qualsiasi sanatoria. Una simile affermazione non implica, tuttavia, a contrario, l'ammissibilità senza limiti della sanatoria nelle ipotesi di nullità – come si osserverà in seguito.

La nullità dell'atto processuale si determina, invece, quando la violazione di norme attinenti ai requisiti formali, sia così grave da rendere l'atto non idoneo al raggiungimento dello scopo processuale cui è destinato, fatto salva il raggiungimento dello stesso nel caso concreto. E proprio nell'ambito della categoria della nullità (e non dell'inesistenza) la S.C. ha iscritto la notifica di un atto processuale effettuata da soggetto non abilitato, in quanto al di fuori della previsione di cui alla L. n. 53/1994, che consente all'avvocato munito di regolare procura ed alle specifiche condizioni ivi previste, di procedere a notifica, in via del tutto eccezionale ed in deroga alla notifica a mezzo ufficiale giudiziario; *"all'infuori di tale eccezionale ipotesi, vale la regola generale: sicché, nella fattispecie – caratterizzata dal singolare fatto che il difensore del resistente dinanzi alla Commissione tributaria regionale del Veneto, di professione dottore commercialista (e, quindi, abilitato alla difesa tecnica davanti al giudice tributario:*

of

v. art. 12, Il comma del d.lgs. n. 546 del 1992) ha eseguito personalmente la notificazione della sentenza impugnata presso l'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Venezia - siffatta notificazione deve considerarsi radicalmente nulla ai sensi dell'art. 156, comma 2 cod. proc. civ., in quanto del tutto estranea alle fattispecie legali tipiche di notificazione della sentenza impugnata, ai fini della decorrenza del termine per impugnare del decreto sul nuovo processo tributario e dal codice di rito civile e, quindi, priva di effetti al predetto fine" (Cass. civ., n. 6166/2001). Anche l'attività di notificazione svolta dagli avvocati ai sensi della L. n. 53/1994, in assenza dei requisiti previsti dalla legge, determina nullità della notifica, sanabile con la costituzione (Cass. civ., n. 10208/2004; Cass. civ., n. 15081/2004).

IL CASO.it

La categoria della nullità è improntata alla tassatività delle ipotesi ex art. 156, I comma c.p.c., temperata, come sopra visto, dal principio di conservazione di cui all'art. 156, III comma, c.p.c.: in forza del quale la nullità non può mai essere pronunciata, qualora l'atto, pur privo di requisiti essenziali, abbia comunque, in concreto, conseguito lo scopo tipico cui era destinato. Così, se la costituzione in giudizio, presupponendo l'avvenuta conoscenza dell'atto, ha efficacia sanante, la mera comparizione del convenuto contumace a seguito di notifica di ordinanza ammissiva di interrogatorio formale non sana il rapporto processuale irregolarmente sorto, proprio perché la notifica dell'ordinanza si prefigge uno scopo ben diverso (la comparizione per rendere l'interrogatorio o la valutazione in termini di *ficta confessio*) dalla notifica della citazione (Cass. civ., n. 1511/1986).

Ora, la fattispecie all'esame del Collegio va iscritta nella categoria della nullità, in quanto la notifica è stata effettuata con un mezzo di trasmissione previsto in determinate ipotesi dall'ordinamento, ma al di fuori delle disposizioni normative specifiche sopra citate e da soggetto non abilitato. Si è, in sostanza, determinato lo scambio diretto tra difensori di cui all'art. 17, lett. c), anche se in assenza della necessaria sottoscrizione per ricevuta sull'originale.

L'adesione alla tesi della nullità comporta, pur sempre, come sopra detto, in analogia con l'art. 156, III comma, c.p.c., la sanatoria ad opera ed in conseguenza di una sorta di convalida da parte dei destinatari dell'atto. Sono, infatti, queste parti che si trovano sprovviste della tutela accordata dal

legislatore con le specifiche disposizioni e del codice di rito in tema di notifiche e di notifiche via fax (nelle ipotesi eccezionali indicate) ed a loro è rimessa la valutazione circa la regolare, completa e certa ricezione della comparsa costitutiva. Pertanto, è solo in questi termini che si esplica il principio dispositivo, del tutto valido anche in ambito processualistico, laddove sia la parte potenzialmente pregiudicata nel proprio diritto di difesa ad effettuare una valutazione di insussistenza di lesione di tale diritto. Né può farsi riferimento al principio dell'assunzione di responsabilità del difensore che indica un proprio numero di fax, nei termini sopra illustrati, con riferimento alla pronuncia del Tribunale di Bari in data 2 giugno 2005. Una simile assunzione di responsabilità non trova alcun fondamento normativo. Non è, quindi, adottabile il principio dispositivo mediante il richiamo ad un'assunzione di responsabilità, per così dire, preventiva e generica, che lascia la parte esposta a qualsiasi tipo di notificazione, senza la possibilità di un serio controllo successivo dell'atto ricevuto e di un esercizio consapevole del proprio potere di convalida dell'atto irregolare della controparte. Una simile conclusione è in contrasto, ad avviso del Collegio, con l'effettività del diritto di difesa ex art. 24 Cost..

La difesa dell'attore, pur eccependo ritualmente l'inesistenza giuridica della comparsa notificata via fax, alle pagg. 1 e seguenti della memoria ex art. 6, ha diffusamente affrontato alle pagg. 13 e seguenti della memoria ex art. 6, tutte le argomentazioni trattate dalla Sim nella comparsa costitutiva. Ora, è del tutto chiaro che una simile, puntuale contestazione non implica l'affermazione circa la mancata ricezione della comparsa, né la Difesa attorea ha mai eccepito di non aver potuto prendere visione della comparsa. Deve, pertanto, farsi ricorso al principio conservativo di cui all'art. 156, III comma, c.p.c., con conseguente effetto sanante in relazione ad una notifica effettuata al di fuori dei canoni normativi, ma non contestata quanto al raggiungimento dello scopo tipico.

Nel merito, in via preliminare va esaminata la questione relativa all'inesistenza degli ordini di borsa, che, secondo la versione attorea, avrebbero provocato l'ingente perdita patrimoniale di cui è chiesto il ristoro. Giova rilevare che il mai ha imputato dette perdite al trasferimento dei titoli dalla Banca , alla

Simi (a parte l'anomalia evidente di una simile, incomprensibile contestazione). Il ha contestato, invece, l'esistenza di detti ordini. La convenuta, come era suo preciso onere probatorio, non ha affatto dimostrato l'esistenza dei predetti ordini. I documenti sub nn. 4, 5 a - 5 d non sono ordini. Si tratta, invero, del tabulato estratto registrazioni ordini, che, tra l'altro, neppure riguardano l'odierno attore. Quanto ai documenti sub n. 5, qualificati dalla convenuta come "copia n. 4 ordini", gli stessi non possono essere affatto considerati quali ordini, non essendo previsto da alcuna disposizione la modalità di trasmissione di un ordine per posta elettronica; e ciò a prescindere che non sono stati riconosciuti come ordini trasmessi dal. A tale proposito, si deve ricordare che l'art. 23 T.U.F., stabilisce che "i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto"; è, tuttavia, ammesso che la CONSOB, sentita la Banca d'Italia, possa prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratti possano o debbano essere stipulati in altra forma. Si tratta, quindi, della possibilità, legislativamente prevista, che norme regolamentari apportino deroghe al requisito della forma scritta *ad substantiam*.

Ora, l'art. 30 del regolamento CONSOB n. 11522/1998, nel dettare i requisiti strutturali del contratto - quadro, a forma scritta *ad substantiam*, alla lettera c), prevede che il contratto indichi le modalità attraverso le quali l'investitore può impartire ordini e istruzioni, senza vincolo, quindi, della forma scritta *ad substantiam*. Il successivo art. 60, nella parte IV relativa agli obblighi di attestazione, rendicontazione e registrazione, al II comma, dispone che gli intermediari autorizzati registrino su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori. Orbene, nel

caso in esame, il contratto quadro stipulato dal Pisoli nulla prevedeva in tema di ordini; nel senso che non specificava né la forma scritta *ad substantiam*, né una diversa forma quale, ad esempio, la forma telefonica corredata da registrazione.

Ora, è chiaro che l'assenza di previsioni di sorta non può che tradursi in onere di forma scritta *ad probationem*. Diversamente, la convenuta non ha alcuna possibilità di dimostrare la sussistenza dell'ordine, una volta che questo sia contestato e non sia indicata a livello pattizio una diversa forma dell'ordine.

Perfanto, premesso, come dirimente, che i documenti sopra citati prodotti dalla convenuta non costituiscono ordini di borsa, si deve ulteriormente affermare che, quand'anche tali documenti potessero essere considerati ordini, l'onere probatorio non sarebbe stato assolto, in quanto nessuna previsione contrattuale ha disciplinato espressamente la forma, appunto, ad probationem per gli ordini di borsa. Pertanto, deve trovare accoglimento la declaratoria di nullità proposta dalla difesa attorea, non in ragione di una pretesa violazione di disposizioni di cui al T.U.F., ma proprio per inesistenza della volontà contrattuale di conferire determinati ordini di borsa.

Quanto alla richiesta di concorso di colpa di cui all'art. 1227 c.c., sollevata dalla difesa della convenuta, il Collegio sottolinea, anzitutto, che la stessa convenuta, nel trattare la questione alle pagg. 17 e seguenti della comparsa di costituzione, ha attribuito al cliente una condotta tutt'altro che diligente per non aver circoscritto il danno derivante "macroscopici inadempimenti" della Sim. Ebbene, tale tesi è decisamente priva di pregio. L'inadempimento contestato dal Pisoli attiene, infatti, all'arbitraria esecuzione di ordini di borsa, ossia ad una violazione decisamente macroscopica. Ora, se si tiene conto del rapporto fiduciario che doveva necessariamente intercorrere tra la Sim ed il (rapporto fiduciario di cui è indice anche il contratto di gestione di portafogli), è fin troppo chiaro come inesigibile sia una condotta di controllo e di sorveglianza da parte del cliente verso il soggetto professionalmente qualificato cui il primo affida i propri risparmi. E ciò a prescindere dal fatto che in ogni caso, ed anche per altre più sottili violazioni, l'intermediario è per definizione collocato in una posizione di supremazia conoscitiva rispetto al cliente, quanto agli investimenti in strumenti finanziari. Ma, nel caso del Pisoli, non si trattava minimamente di raffinate cognizioni in ambito finanziario, quanto di arbitrarie esecuzioni di ordini all'insaputa del cliente. Dell'esistenza tali ordini, si ribadisce, la convenuta non ha dato la benché minima prova.

Parte attorea ha chiesto che alla declaratoria di nullità di tutte le operazioni di investimento poste in essere dalla s.p.a. segua la condanna di quest'ultima al risarcimento dei danni ammontanti ad € 192.256,00. Orbene, posto che gli ordini sono stati eseguiti in assenza della necessaria volontà del cliente

... del tutto conseguente è affermare che si è trattato di un'attività illecita. Ulteriore conseguenza è il risarcimento dei danni. In merito all'entità della pretesa, parte convenuta ha contestato specificamente il quantum illustrato dal Pisoli solo evidenziando come dallo stesso dovesse essere detratta la somma di € 5.164,57 (v. pag. 17 della comparsa di costituzione). Quanto al resto, la convenuta non ha puntualmente contestato l'importo chiesto in citazione. Ne segue la condanna della Sim al pagamento, in favore dell'attore, della somma di € 187.091,43 - oltre interessi legali dalla prima richiesta, costituita dalla raccomandata del 18 ottobre 2005, sino al saldo.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

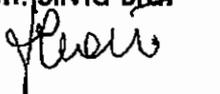
il Collegio, definitivamente decidendo sulla causa n. 28602/06 R.G., ogni diversa istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così provvede:

1) **condanna** la Sim s.p.a. in liquidazione volontaria in persona del liquidatore Dott. _____ al pagamento, in favore di _____, della somma di € 187.091,43 - oltre interessi legali dal 18 ottobre 2005, sino _____ al _____ saldo;

2) **condanna** la Sim s.p.a. in liquidazione volontaria in persona del liquidatore Dott. _____ a rimborsare, in favore di _____, le spese processuali, che liquida in complessivi € 11.903,19 - di cui € 7.980,00 per onorari, € 3.344,00 per diritti, € 508,00 per anticipazioni, € 71,19 per spese imponibili, oltre accessori come per legge.

Così deciso dal Tribunale come sopra composto e riunito in Camera di Consiglio in data 10 ottobre 2007.

Il Giudice relatore

Dott. Silvia Brat


Il Presidente

Dott. Salvatore Di Blasi



IL CASO.it

