

N. R.G. 782/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sezione prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Amedeo Santosuosso
dr. Raimondo Mesiano
dr. Anna Mantovani

Presidente
Consigliere rel.
Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. 782/2016 promossa in grado d'appello

DA

[REDACTED]
[REDACTED], con il patrocinio dell'avv. [REDACTED] e dell'avv. [REDACTED]
[REDACTED]; , elettivamente domiciliato in [REDACTED] presso il difensore avv. [REDACTED]

APPELLANTE

CONTRO

[REDACTED], con il patrocinio dell'avv. BARBIERI BRUNO, elettivamente domiciliato in VIA LEMONIA, 21 40133 BOLOGNA presso il difensore avv. BARBIERI BRUNO
[REDACTED] con il patrocinio dell'avv. BARBIERI BRUNO, elettivamente domiciliata in VIA LEMONIA, 21 40133 BOLOGNA presso il difensore avv. BARBIERI BRUNO

APPELLATI

con atto di citazione in appello notificato ad entrambi gli appellati in data 24.02.2016.

CONCLUSIONI

per parte appellante:

come da fogli di PC cartacei depositati all'udienza collegiale dell'11.07.2017.

per parte appellata:

come da foglio di PC telematico già depositato che non è possibile qui riprodurre per difetto tecnologico.

Svolgimento del processo

Con sentenza n. 11811/2015, pubblicata il 22.10.2015, il Tribunale di Milano, in composizione monocratica, esponeva come segue i fatti di causa e le ragioni delle sue determinazioni:

“Per quanto riguarda il completo svolgimento del processo, ai sensi del vigente art. 132 c.p.c., si fa rinvio agli atti delle parti e al verbale di causa.

1. Oggetto della presente causa è una operazione di acquisto di obbligazioni emesse dalla società [redacted] International s.a. 7% - 04 – per nominali euro 30.000,00 registrata sul deposito titoli intestato agli attori presso la Banca convenuta, dipendenza di Modena, in data 12/7/2002 (v. conferma di eseguito, doc. 6 att.).

2. In relazione a tale operazione gli attori hanno svolto in via principale (originariamente in via subordinata, cfr. atto di citazione) domanda di accertamento della nullità per difetto di forma scritta dell'ordine di acquisto, con conseguente domanda di restituzione.

La domanda è fondata.

Nessuna delle parti ha prodotto in causa l'ordine in questione; la Banca ha invocato a giustificazione il disposto dell'art. 69, reg. Consob 11522/1998, in base al quale “le attestazioni e le registrazioni magnetiche degli ordini e delle autorizzazioni telefoniche di cui al presente regolamento sono conservate per almeno due anni”.

L'art. 1.3 del contratto quadro stipulato dagli attori in data 22/1/2002 (v. doc. 3 att.) prevede che “Gli ordini sono impartiti alla [redacted] di norma per iscritto anche attraverso promotori finanziari a tal fine autorizzati. Qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente, il Cliente dà atto che tali ordini saranno registrati su nastro magnetico o su altro supporto equivalente”. La Banca convenuta non ha nemmeno ipotizzato che l'ordine oggetto di causa sia stato trasmesso via telefono, di modo che deve ritenersi ricorrente nella fattispecie l'ipotesi considerata normale tra le parti e cioè quella dell'ordine scritto.

A norma dell'art. 1352 c.c., quando 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.

L'ordine di acquisto di strumenti finanziari, sotto il profilo giuridico, si configura non quale mera istruzione ai sensi dell'art. 1711 c.c., ma come mandato conferito all'intermediario a procurare al cliente l'acquisto di quel titolo. Infatti il contratto quadro fissa solo la cornice regolamentare entro la quale operano le parti, cliente ed intermediario, ma non contiene alcun mandato; sulla base del solo contratto quadro gravano sull'intermediario solo obblighi informativi generali, ma nessuno strumento finanziario viene negoziato. A tal fine è necessario che il cliente conferisca specifici mandati, chiamati nella prassi operativa ordini di acquisto, i quali possono o meno contenere particolari istruzioni.

Nel caso di specie, quindi, in base a quanto pattuito nel contratto quadro l'ordine di acquisto delle obbligazioni [redacted] doveva essere impartito in forma scritta.

Da ciò deriva che ai sensi dell'art. 2725 c.c. la Banca doveva provare per iscritto tale ordine, salva l'ipotesi dello smarrimento incolpevole del documento, ai sensi dell'art. 2724, n. 3), c.c. La ricorrenza di tale ipotesi non è stata nemmeno allegata dalla Banca ed anzi l'invocazione del citato limite di conservazione biennale fa presumere che la stessa abbia consapevolmente cessato la custodia del documento.

Ne deriva ulteriormente che, non essendo ammessa sul punto la prova testimoniale, non è possibile neanche la prova per presunzioni, come disposto dall'art. 2729 c.c.

Conseguentemente è irrilevante la difesa svolta sul punto dalla Banca, la quale per contrastare la domanda di nullità ha evidenziato proprio una serie di circostanze presuntive, quali la richiesta di copia dell'ordine inoltrata dall'attore il 15/9/2008, nonché la ricezione della nota di eseguito e dei successivi estratti conto (cfr. comparsa di risposta, pagg. 25 e ss.).

In conclusione, quindi, in mancanza della prova dell'esistenza dell'ordine scritto lo stesso deve essere dichiarato nullo.

3. Parte attrice ha chiesto la restituzione della somma di euro 30.000, al netto delle cedole incassate. In realtà tale detrazione è estranea al concetto di restituzione, ma la decisione non può andare oltre rispetto a quanto richiesto.

La Banca convenuta ha allegato e documentato (v. docc. 7, 9 e 10) l'incasso di cedole per complessivi euro 3.671,40. Nulla di specifico ha contestato controparte in proposito, di modo che la circostanza deve considerarsi pacifica.

Ininfluenti sono invece gli eventuali vantaggi fiscali allegati da parte convenuta, atteso che quanto liquidato non è a titolo risarcitorio ma di ripetizione di indebito.

L'importo capitale della restituzione è quindi pari ad euro 26.328,60.

Ai sensi dell'art. 2033 c.c. gli interessi legali decorrono solo dalla domanda in giudizio, perché nella fattispecie non è vinta la presunzione di buona fede della Banca, tenuto conto del fatto che sul deposito titoli degli attori è stato effettivamente caricato il titolo in questione.

Non è dovuta, invece, l'invocata rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valuta.

4. L'ulteriore domanda di danno a titolo di lucro cessante – quantificato nel 3% annuo – non può essere accolta perché parte attrice nulla di specifico ha allegato ed offerto di provare circa il suo profilo finanziario, la sua propensione al rischio, la natura degli investimenti coevi effettuati e il loro rendimento. Non sussistono, quindi, sufficienti elementi presuntivi per ritenere ragionevolmente certo che gli attori, ove avessero avuto nel luglio 2002 la disponibilità della provvista impiegata invece per acquistare i bond [redacted] avrebbero effettuato un diverso e determinato investimento conseguendo un determinato utile.

5. Nel caso di specie non vi è soccombenza reciproca, né ricorrono le altre ipotesi previste nell'art. 92 c.p.c. per derogare al principio della soccombenza per la liquidazione delle spese, operata in dispositivo in base ai parametri indicati dal d.m. 55/2014. La liquidazione tiene conto del fatto che il valore della causa si colloca alla soglia inferiore dello scaglione e della assenza di attività istruttoria, per la cui fase si applicano quindi i parametri minimi”.

Quindi, il primo Giudice pronunciava il seguente dispositivo:

il Tribunale di Milano

definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- 1) in accoglimento della domanda principale svolta da parte attrice – [redacted] Ines – accerta e dichiara la nullità dell'ordine di acquisto in data 12/7/2002 avente ad oggetto obbligazioni [redacted] International s.a. 7% - 04 – per nominali euro 30.000,00;
- 2) per l'effetto, condanna parte convenuta – [redacted] s.p.a. – a restituire a parte attrice la somma di euro 26.328,60 oltre interessi legali dall'11/2/2013;
- 3) condanna altresì parte convenuta a rimborsare in favore attrice di parte le spese di giudizio, che liquida in € 4.500,00 per compensi ed € 460,58 per spese esenti, oltre 15% per spese generali, CPA e d IVA”.

Detta sentenza non veniva notificata.

Con atto di citazione in appello notificato il 24.02.2016, la convenuta [redacted], in data 15.11.2016 fusasi per incorporazione con [redacted], giusta atto di fusione in pari data in fascicolo d'ufficio, interponeva rituale e tempestiva impugnazione contro la predetta decisione innanzi a questa Corte, chiedendo che, in totale riforma di essa, fossero accolte le conclusioni in epigrafe riportate.

Si costituivano in giudizio gli attori [redacted] con comparsa di risposta, con la quale chiedevano il rigetto dell'appello e la conferma dell'impugnata sentenza come da conclusioni in epigrafe riportate.

All'udienza collegiale dell'11.07.2017 la presente causa d'appello veniva rimessa in decisione sulle conclusioni in epigrafe riportate, con l'assegnazione alle parti del termine di giorni 60 per il deposito delle comparse conclusionali e di quello di ulteriori giorni 20 per il deposito delle memorie di replica.

Con provvedimento del 03.11.2017 del Presidente di Sezione, dato che un componente del Collegio, innanzi a cui erano state rassegnate le conclusioni, era assente dall'Ufficio, rimetteva la causa sul ruolo per la riprecisazione delle conclusioni all'udienza del 15.11.2017.

All'udienza collegiale del 15.11.2017 i Procuratori delle parti riprecisavano le conclusioni riportandosi a quelle precedentemente inviate per via telematica e la Corte tratteneva la causa in decisione immediata avendo le parti già depositato gli atti difensivi finali.

Motivi della decisione

Ritiene la Corte che l'impugnazione in esame sia infondata e che essa debba essere respinta. L'istituto di credito appellante, in primo luogo, così riassume il percorso logico seguito dal Tribunale nella impugnata sentenza.

Il contratto di negoziazione di titoli di strumenti finanziari prevedeva la forma scritta convenzionale per gli ordini di investimento.

Detta prova scritta, ai sensi dell'art. 1352 c.c., era da intendersi come richiesta a pena di nullità.

Gli ordini di investimento non sarebbero mere istruzioni date dal cliente ma dei veri e propri contratti di mandato ai sensi dell'art. 1711 cc.

Nella fattispecie non sarebbe stata fornita la prova in merito alla effettiva esistenza di un ordine scritto da parte dei clienti in relazione all'acquisto delle obbligazioni [redacted]

Posto che la forma scritta era prevista a pena di nullità, la prova testimoniale dello avvenuto conferimento dell'ordine di acquisto avrebbe potuto essere ammessa solo in caso di perdita incolpevole del documento, ai sensi dell'art. 2724 n. 3) c.c. e dell'art. 2725 c.c., ma la banca non aveva neanche allegato detta ipotesi.

La prova per presunzioni, d'altra parte, non era ammessa perché essa non è ammissibile nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni, ai sensi dell'art. 2729 c.c.

Orbene, con un unico motivo di impugnazione (pagine da 9 a 22 dell'atto di appello) l'appellante contrasta detto percorso logico del Tribunale con le seguenti affermazioni ed argomentazioni.

In primo luogo, l'art. 1.3 del contratto quadro prevede che " Gli ordini sono impartiti alla [redacted] per iscritto anche attraverso promotori finanziari a tal fine autorizzati Qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente, il cliente dà atto che tali ordini saranno registrati su nastro magnetico o su altro supporto equivalente". Orbene l'inciso "di norma" escluderebbe secondo la banca, che la forma scritta sia stata voluta dalle parti a pena di nullità. In altre parole, nel contratto si prevedeva l'utilizzo abituale della forma scritta dell'ordine di acquisto, peraltro con l'ammissione di forme diverse di ordine.

Del resto, questi ultimi, secondo la giurisprudenza citata dall'appellante, non sarebbero giuridicamente dei mandati, detta natura giuridica potendosi riconoscere solo al contratto quadro di negoziazione di titoli, mentre gli ordini di acquisto sarebbero delle mere istruzioni.

La stessa giurisprudenza citata dall'appellante chiarisce che la forma scritta è richiesta per il solo contratto quadro (art. 23 TUF), ma non per i singoli ordini, i quali potrebbero essere impartiti anche oralmente e per telefono. Ciò è stato anche affermato in alcune comunicazioni della Consob. Del resto, la assenza di natura giuridica contrattuale escluderebbe, secondo l'appellante, che di essi possa pronunciarsi la risoluzione come per i contratti.

Infine, ed è ciò che è più importante nell'ambito della presente vicenda, gli ordini di acquisto potrebbero, secondo l'appellante, essere provati anche per presunzioni, dato che, non essendo necessaria la forma scritta ad substantiam, non opererebbero i limiti previsti dall'art. 2729 c.c.

Nella fattispecie sarebbe, secondo l'appellante, raggiunta una congrua prova presuntiva dell'effettivo conferimento dell'ordine di acquisto in questione, dato che:

- nella stessa data del 12.07.2002, in cui gli appellati avrebbero acquistato le obbligazioni [redacted] per € 30.000,00, essi avevano anche, pacificamente, comprato altri titoli (obbligazioni Astaldi 6,5% per € 30.000,00 ed Aud Rabo Aust 6% per dollari australiani 20.000,00), in relazione ai quali nessuna contestazione circa l'effettività dell'ordine di acquisto era insorta;
- gli appellati avevano altresì ricevuto regolarmente gli estratti conto dei dossier titoli senza mai lamentare, fino al default della [redacted], che le obbligazioni in questione comparissero in detti estratti conto;
- dagli estratti conto corrente di corrispondenza si riscontravano facilmente gli accrediti e addebiti relativi ai titoli in questione;
- dello acquisto delle obbligazioni [redacted] in questione era stata data " nota sull'eseguito" documento che rappresenta l'avvenuto acquisto dei titoli e le relative condizioni, che gli appellati si ricevettero senza proporre alcuna contestazione;
- infine gli appellati incassarono a più riprese le cedole degli interessi prodotti dalle predette obbligazioni [redacted] senza chiedere chiarimenti alla banca sulla provenienza di dette somme.

Ancora, prosegue l'istituto di credito appellante, la vicenda espone le controparti, per il loro comportamento, ad una exceptio doli generalis, poichè la loro accettazione della presenza dei titoli in questione sul loro conto di deposito titoli nonché l'incasso della cedole maturate nel periodo antecedente al default della società emittente, evidenzia la contrarietà alla buona fede della loro richiesta di ottenere copia dell'ordine scritto in questione inoltrata solo dopo che era intervenuto detto default ed il valore delle obbligazioni [redacted] si era azzerato.

Orbene, ritiene la Corte che le doglianze della banca non possano essere condivise.

Infatti, in primo luogo, la clausola, di cui all'art. 1.3 del contratto quadro, nel punto, in cui stabilisce che gli ordini di acquisto debbano essere di norma impartiti per iscritto, fa salva, come è evidente dal testo contrattuale, solo la diversa ipotesi, in cui gli ordini siano impartiti per telefono: in questo caso la banca dovrà conservarne per almeno due anni i supporti di registrazione magnetica. Invero, ritiene il Collegio che solo quella dell'ordine telefonico sia l'eccezione contrattualmente prevista rispetto alla forma scritta degli ordini da adottarsi "di norma". A questo punto occorre osservare che la banca non ha allegato di avere ricevuto l'ordine di acquisto in questione per telefono.

Dopo questo chiarimento, è necessario anche rilevare che gli ordini di acquisto, anche se non si voglia, come ha fatto il primo Giudice, considerarli dei veri e propri contratti di mandato e si voglia considerarli come mere istruzioni impartite alla banca, sono pur sempre da considerare delle dichiarazioni aventi natura negoziale, come è reso certo dalla considerazione che essi consistono in dichiarazioni di volontà da cui scaturiscono effetti obbligatori (obbligo della banca di procurare i titoli ordinati). Ciò posto, è da menzionare che l'art.1324 c.c. stabilisce che le norme riguardanti il contratto si applicano anche agli atti unilaterali fra vivi e ciò rende anche per essi applicabile l'art. 1352 c.c., che stabilisce che quando le parti hanno previsto per un contratto la forma scritta, essa forma si presume, salva prova contraria, richiesta per la validità dell'atto. Sulla base di dette argomentazioni è dunque d'obbligo confermare il convincimento del primo Giudice che l'art. 1.3 del contratto quadro, che richiede per gli ordini di acquisto la forma scritta "di norma", come richiesta ad substantiam per la validità dell'ordine e che quindi, salva la diversa ipotesi degli ordini telefonici, che qui pacificamente non ricorre, l'ordine non conferito per iscritto sia nullo. Pertanto, non essendo la sussistenza dell'ordine comprovabile mediante prova testimoniale, per effetto della limitazioni poste dagli artt. 2724 e 2725 c.c. richiamati dal primo Giudice, la loro esistenza non è neanche deducibile per presunzioni per il rinvio alla predette norme codicistiche contenuto nell'art. 2729 cc. Con ciò risulta confermata la

giustizia della decisione del primo Giudice, che ha ritenuto che nella fattispecie il presunto ordine di acquisto fosse nullo, proprio perché non sono utilizzabili le presunzioni addotte dalla banca (ricezione dell'estratto conto dei titoli in custodia, ricezione della "nota di eseguito", incasso della cedole, etc.).

Resta qualcosa da dire sul problema della presunta mala fede degli attori e sulla "exceptio doli generalis" che l'istituto di credito ha formulato con riferimento alle domande giudiziali attoree. La convenuta ha infatti sostenuto che l'aver gli attori proposto dette domande solo dopo il default di [REDACTED], che ha azzerato il valore delle sue obbligazioni, dopo che gli stessi avevano incassato le cedole di interessi nel periodo, in cui la [REDACTED] era in bonis, è chiaramente indice di mala fede.

Ritiene la Corte che neanche sotto questo aspetto l'impugnazione in esame sia da condividere.

Infatti, la Corte di Cassazione così segna i limiti della eccezione di mala fede in questione (per tutte vedi sentenza n. 15216 del 2012): "La "exceptio doli generalis seu presentis" ha ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore, che ricorre quando questi, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui."

Ciò posto, è da ritenere che:

- nella fattispecie non vi sia nessun fatto modificativo o estintivo sopravvenuto alla fonte negoziale del diritto fatto valere in giudizio, poiché fin dall'inizio è da ritenere che l'ordine di acquisto delle obbligazioni [REDACTED] fosse nullo;
- non vi è un utilizzo abusivo o fraudolento dell'azione di nullità, poichè quest'ultima ha di regola, come conseguenza, la ripetizione di indebito, che è ciò che gli attori chiedono;
- non vi è un uso dell'azione giudiziale per scopi diversi da quelli riconosciuti dall'ordinamento, poiché trattasi di una normale azione di nullità, in cui non è rinvenibile un intento emulativo;
- non vi è un esercizio dell'azione giudiziaria contro la incolpevole aspettativa altrui, perché la condizione della banca non è incolpevole, dato che il contratto quadro stabilisce forma scritta, che essa medesima non ha nella specie assicurato.

Pertanto, non vi è un abuso del diritto o un esercizio emulativo di esso, di cui la banca possa dolersi e, quindi, non vi è una mala fede degli attori, almeno nei predetti limiti, in cui essa possa essere rilevante nell'azione giudiziaria esperita.

Conclusivamente l'appello è infondato e deve essere respinto, con la conseguenziale conferma integrale dell'impugnata sentenza.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza.

Pqm

La Corte d'Appello di Milano, Sezione Prima Civile, definitivamente pronunciando, così dispone: respinge l'appello e conferma integralmente l'impugnata sentenza n. 11811/2015 del Tribunale di Milano, pubblicata il 22.10.2015;

condanna l'istituto di credito appellante alla rifusione in favore degli appellati delle spese del presente giudizio di appello, che si liquidano in € 4.500,00 per compensi professionali oltre 15% per spese generali ed iva e cpa come per legge;

dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della società appellante dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del dpr n. 115/2002 e succ. modific.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 21 febbraio 2018.

Il Consigliere relatore
Raimondo Mesiano

Il Presidente
Amedeo Santosuosso