

**60. Tribunale Roma Sezione 9 Civile**

**Sentenza del 10 dicembre 2004, n. 33086**

-----  
*Introduzione della causa - Costituzione delle parti - Convenuto - Tempestiva costituzione - Termine di venti giorni - Decorrenza - Data fissata nell'atto di citazione - Rilevanza*  
-----

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI ROMA  
SEZIONE NONA CIVILE

In persona del giudice unico Dr. Giulia Iofrida

ha emesso la seguente:

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. 38279 del ruolo contenzioso generale dell'anno 2002 posta in deliberazione all'udienza del 26/05/2004 (con temine per il deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica di gg. 60+20) e vertente;

tra

Ag. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Ro. Via Va. 39 presso lo studio dell'Avvocato An. Di Lo. che la rappresenta e difende per delega in atti;

- attrice -

e

Co. Fi. S.p.A. in liquidazione, in persona del liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in Ro. Piazza Co. di Ri. 92 presso lo studio dell'Avvocato An. De. che la rappresenta e difende per delega in atti disgiuntamente ed unitamente all'Avvocato Fr. Ca.;

- convenuta -

Oggetto: Contratti (altri)

Conclusioni

All'udienza del 26/05/2004 il solo procuratore della parte convenuta così concludeva:

"Voglia l'Ill.mo Giudice adito: in via principale e nel merito, rigettare le domande proposte dalla controparte per essere le stesse, oltreché generiche, indeterminate ed indeterminabili, soprattutto destituite di alcun fondamento, vuoi in fatto, vuoi in diritto, e, per l'oggetto, condannare la Società Ag. S.r.l. al pagamento delle spese legali del presente giudizio, anche con riferimento all'art. 96 c. p.c., attesa la spregiudicatezza delle domande avverse; in via riconvenzionale, in ogni modo: condannare la Società Ag. S.r.l. alle spese che l'odierna concludente andrà ad affrontare per la fase di liquidazione protrattasi per effetto della notificazione della presente citazione, quantificate in € 20.500,00 annue così specificate: € 10,000, compenso annuale liquidatore, € 4.500,00, compenso Collegio sindacale; € 3.000,00 spese amministrative per sede legale, € 3.000,00, spese per tenuta libri contabili da parte del commercialista e spese per contabilità e bilancio; o comunque nella maggiore o minore somma che sarà ritenuta di giustizia, da liquidarsi anche con criterio equitativo, seguendo i parametri oggettivi per la tenuta di una Società per Azioni in liquidazione, esaurito il mandato del liquidatore per l'effettiva liquidazione dell'attivo e del passivo. Con vittoria di spese, competenze ed onorari del giudizio".

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 16/05/2002, la Ag. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, - assumendo di avere instaurato, dal settembre 1998 al 30 giugno 2001, con la Co. Fi. S.r.l., un "rapporto di gestione personalizzata del proprio patrimonio mobiliare", conferendo a detta Società, a titolo oneroso (con pagamento di commissioni per complessive £ 63.899.160), "un mandato per la gestione - del tutto discrezionale quanto alle scelte di investimento e di disinvestimento - delle proprie liquidità attraverso l'acquisto di titoli sui mercati regolamentati", effettuata tramite apertura di appositi conti correnti e conti titoli, a nome della Società Ag. S.r.l., presso un'agenzia di Ro. della Banca di Ro. ed utilizzo di ordini di acquisto o di vendita dei titoli "preventivamente firmati in bianco dai clienti in numero adeguato", e lamentando una gestione del portafoglio titoli, da parte della mandataria, deficitaria ed azzardata, fonte di amplificazione dei rischi e delle perdite per essa mandante, nonché priva della necessaria adeguata informazione, anche con rendiconti periodici al cliente, ed effettuata in "situazione di palese illiceità ed in

violazione delle norme dirette alla tutela del risparmio" (essendo la Co. Fi. S.r.l. soggetto giuridico privo delle autorizzazioni di legge di cui al D.Lgs. 58/1998 necessarie per svolgere legittimamente attività di gestione di patrimoni per conto terzi), conveniva in giudizio, dinnanzi al Tribunale di Roma, la Co. Fi. S.r.l., in liquidazione, in persona del liquidatore pro tempore, per sentirla condannare a rendere il conto della gestione patrimoniale operata per conto di essa attrice ed al risarcimento dei danni cagionati ad essa attrice, da quantificarsi nella somma di €150.000,00, quale differenza tra quanto versato e quanto prelevato da essa Ag. S.r.l., rivalutato, e di €105.000,00, a titolo di oneri versati da Ag. S.r.l. alla Banca di Ro. per lo scoperto di un conto corrente (determinatosi esclusivamente quale effetto delle perdite sulle operazioni in titoli gestite dalla Co. Fi. S.r.l.).

Si costituiva, in data 09/09/2002, la convenuta Co. Fi. S.p.A., in liquidazione, tardivamente ai sensi degli artt. 166 e 167 c. p.c. (essendo stata fissata dall'attrice, in citazione, l'udienza di prima comparizione delle parti ex art. 180 c.p.c. del 20/09/2002, data differita solo d'ufficio ex art. 168 bis c. p.c. IV comma), contestando la pretesa attrice e chiedendone il rigetto. In via preliminare, la convenuta eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva, essendo stata rivolta la domanda verso altro soggetto giuridico, la Società Co. Fi. S.r.l. a responsabilità limitata e non la Società Co. Fi. S.r.l. per azioni (quale trasformatasi con delibera assembleare del 28/09/2000, delibera non seguita dalla sottoscrizione del necessario aumento di capitale, con conseguente messa in liquidazione della Società, in data 22/05/2001), e la nullità della citazione, per genericità ed indeterminatezza del petitum, e, nel merito, deduceva di essere una società costituita per lo svolgimento di attività di servizi riservata in via esclusiva ai soci azionisti, tra i quali vi era anche la Ag. S.r.l.; in via riconvenzionale, la convenuta chiedeva la condanna della Ag. S.r.l. al rimborso delle spese che essa Co. Fi. S.r.l. avrebbe dovuto affrontare per effetto della ritardata chiusura della fase di liquidazione.

Con ordinanza emessa in data 28/09/2002, all'esito dell'udienza di prima comparizione delle parti, ex art. 180 c. p.c., il Giudice respingeva le eccezioni pregiudiziali, di nullità della citazione, sollevate dalla convenuta, rilevando, quanto, in particolare, d'erronea indicazione del tipo di Società, che non vi era assoluta incertezza del soggetto convenuto, peraltro costituitosi regolarmente.

In memoria ex art. 180 c. p.c., la convenuta Co. Fi. S.r.l. insisteva nell'eccezione di carenza di legittimazione passiva e sollevava un'eccezione di improcedibilità della domanda per effetto della

clausola compromissoria contenuta nell'art. 20 dello Statuto sociale, contemplante il deferimento ad un Collegio arbitrale "delle controversie tra i soci e/o tra i soci e la società", tra le quali doveva essere fatta rientrare la presente controversia avente ad oggetto l'asserito non corretto espletamento, da parte di Co. Fi. S.r.l., dell'attività di consulenza in materia finanziaria ai propri soci azionisti, rientrante nell'oggetto sociale.

All'udienza di prima trattazione, ex art. 183 c. p.c., del 19/02/2003, non comparivano le parti personalmente e non potevano espletarsi né l'interrogatorio libero né il tentativo di conciliazione. L'attrice precisava di intendere rivolgere le proprie domande nei confronti della Co. Fi. S.p.A., quale soggetto risultante dalla trasformazione deliberata, con piena continuità dei rapporti giuridici originariamente facenti capo alla Società a responsabilità limitata. Con ordinanza emessa in data 06/03/2003, il Giudice respingeva le eccezioni della convenuta di difetto di legittimazione passiva, rilevando che la trasformazione del tipo di società (documentata dalla stessa convenuta) non dava mai luogo alla nascita di un nuovo ente (c.c. 272/1998; c. c. 2736/1995), e di improcedibilità della domanda, rilevando, salva adeguata istruttoria sul punto, che l'attrice fondava le proprie domande su "di un rapporto di mandato per la gestione delle proprie liquidità occorso con la Co. Fi. S.r.l. ben prima del proprio ingresso nel capitale sociale della convenuta e dunque estraneo ai rapporti sociali tra le parti in causa".

La causa veniva istruita con l'acquisizione di documenti, respinte dal giudice le istanze istruttorie formulate dall'attrice, perché inammissibili, e, sulle conclusioni di cui in epigrafe, veniva trattenuta in decisione all'udienza del 26/05/2004 (con termine per il deposito di comparse conclusionali e repliche di gg. 60+20).

## MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, deve essere dichiarata inammissibile la domanda riconvenzionale promossa dalla convenuta Co. Fi. S.p.A., essendosi la stessa costituita soltanto il 09/09/2002, a fronte di una citazione a comparire per l'udienza del 20/09/2002, differita, ex art. 168 bis comma 4 c.p.c., al 26/09/2002: ai sensi degli artt. 166, 167 e 168 bis c. p.c. (nel testo da ultimo modificato dalla L. 673/1994), il convenuto che intende avanzare una domanda riconvenzionale deve, a pena di decadenza, costituirsi almeno venti gg. prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione ovvero almeno venti gg. prima dell'udienza fissata dal giudice ex art. 168 bis c. p.c. comma 5 (con possibilità di differimento dell'udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni), non avendo rilevanza, ai fini della tempestiva costituzione del convenuto, il dettato dell'art. 168 bis

comma 4 c. p.c. (che ricalca il disposto dell'art. 82 disp. att. c.p.c., in base al quale se nel giorno fissato per la prima udienza di comparizione il Giudice istruttore non tiene udienza, la comparizione delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza immediatamente successiva), per cui, in tale ipotesi, il termine di venti giorni (da calcolare a ritroso, non computandosi il dies a quo, il giorno della prima udienza, e computandosi invece il dies ad quem) decorre sempre dalla data fissata nell'atto di citazione (T. Milano 02/07/1996, G.I., 1997, 307).

Sempre preliminarmente non possono essere prese in esame la nuova domanda, di declaratoria di nullità del contratto inter partes di mandato di gestione, per difetto di forma scritta, e la rinuncia, nel resto, agli atti del giudizio, formulate dall'attrice (non comparsa all'udienza di precisazione delle conclusioni, malgrado comunicazione, in data 22/08/2003, della pregressa ordinanza del giudice del 20/06/2003, sciolta su riserva) tardivamente ed irritualmente in comparsa conclusionale.

Nel merito, l'attrice ha impostato la propria domanda sull'inadempimento, da parte della Co. Fi S.r.l., fonte di danni per essa Ag. S.r.l., rispetto ad un contratto di mandato di gestione "personalizzata" del proprio patrimonio mobiliare, attraverso operazioni su strumenti finanziari, concluso verbalmente, nel settembre 1998, prima dell'ingresso della Ag. S.r.l. nella compagine sociale della Co. Fi. S.r.l. (con una partecipazione pari al 5% del capitale sociale, al momento della messa in liquidazione di quest'ultima, in data 22/05/2001, doc.to 3 atti convenuta), protrattosi sino al maggio 2001, data della messa in liquidazione della Co. Fi. S.r.l..

Peraltro l'attrice ha documentato il pagamento di commissioni alla Co. Fi. S.r.l., su fatture da questa emesse per "attività di consulenza su strumenti finanziari come da convenzione", solo dal gennaio 1999 al novembre 2000 (doc.ti 1 e 2 atti attrice).

Né l'attrice né la convenuta hanno poi documentato l'epoca di ingresso della Ag. S.r.l. tra i società della Co. Fi. S.r.l., poi trasformatasi in S.p.A..

Ora, nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 18, comma 1, del D.Lgs. 24/02/1998 n. 58, T.U.F., norma vigente all'epoca dei fatti contestati (essendo dedotto, dalla Ag. S.r.l., un rapporto sorto con Co. Fi. S.r.l. nel settembre 1998), come già previsto peraltro dall'art. 2, comma 1 D.Lgs. 415/1996, c. d. decreto Eurosim, e dall'art. 2, comma 1, L. 1/1991, c. d. Legge Sim, "l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi di investimento - su strumenti finanziari - è riservato" ai soggetti debitamente autorizzati (imprese di investimento e le banche, anzitutto, nonché, entro certi

limiti, le società di gestione del risparmio, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario), con sanzione penale (art. 166 T.U.F.) per l'esercizio abusivo.

Per esercizio professionale deve intendersi "uno svolgimento di attività che sia stabile e non occasionale", di norma rinvenibile attraverso la predisposizione di idonei schemi organizzativi (comunicazione Consob del 09/05/1994). Ricorre poi l'esercizio di attività nei confronti del pubblico laddove l'attività sia rivolta nei confronti di una "pluralità indifferenziata di soggetti" ovvero anche quando essa "è indirizzata ad una pluralità di persone che sono individuabili soltanto per effetto della loro mera appartenenza ad una determinata categoria di soggetti" (comunicazioni Consob del 13/01/1994). Così è stata ritenuta svolta nei confronti del pubblico l'attività di intermediazione mobiliare indirizzata da una società cooperativa esclusivamente a favore dei propri soci, sul presupposto del numero illimitato di soci, atteso che l'acquisto della qualità necessaria per potere fruire dei servizi era comune ad una schiera così ampia di soggetti da non potere essere neppure predeterminata nel numero (P. Ro. 25/09/1995, G.P., 1996, II, 112; TAR Lazio, 14/02/1995, B.B.T.C., 1996, II, 464), mentre è stato ritenuto dalla Consob che non costituisce pubblico l'insieme delle Società appartenenti al medesimo gruppo, trattandosi di categoria ben definita e circoscritta di soggetti, che, pur formalmente distinti, costituiscono una sola impresa.

Secondo poi la Suprema Corte (c.c. 4081/2003, B.B.T.C., 2004, II, 12), "si ha gestione patrimoniale - come definita dall'art. 1 comma 5 lett. D) del T.U.F., norma formulata ("gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi") in modo diverso dalla Direttiva CEE n. 93/22 del 10/05/1993, ove si parla espressamente di gestione svolta "su base discrezionale ed individualizzata, di portafogli di investimento, nell'ambito di un mandato conferito dagli investitori" (vedasi, sulla non incompatibilità tra la formulazione comunitaria e la formulazione nazionale, più ampia, C. Gius. CE. 21/11/2002, causa C-356100) - ove siano presenti gli elementi del mandato e dello svolgimento su base discrezionale ed individualizzata; ove difettino tali elementi, si è al di fuori della gestione patrimoniale, rientrandosi nell'area, consentita ai promotori finanziari, della consulenza ed assistenza nelle attività di investimento del cliente" (servizi accessori): in sostanza, mentre sono stati ritenuti comunque insiti nella nozione stessa di "gestione" i requisiti del mandato e della discrezionalità, è stata esclusa la gestione di portafogli di investimento su base individuale in presenza di attività di mera "offerta e consulenza di valori mobiliari di particolare interesse, secondo l'affidamento di mercato nei vari momenti, nel quadro di un rapporto di fiducia reciproca tra cliente e promotore", con "una mera consultazione mirata a dare assistenza e consulenza", in assenza di un generico mandato preventivo o di discrezionalità nelle scelte di investimento ed in presenza, al

contrario, di previi ordini scritti di acquisto espressi del cliente, sulla base di sue autonome decisioni sia pure a seguito delle informazioni e raccomandazioni fornite allo stesso dal promotore.

Non si ha dunque "gestione personalizzata su strumenti finanziari" allorché un soggetto si limiti ad eseguire uno o più ordini provenienti dal cliente (compiendo attività di negoziazione di titoli) ovvero a fornire consigli circa le esigenze finanziarie dei risparmiatori o le tipologie di investimenti opportuni, senza formulare alcuna proposta in merito a specifiche operazioni (mera attività di consulenza dei clienti nelle loro scelte in materia di investimenti su strumenti finanziari).

Ora, con riguardo al profilo della validità di un contratto inerente un servizio di investimento finanziario, concluso da un soggetto non munito della debita autorizzazione amministrativa ad operare, ai sensi dell'art. 18 T.U.F., la Suprema Corte ha affermato (c.c. 3272/2001, G.c. 2001, 2109) che "in presenza di un contratto contrario a norma imperativa, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418 c. c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità" (c.c. 159/1992; c. c. 6691/1987) ed ha concluso che "è affetto da nullità assoluta" il contratto concluso nell'ambito di attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla legge e stipulato, in contrasto con la legge, da un intermediario abusivo, atteso "il carattere inderogabile delle disposizioni di legge" (nella fattispecie esaminata dalla Corte, la L. 1 del 1991, nel presente giudizio il T.U.F. del 1998), "che prevedono la necessità di iscrizione all'albo dell'intermediario finanziario (non banca), derivante dalla natura pubblica e generale degli interessi con essa garantiti, che concernono la tutela dei risparmiatori uti singuli e quella del risparmio pubblico come elemento di valore dell'economia nazionale" e "l'interesse dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso è destinato a creare nel sistema finanziario generale".

Pertanto il contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento su strumenti finanziari concluso, in veste professionale e nei riguardi del pubblico, da intermediario abusivo deve ritenersi nullo, ex art. 1418 c. c., a prescindere dalle sanzioni di nullità espressamente contemplate dal T.U.F. (per difetto di forma scritta e per rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo, ex art. 23 commi 1 e 2).

Ora, al di là di ogni questione inerente il supporto probatorio offerto a sostegno della domanda attrice, la Ag. S.r.l. agisce nel presente giudizio per chiedere la condanna della contraente Co. Fi. S.r.l., da un lato, a rendere il conto della gestione e, dall'altro lato, al risarcimento dei danni

cagionatile per l'inadempimento di "un mandato per la gestione - del tutto discrezionale quanto alle scelte di investimento e di disinvestimento - delle proprie liquidità attraverso l'acquisto di titoli sui mercati regolamentati", effettuata, prima dell'ingresso di Ag. S.r.l. nella Società Co. Fi. S.r.l., tramite apertura, da parte di quest'ultima, di appositi conti correnti e conti titoli, a nome della Società Ag. S.r.l., presso un'Agenzia di Ro. della Banca di Ro. ed utilizzo, sempre da parte di Co. Fi. S.r.l., di ordini di acquisto o di vendita dei titoli "preventivamente firmati in bianco" dal cliente Ag. S.r.l., in "situazione di palese illiceità ed in violazione delle norme dirette alla tutela del risparmio" (essendo risultata, da verifiche successivamente effettuate dalla Ag. S.r.l., secondo quanto da questa asserito, pag. 7 della citazione, la Co. Fi. S.r.l. soggetto giuridico privo delle autorizzazioni di legge di cui al D.Lgs. 58/1998 necessarie per svolgere legittimamente attività di gestione di patrimoni per conto terzi).

L'attrice non agisce dunque in ripetizione, ex art. 2033 c. c., di quanto versato a Co. Fi. S.r.l., a titolo di commissioni, in conseguenza del titolo contrattuale nullo, ma a titolo di risarcimento dei danni.

La pretesa risarcitoria non può dunque che fondarsi, trattandosi di un contratto comunque nullo, per quanto detto sopra (proprio a volere seguire la stessa prospettazione attorea, di esistenza di un mandato preventivo di gestione discrezione, non di mera consulenza, di patrimonio mobiliare, attraverso strumenti finanziari, svolto, professionalmente e nell'interesse di terzi, da un soggetto non abilitato per legge), sulla responsabilità ex art. 1338 c. c., secondo il quale, nel caso di invalidità di un contratto dovuta ad una norma di legge, conosciuta da una delle parti ed ignorata senza colpa dall'altro contraente, il primo è tenuto a risarcire il danno al secondo, contraente di buona fede ingannato o fuorviato, nei limiti dell'interesse negativo.

Ma non è tutelabile, ex art. 1338 c. c., il contraente che avrebbe potuto in base all'ordinaria diligenza venire a conoscenza della reale situazione e quindi della causa di invalidità del contratto (c.c. 3272/2001; c. c. 6337/1998; c. c. 1987/1985).

Nella fattispecie, la Ag. S.r.l., a fronte oltretutto di operazioni finanziarie di considerevole rilievo (si parla di investimenti per oltre £ 600.000.000, tra il 1999 ed il 2000), avrebbe potuto agevolmente accertarsi, per tempo, dell'iscrizione o meno della Co. Fi. S.r.l. all'albo previsto dalla legge, con l'uso dell'ordinaria diligenza (c.c. 3272/2001), e pertanto deve ritenersi inescusabile l'ignoranza della stessa circa l'inidoneità della Co. Fi. S.r.l. a concludere il contratto di mandato in oggetto e la domanda risarcitoria va di conseguenza respinta.

Le spese, liquidate come in dispositivo, forfetariamente in difetto di notula, seguono la soccombenza. Non sussistono le condizioni di cui all'art. 96 c. p.c., in particolare in punto di prova dell'elemento soggettivo, per la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni per lite temeraria.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando, in persona del Giudice Unico Dr. Giulia Iofrida, sulle domande promosse da Ag. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, con atto di citazione notificato il 16/05/2002, nei confronti della Co. Fi. S.r.l., in liquidazione, in persona del liquidatore pro tempore, nel contraddittorio delle parti, così provvede:

I) respinge le domande attoree;

II) dichiara inammissibile la domanda riconvenzionale della convenuta;

III) condanna l'attrice al rimborso delle spese processuali in favore della convenuta, liquidate in complessivi €5.552,00, di cui €3.465,00, per onorari, €1.987,00, per diritti, €100,00 per esborsi oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e CAP come per legge.