

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI VERONA
SEZIONE 4^A CIVILE

composta dai seguenti Magistrati:

DOTT. Massimo Vaccari	PRESIDENTE REL.
DOTT. Eugenia Tommasi Di Vignano	GIUDICE
DOTT. Pierpaolo Lanni	GIUDICE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa con atto di citazione ritualmente notificato N. (OMISSIS) Cron. Uff. Notifiche
TRIBUNALE DI VERONA

DA

M. R., nato a Verona il (OMISSIS), C.F.:(OMISSIS)

elettivamente domiciliato in (OMISSIS) presso lo studio dell'Avv.to E. R. che lo rappresenta e difende,
unitamente all'Avv.to R. V. di (OMISSIS), come da mandato a margine dell'atto di citazione.

ATTORE

CONTRO

CASSA DI RISPARMIO (OMISSIS) SPA. in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in
(OMISSIS), C.F.:(OMISSIS);

elettivamente domiciliata in (OMISSIS) presso lo studio dell'Avv.to A. B. che la rappresenta e difende come
da mandato in calce alla comparsa di risposta.

CONVENUTA

CONCLUSIONI

PARTE ATTRICE:

Ogni avversa istanza, eccezione o deduzione reietta:

1)- Dichiarasi nulle, in quanto poste in essere in assenza di valido contratto scritto di negoziazione, le cinque operazioni di investimento in obbligazioni “Argentina TV 98/05”, “Buenos Aires 01/03 10,25%” e “Parmalat 97/07 3,82%” poste in essere dalla Banca (OMISSIS) s.p.a. e di cui alle premesse per conto di M. R. condannandosi la Cassa di Risparmio (OMISSIS) s.p.a., quale avente causa dal predetto istituto, in persona del suo legale rappresentante, alla restituzione e al pagamento in favore di R. M. della somma di € 35.576,22 oltre ad interessi e rivalutazione monetaria dal dì delle singole operazioni e sui rispettivi importi al pagamento, o delle somme maggiori o minori che risulteranno, oltre al danno da mancata rendita; ‘

2)- Subordinatamente, ritenuta la sussistenza degli inadempimenti agli obblighi comportamentali contestati dall’attore, dichiarasi risolto il contratto di intermediazione finanziaria intervenuto tra le parti relativamente alle stesse operazioni di investimento nei titoli “Argentina TV 98/05”, “Buenos Aires 01/03 10,25%” e “Parmalat 97/07 3.82%” per cui è causa, condannandosi la Cassa di Risparmio (OMISSIS) s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, alla restituzione e al pagamento in favore di R. M. della somma di €. 35.576,22 oltre ad interessi e rivalutazione monetaria dal dì delle singole operazioni e sui rispettivi importi al pagamento, o delle somme maggiori o minori che risulteranno, oltre al danno da mancata rendita;

3)- In ogni caso e in conseguenza degli stessi inadempimenti e violazioni di legge contestati dagli attori, dichiararsi l’istituto convenuto tenuto, anche ai sensi degli arti. 1228 e 2049 c.c. per fatto e colpa dei propri dipendenti responsabili delle operazioni, al risarcimento di ogni danno subito dall’attore in conseguenza degli stessi investimenti di cui alle precedenti domande, condannandosi la Cassa di Risparmio (OMISSIS) s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, alla restituzione e al pagamento in favore di R. M. della somma di €.35.576,22 oltre ad interessi e rivalutazione monetaria dal dì delle singole operazioni e sui rispettivi importi al pagamento, o delle somme maggiori o minori che risulteranno, oltre al danno da mancata rendita;

4)- in denegata e non creduta ipotesi di accoglimento della domanda riconvenzionale avversaria relativa ad operazioni diverse da quelle oggetto della citazione, condannarsi l’Istituto convenuto, in persona del suo legale rappresentante, alla restituzione e/o al risarcimento di tutte le somme dallo stesso ricevute per l’acquisto di titoli diversi da quelli indicati in citazione e ciò mediante condanna della stessa convenuta al pagamento di somma pari al controvalore dei titoli, delle cedole e di quant’altro l’attore dovesse restituire, oltre a rivalutazione e interessi dal dì delle effettuate operazioni.

5)- con il favore di spese e competenze di causa.

PARTE CONVENUTA:

In via principale:

- rigettarsi tutte le domande attoree perché infondate in fatto e in diritto, per i motivi già esposti;

In via riconvenzionale subordinata:

- nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree di nullità e/o risoluzione, condannare dell'attore a restituire alla Cassa ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2033 cc, i titoli, le cedole incassate con la valuta e la capitalizzazione di competenza, e tutto quanto percepito per capitale e interessi in dipendenza di tutte le operazioni registrate nei dossier in data anteriore al contratto o ai contratti ritenuti nulli, nella misura risultante dagli estratti conto prodotti ovvero nella maggiore o minor somma che risulterà in corso i causa, maggiorata di interessi e rivalutazione fino al saldo;
- nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree di nullità, accertata la responsabilità dell'investitore per violazione dell'obbligo di buona fede nello svolgimento del rapporto contrattuale, condannarsi il sig. M. R. a rifondere alla banca il danno, quantificandolo in misura pari all'importo dell'eventuale condanna dalla stessa subita;
- nel denegato caso di accoglimento delle domande di risarcimento del danno formulate da M. R., accertarsi e dichiararsi l'estinzione del diritto al risarcimento ex art. 1227 cc, ed in ogni caso limitarsi il risarcimento ai danni - se provati nell'ammontare - che potevano essere previsti al momento della negoziazione, ai sensi dell'art. 1225 cc;

Spese diritti e onorari rifusi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Le prospettazioni delle parti

È opportuno innanzitutto precisare che la domanda attorea è finalizzata a far accertare, ai fini restitutorii di quanto indebitamente corrisposto, nonché agli ulteriori fini risarcitori descritti in atti, la nullità di quattro operazioni di investimento in obbligazioni argentine, effettuate dall'attore, rispettivamente, in data 12 luglio 1999, 18 gennaio 2001, 28 marzo 2002 e 4 luglio 2002 e di una operazione di investimento in obbligazioni Parmalat effettuata in data 26 febbraio 2002, attraverso la filiale di (OMISSIS) della Banca (OMISSIS) s.p.a., alla quale è succeduta, in virtù di cessione di azienda, la Cassa di Risparmio (OMISSIS).

In subordine il M. ha avanzato domanda di risoluzione delle stesse operazioni per grave inadempimento contrattuale della banca intermediaria, sempre ai medesimi fini restitutorii e risarcitorii.

A sostegno della domanda di nullità svolta l'attore ha sostenuto che le prime due operazioni di investimento non furono precedute dalla sottoscrizione di un apposito contratto di negoziazione, mentre le restanti furono concluse sotto la vigenza di un modulo, datato 31 maggio 2001, che, a detta del M., non vale ad integrare la forma scritta richiesta dall'art. 23 del d.lgs.58/1998, consistendo in una mera dichiarazione unilaterale ricognitiva sottoscritta solo da esso attore ma non dall'istituto di credito intermediario. L'attore ha quindi assunto che tale documento costituiva una mera proposta, non seguita dall'accettazione scritta della banca, relativamente alla quale ha dichiarato di revocare il proprio consenso.

Inoltre, il M. ha dedotto che, nel predetto modulo, non era stata determinata la prestazione gravante sull'investitore a fronte della prestazione dei servizi di investimento in esso previsti, con conseguente nullità dell'accordo ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Il M., ancora, ha dedotto che l'investimento del 12 luglio 1999 venne compiuto in mancanza di ordine scritto, in violazione sempre dell'art. 23 del d.lgs.58/1998.

L'attore ha poi addebitato all'istituto di credito convenuto, quale successore della Banca (OMISSIS), ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione svolta, i seguenti comportamenti:

- la violazione degli obblighi di tutela di cui all'art. 28, comma 1, reg. Consob 11522/98 per non avergli consegnato, prima degli investimenti del 12 luglio 1999 e del 18 gennaio 2001, il documento sui rischi generali negli investimenti finanziari;
- l'effettuazione delle prime tre operazioni di investimento "fuori mercato", in assenza della preventiva autorizzazione scritta del cliente e in assenza della necessaria condizione della possibilità di realizzare un prezzo migliore per il cliente;
- la violazione dell'art. 21 lett. B) T.U.L.F e degli artt. 28 comma 2° e 29 Reg. Consob per non averlo informati in modo specifico e dettagliato, al momento dell'effettuazione degli investimenti, del loro rating e della loro rischiosità ed in particolare, con riguardo ai titoli Argentina, della grave situazione economica in cui versava tale paese fin dal 1999 e della conseguente elevata possibilità che non fosse in grado di far fronte agli impegni di pagamento assunti, e per quanto riguarda il titolo Parmalat, dell'elevato indebitamento contratto dalla società emittente e della situazione fallimentare della stessa, elementi noti fin dal maggio 2001;
- con riferimento alle prime tre operazioni di investimento la violazione dell'obbligo, previsto dall'art. 21 comma 2° T.U.F. e dall'art. 27 reg. Consob, di avvertirlo di trovarsi in una situazione di conflitto di interessi o, in subordine, di aver negoziato in nome proprio per conto del cliente;
- l'inadeguatezza di tutte le operazioni di investimento al proprio profilo di investitore;
- l'inadempimento dell'obbligo di informare nella seconda metà del 2001 e con riguardo ai titoli argentini da lui acquistati nel 1999 e nel 2000 dei gravi e reiterati declassamenti di rating annunciati l'imminente default paese emittente.

L'istituto di credito convenuto, nel costituirsi in giudizio, ha resistito alle domande avversarie assumendone l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

In particolare la Cassa di risparmio (OMISSIS), con riguardo al primo dei rilievi di controparte, ha sostenuto che esso integrava violazione dell'obbligo di buona fede, atteso che l'attore lo aveva svolto con riferimento ad alcuni tra i numerosi ordini di investimento che aveva impartito nel corso del rapporto, anche in data anteriore alla sottoscrizione del contratto quadro.

Con riferimento al contratto quadro del 31 maggio 2001 la banca convenuta ha sostenuto che era stato concluso mediante scambio di proposta e accettazione secondo uno standard in uso presso tutti gli istituti di credito e, in conformità a tale modello, essa convenuta aveva conservato la parte sottoscritta dal cliente mentre a questi era stata rilasciata la copia per accettazione, come poteva evincersi dalla dichiarazione, con valenza confessoria, contenuta nel predetto documento.

La convenuta ha poi dedotto che, qualora fosse stata dichiarata la nullità del rapporto per il predetto vizio di forma, i conseguenti effetti avrebbero dovuto riguardare tutte le operazioni da esso scaturenti. Sulla scorta di quest'ultima considerazione la convenuta, in via riconvenzionale subordinata all'accoglimento della domande di nullità e/o risoluzione avanzate dall'attore, ha svolto domanda di condanna dell'attore alla restituzione dei titoli delle cedole e di tutto quanto percepito per capitale e interessi in dipendenza di tutte le operazioni registrate nel dossier titoli in data anteriore al contratto o ai contratti ritenuti nulli.

Con riguardo all'ulteriore rilievo di controparte, di difetto di forma scritta degli ordini, la convenuta ha osservato che esso era smentito dalla documentazione versata in atti e che, in ogni caso, il succitato presupposto è richiesto solamente per il contratto di negoziazione.

Ancora la convenuta ha dedotto di aver adempiuto a tutti gli obblighi comportamentali indicati da controparte e di non aver operato in situazione di conflitto di interessi nelle operazioni contestate.

Ciò detto con riguardo alle prospettazioni delle parti, occorre ora esaminare partitamente le numerose doglianze fatte valere dall'attore atteso che alcune di esse riguardano profili formali ed altre attengono alla pretesa violazione di obblighi di comportamento da parte della convenuta.

2. Il rilievo di nullità dei contratti quadro e la rilevanza del comportamento selettivo dell'attore.

2.1 Meritano senz'altro di essere condivise sia le premesse teoriche che quelle di fatto su cui si fonda l'assunto dell'attore in punto di nullità dei due contratti quadro che avrebbero dovuto disciplinare il suo rapporto con l'istituto di credito convenuto.

È indubbio, infatti, che nel caso di specie tutti gli investimenti contestati ebbero luogo in assenza dell'indefettibile contratto-quadro, e quindi in aperta violazione del precetto di cui agli artt. 23, comma primo, d. lgs n. 58/98 e 30 della Delib. Consob 11522/98.

Per la precisione i primi due investimenti furono compiuti, senza che fosse stato stipulato a monte un contratto quadro, mentre gli ultimi tre furono effettuati sotto la vigenza del contratto quadro del 31 maggio 2001 che, però, è privo della sottoscrizione da parte della banca.

Il doc. 13 di parte attrice reca, difatti, la sottoscrizione del solo M. e si connota, dunque, come mera proposta che egli rivolse alla Banca (OMISSIS) per la stipulazione di un "incarico di per la negoziazione di strumenti finanziari, ricezione e trasmissione di ordini, mediazione (cfr. l'epigrafe del doc. cit.). Ciò che manca con riguardo a tale proposta scritta è la prova di una solenne accettazione redatta con identica forma da parte dell'istituto di credito. A sostegno dell'assunto della nullità, per difetto di forma scritta, del

contratto di negoziazione o c.d. contratto quadro del 31 maggio 2001 la difesa dell'attore ha richiamato un ormai consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo cui nei contratti solenni (ciò è a dire, a forma scritta obbligatoria ad substantiam), quali sarebbero anche quelli del caso di specie, "la manifestazione della volontà delle parti non può essere sostituita da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, la quale non può essere utilizzata né come elemento integrante il contratto né, quand'anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto, come prova di questo, quando sia per esso richiesta la forma scritta ad substantiam" (ex plurimis, cfr. Cass. 4709/97).

In altre parole, secondo l'impostazione attorea, il contratto di negoziazione che sia sottoscritto, come nel caso, dal solo cliente e a fortiori quello stipulato oralmente o con comportamento concludente, sono affetti da nullità, giacché il requisito formale previsto dall'art. 23 T.U.F. esige la sottoscrizione di entrambe le parti negoziali, qui assente. In tale prospettiva poi a soddisfare il predetto requisito di forma non può valere la produzione del contratto in giudizio da parte della banca, una volta che l'investitore ne abbia già denunciata la nullità (iniziativa nella quale deve correttamente ravvisarsi la revoca del consenso già prestato: in termini si veda, tra le altre, Cass. 2826/2006)

Secondo la difesa dell'attore da tali premesse consegue che sono raggiunti dalla sanzione di nullità "derivata" gli ordini di negoziazione che siano stati conferiti in esecuzione di quel contratto perché non preceduti dalla sua formale stipulazione.

Sulla scorta del suddetto rilievo l'attore, al quale tuttavia devono riferirsi, oltre a quelle denunciate di nullità, altre operazioni di investimento in obbligazioni di stato anche di paesi emergenti, in obbligazioni corporate e in azioni effettuate sia prima che successivamente a quelle per cui è causa (cfr. doc. da 27 a 100 di parte convenuta, costituiti dagli estratti del conto dossier titoli intestato all'attore), ha anche dedotto il carattere di indebito oggettivo di quanto versato per i soli investimenti in bond argentini.

2.2 Tali conclusioni però non possono trovare accoglimento se si considera attentamente il particolare modus operandi della nullità nel settore che ci occupa.

L'art. 23, comma terzo, del d. lgs. n. 58/98 (T.U.F.), al pari, ad esempio, del combinato disposto degli artt. 117, c.3 e 127 del c.d. T.U.B. (d.lgs. 385/93), prevede che la nullità per difetto di forma scritta dei contratti finanziari possa essere fatta valere solo dal cliente.

La dottrina è concorde nel qualificare come relative siffatte ipotesi di nullità, al fine di evidenziare che la legittimazione a farle valere è riservata ad una soltanto delle parti del contratto.

La natura di tale tipo di invalidità è ancora assai dibattuta in dottrina, a causa proprio del particolare modo di operare del suo meccanismo repressivo. Alcuni, infatti, ritengono che sia del tutto assimilabile all'annullabilità (questa è l'opinione espressa da uno dei più insigni giuristi italiani con riguardo alle ipotesi dell'alienazione del bene dotale senza autorizzazione, ora abrogata, e dell'art. 2913 c.c.), altri la riconducono alla nullità classica, sulla base della clausola di salvezza contenuta nell'art. 1421 c.c. e

conseguentemente, sottolineano la sua eccezionalità e la necessità che sia contemplata da previsioni espresse e tassative.

Si deve alla recente legislazione, di matrice comunitaria, in materia contrattuale, che è ispirata dall'esigenza di protezione della parte debole del rapporto, l'introduzione a tal fine nel sistema di ulteriori ipotesi di nullità relativa. Si tratta delle c.d. nullità di protezione (si pensi, tra le altre, a quella prevista dall'art. 36 Cod. Consumo, oltre a quelle già citate dell'art. 23 T.U.F e quella di cui al combinato disposto degli artt. 117 comma 3° e 127 del T.U.B).

È stata la necessità di garantire l'attuazione effettiva dell'interesse di uno dei contraenti a determinare la scelta del legislatore comunitario di restringere solo al contraente debole la legittimazione a far valere la nullità.

È evidente che in tali ipotesi la legge non ricollega al vizio di forma la conseguenza, propria delle ipotesi di nullità assoluta, della inefficacia radicale e originaria del contratto e non consente il rilievo di esso da parte di chiunque ne abbia interesse, ma assicura la piena efficacia del contratto, almeno sul versante dell'intermediario, che resta, comunque, vincolato dalle previsioni contrattuali nonché assoggettato all'iniziativa potestativa invalidante del cliente.

Coerentemente a tale ricostruzione la giurisprudenza di merito ha più volte affermato che "l'intermediario non è legittimato né ad eccepire la nullità del contratto di negoziazione per vizi formali né a far valere la nullità di operazioni distinte ed autonome rispetto a quelle investite dalla domanda del risparmiatore (cfr. ex plurimis Trib. Milano 02 luglio 2008 n.9506).

È evidente, allora, che la nullità relativa presenta un rilevante punto di contatto con la categoria dell'annullabilità, giacché, al pari di quest'ultima, conferisce il relativo diritto potestativo soltanto a colui nel cui interesse l'annullamento del contratto è previsto (art. 1441 c. civ.) ma si differenzia da questa per la circostanza di essere caratterizzata, ai sensi dell'art. 1422 cc, dalla imprescrittibilità dell'azione, che è elemento proprio della nullità.

Ad avviso del collegio non costituisce, invece, una caratteristica qualificante della nullità relativa, nemmeno di quella di protezione, la possibilità per il giudice di rilevarla d'ufficio atteso che, in mancanza di un'espressa attribuzione di siffatto potere da parte degli artt. 117 T.U.B e 23 T.U.F, essa non può farsi discendere dall'art. 36, comma 3, cod. consumo che è norma avente carattere di specialità. A ben vedere l'intero corpo di norme in cui è inserita tale disposizione ha un proprio specifico ambito di applicazione, non coincidente con quello del rapporto tra investitori e intermediari e del rapporto tra clienti e banche, e, per di più, è successivo, sotto il profilo temporale, a quelle summenzionate.

Stante la natura ibrida dell'istituto risulta quanto mai problematico ricondurlo ad una, piuttosto che all'altra, delle categorie di invalidità codicistiche. D'altro canto, come è stato evidenziato già da alcuni anni anche dalla dottrina, una simile operazione non è nemmeno utile per risolvere la questione, che è stata

posta dalla convenuta, della rilevanza del comportamento selettivo posto in essere dall'attore nel caso di specie.

In particolare la convenuta ha evidenziato come il M. miri a far dichiarare la nullità di solo alcuni degli ordini di acquisto conclusi in esecuzione del contratto di negoziazione titoli invalido (perché stipulato in assenza di un contratto quadro fino al 31 maggio 2001 e, da quella data in poi, sulla base di un contratto sottoscritto solo dall'investitore), mentre, con riguardo a tutti gli altri, intenda continuare a beneficiare dei loro effetti, ed in particolare a trattenere le cedole acquisite. La convenuta ha giudicato una simile difesa gravemente contraddittoria (cfr. quanto dedotto al riguardo a pag. 5 della memoria ai sensi dell'art. 7 d.lgs. 5/2003) e in contrasto con l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Orbene reputa il collegio che ad un simile contegno, possa attribuirsi rilievo nella diversa, e, sotto il profilo sistematico, più corretta, prospettiva della convalida tacita del contratto affetto da nullità relativa. A ben vedere infatti questo istituto, al pari di altri che attribuiscono efficacia sanante di invalidità contrattuali ai comportamenti della parte, è espressione del più generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, che non consente l'adozione di comportamenti tra loro contraddittori da parte dei contraenti.

Con riguardo alla problematica della convalida del contratto affetto da nullità relativa è dato rinvenire pochi precedenti giurisprudenziali.

In particolare vanno segnalate, in ordine di tempo, prima di tutto, due sentenze del Tribunale di Roma, la prima della seconda Sezione Civile del 25 maggio 2005 e l'altra della IX sezione civile dell'11 ottobre 2005, che hanno affermato, invero maniera non sufficientemente argomentata, che... "omissis... la riscossione delle cedole esprime in modo implicito, ma pur sempre chiaro ed univoco, la volontà della parte di convalidare tacitamente il negozio annullabile".

Al medesimo orientamento va ricondotta anche la pronuncia del Tribunale di Asti del 29 marzo 2007, che ha affermato che l'adesione da parte dell'investitore all'Ops promossa dall'Argentina configura una convalida tacita del contratto annullabile e una rinunzia implicita all'azione di nullità e di risoluzione del contratto.

Vanno poi segnalati alcuni precedenti di questa Sezione, a partite da quello del 17 aprile 2009, che sono giunti ad una conclusione analoga, sulla scorta, peraltro, di una accurata ricostruzione sistematica del tema.

Tale posizione va ribadita anche in questa occasione trovando conforto nelle riflessioni di una parte della dottrina più recente.

Invero si può già osservare, a sostegno della convalidabilità del contratto affetto da nullità relativa di protezione, che se il divieto di convalida del contratto viziato da nullità assoluta appare in sintonia con la natura pubblicistica dell'interesse protetto, viceversa per le nullità relative di protezione l'interesse pubblico alla tutela del mercato è posposto rispetto alla tutela dell'interesse del contraente destinatario della normativa di protezione.

Sul punto è stato anche opportunamente rilevato che l'esercizio della nullità selettiva non è sorretto da un interesse pubblico ma è semmai vero il contrario, dal momento che pone a carico dell'intermediario una responsabilità oggettiva per ogni minusvalenza subita dai clienti in modo del tutto indipendente dall'effettivo comportamento tenuto e per un tempo indefinito, incidendo in modo inaccettabile sulla stabilità del mercato e del sistema finanziario.

A quanto fin qui detto deve aggiungersi, quale ulteriore considerazione a sostegno della soluzione sopra indicata, che, se la legittimazione allargata a far valere la nullità, sia pure temperata dal filtro dell'interesse, rappresenta un insormontabile ostacolo operativo alla convalida di un contratto viziato da nullità assoluta, essendo praticamente impossibile individuare a priori la pleora dei soggetti a ciò interessati ("chiunque vi abbia interesse" è la formula utilizzata dall'art. 1421), diverso discorso vale, invece, per la nullità di protezione in esame. Essa, infatti, proprio per la sua "relatività assoluta", al pari dell'annullabilità classica, rende del tutto agevole l'individuazione dell'unico soggetto legittimato tanto alla convalida espressa che a quella tacita mediante esecuzione volontaria del negozio nella consapevolezza del vizio, secondo lo schema e le condizioni dell'art. 1444 c.civ (è indubbio che è a tale disciplina rimanda l'art. 1423 cc allorché contempla la possibilità, eccezione, di convalida del contratto nullo).

D'altro canto non può convenirsi con quella parte della dottrina che ravvisa un ostacolo all'ammissibilità della convalida in queste ipotesi nel disposto dell'art. 143 C.d.C, che espressamente sancisce la irrinunciabilità dei diritti del consumatore, tra i quali, secondo questa tesi, rientrerebbe anche quello di invocare le nullità relative contemplate dallo stesso codice del consumo.

Invero tale rilievo è superabile, come ha osservato altra dottrina, sulla base di un'attenta disamina di altre norme del codice del consumo (artt. 124, 134 comma 1° e 141) che fa emergere come la finalità perseguita dal legislatore sia quella di garantire l'effettiva attribuzione di diritti al consumatore e far sì che egli sia libero di esercitarli o meno e induce, quindi, a circoscrivere la predetta irrinunciabilità alla sola fase antecedente all'insorgere di tali diritti.

La medesima dottrina poi reputa che la regola della convalidabilità del contratto affetto da nullità relativa di protezione sia pienamente compatibile con la sussistenza del potere di rilievo officioso di tale vizio da parte del giudice, nei casi in cui ciò sia previsto espressamente (art. 36 comma 3° Cod.Consumo). Tale potere, infatti, trova un limite intrinseco al suo esercizio nei casi in cui la declaratoria di nullità sia pregiudizievole per il destinatario delle norme di protezione o, addirittura, qualora sia da questi non voluta poiché, in caso contrario, si verrebbe ad attribuire preminenza alla finalità di tutela dell'interesse pubblico, che è sicuramente sottesa a tutte le ipotesi di nullità, rispetto a quella di tutela del contraente debole, propria della legislazione sopra richiamata.

Non va poi trascurato che l'autore di un recente studio dedicato a questi temi ha osservato che non osta alla conclusione della convalidabilità del contratto relativamente nullo nemmeno il disposto dell'art. 1423 cc, poiché tale norma contempla una riserva di legge ma non una riserva espressa. In altri termini la parte finale di tale norma, secondo tale dottrina, va intesa non nel senso che occorra un'espressa previsione di

convalida ma nel senso di un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo della previsione risulti altrimenti.

A favore della ricostruzione esposta milita, infine, anche la considerazione che essa evita il rischio che l'imprescrittibilità della nullità esaminata possa favorire, come nel caso, come si vedrà meglio di qui a breve, strategie "a geometria variabile" dell'investitore con portafogli differenziati, volte a far valere ex post la nullità derivata delle sole operazioni negative o insoddisfacenti.

Dalle superiori considerazioni consegue che l'orientamento giurisprudenziale di merito che la difesa dell'attore ha richiamato nei propri scritti difensivi, e che è sicuramente preponderante, non si attaglia al caso in esame poiché ha inteso estendere ad una ipotesi di nullità relativa principii affermati dalla Suprema Corte in relazione a casi di nullità assoluta (per la precisione a quelli di contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali su beni immobili stipulati senza l'osservanza dei requisiti di forma, che, in quanto tali, non sono passibili di convalida).

2.3 Ammessa, dunque, l'astratta convalidabilità del contratto affetto da nullità relativa, occorre calare il principio nella fattispecie concreta.

Ebbene, in fatto è certo, come si è già detto sopra e come emerge dagli estratti conto prodotti come doc. da 27 a 100 dalla convenuta, l'attore, al quale devono riferirsi un notevole numero di operazioni di investimento oltre a quelle per cui è causa, incassarono, e ritennero di buon grado, cedole relative ai bond argentini acquistati il 12 luglio 1999, quelli Buenos Aires acquistati il 15 gennaio 2001 e ai bond Parmalat (la circostanza, che è stata allegata dalla convenuta a pag. 19 della sua comparsa di costituzione e risposta, non è stata contestata dall'attore).

Ed ancora, è indubbio che il M., lungi dal denunciare tutti gli acquisti di obbligazioni e di azioni effettuati negli anni, a partire dal momento in cui sottoscrisse il contratto di deposito amministrato (doc. 3 di parte convenuta) e dal qualificare coerentemente come indebito oggettivo ogni pagamento effettuato per essi (si badi che tutti gli acquisti avvennero nell'unica cornice negoziale viziata di cui si è detto ampiamente), ha invece optato per una selezionata contestazione, circoscrivendola ai soli titoli, per così dire, "andati male", fermo il resto.

È evidente, allora, che alla volontà dell'attore di conservare a tutti gli effetti i titoli fruttuosi e le somme di cui alle cedole incassate nella consapevolezza della (causa di) nullità del contratto-quadro, denunciata ai fini di cui alle odierne domande, si riconnette quella di giovare del contratto che ha prodotto quegli effetti.

D'altro canto sia la Cassazione, che la più attenta dottrina, hanno chiarito da tempo che costituisce convalida tacita del negozio annullabile non solo l'esecuzione volontaria in senso stretto del contratto ma anche qualsiasi comportamento incompatibile con la volontà di richiedere l'annullamento.

In particolare, con sentenza del 27 marzo 2001 n.4441, la Suprema Corte ha considerato significativo nei predetti termini "qualsiasi comportamento negoziale che, tendendo a realizzare la situazione che si sarebbe

dovuta realizzare per effetto del negozio annullabile, presuppone per implicito una volontà incompatibile con quella di chiedere l'annullamento del contratto.

A ben vedere poi nel corso del rapporto l'attore non si è limitato a tali atteggiamenti passivi ma ha compiuto uno specifico atto negoziale che è chiaramente indicativo della propria volontà di avvalersi degli effetti del contratto quadro avendo aderito, con riguardo ai titoli Buenos Aires, secondo quanto da lui stesso dichiarato, all'Ops formulato dall'Argentina nel 2005 (cfr. doc.12 di parte attrice) ricevendo dei titoli in permuta di quelli.

Vale la pena precisare che l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 1444 2° comma c.c., ossia la conoscenza del motivo di annullabilità (*rectius*, con riguardo al caso di specie, di nullità relativa), si riferisce alla situazione di fatto alla quale la legge ricollega l'invalidità e non già alla conseguenza giuridica di essa. Nel caso di specie, quindi, tale situazione è costituita dalla mancanza del documento cartaceo per il primo contratto quadro e dalla mancanza della sottoscrizione del funzionario di banca sul contratto quadro del 25 agosto 1999 ed entrambe tali circostanze dovevano necessariamente essere note agli attori.

Conclusivamente, va ritenuta l'avvenuta convalida di entrambi i contratto-quadro per cui è causa, dovendosi evidenziare che anche la totale mancanza del contratto integra una ipotesi di nullità relativa ed è quindi soggetta allo statuto di tale tipo di invalidità, come è stato sopra ricostruito.

3. La prospettata nullità del contratto quadro del 31 maggio 2001 per indeterminatezza dell'oggetto

Il rilievo di parte attrice è destituito di qualsiasi fondamento atteso che il contratto quadro, avendo, pacificamente, natura di contratto normativo non può che contenere la disciplina generale del rapporto, oltre che individuarne l'oggetto. Nel caso di specie tali requisiti sono pienamente integrati, atteso che il testo in esame (doc. 8 di parte convenuta), nella prima pagina, elenca i servizi che l'attore aveva affidato all'istituto di credito e, sul retro, le condizioni generali che regolavano gli stessi, ivi compresa la previsione a carico del cliente dell'obbligo di corrispondere delle commissioni, per la cui specifica determinazione si rinvia ai fogli informativi in possesso del cliente. Peraltro, anche in mancanza di una simile previsione, il rilievo attoreo avrebbe dovuto essere comunque disatteso poiché il rapporto, in quanto qualificabile come mandato, avrebbe dovuto presumersi come oneroso ai sensi dell'art.1709 c.c.

4. La prospettata nullità dell'operazione del 12 luglio 1999 perché conclusa in difetto di ordine scritto

L'attore ha anche dedotto la nullità dell'operazione del 12 luglio 1999 in quanto posta in essere in assenza di un ordine scritto corrispondente, avendo disconosciuto la firma apposta in calce al documento prodotto sub 14 dalla convenuta al fine di dimostrare l'osservanza del requisito formale e costituito da un ordine datato 9 luglio 1999.

Ciò precisato, a prescindere dalla riconducibilità o meno della predetta sottoscrizione all'attore, deve escludersi che la mancanza di forma scritta della disposizione abbia le conseguenze indicate dall'attore. Invero questo Tribunale aderisce all'indirizzo maggioritario della giurisprudenza secondo cui il requisito

della forma scritta, previsto dagli artt. 23 e 30 D.Lgs. 58/1998 e, prima dell'entrata in vigore di tale testo di legge, dall'art. 18 D.Lgs. 415/1996, vale solo per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento mentre gli ordini di borsa non necessitano di particolari forme ed ogni singola operazione può essere richiesta oralmente, per telefono o con altra modalità direttamente dal cliente.

L'art. 23 primo comma del T.U.F, infatti, va letto congiuntamente all'art. 30 secondo comma lett. c) del reg. Consob n.11522/98 ("Il contratto con l'investitore deve:...c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini ed istruzioni"). La norma regolamentare, nel rimettere all'autonomia privata, nell'ambito del contratto quadro che deve rivestire forma scritta, le modalità attraverso cui possono essere impartiti ordini od istruzioni, in tanto assume significato in quanto la forma scritta per i singoli negozi non sia prevista dalla legge ad substantiam.

La correttezza di tale conclusione è confermata, a contrario, dall'art. 29 terzo comma del reg. Consob, ove è previsto che solamente per il compimento di operazioni "non adeguate" sia necessario un ordine impartito per iscritto. La norma costituisce, pertanto, una eloquente eccezione alla regola generale della libertà delle forme del conferimento degli ordini di borsa.

Vi è poi un'ulteriore considerazione che conforta tale conclusione. Se fosse fondata la tesi degli attori l'ipotizzata forma ad substantiam rilevarebbe anche ad probationem, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2725 c.c, con la conseguenza di impedire all'intermediario, in sede processuale, di provare con mezzi diversi dalla prova scritta il conferimento dell'ordine ricevuto.

Quest'ultima conclusione è invece smentita dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte che, in tema di regime probatorio sulla circostanza di chi abbia impartito l'ordine, coerentemente con l'assunto della libertà delle forme del conferimento dell'ordine, ritiene lo stesso accertabile sia con prove testimoniali sia con prove presuntive (cfr. sul punto Cass.18626/2003; Cass. 10186/2001 e Cass. 3845/1999).

D'altro canto la ragione di tale disciplina è facilmente ravvisabile nella esigenza di snellezza dei traffici finanziari.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte la diversa opinione espressa con riguardo a tale profilo dalla Suprema Corte nella nota sentenza n.19024/2005 richiamata dagli attori non può essere condivisa anche perché trattasi di un obiter dictum privo di motivazione.

La sentenza n.11495/2001 della Suprema Corte che è stata parimenti citata dagli attori, invece, non è del tutto pertinente al tema in esame. Tale pronuncia infatti non ha affermato che l'art. 18 del D.Lgs. 415/1996 ha introdotto l'obbligo della forma scritta ad substantiam per gli ordini di borsa.

Essa ha invece enunciato alcuni principi che contraddicono l'assunto attoreo e che, sebbene si riferiscano alla disciplina della legge n. 1 del 1991, applicabile *ratione temporis* al caso esaminato dalla Cassazione, sono estensibili anche alle fattispecie in esame, una volta che si sia escluso che gli ordini di borsa possono essere conclusi con forma libera.

Si allude al passo della pronuncia in esame in cui viene affermato che “l’assenza per ciascuna operazione dell’ordine scritto non ha alcuna rilevanza giuridica, una volta che non sia contestabile la sua esistenza, desumibile anche dal fatto che egli prese atto, senza nulla osservare - come lo stesso ricorrente ammette - delle comunicazioni della banca, ricevute per ogni operazione effettuata, che suppone non solo precedenti disposizioni impartite, ma anche la loro esecuzione in conformità ad esse”.

5.L’acquisto dei titoli in un mercato non regolamentato senza specifica autorizzazione degli investitori e la violazione degli obblighi informativi con riguardo alle prime tre operazioni di investimento per cui è causa. Esclusione dell’obbligo informativo sull’andamento dei titoli Argentina e per gli ultimi due acquisti.

La doglianza è fondata per tutti gli investimenti rispetto ai quali è stata svolta, vale a dire i primi due acquisti di bond argentini e l’acquisto delle obbligazioni Parmalat.

Al riguardo è opportuno, innanzitutto, chiarire che l’espressione mercati non regolamentati è spesso usata come sinonimo di “mercati over the counter” o “mercati OTC” per ricomprendere tutti quei sistemi di negoziazione, alternativi ai mercati regolamentati o ufficiali, che sono normalmente caratterizzati dall’assenza di quotazioni ufficiali, dalla presenza di contrattazioni non standardizzate relativamente agli importi unitari e alle scadenze, dalla mancanza di organismi centrali di compensazione e garanzia, nonché da un’informativa meno trasparente sulla quotazione dei diversi prodotti.

Sul punto va anche precisato che l’art. 25 del Testo Unico sull’intermediazione finanziaria esprime il principio di concentrazione degli scambi secondo il quale gli intermediari autorizzati hanno l’obbligo di eseguire le negoziazioni degli strumenti trattati nei mercati regolamentati italiani, costituiti dalla borsa valori, dal Mercato Ristretto e dagli altri mercati autorizzati o riconosciuti dalla Consob. L’art. 8 comma 1° del reg. Consob 11768/1998 esclude tale obbligo in presenza di particolari condizioni, ossia quando vi sia una preventiva autorizzazione del cliente all’intermediario ad operare “fuori borsa”, oppure nel caso in cui l’esecuzione delle negoziazioni fuori dai mercati regolamentati consenta di realizzare un miglior prezzo per il cliente (c.d. principio del miglior prezzo o di best execution).

Si noti che, mentre la prima delle predette condizioni deve ricorrere sia che la negoziazione avvenga durante l’orario di apertura dei mercati ufficiali, sia che avvenga dopo la loro chiusura, la seconda presuppone che la negoziazione fuori mercato avvenga durante l’orario di apertura dei mercati ufficiali, perché solo in questo caso è possibile identificare il prezzo di quotazione di riferimento quale parametro del “miglior prezzo”.

Tale disciplina si giustifica con la maggiore rischiosità per l’investitore delle negoziazioni che vengono compiute in mercati aventi le caratteristiche sopra citate, con riguardo, in particolare, alla minore liquidità dei titoli che vi vengono trattati, che comporta che il loro prezzo di realizzo, nel caso in cui vengano rivenduti, possa risultare di molto inferiore a quello di acquisto.

Orbene, ciò detto, nel caso di specie la convenuta non ha contestato la deduzione attorea ed, in ogni caso, essa è comprovata dalle attestazioni che si possono leggere nella prima parte delle note informative

relative agli investimenti del 12 luglio 1999 (doc.15), del 15 gennaio 2001 (doc. 17) e del 26 febbraio 2002 (doc. 19), secondo cui la banca aveva eseguito, per ordine e conto del M., l'acquisto dei titoli in esse descritti "fuori mercato", espressione che, in difetto di qualsiasi altra spiegazione, non può che essere intesa come riferita ad una operazione su un mercato non regolamentato.

Tale particolare modalità di acquisto necessitava, come detto, di una specifica autorizzazione da parte dell'investitore, di cui doveva fornire prova la convenuta.

Per quanto attiene alla prospettata violazione degli obblighi informativi relativi alle prime tre operazioni di investimento per cui è causa la banca convenuta non ha articolato nessuna prova orale diretta alla dimostrazione del loro assolvimento.

Essa infatti si è limitata a dedurre, con riguardo all'acquisto delle obbligazioni Parmalat, che, avendo l'attore acquistato nel 2000 altre obbligazioni di quella società, avrebbe dovuto essere perfettamente a conoscenza delle caratteristiche di tale tipo di investimento e quindi, implicitamente, di non essere stata tenuta al predetto obbligo con riguardo a tale titolo. La deduzione non può essere condivisa. Sul punto va innanzitutto osservato che gli obblighi di diligenza e di informazione possono ritenersi effettivamente adempiuti da parte della banca quando la stessa abbia la percezione, secondo buona fede - per avere cioè diligentemente posto in essere i comportamenti previsti dalla legge modulandoli sul caso concreto - che l'investitore ha compreso le caratteristiche dell'operazione effettuata, sotto il profilo del suo funzionamento, dei costi e rischi patrimoniali, dovendo escludersi in termini di inesigibilità che dalla banca possa pretendersi la prova certa della piena comprensione da parte del cliente dell'operazione, sotto i profili sopra indicati.

In attuazione di tali principi e, in particolare, delle prescrizioni di cui al citato art. 28, 2 comma, Del. Consob 11522/98, la banca nel caso di specie, era tenuta a fornire all'investitore informazioni sul rischio economico dell'operazione, vale a dire sul rischio di perdita integrale del capitale nell'ipotesi di dissesto del gruppo di appartenenza della società emittente.

Tale comportamento appare tanto più doveroso per la banca quanto più si consideri che la stessa era, o avrebbe potuto essere, in possesso degli strumenti conoscitivi necessari per acquisire la consapevolezza della pericolosità oggettiva dell'investimento in titoli Parmalat per cui è causa, atteso che, pur essendo vero che il default del gruppo alimentare divenne di pubblico dominio solo nel dicembre del 2003, già dal maggio 2001, come ha documentato l'attrice senza che la convenuta contestasse la circostanza, vi erano stati significativi indici dell'imponente indebitamento del Gruppo, che avevano posto seriamente in dubbio la capacità di emittente e garante di rimborsare il prestito emesso.

La doglianza dell'attore in ordine alla violazione da parte della convenuta degli obblighi informativi in occasione degli acquisti di bond Argentina effettuati dopo il default dello stato sudamericano è invece infondata. Il M. ha infatti sostenuto di essere stato indotto a tali investimenti dalle informazioni dei funzionari della convenuta, che si sarebbero poi rivelate errate, secondo cui, grazie all'intervento del fondo

monetario nazionale, non vi era sarebbe stata perdita del capitale e attraverso quell'acquisto sarebbe stato possibile mediare i prezzi di acquisto dei diversi investimenti in quel tipo di titoli.

Orbene era onere dell'attore fornire prova di tali specifiche circostanze, ed in particolare del comportamento dei funzionari della convenuta, ma egli non ha formulato nessuna istanza istruttoria.

Ancora va escluso che l'istituto di credito convenuto fosse tenuto ad informare gli attori, successivamente al momento dell'acquisto dei titoli per cui è causa, dell'aumento del rischio di default dell'Argentina o dell'abbassamento del loro rating giacchè, come è stato ripetutamente ribadito dalla giurisprudenza, un simile obbligo non rientra tra quelli inerenti e conseguenti al contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari intercorso tra le parti ma postula invece l'esistenza di un contratto di gestione patrimoniale o di consulenza (cfr. in tali termini, tra gli altri, Trib. Parma 09 gennaio 2008, Corte di Appello di Brescia 20 giugno 2007, Trib. Savona 09 maggio 2007, Trib. Lucera 21 dicembre 2006, Trib. Milano 18 ottobre 2006) .

Nel rapporto di negoziazione infatti, l'intermediario adempie esattamente al mandato ricevuto con la corretta esecuzione dell'ordine di negoziazione impartito, residuando a suo carico esclusivamente gli obblighi di rendicontazione e di registrazione previsti dagli artt. 60-63 del reg. Consob. Né in senso contrario potrebbe obiettarsi che anche nel servizio di negoziazione vi può essere consulenza incidentale dell'intermediario, poiché essa, laddove esistente, si esaurisce nel consiglio fornito dall'intermediario a seguito di una specifica domanda del cliente in stretta connessione con un ordine dallo stesso impartito.

6. L'adeguatezza delle operazioni di investimento per cui è causa.

Per esigenze di completezza è opportuno esaminare anche l'ulteriore doglianza dell'attore riguardante l'inadeguatezza degli investimenti per cui è causa. Essa è infondata dal momento che le operazioni risultano adeguate, con riguardo a tutti i criteri fissati dall'art.29 1° comma reg. Consob 11522/1998, alle caratteristiche di investitore dell'attore, quali possono evincersi dalla tipologia di investimenti che aveva effettuato fino a quel momento.

Con riguardo a tale aspetto se si esamina, in particolare, il suo dossier titoli emerge come, al momento del compimento della prima operazione qui impugnata, lo stesso contenesse strumenti finanziari con diversi gradi di rischiosità (cfr. doc. da 27 a 100 di parte convenuta, costituiti dagli estratti del conto dossier titoli intestato all'attore). Accanto alla presenza di titoli di natura chiaramente conservativa, ve ne erano degli altri il cui grado di rischio era pari, ed in alcuni casi superiore, a quello dei bond per cui è causa, quali obbligazioni corporate, obbligazioni di stato anche di paesi emergenti e partecipazioni azionarie di diverse società, di importi significativi. Da tali documenti si evince anche che i predetti investimenti furono effettuati con una certa frequenza sia prima che dopo quelli per cui è causa evidenziando una discreta propensione al rischio dell'attore.

7. La prospettata situazione di conflitto di interessi della banca convenuta nelle prime tre operazioni di investimento per cui è causa.

Anche questo ulteriore assunto dell'attore va disatteso.

Al riguardo si deve rammentare che la Consob (risposta a quesito n. DAL 97006042 del 9.7.1997) ha ritenuto insussistente il conflitto di interessi nel caso – come quello di specie – di negoziazione di titoli in contropartita diretta con il cliente, ove la compravendita si sia perfezionata sulla base di un ordine di acquisto dello strumento finanziario conferito espressamente e spontaneamente dal cliente, ammettendone l'astratta possibilità solo ove l'acquisto si sia perfezionato su sollecitazione dell'intermediario (che nella specie non è stata nemmeno allegata dall'attore) e nel caso in cui si provi che l'intermediario perseguiva scopi ulteriori e diversi rispetto alla realizzazione dell'interesse del cliente, il che, nel concreto, non è stato dimostrato.

È opportuno rammentare che, secondo la prevalente giurisprudenza di merito, spetta all'investitore che lo deduca l'onere di provare l'esistenza del conflitto di interessi nell'operato dell'intermediario poiché nella fattispecie non è invocabile la regola dell'inversione della prova di cui all'art. 23 ultimo comma del d. lgs. n.58/98. Infatti il divieto del conflitto di interessi è contemplato dall'art. 27 del reg. Consob, norma che ha la stessa struttura dell'art. 1394 c.c e la cui violazione pertanto determina l'annullabilità del contratto stipulato in situazione di conflitto di interessi non preventivamente rappresentata e tale conseguenza può essere invocata solo dal rappresentato al quale, quindi spetta il relativo onere probatorio (Cass. 6584/1984). In altri termini l'art. 23 del d.lgs. 58/1998 e l'art. 27 del reg. Consob riguardano due diversi tipi di azione e sono poste a tutela di interessi distinti cosicché non è possibile invocare per l'azione di annullamento prevista dalla seconda (cfr. in tali termini, ex plurimis, Corte di Appello di Brescia 10 gennaio 2007 e Trib. Roma 17 novembre 2005) i presupposti richiesti per la prima.

8. Individuazione delle conseguenze dei rilevati inadempimenti della convenuta ad alcuni obblighi comportamentali

Una volta accertata la violazione da parte della convenuta dell'obbligo di acquisire la preventiva autorizzazione dell'attore ad operare su un mercato non regolamentato e di quello informativo relativi alle prime tre operazioni per cui è causa si tratta di stabilire quali siano le conseguenze giuridiche di esse.

Innanzitutto tale inadempimento può sicuramente essere qualificato come grave atteso che ha riguardato, da un lato, il principale obbligo al quale è tenuto l'intermediario e dall'altro un obbligo di carattere formale che la convenuta avrebbe dovuto avere ben presente, data la sua qualifica professionale.

Ciò precisato, sullo specifico profilo sopra indicato deve essere richiamato l'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite nelle note sentenze nn. 26724 e 26725 del 19.12.2007 secondo cui in nessun caso la violazione dei doveri di comportamento ai quali è tenuto l'intermediario finanziario può determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti.

Sempre secondo il predetto indirizzo la violazione delle norme di comportamento dei contraenti “tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto”.

Peraltro perché l’inadempimento anche grave da parte dell’intermediario agli obblighi di comportamento possa giustificare una declaratoria di risoluzione del singolo investimento o una pronuncia risarcitoria relativa allo stesso è necessario che sussista un nesso causale tra la condotta inadempiente e l’operazione ad essa successiva.

Tale conseguenza può aversi infatti solo nelle ipotesi, tassativamente previste dal legislatore delegato, in cui sussiste a carico dell’intermediario un esplicito divieto di astensione, ossia nei casi di esecuzione di una operazione in conflitto di interessi senza la preventiva segnalazione di tale situazione o di un’operazione inadeguata senza l’osservanza delle prescrizioni di cui all’art. 29 regolamento Consob. Sul punto giova rammentare quanto ha affermato la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 26725 del 19 dicembre 2007 con riferimento alla operazione conclusa dall’intermediario in situazione di conflitto di interessi: “Ai fini dell’individuazione di un eventuale danno risarcibile subito dal cliente e del nesso di causalità tra detto danno e l’illegittimo comportamento imputabile all’intermediario, assumono rilievo le conseguenze del fatto che l’intermediario medesimo non si sia astenuto dal compiere un’operazione dalla quale, in quelle circostanze, avrebbe dovuto astenersi (sempre che, s’intende, risulti provato che nel caso in esame, aveva l’obbligo di astenersene), non quelle derivanti dalle modalità con cui l’operazione è stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario)”.

Per quanto attiene, alla condotta di effettuazione delle tre operazioni di investimento in mancanza della autorizzazione richiesta, la banca convenuta avrebbe dovuto astenersi dalle negoziazioni in esame e il fatto che vi avesse proceduto ugualmente comporta, per quanto detto sopra, con riguardo alle analoghe ipotesi della esecuzione di un’operazione in conflitto di interessi senza la preventiva segnalazione di tale situazione, o di un’operazione inadeguata senza l’osservanza delle prescrizioni di cui all’art. 29 regolamento consob 11522/1998, l’automatica sussistenza di nesso causale tra tale comportamento, inadempiente, e il danno conseguente all’acquisto dei titoli.

È appena il caso di aggiungere che la responsabilità in cui incorre l’intermediario in tali casi è una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale d’intermediazione finanziaria in essere con il cliente e ha, quindi, natura contrattuale.

Per poter giungere ad identica conclusione con riferimento alla violazione degli obblighi informativi (omessa consegna del documento sui rischi generali, omessa raccolta delle informazioni sul profilo di rischio, omessa o carente informazione sulle caratteristiche e sui rischi dell’operazione, etc.) è invece necessario che il risparmiatore dimostri specificamente l’esistenza del nesso di causalità tra una delle suddette condotte ed il danno (perdita dell’investimento).

In sostanza, colui che agisce deve provare che se avesse avuto complete informazioni da parte dell'intermediario, sarebbe stato dissuaso dal porre in essere l'investimento e non avrebbe quindi acquistato quei titoli.

Orbene nel caso di specie l'attore ha allegato, già in atto di citazione, una circostanza che induce ad escludere la sussistenza di un nesso causale tra l'eventuale assolvimento dei sopra indicati obblighi informativi e i primi tre acquisti per cui è causa.

Egli infatti ha allegato di aver effettuato gli ultimi due acquisti di bond Argentina dopo il default dello stato sud americano, sia pure sulla base di una indimostrata sollecitazione da parte dei funzionari dell'istituto di credito.

È evidente che il M. in questo modo ha dimostrato la propria inclinazione a compiere operazioni in condizioni di estrema rischiosità, ossia anche in presenza di circostanze che rendevano altamente improbabile il recupero della somma investita. Un simile atteggiamento, che è invero altamente speculativo, rasentando il puro azzardo, induce a ritenere che, anche qualora, prima di effettuare gli investimenti in esame, gli fossero state fornite le informazioni di cui ha lamentato la mancanza ciò lo avrebbe necessariamente trattenuto dal compierli.

Le considerazioni sopra svolte comportano che la domanda di risoluzione riguardante i titoli oggetto delle prime tre operazioni di investimento può trovare accoglimento, stante l'accertata violazione da parte della convenuta dell'obbligo di acquisire la preventiva autorizzazione dell'attore ad operare su un mercato non regolamentato, con l'ulteriore conseguenza che la convenuta va condannata a restituire all'attore la somma che costoro le hanno corrisposto per il loro acquisto, pari ad euro 13.267,94 per il primo acquisto di titoli Argentina, euro 10.057,49 per il secondo acquisto di titoli Argentina ed euro 9.889,67 per l'acquisto di obbligazioni Parmalat.

Sulle somme oggetto di restituzione all'attore vanno poi riconosciuti gli interessi legali, dal giorno del loro versamento fino al momento dell'effettivo soddisfo, ai sensi dell'art. 2033 c.c., in quanto il palese inadempimento della convenuta agli obblighi contrattuali su di essa gravanti induce a ravvisare la sua mala fede al momento dell'esecuzione del contratto. Sul predetto importo non può invece essere riconosciuto il danno da svalutazione monetaria o comunque un danno da mancato guadagno. Infatti, con riguardo al primo profilo, si deve rammentare che le obbligazioni restitutorie aventi ad oggetto somme di denaro versate in esecuzione del contratto non costituiscono debiti di valore, sicché il risarcimento del danno da svalutazione monetaria va riconosciuto solo ove sussistano le condizioni previste dall'art. 1224, comma 2° c.c. (cfr. Cass. 3073/2006). Con riguardo alla seconda tipologia di danno teoricamente prospettabile l'attore ha invece ommesso qualsiasi allegazione specifica in ordine all'utilizzo alternativo che avrebbe fatto, dal luglio 1999 in poi, delle somme che ha destinato alle operazioni per cui è causa e, d'altra parte, l'eterogeneità dei titoli che egli aveva acquistato in precedenza non consente, nemmeno in via presuntiva, di individuare la tipologia di investimenti che avrebbe scelto, e tantomeno di stabilire la loro fruttuosità, tenuto conto anche delle criticità del mercato mobiliare nel periodo successivo al 2001.

Per effetto della pronuncia risolutoria va accolta anche la domanda riconvenzionale spiegata dalla convenuta di restituzione dei titoli e delle somme percepite a titolo di cedole dal M., nel corso degli anni, in relazione agli investimenti in esame. Ad una tale conclusione non ostano in nessun modo le obiezioni del difensore dell'attrice, secondo cui, da un lato, tali importi non sarebbero stati versati dalla convenuta ma dall'emittente i titoli e dall'altro, trattandosi di frutti ed essendo esso attore stato in buona fede al momento del pagamento, sarebbero dovuti, ai sensi dell'art. 2033, seconda parte, dal momento della domanda.

Sul punto è sufficiente osservare che, a seguito dell'accoglimento della domanda di risoluzione, va ripristinata la situazione in cui i contraenti si trovavano al momento dei singoli acquisti, con la conseguenza che sia l'attore che la convenuta hanno diritto di ripetere le somme che hanno versato alla controparte nel corso del rapporto. Proprio per tale ragione la convenuta, che è destinataria della domanda di ripetizione delle somme corrisposte dal M., ha titolo per ottenere gli importi che l'attore ha percepito attraverso di essa.

Fuori luogo risulta poi il richiamo da parte dell'attore all'art. 2033 primo comma c.c. poiché tale norma definisce il momento di decorrenza di frutti e interessi maturati sulle somme oggetto di ripetizione, che nel caso di specie, sono appunto gli importi di cui alle cedole.

Peraltro le somme che vanno restituite alla convenuta sono quelle di euro 1.516,12, relativa alle cedole percepite a seguito del primo investimento, quella di euro 341,45 pari al valore delle cedole maturate in relazione ai titoli Buenos Aires e quella di euro 513,36, pari al valore delle cedole maturate sui titoli Parmalat, somme tutte quantificate in comparsa di costituzione e risposta, per un totale di euro 2.373,93.

Non si può, invece, tener conto delle ulteriori somme che il M., a detta della convenuta, avrebbe percepito a titolo di ulteriori cedole nonchè a seguito della sua adesione all'ops dello stato Argentina e dell'adesione al concordato Parmalat, così come quantificate alle pagg. 8 e 9 della comparsa conclusionale di tale parte, in quanto tale conteggio si fonda su circostanze allegate tardivamente e anche non dimostrate.

Sulle somme come sopra riconosciute spettano alla convenuta, come da essa richiesto, gli interessi al tasso legale ma dal giorno della domanda, dovendosi ritenere la buona fede del M. nel momento in cui le ricevette.

Per quanto attiene alla regolamentazione delle spese di lite esse vanno poste a carico della convenuta in applicazione del criterio della soccombenza.

Peraltro, per quanto attiene alla concreta liquidazione della somma da riconoscere all'attrice a titolo di rimborso delle spese di lite, occorre chiedersi se essa debba avvenire in base al regolamento 140/2012 entrato in vigore il 23 agosto 2012 oppure in base al regime tariffario, abrogato dall'art. 9, comma 1, del d.l. 1/2012.

Sul punto va evidenziato come l'art.9 del d.l.n.1/12 e il regolamento 140/2012 contengono sia norme di diritto sostanziale (quelle che regolano il rapporto cliente-avvocato) sia norme di diritto processuale (quelle che indirizzano la condanna ex art. 91 c.p.c.).

L'art.9 non contiene norme di diritto transitorio, se non la proroga dell'applicazione delle tariffe fino al 24 luglio 2012 "limitatamente alle liquidazioni giudiziali", mentre l'art. 41 del D.M. n. 140/12 prevede la propria applicabilità alle "liquidazioni" successive al 23 agosto.

Si noti che quest'ultima disposizione si riferisce all'applicazione, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., dei parametri, ma riguarda, in mancanza o in caso di invalidità dell'accordo sul compenso, anche il rapporto tra cliente ed avvocato.

Si tratta allora di stabilire se il nuovo regime dei parametri si applichi anche ai processi pendenti alla data del 23 agosto 2012 e tale verifica va compiuta in virtù del criterio interpretativo di cui all'art. 11 disp. prel. che impone di valutare se la norma, in questo caso di natura processuale, nella sua interpretazione retroattiva abbia una ragionevole giustificazione e non incontri limiti in particolari norme costituzionali.

Non si può invece tener conto, ai fini della predetta indagine, del principio giurisprudenziale che regolava la fattispecie della successione di tariffe professionali forensi. Il nuovo sistema di determinazione del compenso dell'avvocato infatti non è una naturale evoluzione del precedente ma, oltre a seguire alla sua espressa abrogazione, muove da presupposti e criteri completamente diversi, primo tra tutti quello della possibilità di maggiorazioni e riduzioni del compenso.

La prima opzione interpretativa possibile è quella che, muovendo dal riferimento al momento della liquidazione presente nell'art. 41 del D.M. 140/2012, giunge ad affermare l'utilizzabilità dei nuovi criteri ai fini della determinazione del compenso da porre a carico del soccombente per tutte le attività difensive che siano condotte a termine dopo l'entrata in vigore del regolamento medesimo, vale a dire il 23 agosto 2012, con la precisazione che il momento ultimo da considerare a tali fini è quello dell'esaurimento della fase in cui si è svolta l'attività.

Sul punto deve però innanzitutto evidenziarsi come il dato letterale della norma in esame non deponga univocamente in tal senso. Essa, infatti, si limita ad individuare il momento a partire dal quale vanno utilizzati i nuovi criteri ma non precisa quali siano le attività alle quali applicarli, ed in particolare se si tratti di attività difensive precedenti o successive al menzionato momento della liquidazione.

Ancora non può sottacersi come l'interpretazione sopra citata non paia idonea a superare il vaglio di ragionevolezza di cui si è detto, ponendosi in contrasto con il parametro dell'art. 3 Cost., con la conseguenza che sarebbe possibile disapplicare l'art. 41 D.M. 140/2012. Essa darebbe luogo infatti ad una applicazione retroattiva della nuova disciplina che è irragionevole perché inciderebbe sulle aspettative maturate da avvocati e parti del giudizio prima della instaurazione della causa, e in molti casi diversi anni prima dell'entrata in vigore della riforma, senza una adeguata giustificazione.

Per cogliere appieno tale profilo occorre considerare che, avuto riguardo, in particolare, all'entità dei valori medi di liquidazione, al più restrittivo regime in tema di prova delle spese e alla presenza di una norma sanzionatoria come l'art. 4, ultimo comma (disposizione che si riferisce alle liquidazioni ai sensi dell'art. 91 cpc e che riguarda i difensori di entrambe le parti), previsti dal D.M. 140/2012, il nuovo sistema è, nel suo complesso e in astratto, meno favorevole, rispetto a quello previgente, sia per la parte vittoriosa del giudizio che per il difensore di essa che per il soccombente. Resta ferma peraltro la possibilità che in concreto la liquidazione operata in base ai parametri risulti pari o anche superiore a quella effettuata in base alle tariffe, sebbene, nemmeno in tale ipotesi, si possa tener conto della più favorevole disciplina in tema di spese di cui al D.M. 127/2004.

Si noti poi che a giustificare l'opzione interpretativa in esame non potrebbe valere nemmeno la valorizzazione della ratio, sottesa alla riforma di favorire il mercato e, indirettamente, anche l'accesso alla giustizia, attraverso la incentivazione di accordi sul compenso tra avvocati e clienti, perché tali obiettivi non possono che valere pro futuro.

Una seconda soluzione porta ad attribuire rilievo, come discriminante, al momento del compimento di ciascun singolo atto difensivo, cosicché si dovrebbe ricorrere alle tariffe per le prestazioni difensive compiute sotto la loro vigenza e ai parametri per gli atti difensivi compiuti dopo il 23 agosto 2012, secondo una rigorosa applicazione del principio *tempus regit actum*.

Una simile tesi presenta, però, un inconveniente di ordine sistematico. Essa infatti dà luogo ad un regime transitorio differente per le norme di diritto processuale e per quelle di diritto sostanziale, contenute nel d.l.1/2012 e nel D.M. 140/2012.

Le disposizioni, anche in tema di liquidazione giudiziale del compenso, relative al rapporto tra professionista e cliente presenti nel nuovo sistema normativo non possono che riferirsi ai rapporti di mandato sorti successivamente al 25 gennaio 2012, data di entrata in vigore del d.l. 1/2012.

Ciò si evince chiaramente dalla scelta di fondo della riforma di ridurre a due, rispetto agli originari quattro previsti dall'art. 2233, primo comma, c.c., i criteri di determinazione del compenso del professionista (accordo o, in caso di mancanza o di invalidità di esso, liquidazione giudiziale).

Ancora l'art. 9, comma 4, del D.M. 140/2012 ha posto a carico del professionista alcuni specifici obblighi informativi, primo fra tutti quello di rendere noto al cliente il preventivo di massima, che sono ipotizzabili solo nella fase precedente la conclusione del contratto e non certo rispetto a rapporti iniziati da tempo e tantomeno rispetto a quelli esauriti.

Non va sottaciuto poi che, anche in questo, l'applicazione dei parametri ad accordi raggiunti prima del 25 gennaio 2012, e che proseguano dopo tale data, è irragionevole se si considera che: tali contratti sono stati etero integrati nel momento genetico, quantomeno con riguardo ai diritti, e il diritto al pagamento del corrispettivo dell'avvocato è sorto al momento della stipulazione del contratto, sebbene diventi liquido ed esigibile al termine dell'incarico.

Proprio gli inconvenienti delle tesi fin qui esaminate inducono questo Giudice a propendere per una diversa opzione interpretativa, ossia quella secondo cui il D.M. 140/2012 è applicabile solo ai giudizi e ai gradi di processo instaurati dopo il 23 agosto 2012, in conformità al principio del tempus regit processum.

Tale soluzione invero risulta conforme a quella che il legislatore ha adottato rispetto ad una norma processuale del tutto analoga a quelle introdotte dal D.M. 140/2012, ossia la modifica ad opera della L.69/2009 dell'art. 96 c.p.c., (anch'essa trova applicazione al momento della liquidazione delle spese del giudizio e richiede, al pari dell'art. 4, ultimo comma, del D.M. 140/2012, la valutazione del comportamento processuale sia pure della parte e non dell'avvocato). Infatti, in virtù del regime transitorio fissato dall'art. 58, primo comma della L.69/2009, la norma succitata si applica ai giudizi iniziati dopo il 4 luglio 2009, data di entrata in vigore della novella.

È evidente poi come l'adesione alla regola del tempus regit processum consenta di uniformare il regime transitorio delle norme processuali e di quelle sostanziali contenute nel d.l. 1/2012 e nel D.M. 140/2012.

In questa prospettiva allora le liquidazioni menzionate dall'art. 41 del regolamento 140/2012 sono quelle delle attività difensive svolte nei giudizi iniziati dopo la sua entrata in vigore.

P.Q.M.

Il Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando ogni diversa ragione ed eccezione disattesa, così decide:

- dichiara risolti per grave inadempimento della convenuta gli ordini di acquisto del 9 luglio 1999, del 15 gennaio 2001 e del 26 febbraio 2002 e per l'effetto condanna la convenuta a restituire agli attori le somme di euro 13.267,94, di euro 10.057,49 e di euro 9.889,67, oltre agli interessi al tasso legale su tali importi dalle data dei singoli pagamenti al saldo;
- in accoglimento della riconvenzionale spiegata dalla convenuta condanna l'attore a restituire alla stessa i titoli acquistati con i predetti ordini nonché la somma di euro 2.373,93 oltre agli interessi legali su tale somma dal giorno della domanda;
- rigetta le restanti domande dell'attore e della convenuta;
- condanna la convenuta a rifondere all'attore le spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 8.485,75, di cui 2.155,00 per diritti, 5.065,00 per onorari ed il resto per spese, oltre Iva, se dovuta, e Cpa.

Così deciso in Verona nella camera di consiglio del 28 giugno 2012

Il Presidente Estensore