



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI PESCARA

N. Sentenza
Paga. n.
Cron. n.
Rap. n.

Composto dai Signori Giudici :

- dott. Enzo Turco
- dott. Francesco Filocamo
- dott. Gianluca Falco
- Presidente Relatore ;
- Giudice;
- Giudice;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado iscritta al n° 944 del R.G.A.C.C. dell'anno 2005
vertente

tra

..... a con domicilio eletto in Pescara, presso lo
studio dell'avv. [redacted] che li rappresenta e difende per delega a margine
dell'atto introduttivo

attori

contro

..... in persona del suo legale rappresentante pro-tempore
e con domicilio eletto in Pescara presso lo studio dell'avv. [redacted]
che la rappresenta e difende per procura generale alle liti

convenuto

Oggetto: restituzione somma .

Conclusioni: come da verbale di udienza del 30-06-2006

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione notificato in data 23-02-2005 [redacted] e

[redacted] convenivano in giudizio la UNICREDIT

Banca S.p.A. esponendo che:

- nel corso dell'anno 2000 gli attori, titolari presso la Credito Italiano S.p.A. (poi trasformata nella UNICREDIT Banca S.p.A.)

di un "dossier titoli" individuato dal n. 993528, avevano effettuato

presso la Banca convenuta operazioni di investimento finanziario e

precisamente l'acquisto di "Covered Warrants" e titoli azionari,

operazioni tutte analiticamente elencate nell'atto introduttivo;

-i titoli acquistati dagli attori avevano avuto un disastroso andamento

di mercato, e ciò aveva determinato, in riferimento alla acquisizione

dei "Covered Warrants" una perdita di € 121.728,50, ed in

riferimento all'acquisto dei titoli azionari una perdita di € 35.195,00;

-le operazioni di acquisto dei "Covered Warrants" e dei titoli

azionari, dovevano considerarsi nulle in quanto eseguite in difetto

della forma scritta prescritta ad substantiam ed a pena di nullità, ex

art. 23 d.lgs n. 58 del 1998;

-la Banca convenuta era anche responsabile della violazione dell'art.

1338 c.c. per non aver messo al corrente gli attori di detta causa di

nullità;

tanto premesso chiedevano gli attori accertarsi e dichiararsi la nullità della operazione di acquisto in oggetto e condannarsi la convenuta alla restituzione delle somme a suo tempo corrisposte alla Banca per le operazioni di investimento, con gli interessi legali ed il maggior danno ex art. 1224 c.c.

Costituitasi in giudizio la UNICREDIT Banca S.p.A. chiedeva il rigetto della domanda in quanto infondata e, in via riconvenzionale, chiedeva condannarsi gli attori al risarcimento del danno per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Precisate le conclusioni, la causa veniva discussa e decisa all'udienza del 30-06-2006.

La domanda proposta dagli attori è infondata e deve pertanto essere rigettata.

Osserva questo Tribunale che dalle deduzioni contenute dell'atto introduttivo risulta che le operazioni finanziarie in esso indicate, furono effettuate su ordine degli attori, ordini che, a detta degli attori, furono di volta in volta verbali ovvero telefonici.

[REDACTED] e **[REDACTED]** sostengono che le operazioni di acquisto dei "Covered Warrants" e dei titoli azionari, dovrebbero considerarsi nulle in quanto eseguite sulla base di ordini nulli per difetto di forma.

Assumono gli attori che il disposto dell'art. 23 del d. lgs. 24-02-1998 n. 58 - in base alla quale i contratti relativi alla prestazione di servizi

di investimento e accessori sono redatti per iscritto (pena la loro nullità) - dovrebbe ritenersi applicabile non solamente ai contratti quadro, ma anche ad ogni singolo ordine di borsa, in quanto detti ordini attengono alla conclusione di accordi di acquisto o di vendita di strumenti finanziari, e quindi per essi dovrebbe valere il principio della obbligatorietà della forma scritta a pena di invalidità degli ordini di investimento, ai sensi dell'art. 23 d. lgs. 24-02-1998 n. 58.

Ritiene questo Tribunale di non poter condividere detto assunto.

Deve sul punto innanzitutto essere disattesa l'eccezione di parte convenuta relativa alla inapplicabilità del disposto dell'art. 23 del d. lgs. 24-02-1998 n. 58 alle operazioni finanziarie ordinate dagli attori in considerazione della professione svolta dall'Immaginorati, promotore finanziario regolarmente iscritto all'albo.

Infatti l'art. 31 del Regolamento Consob, come riformulato nell'agosto 2002, non è applicabile ad operazioni effettuate precedentemente a detta data, e, in ogni caso, la D'Annunzio non risulta essere, anch'essa, un promotore finanziario.

Tanto premesso a parere di questo Tribunale, in base alla vigente normativa, l'ordine di investimento può avere forma diversa da quella scritta.

Ciò infatti è chiaramente desumibile dagli artt. 29 e 60 Regolamento Consob n. 11522 del 1998, ove si evince che gli ordini

possono essere effettuati telefonicamente, e quindi che per essi possa prescindere dalla forma scritta.

Tale conclusione risulta anche confermata dal fatto che nel contratto quadro si debbono indicare, ex art. 30, c. 2, lett. c, del reg. n. 11522/98, le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni.

Del resto detta interpretazione è stata fatta propria dalla Comunicazione Consob 3 agosto 2005, n. DIN/5055217.

La Consob si è pronunciata su un quesito relativo ai requisiti di forma che devono possedere i singoli contratti di ordine di compravendita di strumenti finanziari.

Era stato richiesto alla Commissione se la previsione dell'art. 23 del tuf - in base alla quale i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto (pena la loro nullità) - dovesse ritenersi applicabile esclusivamente ai contratti quadro, o fosse di contro da interpretare nel senso che ogni singolo ordine di borsa deve essere conferito per iscritto.

La Consob, facendo riferimento anche a quanto previsto dall'art. 30, c. 2, lett. c, del reg. n. 11522/98, ha precisato che la disciplina di settore prevede la forma scritta solo per i contratti quadro disciplinanti la prestazione di servizi di investimento, mentre per il conferimento dei singoli ordini "non sono richiesti particolari

requisiti di forma" fatti salvi gli obblighi di cui agli artt. 29 e 60 del Reg. n. 11522/98 in caso di ordini impartiti telefonicamente.

Dunque un ordine effettuato verbalmente (di persona presso gli uffici della banca, ovvero anche telefonicamente) deve considerarsi pienamente valido ed efficace ove la forma dell'ordine verbale non sia esclusa dal contratto quadro, nella parte in cui vengono indicate "le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni".

In tal senso si è anche ripenutamente espressa la prevalente giurisprudenza di merito (vedi Tribunale di Monza 27-07-2004 , Tribunale di Milano 16-02-2005, Tribunale di Venezia 08-06-2005, Tribunale di Venezia 22-11-2004 ecc.).

Nel caso in esame per gli ordini era prevista "di norma" la forma scritta e la possibilità di ordini per via telefonica .

Gli ordini dati oralmente di persona dagli attori presso gli uffici della Banca, potrebbero ritenersi, alla luce della formula usata implicitamente previsti nelle pattuizioni del contratto quadro , dovendosi in merito evidenziare che tale "forma" degli ordini risulta sostanzialmente analoga agli ordini trasmessi telefonicamente .

Rispetto alla forma degli ordini trasmessi via telefono, la forma degli ordini dati oralmente di persona dall'attore presso gli uffici della banca risulta per alcuni aspetti più garantista sia per il cliente

che per la banca, data dalla presenza fisica di chi effettua l'ordine che conferisce certezza in merito alla identità dell'ordinante.

Né si potrebbe escludere la sostanziale assimilazione dell'ordine verbale a quello telefonico a motivo che quest'ultimo avrebbe la garanzia della "registrazione" in quanto, come si dirà più avanti, la registrazione esula dallo schema contrattuale.

L'ordine a voce negli uffici della Banca appare del resto ipotesi quasi scolastica (e forse per questo non venne espressamente richiamata), atteso che l'investitore impossibilitato a recarsi in Banca ricorre all'ordine telefonico, forma spesso adottata per esigenze di celerità, mentre l'investitore che si reca in banca, normalmente provvede ad effettuare l'ordine per iscritto.

Occorre, in ogni caso, evidenziare che ove si volesse ritenere che il contratto quadro vada interpretato nel senso che esso non consentisse gli ordini effettuati "a voce", ma solamente gli ordini telefonici, parte attrice, considerata la ipotizzata non omogeneità delle due tipologie di ordini e la diversità della loro regolamentazione, avrebbe dovuto precisare quali e quanti, fra gli ordini, erano stati effettuati "verbalmente" e quali "a mezzo telefono", mentre nella fattispecie nessuna indicazione sul punto è stata fornita.

L'onere della determinazione dell'oggetto della domanda può ritenersi assolto anche in difetto di quantificazione monetaria della pretesa dedotta con l'atto introduttivo del giudizio, purché l'attore

preveda ad indicare i relativi titoli dai quali la stessa pretesa tragga fondamento e possa essere quantificata, ponendo così il convenuto nella condizione di formulare in modo immediato ed esauriente le proprie difese.

Ove invece manchi la precisa indicazione dei titoli, esplicitata nell'atto introduttivo o ricavabile dai documenti in esso richiamati e prodotti, il "petitum" non può ritenersi sufficientemente specificato, con conseguente nullità dell'atto introduttivo - ai sensi dell'art. 164 cod. proc. civ. - ed inammissibilità della domanda in tal modo proposta.

Pertanto la S.C. ha ritenuto inammissibile la domanda dell'I.N.P.S. relativa ai contributi sugli importi pagati dall'E.N.E.L. a copertura di polizze assicurative per rischi extra professionali del personale direttivo, stante l'impossibilità di individuare le polizze in questione e, con l'importo dei relativi premi, la base contributiva alla stregua della quale determinare la pretesa creditoria dell'I.N.P.S. medesimo (Cass. n. 7221 del 1994)

Ove si volesse, per ipotesi, ritenere nel caso di specie superabile detta carenza, e si volesse interpretare il contratto quadro nel senso che esso non consentisse gli ordini effettuati "a voce", ma solamente quelli per iscritto e gli ordini telefonici, secondo un orientamento (Tribunale di Pescara - Pres. Dr. R. Villani, Est. Dr. E. Carbone - 21 ottobre 2005) la relativa clausola avrebbe valore di

adozione di una "forma convenzionale" e quindi in ogni caso dalla sua violazione discenderebbe la radicale nullità dell'ordine.

Si deve in ordine alla "forma convenzionale" evidenziare innanzitutto che, in base all'art. 1352 c.c., se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto "si presume" che la forma sia stata voluta per la "validità" di questo.

Tale normativa potrebbe considerarsi estensibile anche agli atti unilaterali ovvero agli atti che seguono alla conclusione di un contratto (Cass. n. 9719 del 1992, Cass. n. 1922 del 1982).

La giurisprudenza meno recente aveva sostenuto che detto patto deve essere interpretato alla luce dei criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss c.c., al fine di verificare quale sia stata l'effettiva volontà delle parti circa la natura "costitutiva" o soltanto "probatoria" della forma convenuta (Cass. n. 639 del 1967, Cass. n. 6142 del 1983, Cass. n. 10121 del 1994).

Se si seguisse detto orientamento, facendo riferimento sia alla formulazione non tassativa della clausola (per gli ordini era prevista "di norma" la forma scritta) sia al comportamento complessivo delle parti posteriore alla conclusione del contratto (le parti hanno regolarmente dato seguito per lungo tempo a tutti gli ordini effettuati "a voce di persona" senza alcuna contestazione) dovrebbe ritenersi

che le parti abbiano inteso indicare la forma scritta ed a mezzo telefono "ad probationem".

Vi e' peraltro da rilevare che, secondo più recente condivisibile giurisprudenza, la prescrizione della forma "ad substantiam" contraddice sia al principio della libertà di forma, che e' presente nel nostro ordinamento giuridico, sia soprattutto al principio dell'autonomia privata, dato che tale forma non solo condiziona il sorgere dell'atto, ma impedisce alle parti di eseguirlo.

Secondo detto orientamento la prescrizione della forma "ad substantiam" è riservata esclusivamente al legislatore, e l'inosservanza della forma convenzionale produce i medesimi effetti dell'inosservanza della forma "ad probationem", nel senso che e' valida l'esecuzione volontaria del contratto, la conferma di esso e la sua ricognizione volontaria (v. Cass. n. 4167 del 1996).

E nel caso in esame non vi è dubbio che le parti abbiano dato esecuzione volontaria ai singoli ordini.

In ogni caso deve ricordarsi che le parti che abbiano convenute l'adozione della forma per determinati atti ben possono, nella loro autonomia negoziale, "rinunziare" al formalismo convenzionale, anche se pattuito "ad substantiam" tacitamente, con comportamenti concludenti incompatibili con la volontà di mantenere in vita il vincolo di forma convenzionale (Cass. n. 5839 del 1982, Cass. n. 499 del 1988, Cass. n. 13277 del 2000).

Anche in una recentissima decisione è stato ribadito che le parti possono successivamente "rinunciare tacitamente" alla forma convenzionale "ad substantiam", mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento (nella specie la S.C. ha ritenuto che la condotta dell'acquirente, concretatasi in contatti continui e costanti con il venditore, costituiva comportamento univocamente concludente ed espressivo della rinuncia al patto concernente l'obbligo della forma scritta , Cass. n. 12344 del 2003).

Nel caso in esame la revoca tacita del patto di forma si desume chiaramente dal reiterato inoltro da parte degli attori di ordini a forma verbale, ai quali venne sempre data regolare esecuzione con corrispondente addebito , senza alcuna contestazione , degli oneri della operazione , fatto inconciliabile con la volontà di mantenere i suddetti vincoli di forma.

Secondo altro "risalente" orientamento in caso di difformità fra quanto previsto nel contratto quadro e l'ordine potrebbe applicarsi la disciplina dettata dal codice civile per l'autorizzazione del mandatario (il contratto di gestione individuale dei patrimoni, recentemente tipizzato dal legislatore ex art. 24 TUIF 58/98, è stato per lungo tempo considerato una specie della più generale figura del mandato) , vedi Cass. n. 2079 del 1998 , Cass. n. 28260 del 2005.

Si è pertanto sostenuto che in base all'art. 1711 c.c., trattandosi di atti che eccedevano i limiti fissati nel mandato, non avendo la banca rispettando lo specifico requisito di forma contemplato nelle condizioni generali di contratto, detti ordini dovrebbero restare a carico del mandatario, abuso del mandato gestorio, che non potrebbe essere ratificato per facta concludentia poiché i singoli ordini richiedevano espressamente una specifica forma ad substantiam, per cui anche la ratifica doveva rispettare i medesimi requisiti di forma.

Senonché anche tale argomentazione sembrerebbe priva di pregio.

Occorre innanzitutto sottolineare che la asserita applicabilità alla fattispecie della normativa sul mandato appare - dopo la regolamentazione del contratto di gestione individuale dei patrimoni ex art. 24 TUIF 58/98 - difficilmente sostenibile.

Inoltre si deve ricordare che "l'eccesso di mandato" normalmente viene inteso in termini sostanziali e riferito ad uno "scopo diverso ovvero incompatibile" da quello prefissogli dal mandante, in relazione alle finalità concretamente perseguite da quest'ultimo (vedi Cass. n. 142 del 1978, Cass. n. 2387 del 1997), per cui appare arduo configurare un "eccesso di mandato" in termini meramente formali ove la violazione non comporti riflessi di natura sostanziale (vedi Cass. n. 417 del 1968).

Né sembra che a detta clausola possa, considerate le locuzioni usate ed il comportamento delle parti anche successivo agli ordini, essere attribuita natura di clausola "essenziale" contenente "rigide e specifiche istruzioni" che renderebbero superflue ulteriori indagini in merito alla "conformità" dell'atto allo scopo ed agli interessi del mandante (cfr Cass. n. 18535 del 2003, Cass. n. 2387 del 1997)

Peraltro, come già detto, nel caso in esame parrebbe ravvisarsi una revoca tacita del patto di forma (ove la clausola sia interpretata in termini restrittivi), ed il comportamento concludente dei mandanti dovrebbe valere come ratifica potendo, come si è già detto, la forma convenzionale essere ricondotta alla forma ad probationem .

Parte attrice ha anche sostenuto che il Regolamento delegato Consob in quanto in contrasto con il D.lgs. n. 58/1998, sarebbe illegittimo e da disapplicare .

Tuttavia l'art. 25 D.lgs. n. 58/1998 prevede che "la Consob, sentita la Banca D'Italia, può con regolamento stabilire che, per motivate ragioni tecniche, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma.

Dunque non sembra esservi alcun contrasto fra il Regolamento delegato Consob ed il D.lgs. n. 58/1998 e, considerata la celerità necessaria per collocare o acquistare i titoli nel momento più

conveniente, proprio gli ordini appaiono il tipo di contratto più adatto per detta deroga.

Conseguentemente sembra doversi ribadire, anche sotto detto profilo, che mentre per il contratto quadro la forma scritta è prevista a pena di nullità, per i singoli ordini è ammissibile qualsiasi forma, e quindi anche l'ordine verbale, non documentato su nastro magnetico o su supporto equivalente, e quello telefonico (conforme Tribunale di Rovereto sentenza 18 Gennaio 2006 n. 32/06).

Si assume dagli attori la nullità degli ordini che sarebbero stati impartiti telefonicamente, atteso che l'ordine telefonico sarebbe consentito esclusivamente per le c.d. operazioni non adeguate.

Tale tesi non è assolutamente condivisibile.

Si osserva infatti che per le operazioni "non adeguate" indubbiamente occorrono maggiori cautele rispetto a quelle ordinarie.

Sembra pertanto doversi interpretare la norma nel senso che la necessità della registrazione sia una cautela "aggiuntiva" proprio in relazione alla particolarità di dette operazioni, ed alla necessità di documentare che l'intermediario autorizzato abbia informato il cliente del fatto che operazione non è adeguata, e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione.

Secondo una opinione per le operazioni "non adeguate" la registrazione dell'ordine telefonico ex art. 29 potrebbe costituire un

requisito di forma prescritto ex lege, e per tali casi si potrebbe ritenere la nullità dell'ordine in caso di omessa registrazione.

Si è altresì sostenuto dagli attori che per gli ordini relativi ad operazioni "adeguate", impartiti telefonicamente, la "registrazione" su nastro o su altro supporto equivalente, ex art. 60 del reg. n. 11522/98, costituirebbe anch'essa una "forma" prescritta ex lege e quindi imposta a pena di nullità.

Ma quello che prescrive l'art. 60 del reg. n. 11522/98 non sembra, a parere di questo Tribunale, una "forma" attinente al contratto in quanto tale, ma solamente un obbligo, come dice l'intestazione dell'articolo, connesso ad esigenze "di attestazione, rendicontazione e registrazione", obbligo che quindi appare al di fuori del rapporto contrattuale e che semmai potrebbe costituire un vincolo finalizzato ad esigenze probatorie.

Pertanto per le operazioni ordinarie (ossia quelle che non possano ritenersi "non adeguate") la registrazione dell'ordine telefonico di cui all'art. 60 non costituisce forma prescritta ex lege, salvo che la "registrazione" sia espressamente prevista come "forma dell'ordine" nel contratto quadro.

Nel caso in esame non sembra affatto che nel contratto quadro la "registrazione" sia prescritta come una "forma convenzionale".

Nel contratto era scritto che "qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente", "il cliente dà atto che tali ordini saranno registrati

su nastro magnetico o altro supporto equivalente" : detta seconda frase risulta chiaramente qualificabile non come una prescrizione di forma ma come una dichiarazione volta al rispetto della legge sulla privacy.

Sorge il problema delle conseguenze della omessa registrazione prevista dall'art. 60, registrazione che, come si è detto, non può qualificarsi né come forma richiesta ex lege né come "forma convenzionale".

Si può verificare l'ipotesi in cui il cliente neghi di aver effettuato gli ordini : in tal caso se si ritiene la prescrizione di cui all'art. 60 vincolante ai fini probatori, si dovrebbe considerare inammissibile, ciò anche in base al disposto di cui all'art. 2721 c.c. una prova testimoniale e per presunzioni volta a dimostrare la sussistenza degli ordini - vedi Tribunale di Milano - Giudice unico Simonetti Provvedimento del giorno 7 ottobre 2004 (peraltro potendosi a detta ipotesi applicare analogicamente i principi validi per i casi in cui sia prevista una "forma ad probationem", si dovrebbe concludere nel senso che sia valida l'esecuzione volontaria del contratto, la conferma di esso e la sua ricognizione volontaria - eventualmente desumibili da documentazione di conferma ordine addebito su conto non contestati dal cliente - e sia ammissibile la confessione giudiziale, la ratifica, la ricognizione volontaria).

Invece, nel caso in cui il cliente affermi, come avviene nella

fattispecie, di aver effettuato gli ordini, non sussistendo alcun problema di acquisizione della prova della esistenza dell'ordine, la eventuale assenza della registrazione nessuna conseguenza ha sulla validità del contratto (conforme Tribunale di Rovereto, sentenza 18 Gennaio 2006 n. 32/06, Tribunale di Milano, sez. IV civ. sent. 15 marzo 2006 - Pres. Vanoni, Est. Silvia Brat.)

29

In ordine alla censura relativa alla mancata registrazione degli ordini telefonici vanno, comunque, richiamate le argomentazioni in merito alla rinunzia alla forma convenzionale, alla esecuzione volontaria del contratto ecc. sopra esposte a proposito dell'ordine effettuato verbalmente.

Ne discende che le operazioni finanziarie oggetto di causa devono ritenersi valide, e che pertanto la domanda attrice deve essere rigettata, così come deve essere rigettata la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta ex art. 96 c.p.c.

Le spese processuali considerata la opinabilità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate fra le parti.

La presente sentenza va dichiarata provvisoriamente esecutiva.

P. Q. M.

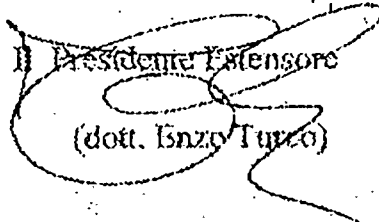
Definitivamente pronunciando rigetta la domanda proposta con atto di citazione notificato in data 23-02-2005 da [redacted] e

██████████ avverso la UNICREDIT Banca S.p.A.
nonché la domanda riconvenzionale proposta dalla UNICREDIT
Banca S.p.A.;

dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di causa ;

dichiara la presente sentenza provvisoriamente esecutiva.

Pescara li 30-06-2006


Il Presidente Estensore
(dott. Enzo Turco)