

N. 782/2006
R. G.
SENTENZA
N. 392/2007
N. 4173/2007 Cronol.
N. 719/2007 Repert.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI BARCELLONA POZZO DI GOTTO

Nella persona dei magistrati:

dott. Armando Lanza Volpe

Presidente

dott. Antonino Zappalà

Giudice

dott. Carlo Albanese

Giudice rel.

ha emesso la seguente:

SENTENZA

nella causa civile promossa da:

P. [REDACTED], nata a [REDACTED], residente a [REDACTED]
[REDACTED], ivi elettivamente domiciliata in via G. Garibaldi n. 161 presso
lo studio dell'Avv. Alessandro Imbruglia che la rappresenta e difende, unitamente e
disgiuntamente all'Avv. Eugenio Benvegna, come da procura posta a margine dell'atto
di citazione;

- attrice -

CONTRO

C. [REDACTED] S.P.A., con sede in [REDACTED] in persona del
vice Presidente del Consiglio di Amministrazione ed Amministratore delegato, [REDACTED]
[REDACTED], rappresentato e difeso dall'Avv. [REDACTED],
come da procura posta a margine della copia notificata dell'atto di citazione, presso il
cui studio, in [REDACTED] e elettivamente domiciliato;

- convenuto -

Oggetto: azione volta ad ottenere la nullità e/o annullamento del contratto di acquisto di
bond Cirio e risarcimento del danno .

Conclusioni rassegnate dalle parti.

Per l'attrice, così come formulate nell'istanza di fissazione d'udienza:

1) *“In via preliminare, ritenuto il carattere imperativo delle norme violate dai funzionari del ██████████ nell'operazione di vendita dei titoli per cui è causa ed il carattere peculiare degli interessi di natura pubblicistica protetti, identificabili con la tutela dei risparmiatori soggetti deboli ed in forte asimmetria informativa rispetto agli operatori abilitati del risparmio pubblico, della correttezza ed efficienza del mercato dei valori mobiliari (cfr. Cass. 07/03/2001 n. 3272; Trib. Mantova 18/03/2004; Trib. Taranto 17/10/2004) dichiarare la nullità del relativo contratto di acquisto-trasferimento dei titoli obbligazionari Cirio-fin concluso con la sig.ra ██████████ ██████████, odierna attrice, e per l'effetto condannare la banca convenuta a rifondere l'intera somma sostenuta da parte attrice per l'acquisto dei bond di cui è causa, già quantificata e specificata nell'atto introduttivo del giudizio; [IL CASO.it](http://ILCASO.it)*

2) *In via subordinata condannare la banca convenuta, previa dichiarazione di risoluzione del contratto per grave inadempimento a lei imputabile, alla restituzione di quanto ottenuto per effetto della conclusione del contratto, compresi interessi legali, rivalutazione monetaria, oneri e accessori oltre al risarcimento dei danni da liquidarsi anche in via equitativa in mancanza di prova del preciso ammontare per impossibilità di fornire congrui e idonei elementi al riguardo e/o per difficoltà di precisa quantificazione, derivati dal sopraddetto grave inadempimento al contratto di mandato per la prestazione dei servizi di investimento;*

3) *In ogni caso accogliere le domande attrici per come prospettato nelle domande conclusive di cui all'atto di citazione e per come parrà di giustizia;*

4) *Con vittoria di spese e compensi del presente giudizio, oltre rimb. forf. spese, cpa ed iva, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore anticipatario”.*

Per l'attrice, così come formulate nell'atto introduttivo del giudizio:

“In via preliminare ritenere e dichiarare la nullità dell'ordine di acquisto del 01.07.2002 relativo alla operazione nr. 235111 per violazione delle norme imperative di cui al D. Lgs. 24.02.1998 nr. 58 – TUIF – (art. 21) e al successivo regolamento attuativo nr. 1522/98 emanato dalla CONSOB (artt. 26, 27, 28, 29) ed in relazione agli artt. 1418 e 1343 c.c., condannando per l'effetto la Banca convenuta, ██████████

S.p.a., alla restituzione della somma di € 25.330,92 così come risulta dal fissato bollato nr. 7701 (cfr. all 3) oltre a ogni eventuale altro importo dalla stessa trattenuto a titolo di oneri e/o commissioni inerenti l'operazione suddetta, oltre risarcimento del danno comprensivo di danno emergente (corrispondente alla totale perdita del capitale investito, pertanto da liquidarsi con riferimento alla somma di danari impiegata per l'acquisto dei titoli) e lucro cessante (avuto riguardo ai vantaggi economici che l'odierna attrice avrebbe potuto conseguire con la disponibilità delle dette somme e se la banca convenuta si fosse comportata professionalmente anche solo sconsigliando l'operazione di acquisto titolo CIRIO. Conseguentemente si chiede che la convenuta venga condannata a rifondere all'attore l'ammontare del capitale investito oltre interessi e rivalutazione monetaria e/o maggiori danni che l'ole Tribunale vorrà liquidare con le decorrenze di legge e nella misura che saranno provati ovvero, in subordine in via equitativa.

Nel caso liquidare il risarcimento del danno anche in via equitativa, il tutto oltre interessi legali dal 01.07.2002 al saldo e rivalutazione monetaria;

in via subordinata riconoscere e dichiarare l'annullamento del medesimo contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1427 c.c., condannando per l'effetto la società convenuta alla restituzione della somma di € 25.330,92 / oltre interessi legali dal 01.07.2002 al saldo e rivalutazione monetaria;

in via ancor più subordinata ritenere e dichiarare che nelle operazioni di collocamento delle obbligazioni Cirio, il ██████████ spa ha tenuto per le motivazioni sopra esposte, ed in particolare per l'omissione di informazioni doverose, una condotta violativi del dovere di buona fede contrattuale e dell'obbligo di diligenza specifica (art. 23 C. VI D. Lgs. 58/98, art. 28 II C e art. 96 C. II lett. C regolamento CONSOB nr. 11522/98, art. 1337 c.c.) e per l'effetto condannare la banca convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi da liquidarsi in misura pari all'investimento sollecitato, oltre interessi e danni da svalutazione monetaria e/o maggiori danni subiti e subendi, dal dovuto al soddisfo;

in via ulteriormente subordinata, riconoscere e dichiarare che comunque la sig.ra ██████████ è incorsa nella perdita della somma di denaro investita per colpa dell'intermediaria oggi convenuta che, operando con negligenza, imprudenza e/o

Q

imperizia se non in mala fede, ha spinto la sig.ra ██████████ ad effettuare il rischiosissimo investimento di cui si è detto e per l'effetto ad incorrere nella perdita del capitale ed in tutti i maggiori danni che ne sono seguiti. Conseguentemente condannare il ██████████ spa al risarcimento del danno con la restituzione della somma investita oltre interessi, rivalutazione e/o maggiori danni subiti e subendi nella misura che risulterà provata, benvista anche se del caso in via equitativa”.

Per la convenuta, così come formulate nella comparsa di costituzione:

“Dichiarare e ritenere infondata in fatto ed in diritto la eccezione nullità dell'ordine di acquisto sottoscritto da parte dell'attrice dell'attrice per cui è causa e, per l'effetto, rigettarla;

dichiarare e ritenere inammissibile, improcedibile ed infondata in fatto ed in diritto la domanda di annullamento e/o risoluzione dell'ordine per cui è causa;

in ogni caso dichiarare e ritenere infondata la richiesta di risarcimento del danno, peraltro priva di qualsivoglia offerta di prova;

nella non temuta ipotesi in cui venga accolta l'una o l'altra delle richieste di parte attrice, ritenere e dichiarare che essa ha goduto di un riconoscimento del credito da parte dell'amministrazione straordinaria del Gruppo Cirio, conseguentemente riducendo la somma da restituire in altra minore che il Tribunale vorrà determinare a seguito di CTU che attualizzi le previsioni di realizzo a seguito della ammissione al passivo della richiamata procedura concorsuale. **IL CASO.it**

Nella non temuta ipotesi in cui il Tribunale dovesse ritenere di condannare la Banca concludente alla restituzione delle somme versate in relazione alle somme versate in relazione all'ordine di acquisto per cui è causa (anche soltanto parzialmente), ordinare alla attrice di mettere a disposizione della banca stessa e/o trasferire alla banca stessa i titoli oggetto di causa;

con vittoria di spese e compensi”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 11.5.2006 l'attrice in epigrafe, premettendo di essere titolare del c/c n. 1007257 presso l'istituto bancario ██████████ S.p.a., filiale di Barcellona P.G., esponeva:

che, su esplicita sollecitazione del funzionario ██████████ e sulla base della prospettazione di un investimento certamente redditizio ed a basso rischio, aveva effettuato un ordine di acquisto di bond Cirio fin 00/02 7,50% n. 6631320, per un controvalore di Lit. 46.470.480, come risultante dal contratto redatto in pari data;

che, tra l'altro, i titoli non erano mai stati acquistati dall'intermediario sul mercato finanziario, bensì già presenti nel portafoglio della banca e rivenduti al cliente in evidente conflitto di interessi;

che, inoltre, il cliente non aveva ricevuto alcun prospetto informativo e/o alcuna documentazione relativa ai rischi generali di investimento in strumenti finanziari, né durante le trattative, né all'atto della sottoscrizione, né successivamente all'ordine di acquisto;

che, ancora, non era stata fornita alcuna adeguata informazione in ordine alla natura ed ai rischi dell'investimento, nonché alla possibile perdita del capitale investito ed al notevole indebitamento del gruppo di cui faceva parte la società emittente;

Tanto premesso, chiedeva dichiararsi la nullità del contratto stipulato per assenza del prospetto informativo nella sollecitazione all'investimento, per inosservanza degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza dell'informazione nella fase contrattuale, pre-contrattuale e successiva, nonché per violazione di specifiche norme imperative poste a tutela del risparmio di cui al D. LGS. N. 58/1998 e Reg. Consob n. 11522/98, con le conseguenziali restituzioni.

In subordine, ne chiedeva l'annullamento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1427 c.c., con correlativa restituzione del capitale versato oltre accessori, risarcimento dei danni e, in via ancora subordinata, stante la violazione del dovere di buona fede contrattuale e l'obbligo di particolare diligenza incombente sull'intermediario, insisteva per la condanna al risarcimento dei danni subiti, pari alla misura dell'investimento effettuato, oltre interessi, rivalutazione monetaria e vittoria di spese e compensi difensivi.

Si costituiva il ██████████ S.p.a., eccependo l'infondatezza della domanda di dichiarazione di nullità del contratto stipulato in quanto l'eventuale (e non ricorrente nella fattispecie) inosservanza degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza

Q

incombenti sull'intermediario non costituiva causa di nullità del contratto bensì, semmai, di risoluzione dello stesso per inadempimento.

Asseriva, peraltro, che alcuna sollecitazione all'investimento era mai stata rivolta alla ~~XXXXXX~~, alla quale era stato vieppiù consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, così come documentato dalla dichiarazione appositamente sottoscritta dalla stessa, nonché il prospetto informativo, sebbene non vi fosse alcun obbligo in tal senso, non trattandosi, per l'appunto, di sollecitazione all'investimento in strumenti finanziari rivolti al pubblico e che, tra l'altro, l'investimento effettuato era perfettamente in linea con i precedenti investimenti effettuati dalla cliente. **IL CASO.it**

Inoltre, del tutto inammissibile doveva ritenersi la domanda di annullamento del contratto ex art. 1427 c.c., sia perché tardiva, sia per mancata specificazione degli elementi posti a base della stessa, sia perché sfornita del ben che minimo supporto probatorio.

Tanto premesso, chiedeva dichiararsi improcedibili e/o inammissibili ovvero rigettarsi nel merito le domande attrici, con vittoria di spese e compensi difensivi, insistendo, in caso contrario, per la riduzione della somma dovutale a seguito dell'avvenuto riconoscimento del credito in sede "fallimentare" (in cui si era nel frattempo insinuata), con consequenziale ordine alla stessa di restituzione dei titoli oggetto di causa.

Con ordinanza presidenziale emanata in data 27.7.2006 veniva dichiarata l'inammissibilità dell'istanza di fissazione di udienza depositata in data 21.7.2006, con contestuale assegnazione all'attrice del termine di gg. 30 per eventuale replica.

Con istanza regolarmente notificata in data 6.11.2006 ~~XXXXXXXXXXXX~~ chiedeva fissarsi l'udienza ex art. 8 comma 2 lett. c D. Lgs. N. 5/2003, depositata la quale il giudice relatore, dichiarate inammissibili le istanze istruttorie avanzate dall'attrice e rigettate quelle articolate dalla convenuta, fissava per la discussione l'udienza collegiale del 21.6.2007.

A tale udienza, assunto l'interrogatorio libero delle parti, previa discussione orale della causa, il Collegio riservava la decisione, con termine di trenta giorni per il deposito della sentenza ex art. ex art. 16 comma 5 legge n. 5/2003.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Le statuizioni preliminari:

1.1. La domanda di risoluzione per inadempimento.

Occorre, preliminarmente, affermare l'inammissibilità della domanda di risoluzione del contratto per grave inadempimento imputabile alla convenuta avanzata dall'attrice solo con l'istanza di fissazione dell'udienza collegiale notificata in data 16.11.2006.

Sul punto, uno sbarramento sicuro all'introduzione di nuove eccezioni in senso stretto, di modificazione e/o precisazione di domande e, quindi, a maggior ragione, di domande nuove, è rappresentato dal momento in cui viene notificata l'istanza di fissazione d'udienza.

Non può in alcun modo dubitarsi che l'art. 10 comma 2, laddove precisa che "*a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza tutte le parti decadono dal potere di proporre*", si rivolga sia nei confronti di chi ha promosso l'istanza, sia nei confronti del destinatario, con le sole eccezioni di cui all'art. 12 comma 8 e 13 comma 3 e, pertanto, non essendo la domanda di risoluzione stata ritualmente proposta nell'atto di citazione (cfr. conclusioni riportate in epigrafe) e non essendo neppure conseguenza delle difese svolte dal convenuto, così come possibile ai sensi dell'art. 6 comma 2 lett. b, in questa sede non può che dichiararsene l'inammissibilità.

1.2. La domanda subordinata di annullamento ex art. 1427 c.c..

Nonostante nell'atto di citazione si faccia riferimento ad una domanda di annullamento del contratto stipulato ex art. 1427 c.c., ossia, assai genericamente, per errore, violenza o dolo, tale domanda non è stata riportata nella definitiva formulazione delle conclusioni effettuate con l'istanza di fissazione dell'udienza, ragion per la quale la stessa, già in sé eccessivamente generica e, pertanto, inammissibile, deve ritenersi implicitamente abbandonata.

2. La disciplina di settore.

La fattispecie in esame trova diretta regolamentazione nella disciplina di settore confezionata sia nel TU n. 58/98 (artt. 21 e 23 per quel che qui più direttamente interessa), sia nel successivo regolamento attuativo della Consob nr 11522/98 (artt da 26 a 30) che, com'è noto, costituiscono le fonti normative, primaria e secondaria, in seno

alle quali risultano cristallizzati i doveri degli intermediari finanziari nello svolgimento dei servizi di investimento. Più in particolare, l'art 21 del TUF prevede – tra gli altri criteri generali – che, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono *“comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lettera a), acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (lettera b)”*.

In attuazione del precetto generale dettato nel TUF, l'art 26 del regolamento n. 11522 sancisce poi a carico degli intermediari, sempre nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare, *“l'obbligo di acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire (lettera e)”*.

Ai sensi del successivo art 28 è altresì previsto che *“prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio”* mentre *“l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore”*.

Ancora, giusta il comma II del citato art 28, *“gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento”*.

Infine, l'art. 29 stesso regolamento, espressamente impone che *“gli intermediari autorizzati debbono astenersi “dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione”* dovendo, in tali casi, informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito

ad “*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*”.

In punto di fatto, va segnalato come con contratto dell'1.3.2002 l'attrice ebbe a conferire alla convenuta l'incarico a tempo indeterminato, di negoziare, ricevere o trasmettere ordini su strumenti finanziari secondo le modalità ivi espressamente regolate (doc sub 4 del fascicolo della convenuta); in ottemperanza all'impegno a monte assunto con il contratto sopra citato e allo specifico ordine impartito dall'investitore, la banca convenuta ha poi provveduto ad acquistare le obbligazioni Cirio descritte in narrativa (doc sub 6 stesso fascicolo).

3. Lo schema contrattuale del rapporto intercorso tra le parti. **IL CASO.it**

Il quadro normativo sopra riferito fa ritenere che lo schema relativo alla negoziazione di strumenti finanziari, pur se non esaustivamente riconducibile alle figure codicistiche del mandato o della commissione, trovi in questi tipi contrattuali forti momenti di analogia che divengono punti di assoluta identità con specifico riguardo agli ordini impartiti all'investitore e portati ad esecuzione dall'intermediario in forza dell'incarico conferito a monte.

Più precisamente, può affermarsi:

a) che i particolari doveri imposti normativamente agli intermediari, riassunti nella sinergia tra gli obblighi di informarsi (sulla situazione finanziaria del cliente, sulla propensione al rischio dello stesso, sulla conoscenza che questi ha del mercato finanziario e sulle connotazioni del prodotto oggetto dell'investimento), informare (il cliente della tipologia del prodotto finanziario oggetto di interesse) e di non effettuare operazioni non adeguate (alle informazioni attive e passive sopra riferite), trovino una immediata giustificazione nella esigenza di ridurre la asimmetria informativa che contraddistingue le relazioni tra intermediario e investitore e si sostanziano, conseguentemente, in regole di condotta sicuramente più stringenti rispetto a quelle dettate nel codice civile in punto ai doveri di correttezza, lealtà e diligenza chiesti al mandatario;

b) che, pur se gli obblighi gravanti sull'intermediario non consentono di ricondurre lo schema del contratto relativo alla negoziazione di strumenti finanziari pedissequamente

alla figura del mandato, non v'è ragione, per contro, per distinguere tra l'ordine impartito dall'investitore all'intermediario e le istruzioni dettate dal mandante al mandatario nella esecuzione del mandato, trattandosi in entrambi i casi di dichiarazioni non negoziali di volontà (c.d. determinative) cui fa seguito una mera attività esecutiva (l'acquisto o il disinvestimento) che non si concreta in un ulteriore accordo tra le parti (proprio perché l'intermediario esegue e non accetta di eseguire l'ordine);

c) che, quanto affermato sub b), trova conferma nel disposto dell'art 29 del regolamento 11522 il quale, in presenza di operazioni non adeguate, legittima l'intermediario ad astenersi dall'esecuzione, imponendogli, tuttavia, di dare comunque corso all'ordine in caso di insistenza in tal senso manifestata dal cliente all'uopo debitamente informato.

Pertanto, il contratto stipulato, pur se non riconducibile, pedissequamente, all'alveo della disciplina dettata in tema di mandato, da questa trae la sua struttura di base (concretandosi in un contratto con il quale l'investitore conferisce all'intermediario l'incarico avente ad oggetto l'attività di negoziazione e raccolta ordini su strumenti finanziari) differenziandosene in relazione alla particolare rilevanza degli obblighi di diligenza imposti al mandatario (in considerazione della specialità dell'oggetto dell'incarico e dei soggetti che lo eseguono).

Si tratta, in particolare, di mandato senza rappresentanza per effetto del quale la banca acquista per ordine del cliente ma in nome proprio (art. 1705 c.c.), a ciò autorizzata dal cliente come risulta dal modulo ("la banca è autorizzata ad agire per conto del cliente anche in nome proprio") ed è tenuta a ritrasferire al cliente gli strumenti finanziari acquistati, salvo il diritto di quest'ultimo a rivendicarli (art. 1706 c.c.).

Si badi, peraltro, che l'acquisto dello strumento finanziario da parte del cliente non è l'effetto di un ulteriore contratto traslativo fra banca e quest'ultimo, non ha cioè la causa di un ulteriore ed autonomo contratto bancario e non è soggetto alle relative norme, ripetendo la propria causa dal contratto di negoziazione, del quale rappresenta mero adempimento.

Può, pertanto, ragionevolmente affermarsi (secondo quanto affermato da attenta dottrina) che l'ordine rivolto alla banca dal cliente è atto unilaterale esecutivo del contratto di "mandato" e non già una proposta contrattuale che presuppone un'accettazione volta alla conclusione di un contratto di compravendita.

A sua volta la banca, nel momento in cui acquista sul mercato i titoli di cui all'ordine del cliente, pone in essere una prestazione meramente esecutiva da intendersi quale adempimento del contratto di "mandato" (come sopra accennato, i titoli acquistati dalla banca – e tale contratto rappresenta l'atto esecutivo del contratto di mandato – entrano a far parte del patrimonio del cliente per effetto del meccanismo del mandato senza rappresentanza).

Ciò debitamente precisato in ordine alla tipologia del rapporto instauratosi tra le parti, possono analizzarsi i rimedi a disposizione del cliente che ritenga aver subito pregiudizi da comportamenti negligenti posti in essere dall'istituto di credito.

4. Le teorie sostenute: la nullità virtuale, la risoluzione per inadempimento ed il risarcimento del danno.

Ebbene, alla violazione delle prescrizioni contenute negli artt 21 TUF e 28 e 29 Reg 11522/98 parte considerevole della giurisprudenza merito (ed in passato anche questo stesso Collegio), in ragione della natura imperativa dei precetti violati, fa seguire la nullità virtuale dell'ordine di acquisto dei titoli. [IL CASO.it](#)

La predetta tesi fa leva sull'assunto per il quale le norme violate sono poste a presidio di interessi che superano la sfera soggettiva del contraente interessato, perché dirette a tutelare l'ordine pubblico economico costituzionalmente garantito (v. Cass. Civ. sent. N. 3272/2001 secondo la quale " *in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una 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, comma 1, 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. Pertanto - poiché il carattere inderogabile delle disposizioni della l. 2 gennaio 1991 n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, deriva dalla natura, pubblica e generale, degli interessi con esse garantiti, che concernono la tutela dei risparmiatori "uti singuli" e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale - è affetto da nullità assoluta il contratto di "swap" (da annoverare tra le attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla suddetta legge) stipulato, in contrasto con*

Ab

la stessa, da un intermediario abusivo, atteso l'interesse dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso è destinata a creare nel sistema finanziario generale”, nonché, per l'affermazione dei medesimi principi Tribunale di Barcellona P.G. 21.7.2005).

L'assunto, quantunque autorevolmente affermato, non può essere condiviso.

Sebbene non sia controverso che le ragioni poste a fondamento della normativa sopra richiamata superino la sfera meramente soggettiva del singolo contraente debole - il risparmiatore non professionale privo delle necessarie conoscenze utili ad un consapevole approccio con il mercato finanziario - così che il rafforzamento degli obblighi di condotta imposti in nome delle regole di correttezza, lealtà e diligenza ordinariamente dettate dal diritto comune con riferimento alla fase di esecuzione del contratto appare diretto, non solo a realizzare una riduzione dello squilibrio informativo che connota i rapporti tra investitore e intermediario, bensì anche (per il tramite della prima) a garantire la realizzazione di un interesse della collettività, quale quello della “integrità dei mercati”, espressamente richiamato dall'art 21 del TUF; sebbene, inoltre, non si dubiti in questa sede della natura imperativa (peraltro confermata dall'art 190 del TUF) dei precetti in esame i quali, come più volte affermato in dottrina e giurisprudenza, costituiscono canoni comportamentali immediatamente conformanti il regolamento negoziale, a prescindere da una esplicita sussunzione delle dette regole nelle specifiche ipotesi di contratto all'uopo stipulate, ciò che non convince affatto è il rimedio utilizzabile nel caso di violazione delle predette norme.

Si consideri, in primo luogo, che non sempre la violazione di una norma imperativa determina la nullità del contratto.

Lo precisa l'art 1418 comma 1 c.c. il quale, nel prevedere le ipotesi di nullità virtuali da contrapporre a quelle testuali di cui al comma 2, fa espressamente salvi i casi in cui è la stessa legge a prevedere un diverso rimedio a fronte della violazione del precetto imperativo.

Si consideri, in secondo luogo, che, nella specie, trattasi di violazioni legate a norme di condotta, cioè a comportamenti imposti *ex lege* ai singoli contraenti e divenuti parte integrante dei relativi contratti, a prescindere da specifici richiami ex art 1374 c.c., la cui violazione, in genere, è destinata a provocare vizi non genetici – incidenti cioè sulla

formazione del contratto - bensì funzionali, inerenti ad un contratto in sé validamente concluso e strumentali a rimedi diversi dalla nullità quali, ad esempio, la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno.

Al riguardo, come segnalato da attenta dottrina, la posizione della banca o dei suoi dipendenti è assimilabile a quella di qualsiasi altro professionista (avvocato, notaio, medico) che, ricevuto un incarico per la soluzione di un determinato problema, non fornisca al richiedente tutte le informazioni affinché il cliente possa operare una scelta consapevole

Né a supporto del contrario varrebbe addurre che nel corso degli ultimi anni si è sempre più ridotta la linea di confine tra regole di validità e regole di comportamento – la cui violazione è spesso considerata non più in prospettiva dello scioglimento dal rapporto e del risarcimento del danno bensì quale vizio direttamente incidente sulla genesi dell'accordo (ad esempio art. 122 comma III T.U.F.) – in quanto una siffatta tendenza non può che essere esclusa laddove il legislatore nulla abbia previsto in contrario, aderendo anzi espressamente alla teoria tradizionale.

Si badi, in terzo luogo, che una conferma letterale in tal senso si trae dal disposto di cui all'art 23 comma 6 T.U.F. laddove, nel regolare l'onere della prova inerente al rispetto del grado di diligenza richiesto all'intermediario, viene espressamente precisato che la regola è destinata ad operare “ nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento ”, così chiarendo che la violazione delle regole di condotta imposte all'intermediario è destinata ad incidere funzionalmente sul contratto ai fini della risoluzione e/o del risarcimento danni e non sulla conclusione dell'accordo.

Del resto, nello stesso T.U.F., laddove il legislatore ha voluto correlare a specifiche violazioni la sanzione della nullità lo ha fatto espressamente (cfr l'art 23 commi 1 e 2, in tema di forma scritta del contratto di investimento e di richiamo agli usi), introducendo una nullità relativa, rilevabile cioè solo dalla parte interessata, mentre, in assenza di una apposita previsione esplicita da parte del legislatore, l'eventuale nullità virtuale qui ricavabile in via ermeneutica non potrebbe che essere assoluta.

Ma se davvero così fosse (ed è questo l'argomento logico più convincente), non sarebbe razionalmente comprensibile un sistema che, per ipotesi ben più pregnanti e di certo

incidenti sulla formazione dell'accordo, quali quelle legate alla trasparenza delle operazioni di intermediazione sottese al vincolo di forma, prevede, in modo esplicito, una nullità attenuata mentre violazioni inerenti ad obblighi di condotta – e, quindi, meramente funzionali – sarebbero colpite con la nullità assoluta e virtuale del contratto. Infine, a seguire la tesi sopra criticata, si finirebbe per considerare motivi di nullità omissioni o comportamenti che non risultando in linea con le regole di condotta normativamente imposte, sebbene non destinati ad incidere nè sull'interesse dell'investitore a stipulare, nè sulla stessa "integrità del mercato", tanto da favorire possibili speculazioni da parte del cliente che, innanzi ad una debacle dello strumento prescelto in alcun modo addebitabile all'intermediario, intenda approfittare del rimedio per privare di effetti una scelta, a monte, incauta. Con la particolarità, non del tutto irrilevante, che nella specie manca una specifica tipizzazione delle ipotesi di nullità, trattandosi di regole di condotta che non consentono una preventiva analitica tipizzazione normativa diversamente da quanto la forza dirimente del rimedio suggerito sembra invece imporre. **IL CASO.it**

Superata la via della nullità virtuale, è evidente che l'eventuale inosservanza di tali prescrizioni non può che essere colpita con i rimedi ordinariamente forniti dall'ordinamento in caso di inadempimento contrattuale: risoluzione per inadempimento e/o risarcimento del danno.

Va, peraltro, precisato che in ipotesi di iniziativa volta ad ottenere la risoluzione del contratto, ad essere aggredito sarà il contratto base (il contratto "quadro", ossia ciò che sta a monte) e non il singolo ordine che, per quanto sopra specificato, ne costituisce mero atto esecutivo, con ovvie conseguenze, non sempre favorevoli al cliente, in ordine alle reciproche restituzioni.

6. Il merito della domanda risarcitoria avanzata.

Può a questo punto analizzarsi la domanda autonoma e subordinata di risarcimento del danno subito dall'attrice in conseguenza del ritenuto inadempimento agli obblighi informativi incombenti sulla banca convenuta.

Come accennato, l'art. 28 comma 1 Regolamento CONSOB, prevede che gli intermediari devono chiedere notizie all'investitore circa la sua esperienza in materia di

investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento nonché circa la sua propensione al rischio.

L'eventuale rifiuto di fornire le informazioni richieste deve risultare dal contratto di cui all'art. 30 ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore.

Ma tale rifiuto non è sufficiente ad escludere la responsabilità del professionista in quanto la relativa acquisizione non può assumere il significato di un esonero o di una limitazione di responsabilità dell'intermediario nei confronti di un investitore non professionale, dovendo la relativa dichiarazione essere interpretata in modo tale da essere compatibile con i principi sanciti dal nostro ordinamento che prevedono l'invalidità di clausole finalizzate a tale scopo.

Come accennato, l'art. 29 del Regolamento CONSOB impone agli intermediari di astenersi dall'effettuare per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, elementi da intendersi anche in senso alternativo l'un l'altro.

A tal fine, dispone l'art. 29 comma 1, gli intermediari finanziari tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in ordine ai servizi prestati.

E', inoltre, opinione diffusa in dottrina e giurisprudenza che l'acquisizione delle notizie di cui all'art. 28 lett. a (conosciuta come "*know your customer rule*") non è decisiva per stabilire se l'intermediario debba procedere o astenersi dall'operazione per inadeguatezza della stessa.

Al riguardo, infatti, la CONSOB, con comunicazione n. Di730396 del 21.4.2000, ha precisato che in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'obbligo disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, obiettivi d'investimento e propensione al rischio e che, nel caso, la valutazione andrà condotta tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso (età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce della pregressa ed abituale operatività, situazione di mercato).

Certamente non vale a soddisfare le esigenze sopra indicate la circostanza che alla [redacted] sia stato, a suo tempo, consegnato il documento sui rischi generali degli

investimenti, trattandosi d'informativa del tutto generica che non garantisce quella conoscenza concreta ed effettiva del titolo negoziato, che l'intermediario deve assicurare in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio interesse e di assumersi consapevolmente i rischi dell'investimento di volta in volta compiuto.

E sebbene possa ritenersi pacifico che, non ricorrendo nel caso in esame un'ipotesi di sollecitazione all'investimento, la consegna del prospetto informativo non fosse affatto obbligatoria, la norma regolamentare sopra menzionata prevede, comunque, che in presenza di una operazione non adeguata l'intermediario debba astenersi dal dare esecuzione alla stessa se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenuto dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente.

L'adempimento di questo obbligo è funzionale alla realizzazione del migliore risultato possibile per il cliente, risultato che, dunque, va inteso non in modo assoluto ma, come specificato nell'art. 26 lett. f) del regolamento, in relazione al livello di rischio prescelto per sé da ciascun investitore.

In altri termini, l'adeguata informazione dell'investitore è il presupposto indefettibile della liceità della esecuzione dell'ordine da parte dell'intermediario in quanto il primo, una volta reso edotto del rischio che l'operazione finanziaria comporta, ne assume su di sé tutte le conseguenze. **IL CASO**.it

Ebbene, nel caso specifico una pluralità di elementi avrebbero dovuto indurre il ██████████ a sconsigliare la cliente nell'acquisto dei titoli per cui è causa, fornendole tutte le informazioni in possesso al fine di porla in condizione di effettuare una scelta consapevole di investimento e di accettare il rischio di un *default*.

Con ciò non si vuole affermare che la banca, già alla data dell'investimento, fosse consapevole della situazione finanziaria del gruppo Cirio e della falsificazione dei relativi bilanci (circostanza in questa sede abbastanza irrilevante), bensì sottolineare che ogni tipo di investimento, anche quello ritenuto più sicuro, esige che sia fornita un'informazione quanto più possibile dettagliata.

Nondimeno, già l'assenza di rating dei titoli acquistati, ossia di una obiettiva valutazione del rischio di credito effettuata dalle maggiori agenzie specializzate in materia - concernente la più o meno alta probabilità che l'emittente non fosse in grado di onorare i propri obblighi di pagamento delle cedole o di rimborso del capitale

obbligazionario - avrebbe dovuto consigliare l'intermediario, che è un operatore professionale al quale è richiesto un adeguato livello di diligenza, di procurarsi una effettiva conoscenza dei prodotti finanziari negoziati, al di là di quella ricavabile dalle notizie da chiunque acquisibili sulla stampa specializzata o con la mera lettura dei bilanci sociali e, quantomeno in prima battuta, di sconsigliarne l'acquisto.

Né è consentito alla Banca trincerarsi, senza alcuna dimostrazione, dietro l'allegazione dell'imprevedibilità del crack finanziario dell'emittente e dell'ignoranza delle caratteristiche del titolo, e non avendo dimostrato, come era suo preciso onere, la diligenza profusa nell'acquisizione di cognizioni circa le caratteristiche del prodotto finanziario e, non ultimo, nella sua rappresentazione all'investitore.

Anzi, va osservato che [REDACTED] S.p.a., pur formulando capitoli di prova testi diretti a provare di non avere stimolato la vendita di titoli Cirio (sin dalla comparsa di risposta), nulla ha chiesto di provare sulla specifica negoziazione per cui è causa.

Se poi si considera che nel portafoglio titoli dell'attrice non risultavano presenti, all'epoca dei fatti di causa, altre obbligazioni Cirio relative a precedenti emissioni, laddove la presenza di altri tipi di obbligazioni (nella specie, luxottica lux 9902 al tasso del 3,625%) evidenziava, semmai, un profilo di rischio tutto sommato contenuto e ragionevolmente incompatibile con quello assunto con l'investimento in questione, la negligenza dell'istituto bancario emerge in maniera ancora più pregnante ed in tutta la sua evidenza.

Che si tratti di strumenti finanziari dal rischio sostanzialmente equivalente è affermazione smentita se non altro dal tasso di redditività del titolo Cirio oltremodo raddoppiato rispetto all'investimento precedente.

Di più, la bassa propensione al rischio appare viepiù confermata dalla stessa professione svolta dall'attrice - all'epoca dei fatti e tutt'oggi insegnante di scuola materna - avente in materia (o, quantomeno, non risulta provato il contrario) cognizioni presumibilmente limitate.

Merita, pertanto, di essere accolta la domanda risarcitoria avanzata da parte attrice in ragione del comportamento posto in essere dall'istituto convenuto in violazione degli obblighi connessi alla negoziazione degli strumenti finanziari oggetto di causa.

A parere del Collegio, il danno risarcibile corrisponde alla perdita del capitale investito (c.d. danno emergente), pari ad euro 24.000, che non risulta essere stato restituito, cui dovrà sottrarsi (con ciò accogliendosi parzialmente la domanda riconvenzionale di riduzione del risarcimento sollevata dalla convenuta) la somma di € 1.449,00, già separatamente incassata dall'attrice a seguito del primo riparto parziale effettuato dal Tribunale di Roma in data 6.3.2006.

Ciò si rende indispensabile al fine di evitare una duplicazione del risarcimento dovuto e, pertanto, un ingiusto vantaggio per effetto dell'avvenuta insinuazione in sede di amministrazione straordinaria da parte della ██████████

E' dovuto, infine, il risarcimento del danno per il ritardo nella liquidazione del dovuto e per la perdita della possibilità di effettuare altri investimenti remunerativi (c.d. lucro cessante), il quale può essere risarcito, in via equitativa, in misura pari agli interessi legali sull'importo di euro 24.000,00, dalla data dell'investimento (1.7.2002) alla data del 6.3.2006 (data del rimborso parziale del capitale investito ad opera del Tribunale di Roma,) e sulla somma di € 22.551,00 da tale ultima data sino alla data odierna, oltre agli ulteriori interessi sulla somma complessiva in tal modo calcolata, sino all'effettivo soddisfo.

L'istituto convenuto ha, invece, diritto ad entrare nel possesso dei titoli come da domanda riconvenzionale tempestivamente sollevata. [IL CASO.it](http://ILCASO.it)

Sole entro questi limiti le rispettive domande possono essere accolte.

Le spese di lite seguono la soccombenza e, liquidate come da dispositivo, vanno distratte in favore del procuratore anticipatario che ne ha fatto espressa richiesta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Barcellona P.G., definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Puglisi Margherita nei confronti di ██████████ S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, così decide:

- dichiara inammissibile la domanda di risoluzione avanzata dall'attrice in data 16.11.2006;
- rigetta le domande di nullità e di annullamento ex art. 1427 c.c. del contratto di acquisto dei titoli obbligazionari Cirio-fin concluso in data 1.7.2002;

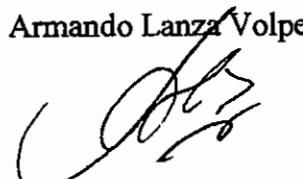
- dichiara la responsabilità contrattuale dell'istituto di credito convenuto per omessa informazione in relazione all'ordine di acquisto dei titoli bond Cirio fin 00/02 7,50% n. 6631320, per un controvalore di Lit. 46.470.480 e, per l'effetto, lo condanna al risarcimento del danno sofferto da parte attrice, pari ad € 24.000,00, oltre interessi nei limiti e con le scadenze di cui alla parte motiva;
- in accoglimento della domanda riconvenzionale sollevata dal ██████████ S.p.a., riduce il risarcimento spettante alla sola somma di € 22.551,00, oltre interessi calcolati nei limiti di cui alla parte motiva;
- in accoglimento della domanda riconvenzionale sollevata dal ██████████ S.p.a., stante l'avvenuta percezione della somma di € 1.449,00, condanna Puglisi Margherita a restituire a quest'ultimo i titoli bond Cirio fin 00/02 7,50% n. 6631320, oggetto del presente giudizio;
- condanna il ██████████ S.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, al rimborso delle spese processuali sostenute dall'attrice e liquidate in complessivi euro 2.798,00, di cui 398,00 per spese, 1.450,00 per diritti e 950,00 per onorari, oltre 12,5% per spese generali forfettizzate, oltre I.V.A. e C.P.A., se ed in quanto dovute, come per legge, da distrarsi in favore del procuratore anticipatario. **IL CASO.it**

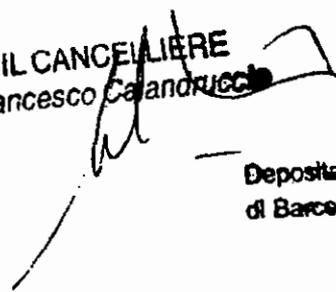
Così deciso in Barcellona P.G. nella camera di Consiglio del 21.6.2007.

Il giudice rel.

Carlo Altanese


Il Presidente

Armando Lanza Volpe


IL CANCELLIERE
Francesco Calandrucci


Depositato nella Cancelleria del Tribunale
di Barcellona P.G.

24 SET. 2007
IL CANCELLIERE
Francesco Calandrucci
