

CONTRIBUTO UNIFICATO

N. R.G. 1530/2011

1791/2016



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA
3 SEZIONE CIVILE**

SENTENZA CIVILE

1791

La Corte di Appello nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Emilia Salvatore
dott. Pietro Guidotti
dott. Anna De Cristofaro

Presidente
Consigliere
Consigliere Relatore

depositata il

10 OTT 2016

R.G. 1530/2011

Cron. 2/22/2016

Rep.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. r.g. 1530/2011 promossa da:

.....), con il patrocinio dell'avv.
e dell'avv. FRANCHI GIOVANNI, elettivamente domiciliato in
..... presso il difensore avv.

appellante

contro

....., con il patrocinio dell'avv.
....., elettivamente domiciliato in
..... presso il difensore a

appellato

IN PUNTO A:

appello avverso la sentenza n. 554/2011 del tribunale di Parma prima sezione civile depositata il 5 maggio 2011

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

I.A seguito del procedimento promosso, ai sensi del decreto legislativo n. 3/05, d
nella qualità di erede di, con cui l'attore chiedeva principalmente la declaratoria di
nullità dei contratti di acquisto di obbligazioni Argentina, con varie ipotesi subordinate e la restituzione
delle somme investite, oltre interessi legali e risarcimento del danno, il tribunale di Parma così
provvedeva:

-sulla domanda di nullità del contratto, in adesione all'orientamento di una parte della giurisprudenza, riteneva perfezionato il contratto in quanto redatto per iscritto e sottoscritto dal cliente, non essendo necessaria la contestuale sottoscrizione della banca e neppure la prova della sottoscrizione dei singoli ordini di negoziazione in quanto ammessi da parte dell'attore medesimo;

-in relazione alla violazione dell'obbligo informativo, premesso che si trattava di obbligazioni di uno Stato sovrano, respingeva parimenti la tesi della nullità del contratto, in base alla violazione delle norme del TUF, essendo la nullità una sanzione che deve essere espressamente prevista dal legislatore (come la forma scritta del contratto di investimento di cui all'articolo 23 commi I e II TUF, rilevabile solo da parte dell'interessato);

-escludeva la ricorrenza di un conflitto di interessi della banca, non derivante di per sé dall'esistenza di un'esposizione creditoria del cliente, atteso che, in concreto, il guadagno della banca era rappresentato unicamente dalle commissioni per l'operazione, senza lucro ulteriore e che la banca stessa era ricorsa ripetutamente al mercato, prima e dopo le negoziazioni di specie, per acquisire le medesime obbligazioni al fine di soddisfare le richieste dei propri clienti;

-escludeva, sotto il profilo della annullabilità del contratto, l'errore in considerazione del fatto che l'attore avrebbe dovuto dimostrare che, qualora avesse ricevuto le informazioni dovute al momento della contrattazione del titolo, non lo avrebbe acquistato, essendo irrilevante il successivo andamento (deteriore) del titolo stesso; doveva essere considerato che gli attori avevano comunque tratto profitti dall'investimento in questione;

-circa il comportamento della banca come intermediario (articolo 21 TUF e 26, 28 e 29 regolamento), valutava l'adeguatezza delle informazioni fornite al cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione ed altresì della scelta del tipo di operazione, da ritenersi adeguata per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione: dal prospetto informativo si evinceva che il cliente aveva un ingentissimo patrimonio che comprendeva altri titoli Argentina e titoli Mexico; il profilo cliente era corrispondente all'investimento prescelto con propensione al rischio alta;

-escludeva quindi l'inadempimento della banca, in considerazione del fatto che il profilo soggettivo e la consistenza patrimoniale di [redacted] erano tali da risultare, all'epoca dell'acquisto, perfettamente sovrapponibili al profilo di rischio dell'investitore, rendendo in tal modo superflua la clausola di inadeguatezza;

-riteneva in ogni caso non proponibile la domanda di risoluzione avendo il predetto aderito al TFA e rinunciato conseguentemente ad ogni azione connessa al recupero del valore intrinseco sotteso all'investimento.

2. Propone appello, con contestuale istanza di inibitoria, il [redacted] che insiste in tutte le domande formulate in primo grado e principalmente in quella di nullità, ed in subordine nelle domande di annullamento e/o risoluzione, con condanna della banca a restituire l'importo di € 257.099,53 corrispondente alle somme investite, oltre interessi legali dal dì della maturazione al soddisfo, al netto delle cedole per interessi pattuiti e incassati, ovvero la condanna della banca al risarcimento del danno, anche equitativamente individuato ex articolo 1226 c.c.

3. Resiste la banca che chiede il rigetto di tutte le domande proposte dal [redacted] e la conferma della sentenza, riproponendo tutti gli argomenti del primo grado e dando atto, nelle conclusioni formulate in



comparsa di risposta, delle domande non riproposte in sede di appello dal implicanti il passaggio in giudicato dei corrispondenti capi della sentenza.

In particolare l'appellata documenta l'adesione dell'appellante all'azione promossa dalla TFA (Task Force Argentina) davanti all'ICSID, formulando domanda di improponibilità dell'azione di risoluzione.

In sede di precisazione delle conclusioni, la Banca ha dato atto della intervenuta vendita dei titoli in data 19/9/2013 da parte dell'appellante, come da contabile allegata, per il controvalore di 108.780,00 conseguendone la carenza di interesse ad agire e/o la carenza di legittimazione dell'appellante, per effetto dell'intervenuta vendita e l'inammissibilità delle domande proposte in considerazione del fatto che il predetto non sarà in grado di restituire i titoli originari.

In via di estremo subordine, l'appellata chiede di compensare e/o ridurre le somme che dovessero essere riconosciute dovute all'attore-appellante sia con l'importo percepito a titolo di cedole maturate ed incassate sui titoli pari a € 22.660,96 sia con il prezzo della vendita.

4. La corte ha disatteso la richiesta di inibitoria con l'ordinanza depositata il 29 agosto 2011, essendo la stessa relativa alle sole spese di lite e, sulle conclusioni delle parti, ha trattenuto la causa in decisione all'udienza del 10 maggio 2016.

5. Deve essere esaminata per prima, in quanto in grado di definire il giudizio, la questione dedotta dal fin dall'atto introduttivo, della nullità del contratto, prevista dall'articolo 1418, I comma c.c., per violazione di norme imperative (articoli 23 e 21 del TUF, 26,27, 28,29 e 30 del Reg. Consob 11522/98).

Sulla specifica questione, in assenza di un orientamento uniforme della Suprema corte, è sorto un contrasto giurisprudenziale che solo di recente è stato risolto da ripetute e conformi pronunce della prima sezione della Cassazione (v., tra le varie, la sentenza n. 8395 del 27 aprile 2016; la n. 7068 dell'11 aprile 2016 ed in particolare, la n. 5919/16, depositata il 24 marzo 2016, che riassume tutte le varie elaborazioni).

La questione principale affrontata nei vari processi è quella dell'applicazione dell'articolo 23 TUF che prevede la nullità, prevista a protezione del cliente, per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori che non siano redatti per iscritto.

La fattispecie che ricorre con maggiore frequenza è quella del perfezionamento del "contratto quadro", solitamente prodotto nella copia sottoscritta dal cliente, mancante della sottoscrizione della banca.

5.1. A tale riguardo, la difesa dell'appellante evidenzia le seguenti circostanze:

-che nel caso specifico il contratto quadro sarebbe nullo in quanto sottoscritto unicamente dal cliente e non dalla banca, in violazione della norma imperativa che prevede la forma scritta *ad substantiam*, ossia l'articolo 23 TUF;

-che la nullità del contratto quadro si è estesa irrimediabilmente a tutte le successive operazioni di acquisto effettuate dalla banca su ordine del cliente;

-che la sottoscrizione non può essere provata per testi, presunzioni e/o confessione e neppure supplita tramite documenti successivamente inviati nel corso del rapporto, al punto che la domanda di nullità



comporta in concreto la revoca della proposta, cui è assimilabile lo scritto proveniente da una sola parte;

-che la produzione in giudizio del documento è irrilevante in quanto avvenuta in epoca successiva all'acquisto delle obbligazioni in questione, inidonea pertanto ad avere un'efficacia sanante;

-che del pari irrilevante è il fatto che i abbia riconosciuto di aver ricevuto una copia del contratto quadro sottoscritta dalla banca e che la circostanza sia stata confermata da testimoni in quanto la dichiarazione testimoniale non può supplire al difetto di forma stabilito *ad substantiam*.

5.2. Gli argomenti sono fondati.

Come correttamente evidenziato dalla Suprema Corte, il requisito della forma scritta a pena di nullità è stato dettato dal legislatore per fini protettivi dell'investitore (in tal senso, Cass. 22 marzo 2013, n. 7283 e, di recente, sez. 1, n. 8395 del 27/04/016).

Tale previsione non è incompatibile con la formazione del contratto attraverso lo scambio di due documenti, entrambi del medesimo tenore, ciascuno sottoscritto dall'altro contraente: ciò è conforme all'insegnamento più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità per cui il requisito in oggetto è soddisfatto anche se le sottoscrizioni delle parti sono contenute in documenti distinti purché risulti il collegamento inscindibile del secondo documento al primo, "*si è da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo*" (Cass. 13/02/07 n. 3088 e altre).

Ne deriva che la stipulazione del contratto non può viceversa essere desunta, per via indiretta, in mancanza della scrittura, da una dichiarazione, sia pure sottoscritta dal cliente, nella quale il cliente prende atto che "una copia del contratto viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi" (nel caso specifico, la dicitura è la seguente: "Vi diamo atto che ci manifestate il vostro accordo in ordine a quanto precede mediante consegna di copia della presente... debitamente da voi sottoscritta e tratteniamo ai nostri atti copia di tutti i suddetti allegati" -vedi contratto di negoziazione in atti).

Ciò premesso, la verifica del requisito della forma scritta *ad substantiam* si sposta, secondo la Cassazione, sul piano della prova, essendo possibile supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'articolo 2725, comma 2 c.c., che richiama l'articolo 2724, n. 3 c.c.: in base al combinato disposto di tali norme, la prova per testimoni è consentita solamente nell'ipotesi in cui il contraente abbia perduto senza sua colpa il documento che gli forniva la prova del contratto.

Sono del pari precluse la prova per presunzioni e la confessione (che sarebbe rappresentata dalla presa d'atto, da parte del cliente, della consegna dell'omologo documento sottoscritto dalla banca).

La fattispecie della perdita del documento è incompatibile con i casi in questione laddove "non è agevole comprendere cosa abbia mai potuto impedire alla banca, che ha predisposto la modulistica impiegata per l'operazione, di redigere il >>contratto quadro<< in doppio originale sottoscritto da entrambi i contraenti" (così, Cass. N. 5919/16).

Resta allora da chiedersi se la validità del contratto quadro possa essere ricollegata alla produzione in giudizio da parte della banca del medesimo documento ovvero a comportamenti concludenti, posti in essere dalla banca stessa e documentati per iscritto.



L'orientamento precedente era basato sul fatto che tanto la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'aveva sottoscritta (così, Cass. 5 giugno 2014 n. 12711), quanto qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte, dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante.

Si riteneva quindi che la produzione in giudizio del documento stesso da parte del contraente non firmatario avvenisse per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti, (con la precisazione che il perfezionamento poteva ritenersi verificato solamente *ex nunc*, non *ex tunc*) e, nel contempo, che l'invio degli estratti conto al cliente fosse sufficiente a dimostrare la volontà della banca di avvalersi del contratto.

Tale principio però non è utilmente applicabile nei casi come quello di specie.

Se anche si volesse dare corso ad un orientamento del genere, con riguardo al contratto quadro, l'applicazione del suddetto principio comporterebbe, per la banca, il perfezionamento del contratto solo dal momento della produzione, che non potrebbe in alcun modo incidere sulla validità dell'ordine di acquisto delle obbligazioni, che richiede l'esistenza di un valido contratto quadro a monte e non già *ex post*.

Neppure si può far discendere la validità dell'ordine di acquisto dal perfezionamento soltanto successivo del contratto quadro, stante il principio della inammissibilità della convalida del contratto nullo, dettato dall'articolo 1423 c.c.

Una delle conclusioni a cui si perviene è dunque la seguente: che il contratto quadro non può dirsi utilmente perfezionato, sì da sorreggere il successivo ordine di acquisto, per effetto della sua produzione in giudizio da parte della banca.

La Suprema Corte ha anche esaminato il valore da attribuire alle c.d. contabili, ossia se da queste, o da altri attestati, possa attribuirsi la valenza di manifestazione della volontà della banca. Così non è in quanto, nei contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo (Cass. 7 giugno 2011 n. 12297).

Va rilevato in definitiva che la forma scritta è in tali casi l'elemento costitutivo del contratto nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicché occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto.

Ne discende che la documentazione depositata dalla banca (contabili, attestati di seguito, estratti conto ecc.), indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture, "non possiede i caratteri della estrinsecazione diretta della volontà contrattuale, tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale."



5.3. La lucida e doviziosa analisi compiuta dalla Suprema Corte nelle sentenze citate, che hanno affrontato (e risolto nel modo sopra descritto) tutte le problematiche sottese ai casi come quello di specie, ha fugato ogni dubbio residuo ed al giudice del merito non resta che recepire il principio di diritto che ne deriva.

Ciò vale anche con riferimento al caso di specie laddove: il contratto originario reca unicamente la sottoscrizione del cliente, con la dicitura di cui sopra (" Vi diamo atto che ci manifestate il vostro accordo in ordine a quanto precede mediante consegna di copia della presente... debitamente da voi sottoscritta e tratteniamo ai nostri atti copia di tutti i suddetti allegati"); le prove testimoniali, espletate nonostante il disposto dell'articolo 2725, comma 2 c.c., non possono essere utilizzate dalla banca appellata per fornire la prova del contratto; l'ulteriore documentazione allegata non equivale a fornire la prova del consenso delle parti necessaria per dimostrare il perfezionamento del contratto.

Neppure può dirsi, con riferimento al caso di specie, che l'essersi l'appellante avvalso dell'eccezione di nullità del contratto quadro, perché mancante del requisito della forma scritta, pur avendo esso avuto esecuzione per vari anni, con investimenti di varia natura, di cui alcuni favorevoli, integri l'abuso del diritto al punto da far ricadere sulla banca le conseguenze di uno o più investimenti "sbagliati".

Anche su questo punto, la Suprema Corte ha affermato che l'esame di tale argomento presuppone che lo stesso sia stato affrontato doviziosamente dai difensori nelle fasi di merito, ricorrendo altrimenti l'ipotesi della inammissibilità per la novità della censura.

Ciò posto, non sembra a questa corte che l'argomento sia stato affrontato nel giudizio di primo grado, tanto è vero che dello stesso non vi è traccia nella sentenza impugnata. Trattandosi di una questione nuova, la stessa non potrà essere esaminata.

L'accoglimento della domanda di nullità del contratto quadro comporta la dichiarazione di nullità anche dei successivi ordini di acquisto delle obbligazioni Argentina per cui è causa, che vengono travolti dalla nullità del contratto principale, presupposto.

Restano in tal modo assorbite tutte le ulteriori questioni dedotte dai difensori sui motivi di annullabilità del contratto, con tutti le possibili implicazioni e argomentazioni, tra cui l'assolvimento agli obblighi di informazione, il conflitto di interessi, l'adeguatezza degli investimenti ecc.

5.4. Resta a questo punto da affrontare la domanda di restituzione conseguente alla declaratoria di nullità, contestualmente formulata dal signor _____ nel primo grado e ribadita in appello, avente il seguente tenore: *"e per l'effetto condannare _____ .. al rimborso integrale in favore dell'attore delle somme investite pari a € 257.099,53, oltre interessi legali dal maturato al soddisfo al netto delle cedole per interessi pattuiti ed incassati..."*.

Occorre prendere atto anche delle difese della banca, che ha prodotto documentazione al riguardo da ritenersi ammissibile e rilevante, la quale ha richiesto, in via subordinata, la detrazione, dalla somma capitale di condanna, sia delle cedole maturate ed incassati sui titoli, pari a € 22.660,96, che dell'importo percepito dal _____ a seguito della vendita dei titoli intervenuta in data 19/9/2013, con valuta 24/9/2013, pari ad euro 108.232,48.

Tale richiesta merita accoglimento in quanto, a dire il vero, neppure contrastata dalla difesa dell'appellante che ha richiesto, come si evince dalle conclusioni sopra riportate in corsivo, le somme in



questione al netto delle cedole. Con riferimento al prezzo ricavato dalla vendita, lo stesso difensore (vedi comparsa conclusionale a pagina 9) fa presente che "la corte non potrà che dichiarare la nullità per difetto di forma del contratto generale, per l'effetto, degli ordini e condannare il [] alla restituzione della complessiva somma di... detratto l'importo ricevuto dalla vendita...oltre interessi legali...".

5.5. In modifica dell'impugnata sentenza, dovrà quindi essere accolta la domanda di nullità, con la condanna della banca a restituire a [] in qualità di erede di [] la complessiva somma di euro 126.206,09 (derivante dalla sottrazione alla somma di euro 257.099,53 delle ulteriori somme di euro 22.660,96 ed euro 108.232,48), con gli interessi legali (come da richiesta) decorrenti dalla domanda giudiziale all'effettivo saldo.

5.6. In considerazione delle recenti evoluzioni della giurisprudenza di legittimità, che si pongono in un panorama di decisioni piuttosto variegate dei giudici del merito, questa corte ritiene sussistano giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

Diversamente, le spese della consulenza grafologica, il cui esito è del tutto sfavorevole all'appellante, sono da porsi interamente a carico dello stesso, come già correttamente disposto dal tribunale di prima istanza.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, sull'appello proposto da [] in qualità di erede di [] nei confronti del [] e [], avverso la sentenza n. 554/2011 del tribunale di Parma prima sezione civile depositata il 5 maggio 2011, questa riformando, ogni altra istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:


- dichiara la nullità del contratto quadro e dei conseguenti ordini di acquisto delle obbligazioni Argentina per cui è causa;
- condanna conseguentemente la banca a restituire al [] la complessiva somma di euro 126.206,09 oltre interessi legali decorrenti dalla domanda giudiziale al saldo;
- compensa interamente tra le parti le spese sia del primo che del secondo grado di giudizio;
- conferma l'impugnata sentenza limitatamente alla statuizione di porre definitivamente a carico dell'appellante [] le spese della c.t.u. grafologica espletata in primo grado.

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 20 settembre 2016.

Il Presidente
dott. Emilia Salvatore



Il Consigliere estensore
dott. Anna De Cristofaro



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Giorgio Zamparelli

CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
Depositato in Cancelleria
Bologna, 10 OTT. 2016

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Giorgio Zamparelli

