

Corte d'Appello di Salerno, 29 settembre 2009 – Pres. Bartoli – Est. De Stefano.

Intermediazione finanziaria – Operazione inadeguata – Doveri informativi dell'intermediario – Requisiti – Risarcimento del danno.

Intermediazione finanziaria – Doveri informativi dell'intermediario – Violazione – Risarcimento del danno – Disinvestimento – Onere della prova del diverso andamento del nuovo investimento – Necessità.

Non può dirsi legittima - e dà luogo al risarcimento del danno - un'operazione "non adeguata" compiuta in apparente esecuzione del contratto quadro stipulato tra una finanziaria ed un privato, in mancanza di prova, anche se dovuta al mancato rideposito in appello del fascicolo di primo grado di: i) un ordine scritto dinanzi ad un'operazione non adeguata; ii) della menzione, nell'ordine scritto, dell'avviso al cliente investitore della non adeguatezza, la quale menzione oltretutto non si risolve in una mera dicitura priva di concreta specificazione del significato dell'avvertimento; iii) della successiva conferma dell'ordine, firmata dal cliente stesso, nonostante l'avvertimento medesimo. (fds)

Per la prova del danno riportato in acquisto di quote di fondi azionari operato con disinvestimento da altri fondi deve comunque darsi la dimostrazione del diverso andamento di questi ultimi. (fds)

IL CASO.it

omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notif. il 7.10.04 D. F. P. premetteva:

- di essere correntista della Banca spa, fil. di *, ora Banco * spa, filiale *;
- di avere acquistato in varie fasi, tra il 2000 ed il 2001, anche mediante operazioni di switch, quote di fondi comuni del gruppo gestiti dalla *** Asset Management spa (Liquidità, Azioni Italia, Soluzione 4) per un importo complessivo di € 148.885,71;
- di non essere competente in materia finanziaria e di avere pertanto, siccome residente a New York, deciso di investire i propri risparmi in attività a basso rischio;
- di essersi accorto che alcune operazioni finanziarie, tra il 2000 ed il 2001 (operazione di investimento unico afferente prelievo da conto corrente ed acquisto di quote del fondo Liquidità per € 77.468,00; operazioni di disinvestimento del fondo Liquidità e Soluzione 4 e reinvestimento nel fondo Azioni Italia per € 142.170,73; operazione di acquisto di quote del fondo Azioni Italia per € 6.715,00), erano state eseguite dalla banca senza alcuna autorizzazione;
- di non avere dalla Banca ricevuto, relativamente a dette operazioni, soddisfacenti informative, in violazione degli artt. 119 TUB e 28 co. 4 Reg. CONSOB n. 11522;
- di essere pertanto vittima dell'inadempimento, da parte della Banca e della *** Asset Management, agli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza, non effettuando quelle i dovuti controlli su moduli incompleti e di incerta provenienza, tanto da eseguire veri e propri ordini "fantasma".

E, su queste premesse, conveniva dinanzi al Tribunale di Salerno il Banco * spa e la *** Asset Management spa per chiedere, una volta accertato il grave inadempimento consistente nell'arbitraria esecuzione delle operazioni suddette e nell'omesso controllo, la conseguente declaratoria di nullità ed inefficacia delle medesime, con la condanna delle convenute, ciascuna per quanto di ragione o in solido, alla restituzione del controvalore, oltre commissioni, spese, interessi e rivalutazione, in ogni caso con il risarcimento dei danni patiti, pari ad almeno € 50.000 o a quella somma da accertarsi in corso di causa, vinte le spese. E, ex art. 4 D.Lgs. 5/03, fissava termine al 20.12.04 per la notifica della comparsa di risposta. Si costituivano congiuntamente le convenute, depositando comparsa di risposta spedita il

17.12.04 ma effettivamente notificata il 21.12.04, chiedendo il rigetto della domanda, qualificata oltretutto temeraria, in quanto le operazioni contestate erano state eseguite sulla base di regolari disposizioni sottoscritte dalla controparte e spedite a mezzo fax, così come consentito dal Regolamento Unico di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare *** Asset Management.

IL CASO.it

Con atti notificati reciprocamente il 7.1.05 le parti proponevano ciascuna l'istanza di fissazione dell'udienza, che successivamente depositavano in cancelleria: e, fissata dal giudice designato l'udienza collegiale del 27.9.05 sul presupposto della tardività della notifica della comparsa di risposta della convenuta, la causa era dal collegio trattenuta in decisione all'udienza 17.1.06, con termine di trenta giorni per il deposito.

Il Tribunale pronunciava la sentenza n. 1796/06, pubblicata il 9.5.06, con la quale:

- revocava il decreto di fissazione dell'udienza nella parte in cui dichiarava tardiva la notifica della comparsa di risposta, in quanto l'atto era stato consegnato per la notifica all'ufficiale giudiziario prima della scadenza del relativo termine;
- confermava il rigetto delle istanze istruttorie, vuoi perché già documentate, vuoi perché generiche, vuoi perché vertenti su circostanze abbisognevole di prova scritta, vuoi perché relative a documentazione comunque acquisita agli atti di causa;
- disattendeva la premessa del D. F. sulla sua inesperienza nel settore finanziario, alla stregua dei pregressi e complessi rapporti proprio con la Banca e delle frequenti personali operazioni e richieste di chiarimenti da lui disposte;
- riscontrava la piena validità della trasmissione degli ordini a mezzo fax, in conformità alle norme che regolavano il rapporto;
- disattendeva la difesa del D. F. di violazione dell'art. 23 TUF (necessità di consegna di copia scritta del contratto), sia perché nuova, sia perché si trattava di norma riguardante i soli servizi di investimento, essendo esclusa per i servizi di collocamento ed accessori, anche in modalità di offerta fuori sede e a distanza;
- qualificava come disposto effettivamente dal D. F. l'acquisto delle quote del 19.12.00, sulla base della condotta successiva dell'attore e soprattutto di un'operazione di switch del 15.1.01, che poteva eseguire solo sul presupposto dell'altra;
- qualificava come validamente disposte con fax del 15 e del 17 gennaio 2001 le operazioni di switch del 16 e 18 gennaio;
- qualificava come validamente disposta con disposizioni di suo pugno l'acquisto di quote del 2.8.01;
- rilevava come la mancata contestazione delle note di conferma delle operazioni inviategli dalla Banca denotasse il pieno gradimento, da parte dell'attore, delle medesime;
- si esimeva dalla verifica dei calcoli, oltretutto esplicitati per la prima volta con tabella in comparsa conclusionale;
- rigettava pertanto la domanda e condannava il D. F. alle spese del giudizio, liquidate in € 3.950,00, oltre accessori.

Avverso tale sentenza, della quale non consta la notificazione al procuratore costituito, proponeva peraltro appello il D. F., con atto di citazione notificato alle controparti il 30.10.06 e spedito lo stesso giorno per la notifica a mezzo posta anche alla CONSOB (quale Autorità di Vigilanza dei mercati finanziari, affinché intervenisse nel giudizio o adottasse i provvedimenti ritenuti opportuni).

A sostegno del gravame il D. F.:

- contestava la ritualità della revoca della dichiarazione di tardività della notifica della comparsa di costituzione e risposta;
- contestava il rigetto delle istanze istruttorie, che riteneva invece tutte ammissibili, in ordine al profilo del cliente ed agli ordini contestati;
- contestava la qualificazione dei primi giudici sul proprio profilo, visto che le operazioni durante il rapporto si erano avute su impulso della Banca, riducendosi il suo ruolo alla formazione dell'ordine;
- contestava la ritualità dell'ordine a mezzo fax, essendo previste le sole modalità telematica e telefonica;
- contestava la novità del richiamo all'art. 23 TUF, contenuto invece fin nell'atto di citazione, come pure la sua inapplicabilità al caso di specie;
- ricordava comunque come spettasse agli operatori qualificati la prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta;

IL CASO.it

- ribadiva di avere tempestivamente disconosciuto i fax prodotti in fotocopia dalle controparti, comunque insufficienti in vista della necessità di una conferma successiva;
- ribadiva le censure di ritualità dei singoli ordini, sotto molteplici profili, mancando sia indispensabili requisiti formali, sia idonee informazioni e conferme;
- criticava la ricostruzione dei primi giudici sul gradimento delle operazioni, ricordando di avere contestato di averne mai ricevuto notizia;
- contestava la novità della quantificazione del danno, siccome in conclusionale si era avuto il mero sviluppo dei calcoli di cui in citazione era stato esposto solo l'importo finale;
- in via istruttoria, articolava richiesta di interrogatorio formale e prova per testi sulle circostanze di fatto fino a quel momento illustrate.

IL CASO.it

E pertanto l'appellante concludeva in via preliminare per la previa sospensione della gravata sentenza e, nel merito:

- per l'accertamento dell'inadempimento contrattuale delle controparti, consistente nell'arbitraria esecuzione delle operazioni di investimento e nell'omesso controllo;
- per la declaratoria di nullità, annullabilità o inefficacia delle dette operazioni, con conseguente condanna delle controparti, in solido o ciascuna per quanto di rispettiva ragione, alla restituzione di tutte le somme ad esse relative, maggiorate di commissioni e spese indebitamente incamerate, oltre interessi legali e rivalutazione;
- per la condanna delle convenute al risarcimento del danno derivante dal detto inadempimento, come quantificato in primo grado oppure previa – se del caso – ammissione di C.T.U., oltre accessori;
- con vittoria di spese del doppio grado di lite.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio anche in grado di appello, si costituivano le controparti del giudizio di primo grado, le quali ribadivano la tempestività della loro costituzione in quella sede, l'inammissibilità delle istanze istruttorie dell'avversario, la correttezza della valutazione – da parte del Tribunale – del profilo finanziario di quest'ultimo, la novità e l'infondatezza della tesi dell'esclusiva iniziativa delle dipendenti della Banca circa le operazioni del D. F., la ritualità delle comunicazioni a mezzo fax pure ai sensi del più volte richiamato art. 23 TUF. Ancora, le appellate replicavano al disconoscimento del fax ed analizzavano uno per uno gli ordini contestati, ribadendone la piena regolarità ed anzi evidenziandone la lucrosità per il cliente; sottolineavano il regolare invio della rendicontazione delle note informative al domicilio statunitense della controparte; contestavano la ritualità e la correttezza medesima dei conteggi esposti a sostegno della quantificazione dei danni; e concludevano per il rigetto del gravame, vinte le spese.

Disattesa l'istanza di sospensione e riservato in uno al merito di provvedere su quelle istruttorie (ord. 11-21 maggio 2007), la causa era rimessa per conclusioni all'ud. 2.4.09, alla quale, quelle precisate come riportato in epigrafe, erano fissati i termini perentori ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, rispettivamente al 1° ed al 22 giugno 2009: pertanto, alla scadenza del secondo di questi, la causa era trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente rilevato che la CONSOB non è parte del presente processo, nonostante ad essa sia stato notificato l'atto di citazione introduttivo di questo grado di giudizio: nessuna domanda viene dispiegata non solo dall'appellante, ma neppure da alcuna delle parti, nei confronti di essa e comunque non pare ammissibile un suo intervento neppure nella dispiegata qualità di autorità di sorveglianza del settore.

Ciò posto, l'appello è fondato solo in parte.

In primo luogo, perde oramai qualunque rilevanza la questione della tardività o meno della notifica della comparsa di costituzione, visto che la conseguenza che vorrebbe trarne l'appellante, ritenersi cioè non contestati i fatti da lui allegati con conseguente possibilità di decisione sulla base della sola concludenza della domanda, è resa impossibile dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che tale facoltà prevedeva, cioè dell'art. 13, comma 2, D.Lgs. 5/03, avutasi con la sentenza 340/07 del Giudice delle Leggi.

Devono quindi esaminarsi partitamente gli altri motivi di appello.

IL CASO.it

Per inquadrare la fattispecie, le doglianze dell'appellante riguardano la regolarità dell'esecuzione di almeno sei ordini od operazioni sul mercato mobiliare da parte dell'intermediario; e dall'allegata irregolarità egli fa discendere, in via principale, la loro nullità o inefficacia e, in subordine, un inadempimento della controparte.

È noto al riguardo che nella gestione dei rapporti tra investitore e intermediario si ha un contratto-quadro (talvolta ricondotto alla categoria del contratto normativo, idoneo cioè a regolamentare in modo uniforme una serie futura di rapporti tra le stesse parti) e poi, in esecuzione di quello, una serie di operazioni materiali o di contratti singoli, in cui si sostanzia il rapporto, sostanzialmente di durata, di gestione dei valori mobiliari per il tramite dell'intermediario.

IL CASO.it

È pure noto al riguardo che la giurisprudenza di legittimità si è di recente attestata nel senso che la violazione degli obblighi dell'intermediario, quali discendenti dalla legge o dal contratto-quadro, nello sviluppo del rapporto con l'investitore non dà luogo alla nullità dei singoli atti di esecuzione del contratto-quadro originario, comunque indispensabile per la validità stessa di quelli, ma all'imperfetto adempimento o all'inadempimento del secondo: infatti, in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità; ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso (Cass., S.U., 19.12.07 n. 26724).

In applicazione al caso di specie di tali principi, del tutto condivisibili anche da parte di questa Corte in ossequio al ruolo nomofilattico del Supremo Collegio e non risultandone vulnerati diritti di rango costituzionale, non può l'appellante invocare la nullità delle singole operazioni poste in essere senza valida forma e senza previa valida informativa, ma soltanto l'inadempimento del contratto ed il conseguente risarcimento del danno: può quindi prendersi in considerazione soltanto la domanda subordinata, da lui dispiegata nel secondo dei visti termini; ed egli, una volta acclarato l'inadempimento, non avendo instato per la declaratoria di risoluzione del contratto-quadro a causa di quello – ha quindi diritto soltanto al risarcimento del danno patito.

Orbene, in materia di contratti di intermediazione finanziaria, allorché risulti necessario accertare la responsabilità contrattuale per danni subiti dall'investitore, va appurato se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione nonché, in ogni caso, a tutte quelle obbligazioni specificamente poste a suo carico dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e prima ancora dal d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, nonché dalla normativa secondaria, risultando, quindi, così disciplinato, il riparto dell'onere della prova: l'investitore deve allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte, e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta" (Cass. 17.2.09, n. 3773).

IL CASO.it

Tutto ciò posto in ordine alla ricostruzione dei principi generali applicabili alla fattispecie, la peculiarità di quest'ultima – da un punto di vista processuale – sta in ciò, che le appellate, costituendosi in secondo grado, non ridepositano i documenti prodotti nel precedente grado di giudizio, sulla cui disamina il Tribunale ha fondato la reiezione della domanda attorea; dal canto suo, l'appellante si limita a depositare nuovamente i documenti versati originariamente in primo grado.

Ciononostante, sulla base delle concordi affermazioni delle parti, le operazioni contestate possono ricostruirsi come appresso:

IL CASO.it

- investimento in quote del fondo "Liquidità" del 20.12.00 per € 77.468,00, derivante da un prelevamento dal c/c *;
- tre operazioni di switch del 16 e del 18 gennaio 2001, con disinvestimento di quote dei fondi "Liquidità" e "Soluzione 4" con contestuale duplice reinvestimento nel fondo "Azioni Italia", per € 142.170,73;
- di investimento del 2.8.01, con prelevamento dal c/c * ed acquisto di quote del fondo "Azioni Italia" per € 6.715,00.

Di tali operazioni risultano versati dal solo attore i documenti relativi al gruppo delle tre centrali, vale a dire le domande di disinvestimento di quote dei fondi "Liquidità" (una prima, per 12.370,318 quote, modulo n. 4.599.292 09 del 16.1.01; una seconda, per 8.700 quote, modulo n. 6294932 07 della stessa data) e "Soluzione 4" (per 2.087 quote, modulo n. 6294938 00 del 18.1.01) nonché i contestuali reinvestimenti nel fondo "Azioni Italia" (modelli recanti numeri di operazione 26348095/07 del 16.1.01 e 26359776/08 del 18.1.01), per un asserito valore finale di € 142.170,73. Nessuno di tali documenti reca peraltro la sottoscrizione dell'ordinante ed anzi quest'ultimo nega di averla mai apposta.

Mancano però dagli atti quasi tutti i documenti cui si riferisce il Tribunale e che le appellate invece presuppongono, avendo queste ultime prescelto di non ridepositare il relativo fascicolo di parte; in particolare (e tra l'altro), pur facendovi le appellate espresso riferimento nella comparsa di costituzione al fine di confutare l'avverso gravame, non si hanno a disposizione:

- la memoria conclusionale in primo grado delle odierne appellate, nelle quali esse si erano dolute del carattere nuovo della deduzione che le operazioni fossero ad insaputa del D. F. e comunque inadeguate secondo la vigente normativa;
- il Regolamento generale che consentirebbe la modalità di trasmissione anche a mezzo fax dei singoli ordini;
- il contratto-quadro intercorso tra le parti in data 1.8.97;
- i fax contenenti gli ordini del 16 e del 18 gennaio 2001;
- la documentazione sull'ordine del 2.8.01;
- la prova della spedizione delle note informative al recapito statunitense del D. F..

Tale carenza rende impossibile, prima di ogni altra cosa, provare la tempestività dell'eccezione di novità delle argomentazioni o causae petendi obiettivamente diverse da quelle contenute nell'atto di citazione, visto che, per il regime di cui all'art. 10 comma 2 D.Lgs. 17.1.03 n. 5, è onere della controparte reagire avverso la violazione delle preclusioni e soprattutto è suo onere farlo entro la prima difesa successiva; ma la carenza di tale difesa impedisce di valutare se realmente le convenute in primo grado si siano dolute della ricordata novità. Pertanto, legittimamente il thema decidendum si estende al disconoscimento degli ordini dedotti dalle convenute in primo grado ed alla questione della inadeguatezza delle stesse.

La stessa carenza rende peraltro, più radicalmente, sfornita di prova anche la tesi della sussistenza di ordini riferibili al D. F. a fronte delle operazioni contestate e soprattutto della loro validità in conformità alla regolamentazione contrattuale o normativa del rapporto.

Spetta, per la vista ricostruzione della fattispecie come inadempimento delle obbligazioni facenti capo all'intermediario, a quest'ultimo la prova del rispetto delle forme previste per legge o per contratto al fine della stessa sussistenza o almeno della validità degli ordini via via impartiti e per i quali è causa: mancano in primo luogo i fax – oltretutto sconosciuti dal D. F. – addotti dalle appellate a fondamento della loro eccezione di applicazione delle modalità disciplinate dalle condizioni generali, nonché tutti gli altri documenti a sostegno della riconducibilità all'odierno appellante di ognuno dei detti ordini, tra cui gli elementi su cui fondare la sussistenza di validi ordini in forma diversa.

IL CASO.it

Tale carenza rende irrilevante la prova offerta dall'appellante, che non ne era onerato, sulla mancanza di una sua particolare esperienza o competenza idonea a classificarlo come operatore qualificato, perché tale circostanza – della cui prova oltretutto era onerata la controparte – non può desumersi da elementi estrinseci di mero fatto o da una serie di condotte; al contrario, di fronte al disposto chiaro ed univoco della normativa secondaria vigente sul punto, si esige una persona fisica che dichiari espressamente particolare competenza ed esperienza ed al contempo la sussistenza dei requisiti di professionalità

stabiliti per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare (art. 31, comma 2, Reg. CONSOB 11522/98): e non vi è prova né della dichiarazione, né di tali requisiti. Sul punto, la Suprema Corte insegna che la banca intermediaria, prima di effettuare le operazioni anche conformemente agli ordini ricevuti, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, e, a fronte di un'operazione non adeguata, può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute; ed all'operatività di detta regola - applicabile anche ed appunto quando il servizio fornito dall'intermediario consista nell'esecuzione di ordini - non è di ostacolo neppure il fatto che il cliente abbia in precedenza effettuato altre operazioni a rischio, tanto non bastando a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla CONSOB (Cass. 25.6.08 n. 17340).

Non solo la mancanza della prova della pattuizione di una forma più agile o applicabile ad un cliente di cui si dia la prova della particolare competenza od esperienza, ma a ben vedere anche la carenza di qualsiasi prova sull'esistenza di una qualunque forma di consenso del cliente ridondano quindi a danno non già dell'investitore, ma delle odierne appellate e non possono dirsi valide ed efficaci nei loro rapporti le operazioni per le quali è causa. Neppure vi è prova della sottoposizione al cliente delle particolari informative indispensabili dinanzi alla "non adeguatezza" delle operazioni di reinvestimento al profilo di quegli, esplicitata perfino nei moduli di domanda in atti.

IL CASO.it

Le operazioni contestate consistono: nell'acquisto, previo prelevamento da c/c, di quote per € 77.468,00 (del 20.12.00) e per € 6.715,00 (del 2.8.01); in tre operazioni del 16 e 18 gennaio 2001 - "switch" - per un controvalore complessivo di € 142.170,73, di disinvestimento su fondi preesistenti e contestuale reinvestimento in altri per pari importo; nell'acquisto di quote in data 2.8.01 per un controvalore di € 6.715,00.

Per quelle del 16 e del 18 gennaio 2001 è poi indicata con evidenza, nello stesso modulo prodotto dall'investitore fin dal primo grado, la "non adeguatezza" dell'operazione.

Ora, la forma scritta necessaria per il contratto - quadro, che si desume con certezza dall'art. 23 co. 1 T.U.F. (D.Lgs. 24.2.1998 n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52"), non si estende ai "servizi accessori", come accennato anche dai primi giudici: ma, a parte il dubbio che entro tale definizione possano ricondursi tutti i singoli ordini di acquisto/vendita o di investimento/disinvestimento successivi (che, più che accessori, sono proprio l'oggetto principale del contratto quadro), la forma scritta è ripristinata per le "operazioni non adeguate" ai sensi dell'art. 29 del Regolamento CONSOB n. 11522 del giorno 1.7.88 (adottato in attuazione del medesimo T.U.F.). Infatti, tale ultima norma, riconosciuta dalla giurisprudenza della Suprema Corte come legittimamente integratrice del precetto normativo primario, prevede che: gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione; a tali fini, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati; infine, gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione; qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Dinanzi a questa restaurata necessità, le appellate avrebbero dovuto fornire la prova dell'ordine scritto con la menzione dell'avviso al cliente investitore della non adeguatezza, menzione oltretutto che non si risolve in una mera dicitura priva di concreta specificazione del significato dell'avvertimento, nonché della successiva conferma dell'ordine, firmata dal cliente stesso, nonostante l'avvertimento medesimo. Anche in tal caso la carenza della produzione del fascicolo di primo grado priva di qualunque supporto probatorio la tesi delle appellate sulla sussistenza della necessaria forma scritta: e non può sostenersi la validità delle operazioni del 16 e 18 gennaio 2001.

IL CASO.it

La forma scritta non poteva mancare, peraltro, nemmeno per le altre due operazioni; ma, a

ben vedere, nessuna documentazione, relativa ad ordini verbali confermati o scritti anche solo a mezzo fax, si ravvisa per la prima, cioè per l'acquisto per contanti di quote del fondo "Liquidità" del 20.12.00: lo stesso Tribunale ritiene di poter provare la circostanza deducendola dai successivi ordini del 16 e del 18 gennaio '01, che evidentemente presupponevano la precedente operazione, ma il ragionamento è scorretto. Infatti, non può rilevare a convalidare la carenza di ordine a forma vincolata un'operazione successiva, quando anch'essa sia – come in effetti è nel caso di specie – radicalmente contestata e manchi la prova della sua validità; e non può ritenersi valida l'operazione del 20.12.00.

Quanto all'operazione del 2.8.01, infine, le appellate deducono che esiste un ordine scritto di pugno del D. F., ma vi fanno riferimento come prodotto nel fascicolo di primo grado: e, questo mancando integralmente, la relativa prova manca ed il loro assunto sull'esistenza di un valido ordine va disatteso, con accoglimento della doglianza della loro controparte anche in ordine a tale profilo.

IL CASO.it

Né può validamente sostenersi la legittimità di una forma diversa da quella scritta, mediante il richiamo all'art. 31 co. 2 Regolamento CONSOB n. 11522/88: a parte qualunque dubbio sulla riconducibilità di una qualunque persona fisica al concetto di operatore qualificato disegnato da tale norma ("gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, i promotori finanziari, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante"), il possesso della relativa qualità personale presuppone alternativamente o la dichiarazione in tal senso da parte dell'interessato (che ha, secondo la Suprema Corte, la funzione di esonerare da altre indagini o accertamenti l'intermediario: Cass. 26.5.09 n. 12138) o la prova positiva di un'esperienza e competenza particolari, quali non si desumono da alcuno degli atti di causa, vista la carenza del fascicolo di parte delle appellate. La prova contraria di cui pure si era fatto carico l'appellante è quindi irrilevante ed è per questo motivo che non va ammessa, visto che ad analoga conclusione si può giungere in applicazione del criterio formale dell'art. 2697 c.c. e naturalmente essendo della relativa prova onerato l'intermediario, a cui giova la maggiore agilità di forme consentita a guisa di eccezione.

In definitiva, non vi è prova di un valido ordine per nessuna delle operazioni per cui è causa. La domanda del D. F. è quindi fondata in ordine alla sussistenza di un inadempimento delle controparti relativo alla forma degli ordini di disinvestimento e di acquisto per cui è causa: ma, pur non potendo essi avere effetto nei confronti del cliente, occorre valutare se vi sia prova del danno che ne è derivato a quest'ultimo.

In particolare, non è provato dal D. F. che il reinvestimento delle operazioni irregolari, consistente nell'acquisto di quote (totali n. 4.013,152) del fondo di investimento denominato "Azioni Italia", gli sia costato complessivi € 148.885,73: neppure nella sua documentazione, di cui pure avrebbe potuto verosimilmente disporre, se non altro per i prelevamenti per contanti, nella sua qualità di correntista della stessa Banca convenuta, vi è traccia di contabili di addebito o comunque di una precisa indicazione del relativo valore. Né vi è traccia alcuna della circostanza di un disinvestimento finale avvenuto il 5.5.04 per un controvalore di € 106.725,76.

IL CASO.it

Peraltro, entrambe le circostanze possono dirsi provate ovvero non contestate: la prima, siccome dedotta fin dall'atto di citazione e non ritualmente contestata in modo specifico, quanto cioè all'importo complessivo dell'operazione; la seconda, siccome dedotta sì per la prima volta con la memoria conclusionale, ma senza che di tale tardività vi sia traccia nella prima difesa successiva, sicché dalla facoltà di fare valere la conseguente preclusione sono decadute le controparti, atteso il peculiare regime della rilevabilità delle preclusioni nel diritto societario, rimesse – come si è visto – sostanzialmente alla disponibilità della controparte, onerata di un'immediata contestazione. E la condotta inerte delle convenute in primo grado assume maggiore rilevanza ai fini della configurabilità di una ammissione implicita ma

univoca, se si considera la possibilità, per la Banca che aveva proceduto a quelle operazioni, di ricostruire agevolmente il relativo importo.

IL CASO.it

I fatti storici dedotti dal D. F. sono quindi provati anche in ordine alla differenza dei valori del coacervo iniziale delle operazioni irregolari e di quello finale al momento del disinvestimento: e può rilevarsi come altrettanto indiscussa sia la percentuale di perdita, ricavabile dal raffronto tra i due capitali, quello via via investito e quello ottenuto alla fine, vale a dire $106.725,76 / 148.885,73 = 28,32\%$.

Spetta peraltro al D. F. la prova del nesso causale tra detta differenza e l'inadempimento: ed al riguardo possono certamente soccorrere le presunzioni.

Del resto, la prova di tale nesso causale è evidente per la perdita di valore del denaro contante prelevato direttamente dal conto corrente, relativo cioè alla prima ed all'ultima delle operazioni suddette, per € 77.468,00 ed € 6.715,00: vista la notoria naturale fruttuosità del denaro depositato in banca o comunque la sussistenza, quanto ai depositi ordinari, del principio nominalistico, in base alla quale il cliente non avrebbe mai potuto subire la decurtazione in valore assoluto del capitale depositato. Se il denaro fosse restato depositato, insomma, certamente non avrebbe perso il 28,32% ed anzi non avrebbe, di per sé, perso proprio alcuna parte del suo valore nominale.

Diverso discorso va fatto però quanto alle operazioni di "switch", per la parte non finanziata con il ricavato dell'operazione di acquisto quote in data 20.12.00 ed il prelevamento per contanti del 2.8.01 (ed in parte evidentemente con altra fonte, l'accertamento della quale comunque resta irrilevante, attese le prospettazioni e le allegazioni del cliente): vale a dire per un importo pari al totale dell'investimento in quote "Azioni Italia" (€ 148.885,73), diminuito degli acquisti per prelevamenti per contanti dal c/c del cliente (€ 77.468 ed € 6.715), cioè per € 64.702,73.

Per tale operazione finanziaria (di sostituzione di valori mobiliari a rischio con altri valori mobiliari a rischio) non vi è prova che il valore delle quote dei fondi "Soluzione 4" e "Liquidità" disinvestite sarebbe stato maggiore al 5.5.04 di quello raggiunto in negativo dalle quote del fondo "Azioni Italia". Al riguardo, era indispensabile la prova del diverso andamento e dell'eventuale diverso e minore deprezzamento delle quote dei differenti fondi originari: potendosi – in mancanza di tanto – ascrivere la perdita di valore all'andamento generale dei mercati e quindi all'accettazione della relativa alea da parte del D. F.. Egli, benché non classificabile come operatore qualificato, ha comunque, investendo in titoli mobiliari, anche accettato il rischio delle relative oscillazioni e non dà prova del fatto che minore era stata l'oscillazione dei fondi sui quali giacevano le sue disponibilità invece reinvestite con le irregolari operazioni del 16 e 18 gennaio 2001 e 2 agosto 2001; mentre invece gli incombeva provare che, senza l'irregolare operazione di "switch", il valore del suo patrimonio non si sarebbe deprezzato nella misura in cui in concreto ciò è avvenuto: e tanto soprattutto dinanzi al fatto notorio delle notevoli flessioni dei mercati finanziari subito dopo gli eventi del giorno 11 settembre 2001.

In mancanza di tale prova e quanto ad € 64.702,73, non può allora dirsi provato che la perdita di valore su tale somma sia ascrivibile al pure più su riscontrato inadempimento dell'intermediario.

Di tale perdita di valore rispondono invece gli intermediari quanto alle somme prelevate dalle disponibilità liquide dei conti correnti, vale a dire per € $(77.468,00 + 6.715,00 =)$ 84.183, essendo evidente la naturale fruttuosità del denaro depositato presso un esercente professionale del credito. Applicando a tale importo la percentuale di perdita ricavata come sopra, cioè il 28,32%, la diminuzione patrimoniale patita dal D. F. per le irregolari operazioni di investimento su prelevamento in contanti si adegua, con una valutazione da intendersi se del caso anche soltanto equitativa, ad € 23.841,00 in c.t.; la diminuzione stessa è divenuta palese al momento del disinvestimento e cioè il 5.5.04, sicché da tale data sulla stessa somma spetteranno sia la rivalutazione ad oggi secondo gli indici FOI elaborati dall'ISTAT (che sembrano corrispondere ad un adeguato parametro anche equitativo, in carenza di qualifica imprenditoriale del danneggiato), sia gli interessi al tasso legale sulla somma stessa, via via annualmente rivalutata dal 5.5.04 al soddisfo effettivo.

IL CASO.it

Come separata voce di danno, infine, non può dimenticarsi che per la mancata disponibilità dell'importo originario di € 84.183, il D. F. ha patito anche la mancata percezione di interessi sulla stessa somma almeno fino a quando egli non la ha recuperata, sia pure con la vistosa perdita suddetta e cioè fino al 5.5.04: ed allora egli ha diritto al ristoro del relativo danno, in

ragione degli interessi legali fino al soddisfo sulle somme di € 77.468 e di € 6.715, via via rivalutate annualmente secondo gli indici FOI elaborati dall'ISTAT rispettivamente dal 20.12.00 e dal 2.8.01 fino a detta ultima data.

Al pagamento di dette somme vanno allora condannate le appellate, in riforma della gravata sentenza; mentre la soccombenza di queste ne comporta la condanna al pagamento delle spese del doppio grado di lite, secondo la liquidazione complessiva reputata equa come in dispositivo e con la chiesta attribuzione per avere il procuratore di parte appellante dichiarato di averne fatto anticipo: ma l'accoglimento della domanda formulata in primo grado anche sulla base della condotta processuale delle appellate consente di ritenere sussistenti giusti motivi per una compensazione parziale delle spese stesse, che si stima equa in ragione di un terzo.

P.Q.M.

IL CASO.it

La Corte di Appello di Salerno, definitivamente pronunciando sull'appello proposto, con atto di citazione notificato il 30.10.06 da D. F. P. nei confronti del Banco * spa e della *** Asset Management spa, avente ad oggetto la sentenza del Tribunale di Salerno n. 1796/06, pubbl. il 9.5.06 in causa n. 4292/04 r.g., ogni diversa domanda ed eccezione rigettata o disattesa, così provvede:

1. in accoglimento dell'appello per quanto di ragione ed in riforma della gravata sentenza, dichiarato l'inadempimento del Banco * spa e della *** Asset Management spa nella gestione del contratto con D. F. P., condanna Banco * spa ed E. spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. e tra loro in solido, al pagamento, in favore di D. F. P.:

1.a. della somma di € 23.841,00, oltre rivalutazione (secondo gli indici ISTAT di cui in motivazione) dal 5.5.04 ad oggi ed oltre interessi al tasso legale sulla stessa, via via annualmente rivalutata (secondo i medesimi indici) dalla stessa data, fino al soddisfo;

1.b. dei soli interessi al tasso legale sulle somme di € 77.468,00 e 6.715,00, via via annualmente rivalutate (secondo gli indici ISTAT di cui in motivazione) rispettivamente dal 20.12.00 e dal 2.8.01 fino al 5.5.04, da dette scadenze al soddisfo;

2. condanna Banco * spa ed E. spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. e tra loro in solido, al pagamento, in favore di D. F. P. e con attribuzione all'avv. I. L. per dichiaratone anticipo, dei due terzi delle spese di lite del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura intera in € 790,00 per esborsi, € 3.400,00 per diritti ed € 6.000,00 per onorari, oltre maggiorazione per spese generali, CPA ed IVA come per legge; e dichiarato compensato tra le parti il rimanente terzo.

Così deciso in Salerno, addì 6.7.09