



rappresentato e difeso dall'avv. Christian Perathoner, presso il cui studio in 39100 Bolzano (BZ), Via L. da Vinci 1/E, è elettivamente domiciliato, giusta procura speciale allegata all'atto di citazione dd. 09.01.2017

- **appellato** -

Oggetto: appello avverso la sentenza n. 853/2020 del Tribunale di Bolzano di data 20.10.2020 / 22.10.2020 - responsabilità dell'intermediario finanziario -

Causa trattenuta in decisione all'udienza del 19.10.2022 con assegnazione del termine perentorio del 19.12.2022 per il deposito di comparse conclusionali e quello del 09.01.2023 per il deposito di memorie di replica sulle seguenti

#### **CONCLUSIONI**

##### **dei procuratori di parte appellante:**

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Trento, sezione distaccata Bolzano, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, in riforma parziale della sentenza n. 853/2020 del 20 ottobre 2020 e pubblicata dal Tribunale di Bolzano in data 22 ottobre 2020 nel procedimento \_\_\_\_\_ nella persona del Giudice Unico Dott.ssa Cristina Longhi, non notificata, così giudicare:

##### **IN VIA PRINCIPALE**

- riformare parzialmente la sentenza impugnata per i motivi di

cui in narrativa;

- rigettare la domanda di risoluzione proposta dal sig.

in quanto infondata in fatto e in diritto per tutti i motivi esposti

in narrativa e, per l'effetto, condannare il medesimo sig.

alla restituzione in favore della Banca della somma complessiva

di Euro 422.483,28, oltre interessi dal dì del dovuto e sino al

saldo;

- accogliere le domande già proposte da

nel giudizio di primo grado e di seguito riportate:

“N VIA PRELIMNARE:

- *dichiarare prescritte le azioni di restituzione e di risoluzione per inadempimento;*

NEL MERITO

In via principale:

- *accertare e dichiarare, per i motivi tutti esposti nel presente, l'infondatezza integrale delle pretese avversarie e, per l'effetto, rigettare tutte le domande formulate da parte attrice in quanto infondate in fatto e in diritto;*

In subordine:

- *nella denegata e non creduta ipotesi in cui il Giudice Ill.mo ritenesse fondate le pretese avversarie di nullità o di risoluzione dei contratti di investimento e, per l'effetto, dello scioglimento del contratto, disporre la restituzione dei titoli in possesso dell'attore;*

In ogni caso:

- *con vittoria di spese e compensi del presente giudizio oltre IVA,*

*CPA e oneri di legge”*

Con il favore delle spese e delle competenze di entrambi i gradi di giudizio, oltre accessori come per legge.

**del procuratore di parte appellata:**

voglia la Corte d’Appello di Trento, Sezione Distaccata di Bolzano, Ill.ma adita, contrariis reiectis, 1) in via principale: accertare e dichiarare che, per i motivi di cui in narrativa, la  
è risultata gravemente inadempiente, rispettivamente non ha adempiuto correttamente la prestazione dovuta, e, quindi, dichiarare nulli, annullati, rispettivamente risolti, gli ordini d’acquisto di cui in premessa, e condannarla, in ogni caso, alla restituzione degli importi corrisposti, rispettivamente al risarcimento dei danni sofferti dall’attore quantificati nell’importo di Euro 437.766,49.-, o in quello diverso, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa e/o sarà ritenuto di giustizia, oltre alla rivalutazione ed agli interessi legali dal dovuto al saldo; 2) in via subordinata: rigettare l’appello avversariamente proposto avverso la sentenza del Tribunale di Bolzano n. 853/2020 dd. 29.10.2020, con la conseguente integrale conferma di quest’ultima;

3) con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa, oltre a CAP ed IVA, come per legge, anche del presente grado del giudizio.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con appello d.d. 19.04.2021 Banca

ha gravato la sentenza n. 853 d.d. 22.10.2020 del Tribunale di Bolzano che, in accoglimento dell'azione dall'investitore intentata con citazione d.d. 09.01.2017 in relazione alla prestazione di servizi di investimento tramite piattaforma *home banking*, accertata la violazione degli obblighi di informazione e di adeguatezza/appropriatezza da parte dell'intermediario, ha risolto una parte delle operazioni da questo intermedate nel periodo dal 2006 al 2011 e l'ha condannato a restituire al cliente il capitale investito pari ad € 385.270,86 oltre a pagare le spese del grado.

Quanto alla decennale prescrizione dall'intermediario eccepita in ordine al credito attoreo, il Tribunale ne ha individuato l'inizio nel momento in cui il danno contrattuale si era prodotto nella sfera patrimoniale del risparmiatore assumendo che tale danno si identificasse nella lesione della sua libertà negoziale dipesa dal non corretto adempimento dell'intermediazione degli investimenti eseguita senza fornirgli le dovute informazioni. Tenuto poi conto che prima di intentare la presente causa il risparmiatore aveva inoltrato all'intermediario due monitorie rispettivamente d.d. 30.05.2016 e d.d. 02.08.2016, ha ritenuto estinto per prescrizione il suo credito in ordine a due operazioni d'investimento eseguite in data 25.05.2006.

Quanto alla dichiarazione d.d. 26.10.2005, dal

risparmiatore resa ad integrazione dei contratti risp. di deposito titoli e di *trading online* per deresponsabilizzare l'intermediario in ordine alle operazioni incoerenti con il proprio profilo finanziario che egli avesse condotto in autonomia, il Tribunale ha osservato testualmente: *“Una simile dichiarazione non può essere qualificata come confessione stragiudiziale, essendo a tal fine necessaria la consapevolezza e volontà di ammettere un fatto specifico sfavorevole per il dichiarante e favorevole all'altra parte; essa è inoltre inidonea ad assolvere gli obblighi informativi, trattandosi di una dichiarazione riassuntiva e generica circa l'avvenuta completezza dell'informazione sottoscritta dal cliente (cfr. Cass. civ., sez. I, 06.07.2012 n. 11412)”.*

Quanto, infine, all'inadempimento addebitato all'intermediario, il Tribunale, ha distinto le operazioni d'investimento assumendo che l'autonoma operatività dell'investitore con modalità c.d. *execution only*, desumibile dalla cit. dichiarazione d.d. 26.10.2005, fosse legittima solo a far tempo dall'01.07.2011, quando essa è stata disciplinata dal regolamento Consob 16190/2007. Pertanto, per il periodo anteriore a tale data ha ritenuto che l'omissione di informazioni da parte dell'intermediario integrasse grave inadempimento ai fini della risoluzione di quattro intermediazioni d'investimento. Per il periodo successivo invece, in applicazione dell'art. 43 del reg. Consob cit., ha ravvisato il grave inadempimento in

relazione a venti intermediazioni d'investimento in titoli complessi, con riguardo alle quali l'intermediario non aveva dimostrato di aver condotto alcuna valutazione di appropriatezza rispetto al profilo finanziario dell'investitore, né di avergli somministrato alcuna informazione sulle caratteristiche dei prodotti intermediati.

Nel giudizio d'appello si è costituito il risparmiatore chiedendo il rigetto dell'impugnazione e spiegando appello incidentale.

La causa è passata in decisione all'udienza del 19.10.2022.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

**1.** Avverso la sentenza di primo grado, l'intermediario ha svolto quattro motivi d'impugnazione mentre l'investitore l'ha criticata con una sola censura.

**2.1.** Con il suo primo mezzo rubricato "*dell'intervenuta prescrizione*" l'intermediario si duole perché la sentenza gravata ha ritenuto che le missive rispettivamente d.d. 30.05.2016 e d.d. 02.08.2016 inoltrategli dal risparmiatore avessero le caratteristiche degli atti di messa in mora idonei ex art. 1219 c.c. ad interrompere il decorso della prescrizione.

Connessa a tale doglianza è quella con la quale il risparmiatore, incidentalmente impugnando la sentenza di primo grado, contesta che la prescrizione del credito risarcitorio inizi a decorrere con la lesione della libertà negoziale

consumatasi al momento dell'intermediazione non correttamente adempiuta, sostenendo di contro che dirimente sia il consolidamento della perdita sortita dall'investimento infausto.

**2.2.** In premessa occorre trascrivere il seguente testo tratto da C. n. 1823/2022 (la pronuncia non è massimata).

*“3.2. Onde stabilire l'inizio della decorrenza del termine di prescrizione di una pretesa risarcitoria siffatta, dunque, assumevano rilievo decisivo l'inadempimento colpevole dell'intermediario medesimo ed il danno causalmente ad esso collegato.*

*3.3. Inoltre, va considerato che la prescrizione, decorrendo dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, presuppone la violazione del diritto: soltanto dal momento e per effetto di tale violazione sorge nel creditore l'interesse ad azionare la tutela per ottenere il soddisfacimento della pretesa.*

*3.3.1. Nella specie, è di tutta evidenza che l'interesse ad agire del S. per ottenere l'invocato ristoro patrimoniale non poteva farsi risalire al momento in cui era sorto il diritto all'esecuzione del contratto - coincidente con la stipula del contratto costitutivo del diritto stesso - atteso che esso avrebbe acquisito consistenza solo allorquando si fossero effettivamente prodotte le conseguenze negative sul suo patrimonio determinate dall'accertato inadempimento imputabile all'intermediario.*

*3.3.2. Affatto correttamente, quindi, la corte distrettuale ha*

*individuato nel momento (risalente al dicembre 2001) in cui si manifestò il rifiuto dello Stato argentino di onorare il proprio debito pubblico l'epoca in cui il S. ebbe percezione del danno subito per effetto dell'acquisto di titoli obbligazionari di quel Paese in relazione ai quali l'intermediario non gli aveva prospettato l'inadeguatezza dell'investimento in rapporto al proprio profilo di rischio.*

*3.3.3. Merita piena condivisione, pertanto, il principio, - che qui si intende ribadire, non offrendo le argomentazioni esposte da Ubi Banca a corredo del primo motivo del suo odierno ricorso ragioni decisive per disattenderlo - affermato da Cass. n. 5504 del 2012 e fatto proprio dalla corte distrettuale, secondo cui, "in tema di danno contrattuale, al fine di determinare il dies a quo della prescrizione occorre verificare il momento in cui si sia prodotto nella sfera patrimoniale del creditore il danno causato dal colpevole inadempimento del debitore" (in senso sostanzialmente conforme si vedano anche Cass. n. 26020 del 2011, nonché la più recente Cass. n. 1889 del 2018).*

L'inizio della prescrizione del diritto al risarcimento del danno contrattuale va pertanto correlato all'interesse del danneggiato a farlo valere. Tale interesse non acquista consistenza nel momento in cui si verifica la violazione contrattuale in sé, vale a dire, nel caso per cui è processo, quando l'intermediario non ha adempiuto i suoi obblighi informativi. Il diritto risarcitorio assume consistenza

successivamente, quando l'inadempimento ha determinato una percepibile diminuzione della sfera patrimoniale dell'investitore.

Senonché nella specie occorre osservare quanto segue.

Da un lato la sentenza appellata, in via preliminare, senza qualificare la domanda attorea ha deciso l'eccezione di prescrizione sollevata dall'intermediario secondo il regime che è proprio del diritto al risarcimento del danno contrattuale.

Dall'altro, dopo aver statuito sulla prescrizione, ha configurato quello dell'investitore non già come credito risarcitorio, bensì come credito restitutorio conseguente alla risoluzione delle operazioni d'investimento per il riscontato inadempimento dell'intermediario nell'erogazione delle sue prestazioni contrattuali.

In sintesi, quindi, il Tribunale, prima di qualificare la domanda attorea come azione di ripetizione d'indebito e di effettuare il coerente, prodromico riscontro della prescrizione, l'ha parzialmente rigettata applicando il diverso regime della prescrizione proprio della domanda di risarcimento del danno contrattuale.

Occorre in proposito chiarire quanto segue.

*“La domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, poiché l'art. 1453 cod. civ., facendo salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento, esclude che la relativa azione presupponga il necessario esperimento*

*dell'azione di risoluzione, che costituisce un rimedio a tutela dell'equilibrio sinallagmatico del contratto e non ha funzione accertativa dell'inadempimento, il quale sussiste o meno - con tutte le conseguenze sul piano del diritto al risarcimento del creditore della prestazione inadempita - indipendentemente dall'eventuale pronuncia di risoluzione. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., il termine di prescrizione, in relazione al risarcimento di ogni danno da inadempimento, inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, indipendentemente dalla data della pronuncia risolutiva” (così C. n. 20067/2008).*

*“Qualora venga acclarata la mancanza di una "causa acquirendi" - tanto nel caso di nullità, annullamento, **risoluzione** o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo; è, quindi, la pronuncia dichiarativa o estintiva del giudice, avente portata estintiva del contratto, l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del “solvens” di restituzione della prestazione rimasta senza causa” (C. n. 14013/2017).*

*“In tema di indebito oggettivo, il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione decorre dal giorno in cui l'accertamento*

*dell'indebito sia divenuto definitivo, quando il difetto della "causa solvendi" sopravvenga al pagamento e non riguardi, invece, elementi genetici di un negozio nullo" (C. n. 24628/2015).*

*"La risoluzione del contratto pur comportando, per l'effetto retroattivo sancito dall'art. 1458 cod. civ., l'obbligo del contraente di restituire la prestazione ricevuta, non autorizza il giudice ad emettere il provvedimento restitutorio in assenza di domanda dell'altro contraente, atteso che rientra nell'autonomia delle parti disporre degli effetti della risoluzione, chiedendo, o meno, la restituzione della prestazione rimasta senza causa" (C. n. 2075/2013).*

*"In tema di prescrizione del diritto potestativo alla risoluzione del contratto per inadempimento il termine decorre, ai sensi dell'art. 2935 c.c., non dal momento in cui si verifica un qualunque inadempimento ma soltanto da quello in cui si realizza un inadempimento di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse della controparte" (C. n. 40988/2021).*

*"Per il resto, giova osservare che il giudice del merito si è uniformato alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, secondo cui "In tema di esercizio dei diritti potestativi, l'effetto interruttivo della prescrizione consegue unicamente alla proposizione della relativa domanda giudiziale, risultando al contrario inidoneo qualsiasi atto stragiudiziale di costituzione in mora, la cui efficacia, ai fini di quanto previsto dall'art. 2943 c.c., comma 4, è limitata ai diritti cui corrisponde un obbligo di*

*prestazione della controparte e non anche ai diritti potestativi, cui si collega una posizione di mera soggezione della controparte all'iniziativa altrui"* (Sez. 2, n. 8417 del 27 aprile 2016; Sez. 6-2, n. 6974 del 17 marzo 2017)<sup>9</sup> (il testo è estratto dalla motivazione di C. n. 18541/2022).

In sintesi, valgono le seguenti considerazioni.

Sono tra loro distinti ed autonomi, anche ai fini del regime della prescrizione cui soggiacciono, i rimedi conseguenti all'inadempimento contrattuale rappresentati dalle azioni di risoluzione del contratto, di ripetizione dell'indebitito e di risarcimento danni.

In particolare, l'azione di ripetizione dell'indebitito, che assume rilievo nella specie, pur essendo autonoma da quella di risoluzione è accessoria rispetto a questa poiché trova fondamento nell'ablazione del titolo contrattuale giustificativo del pagamento di cui è chiesta la restituzione.

Deriva che il termine di prescrizione del diritto restitutorio decorre dal giorno in cui è definitiva la caducazione della *causa solvendi*.

Quando, come nella specie, l'azione di ripetizione (secondo l'incontestata qualificazione operata nella sentenza impugnata) sia promossa da uno dei contraenti in cumulo con quella di risoluzione, è dirimente l'inizio della prescrizione del diritto potestativo allo scioglimento del contratto che dipende dall'inadempimento di non scarsa importanza ascrivibile alla

controparte.

L'effetto interruttivo della prescrizione del diritto potestativo alla risoluzione contrattuale consegue unicamente all'esercizio della relativa azione senza che rilevino eventuali manifestazioni extragiudiziali di volontà del contraente non inadempiente, compiute nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1 c.c..

Orbene, poste queste premesse, nella specie deriva quanto segue.

Come detto nella sentenza impugnata la decisione sulla prescrizione ha preceduto la qualificazione e il conseguente accoglimento della domanda attorea. Inoltre, le due statuizioni sono state assunte autonomamente l'una dall'altra. La prescrizione è stata decisa applicando il regime relativo al credito risarcitorio del danno contrattuale. La domanda del risparmiatore è stata, invece, accolta assumendo che si trattasse di un'azione di ripetizione d'indebito conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'intermediario.

D'altra parte, le doglianze delle parti si incentrano unicamente sui temi del *dies a quo* della prescrizione e sull'efficacia interruttiva degli atti extragiudiziali compiuti dal risparmiatore. Esse, invece, non attingono la qualificazione della domanda, dal Tribunale condotta, lo si ribadisce, dopo aver deciso l'eccezione di prescrizione e prescindendo del tutto dalle implicazioni conseguenti a tale prodromica statuizione.

Deriva che sulla qualificazione della domanda si è formato il giudicato interno rilevabile d'ufficio per quanto stabilito da C. n. 24488/2022: *“La proposizione dell'appello in ordine alla sola statuizione sulla prescrizione non determina la formazione del giudicato interno sulla spettanza del diritto, in astratto riconosciuta in primo grado, se l'esame della questione sulla prescrizione non sia limitato all'identificazione del "dies a quo" o all'esistenza di cause interruttive, ma involga la qualificazione del diritto stesso”*.

Nella specie l'effetto devolutivo conseguente agli appelli principale ed incidentale è unicamente limitato al regime della prescrizione applicabile all'azione di ripetizione d'indebito cumulata alla domanda di risoluzione del contratto per inadempimento dell'intermediario.

Pertanto, per quanto più sopra spiegato, il decorso della prescrizione è iniziato quando l'intermediario ha prestato i servizi d'investimento omettendo di somministrare al risparmiatore le informazioni dovute e non è stato efficacemente interrotto prima dell'introduzione del presente giudizio.

Consegue che, in aggiunta al già statuito parziale rigetto dell'azione di ripetizione intentata dall'investitore, va dichiarata l'estinzione per prescrizione del diritto alla restituzione del capitale investito nelle due operazioni intermedie il 29.09.2006. Ciò appunto in conseguenza dell'estinzione per prescrizione del diritto potestativo ad ottenerne la risoluzione

per inadempimento dell'intermediario.

L'investimento ha riguardato rispettivamente il titolo 13249270 Baloise (DE) acquistato (il 29.09.2006) ad € 10.004,75 e rivenduto (l'11.06.2007) ad € 9.650,46, ed il titolo 11146490 British Airways (DE) acquistato (il 29.09.2006) ad € 9.932,33 e rivenduto (il 07.06.2007) ad € 9.493,33, con una differenza a svantaggio dell'investitore rispettivamente di € 354,29 e di € 439,00 per un totale di € 793,29 (cfr. doc. n. 3 dell'appellato).

**3.1.** Con il secondo mezzo, rubricato "*sulla manleva rilasciata dal dott. alla Banca*", l'intermediario assume che con la dichiarazione da lui resa il 26.10.2005 l'investitore avrebbe attestato la piena consapevolezza dei rischi connessi agli investimenti che avrebbe eseguito, al contempo deresponsabilizzando completamente la controparte contrattuale per le perdite che fossero dipese dalle operazioni condotte in autonomia utilizzando la piattaforma *home banking* messaggi a disposizione.

**3.2.** La dichiarazione, dal risparmiatore esplicitamente resa ad integrazione non già del contratto che propriamente regola la prestazione dei servizi d'investimento da parte dell'intermediario, bensì del contratto di deposito titoli e di *trading online*, ha il seguente testuale tenore.

*"Gleichzeitig teile ich ihnen mit, dass sämtliche, in Abweichung zum darin enthaltenen Risikoprofil von mir mittels*

*online trading getätigten Wertpapierkäufe voll und ganz zu meinen Lasten gehen und ich, zu keiner Zeit auch immer, die in die Haftung nehmen kann, da die Bank keinerlei Einfluss auf die von mir getätigten Wertpapieroperationen noch eine Kontrolle ausüben kann. Vorliegendes Schreiben gilt als Ergänzung zu dem von mir am 26.10.2005 interzeichneten Wertpapierdepotvertrag und Online Trading-Vertrag“.*

Letteralmente la liberatoria si riferisce soltanto agli acquisti telematici di prodotti finanziari inadeguati al profilo di rischio dell'investitore (*sämtliche, in Abweichung zum darin enthaltenen Risikoprofil von mir mittels online trading getätigten Wertpapierkäufe*) ed stata rilasciata sull'inespresso ma evidente presupposto che al cliente fosse stata messa a disposizione una piattaforma *online* che non gli consentiva di interloquire con l'intermediario mentre conduceva le operazioni d'investimento (*“da die Bank keinerlei Einfluss auf die von mir getätigten Wertpapieroperationen noch eine Kontrolle ausüben kann“*).

Lo si ribadisce, di per sé la clausola integrativa non deroga al contratto che propriamente regola gli obblighi comportamentali dell'intermediario nell'erogazione dei servizi d'investimento.

Ciò precisato, ad avviso dell'intermediario la predetta dichiarazione andrebbe qualificata come patto o dichiarazione di manleva.

Esso ricorre quando una parte (il mallevadore) assume su di sé gli effetti patrimoniali scaturenti dalla responsabilità di un altro soggetto (mallevato) nei confronti di un terzo. In tal caso, dunque, la responsabilità non viene esclusa, ma trasferita dal debitore (mallevato) ad un altro soggetto (mallevadore).

Nella specie, invece, secondo il testuale tenore della dichiarazione da lui stesso resa, il risparmiatore avrebbe completamente liberato l'intermediario da ogni responsabilità per le perdite subite in dipendenza delle operazioni d'investimento condotte in autonomia, dando atto che la controparte non aveva la possibilità di controllarle ed influire su di esse se egli le avesse condotte con la piattaforma *home banking* messaggi a disposizione dallo stesso intermediario.

Tale patto o dichiarazione di manleva è all'evidenza elusivo della responsabilità contrattuale dell'intermediario, poiché volto ad esonerarlo dal suo obbligo, di fonte legale prima che negoziale, di informare il cliente sulle operazioni d'investimento che, oltretutto, quando la dichiarazione è stata resa, vale a dire nel 2005, non erano ammesse nella modalità autonoma c.d. *execution only* (tale modalità è stata infatti introdotta solo con il reg. Consob n. 16190/2007 cfr. C. n. 14884/2017: *"In tema di intermediazione finanziaria, anche quando la diffusione di strumenti finanziari avvenga mediante la prestazione individuale di "servizi di investimento", di cui all'art. 1, comma 5, del d.lgs. n. 58 del 1998, cioè mediante attività di*

*negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, a condizioni diverse a seconda dell'acquirente e del momento in cui l'operazione è eseguita, la tutela del cliente è comunque affidata all'adempimento, da parte dell'intermediario, di obblighi informativi specifici e personalizzati, ai sensi degli artt. 21 del citato d.lgs. n. 58 del 1998 e 26 e ss. del reg. Consob n. 11522 del 1998, applicabili "ratione temporis", senza che possa ricorrere, nella specie, l'ipotesi della cd. "execution only", di cui al reg. Consob n. 16190 del 2007, che richiede pur sempre, all'art. 43, che il cliente o potenziale cliente sia stato chiaramente e documentalmente informato che, nel prestare tale servizio, l'intermediario non è tenuto a valutare l'appropriatezza e che pertanto l'investitore non beneficia della protezione offerta dalle relative disposizioni").*

Pertanto, la prestazione del servizio di investimento in modalità *online* non può certo tradursi in un affievolimento degli obblighi normativamente previsti in capo all'intermediario finanziario.

Sicché, quando eroga il servizio in modalità telematica, per poter dimostrare di aver assolto pienamente gli obblighi di informazione, l'intermediario deve provare di aver adottato delle procedure che possano essere considerate come del tutto equivalenti a quelle a supporto di un servizio erogato in presenza del cliente.

Riscontra la correttezza di questa conclusione la seguente

considerazione.

Quando ha ottenuto dal proprio cliente la dichiarazione d.d. 26.10.2005, l'intermediario non può aver ignorato la comunicazione Consob n. DI/30396, del 21/04/2000.

Il testo prevede tra l'altro: *“Le modalità di comportamento dettate dall'ordinamento per la prestazione dei servizi di investimento non vengono meno se l'impresa si avvale di Internet per lo svolgimento dell'attività di intermediazione. Semplicemente, tali regole potranno richiedere modalità di adempimento specifiche in ragione della particolare natura tecnica del mezzo di contatto con la clientela utilizzato. Ne discende che è onere dell'intermediario che utilizza la “rete” predisporre ed attuare procedure tecniche ed operative che consentano il pieno ed effettivo rispetto della disciplina”*.

Perciò, ad esimente dell'inosservanza degli obblighi legali prima che contrattuali a carico dell'intermediario non può, certo, valere il consenso reso dal risparmiatore con la dichiarazione liberatoria d.d. 26.10.2005.

I presidi dall'ordinamento stabiliti a tutela del risparmiatore e, mediamente, del corretto funzionamento del mercato finanziario non sono certo negoziabili e tanto meno possono essere elusi dall'intermediario incapace di organizzare i servizi informatici d'investimento in modo tale da assolvere correttamente gli obblighi comportamentali ai quali la legge lo impegna.

Sotto il profilo più strettamente contrattuale si può poi anche osservare quanto segue.

Il predetto patto o dichiarazione liberatoria, integrativo dei contratti di deposito titoli e di *trading online*, soggiace, da un lato, alla disposizione dell'art. 1229 c.c. in tema di nullità dell'esclusione convenzionale della responsabilità del debitore per i casi di dolo, colpa grave o di violazione di norme di ordine pubblico.

Soggiace altresì a quella di cui all'art. 36 cod. consumo in tema di nullità (di protezione) delle clausole comportanti uno squilibrio a carico del consumatore, che si risolvano, in caso di inadempimento del professionista, in una limitazione nella proposizione delle azioni nei suoi confronti.

È, poi, innegabile che la normativa del Tuf e dei Regolamenti Consob, in quanto conformativa dell'attività negoziale di intermediazione finanziaria, non presidia soltanto le singole operazioni condotte dagli investitori ma, attraverso la tutela delle stesse, regola l'intero mercato finanziario realizzando un'evidente funzione di ordine pubblico economico.

In base al secondo comma dell'art. 1229 c.c. sono nulle le clausole dirette ad esonerare il debitore dalla responsabilità contrattuale nel caso in cui il fatto proprio o dei propri ausiliari costituisca violazione di norme di ordine pubblico. Sicché, in una tale evenienza, la clausola d'esonero è nulla anche nell'ipotesi di inadempimento per colpa lieve.

Detto questo, nella specie si riscontra una doppia violazione contrattuale dell'intermediario. Essa è consistita, da un lato, nell'omessa somministrazione delle informazioni normativamente dovute al proprio cliente. Dall'altro, e anteriormente a questa violazione, l'intermediario ha inadempito il suo obbligo contrattuale di erogare i servizi d'intermediazione finanziaria per il tramite di una piattaforma di *trading online* che gli consentisse di assolvere correttamente i propri obblighi comportamentali.

In sintesi la descritta doppia violazione rappresenta senz'altro un grave inadempimento delle norme poste dal Tuf e dai regolamenti Consob a presidio dell'ordine pubblico economico che, in considerazione della loro precisata funzione, esplicano un inderogabile effetto conformativo della libertà negoziale nell'ambito dei singoli rapporti di erogazione dei servizi d'investimento e ciò a tutela sia del risparmiatore, vale a dire della parte contrattualmente più debole, sia della sicurezza e trasparenza del mercato finanziario.

**4.1.** Con il terzo mezzo rubricato "*sull'errata valutazione in merito agli obblighi informativi gravanti sulla banca*" l'intermediario articola due censure.

**4.2.1.** Con la prima, rubricata "*Obblighi di informativa riguardanti l'eventuale inadeguatezza (periodo pre-Mifid ante novembre 2007) o inappropriata (periodo Mifid post novembre 2007) delle operazioni d'investimento*", sostiene essenzialmente

che il risparmiatore, all'esito della sua profilatura e considerata la sua pregressa operatività, risultava essere un investitore esperto di prodotti finanziari, compresi quelli più rischiosi, con elevata propensione speculativa.

Muovendo da questa premessa conclude che, essendo incontestata la coerenza delle operazioni ora impugnate con il descritto profilo finanziario del risparmiatore, l'intermediario non era tenuto a somministrargli ulteriori informazioni riguardanti le specifiche caratteristiche dei singoli investimenti intermediati.

**4.2.2.** La tesi non è condivisibile perché incoerente con C. n. 19891/2022 *“In tema di intermediazione finanziaria, grava sull'intermediario, ai sensi dell'art. 23, comma 6, del d.lgs. n. 58 del 1998, provare di aver agito con la specifica diligenza richiesta e, dunque, dimostrare di avere correttamente informato i clienti sulla natura, i rischi e le implicazioni della specifica operazione relativa ai titoli mobiliari oggetto di investimento, risultando irrilevante, al fine di andare esente da responsabilità, una valutazione di adeguatezza dell'operazione, posto che l'inosservanza dei doveri informativi da parte dell'intermediario è fattore di disorientamento dell'investitore, che condiziona le sue scelte di investimento”*.

**4.3.1.** La seconda censura è articolata sotto il titolo *“Obblighi di informativa riguardanti caratteristiche e rischi degli strumenti finanziari”*.

L'intermediario declina differentemente il contenuto dei suoi obblighi normativi d'informare il risparmiatore distinguendo due periodi di operatività, a seconda cioè che egli abbia intermediato gli investimenti prima o dopo il mese di novembre 2007, quando è stata recepita la direttiva 2004/39/CE, meglio nota come Direttiva MiFID.

Con riguardo al periodo anteriore sostiene di aver assolto adeguatamente ai propri obblighi consegnando al cliente il *“Documento sui rischi generali dell'investimento in prodotti finanziari”*, ribadendo per il resto che, nella specie, la somministrazione di ulteriore informativa sui singoli investimenti gli era preclusa dalla modalità telematica prescelta dal risparmiatore per la propria operatività.

Quanto al periodo successivo, sostiene che il contenuto dell'obbligo informativo a carico dell'intermediario sarebbe stato normativamente ridefinito riferendolo alle caratteristiche non più dei singoli particolari investimenti, bensì delle tipologie degli strumenti finanziari. Siffatto obbligo sarebbe stato nella specie adeguatamente assolto con la consegna del predetto documento sui rischi generali e successivamente con la rinnovata profilatura del risparmiatore.

**4.3.2.** Sulla questione conviene muovere da C. n. 10112/2021 che (in motivazione) ha chiarito quanto segue.

*“E' opportuno premettere che, in materia d'intermediazione finanziaria, una disciplina differenziata della mera esecuzione di*

*ordini per conto del cliente è stata introdotta, in attuazione della direttiva n. 2004/39/CE del 21 aprile 2004, soltanto dal Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007, non applicabile alla fattispecie in esame, in quanto entrato in vigore in epoca successiva all'esecuzione degli ordini di acquisto ai quali si riferisce la domanda proposta dall'attore. In precedenza, trovava applicazione la disciplina dettata dal Regolamento Consob n. 11522 del 1998, la quale, a differenza di quella introdotta dagli artt. 43 e 44 del Regolamento successivo, che ha escluso l'obbligo dell'intermediario di acquisire informazioni in ordine alla conoscenza ed all'esperienza del cliente nel settore d'investimento rilevante per il tipo di strumento richiesto e di procedere alla valutazione di appropriatezza dell'operazione, non conferiva specifico rilievo al più ristretto margine di discrezionalità di cui l'intermediario gode nella prestazione di tale servizio, imponendo quindi di attenersi alle regole di comportamento previste dagli artt. 28 e 29, che prescrivevano l'acquisizione delle informazioni necessarie per poter valutare l'adeguatezza dell'operazione rispetto all'esperienza dell'investitore, alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi d'investimento ed alla sua propensione al rischio (c.d. obbligo di informazione passiva), e la somministrazione all'investitore di quelle relative alla natura, ai rischi ed alle implicazioni dell'operazione, necessarie per consentirgli di effettuare una consapevole scelta di investimento (c.d. obbligo di informazione*

*attiva). Peraltro, anche nell'ambito della disciplina dettata dal nuovo Regolamento, l'esenzione dell'intermediario dagli obblighi previsti in via generale per l'attività di negoziazione non è automaticamente collegata alla mera esecuzione di ordini, ma è subordinata dall'art. 43 alla presenza di determinate condizioni, tra le quali la non complessità dell'operazione e la preventiva informazione del cliente in ordine all'inoperatività della protezione offerta dagli artt. 41 e 42, la cui sussistenza nella specie non è stata neppure dedotta (cfr. Cass., Sez. I, 15/06/2017, n. 14884).*

*In relazione alla disciplina dettata dal Regolamento n. 11522 del 1998, questa Corte ha già avuto modo di affermare che, anche nel caso in cui il cliente si limiti ad impartire all'intermediario degli ordini di acquisto, senza affidargli un incarico di consulenza in relazione alla scelta dei prodotti finanziari da acquistare di gestione del portafoglio dei titoli, l'intermediario è comunque tenuto, ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, artt. 1 e 21 e degli artt. 28 e 29 del Regolamento n. 11522 del 1998, a fornirgli adeguate informazioni sia in ordine alle operazioni in sè, sia in ordine alla loro adeguatezza rispetto al suo profilo di rischio, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la circostanza che in sede di stipulazione del contratto quadro il cliente abbia dichiarato di possedere un'ampia esperienza in riferimento ai prodotti finanziari da acquistare ed un'elevata propensione al rischio (cfr. Cass., Sez. I, 15/06/2017, n. 14884; 23/09/2016, n. 18702). Il mero fatto che, sulla base delle*

*dichiarazioni rilasciate al momento dell'instaurazione del rapporto o delle operazioni effettuate precedentemente a quella rivelatasi pregiudizievole, il cliente possa ritenersi capace di valutare autonomamente i costi ed i benefici degli investimenti progettati, nonchè disponibile ad esporsi al rischio di perdite, pur di assicurarsi margini di profitto più elevati, non è infatti sufficiente a trasformarlo in un operatore qualificato, nel senso previsto dall'art. 31 del Regolamento Consob, e quindi ad esonerare l'intermediario dagli obblighi previsti dagli artt. 28 e 29, a tal fine occorrendo il possesso dei requisiti soggettivi specificamente indicati dal comma 2 della predetta disposizione: quest'ultimo, in particolare, nell'annoverare tra gli operatori qualificati "le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità" stabiliti per gli esponenti aziendali delle società d'intermediazione mobiliare, presuppone d'altronde che il cliente abbia manifestato espressamente o tacitamente la volontà di essere considerato tale, ed impone all'intermediario di accertare, al momento dell'instaurazione del rapporto, il pregresso svolgimento di quei ruoli per il periodo indicato (cfr. Cass., Sez. I, 1/06/2017, n. 13872; 20/11/2015, n. 23805; 27/10/2015, n. 21887)".*

Deriva quanto segue.

Per il periodo anteriore al novembre 2007, non è, dunque, sufficiente la difesa dell'intermediario incentrata, da un lato, sull'avvenuta somministrazione al cliente dell'informativa

generale circa i rischi dell'investimento in prodotti finanziari e, dall'altro, sulle dichiarazioni dello stesso risparmiatore circa una propensione speculativa elevata e circa una conoscenza ed esperienza in ambito di prodotti finanziari anche rischiosi.

Perché possa dirsi dimostrato l'adeguato assolvimento dei suoi obblighi informativi occorre la prova, nella specie omessa, che l'intermediario avesse assolto adeguatamente il suo dovere di salvaguardia dell'interesse del cliente curando l'adeguatezza oggettiva e soggettiva dei prodotti e dei servizi somministrati al cliente e la comprensione effettiva da parte del medesimo delle relative caratteristiche.

Né, per quanto sopra spiegato (punto 3.2), l'operatività esclusivamente telematica, con disposizioni impartite da remoto, può perciò solo ritenersi disintermediata e, dunque, essere assunta quale esimente del corretto adempimento degli obblighi informativi predisposti dalla normativa settoriale a tutela del contraente debole.

Per il periodo successivo al novembre 2007, l'art. 43, reg. Consob n. 20307/2007 stabilisce che gli intermediari possano prestare servizi di esecuzione di ordini, con o senza servizi accessori, *“senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla valutazione di cui al Capo II”*, nel caso in cui siano soddisfatte, contestualmente quattro diverse e indefettibili condizioni, tra cui: *“a) i suddetti servizi sono connessi a uno dei seguenti **strumenti finanziari non complessi** [...]”*.

Il dato normativo ammette un'accessibilità libera alla mera esecuzione di ordini (c.d. *execution only*). È, tuttavia, necessario che ricorrano contestualmente le condizioni normativamente enucleate, tra cui appunto la negoziazione di categorie di prodotti non complessi.

Per converso, un'operatività in regime di *execution only* su strumenti finanziari, come nella specie riscontrato dalla sentenza impugnata, connotati da un'elevata complessità (e, quindi, rischiosità), senza somministrazione d'informativa al risparmiatore è configurabile come una grave violazione del dato normativo e regolamentare, da parte dell'intermediario.

**5.1.** Con il suo quarto mezzo, rubricato "*Della errata dichiarazione di risoluzione degli ordini di acquisto di titoli del sig. Mulser per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c.*" l'intermediario in sostanza si duole perché il Tribunale nell'apprezzare l'importanza dell'ascrittogli inadempimento degli obblighi informativi in rapporto all'interesse del risparmiatore non ha tenuto conto della dichiarazione liberatoria d.d. 26.10.2005 dalla quale si evinceva che l'effettiva esigenza del cliente era quella di operare liberamente ed autonomamente anche su prodotti finanziari complessi e rischiosi senza la necessità di essere eteroinformato.

**5.2.** In premessa occorre tenere presente che "*La giurisprudenza di legittimità, pure di recente, ha affermato il principio che "In materia di compravendita di strumenti*

*finanziari, l'investitore, a seguito dell'inadempimento dell'intermediario ai propri obblighi di informazione, imposti dalla normativa di legge e di regolamento Consob e derivanti dalla stipula del cd. contratto quadro, può domandare la risoluzione non solo di quest'ultimo, ma anche dei singoli ordini di investimento - aventi natura negoziale e tra loro distinti e autonomi - quando il relativo inadempimento sia di non scarsa importanza" (Cass., 23 maggio 2017, n. 12937; Cass., 9 febbraio 2018, n. 3261; Cass., 31 marzo 2021, n. 8997)" (il testo è tratto da C. n. 2530/2023).*

Sempre in premessa occorre qui richiamare tutto quanto sopra dedotto sub punto 3.2 della presente motivazione.

*Inoltre, "In tema di intermediazione finanziaria, la prescrizione, legale e regolamentare, di peculiari e pregnanti doveri informativi a carico degli intermediari e nell'interesse dei clienti risparmiatori, con particolare riguardo ai titoli di cui ai possibili investimenti, attinge a propria ragione d'essere la funzione di orientamento verso scelte di investimento che siano consapevoli e ragionevoli. Di conseguenza, la condotta dell'intermediario, che trascura di assolvere i doveri impostigli dalla legge, si manifesta, in sé stessa, come fattore di disorientamento del risparmiatore, cioè di uno scorretto orientamento di questi verso le scelte di investimento, con la ulteriore conseguenza che il riscontro della mancata prestazione dell'informazione, che risulta dovuta dall'intermediario, viene*

*propriamente a ingenerare una presunzione di riconducibilità ad essa dell'operazione, salva comunque restando la possibilità dell'intermediario di provare eventuali circostanze atte a interrompere tale nesso eziologico" (C. n. 24142/2018).*

Nella specie, dunque, è acclarata la violazione di una inderogabile obbligazione *ex lege* conformativa di quella pattizia.

Il consenso del risparmiatore non può, perciò, avere efficacia scriminante rispetto alla violazione dell'obbligazione legale. Esso, pertanto, non può nemmeno rilevare nel giudizio *ex art. 1455 c.c.* sull'importanza dell'inadempimento commesso dall'intermediario.

Vale, perciò, la presunzione che la condotta violativa dell'intermediario abbia disorientato la volontà del risparmiatore nella scelta degli investimenti sfavorevoli, il che di per sé è dimostrativo della gravità dell'inadempimento.

Il tutto senza considerare il fatto che l'intermediario non ha fornito elementi per consentire di formulare il giudizio controfattuale in ordine all'orientamento che il risparmiatore avrebbe assunto se gli avesse somministrato le informazioni sui concreti profili di rischio dei singoli investimenti.

Nemmeno il volume dello stesso genere di operazioni effettuate dal risparmiatore assume significato. Invero, anche in quest'eventualità la S.C. ha stabilito che *"L'ampia esperienza maturata dall'attore in materia di investimenti finanziari, desumibile dalla frequenza, dalla tipologia e dall'importo delle*

*operazioni precedentemente compiute, e l'elevato profilo di rischio emergente dai criteri adottati per orientare le proprie scelte d'investimento, non dispensassero la Banca dall'obbligo di acquisire tutte le informazioni relative ai titoli ordinati"; peraltro, "La buona conoscenza del mercato finanziario non è sufficiente a dispensare l'intermediario dagli obblighi informativi posti a suo carico, giacché la circostanza che il cliente propenda per investimenti rischiosi non esclude la sua facoltà di selezionare tra gli stessi quelli che, a suo giudizio, presentino maggiori probabilità di successo" (C. n. 10112/2021 cit.).*

**6.** In conclusione, all'esito dell'impugnazione trova accoglimento unicamente la doglianza dell'intermediario afferente alla prescrizione.

Il credito risarcitorio del risparmiatore viene perciò riliquidato nella somma di € 384.531,57 oltre gli accessori come precisati nella sentenza impugnata.

**7.** Le spese del grado seguono la soccombenza e gravano, perciò, per intero sull'intermediario. Sono liquidate secondo i parametri tabellari medi per valore di causa sino a € 520.000,00.

**P.Q.M.**

La Corte d'Appello di Trento, Sezione distaccata di Bolzano, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da

\_\_\_\_\_ nei confronti di \_\_\_\_\_  
appellante incidentale, avverso la sentenza n. 853/2020 d.d.

22.10.2020 del Tribunale di Bolzano così provvede:

parzialmente accolto l'appello principale e disatteso quello incidentale, dunque, in parziale riforma della sentenza impugnata

1. accerta che \_\_\_\_\_ è debitrice nei confronti di \_\_\_\_\_ della somma di € 384.531,57 oltre agli interessi legali dal 23.01.2017 al saldo e per l'effetto la condanna al relativo pagamento;

2. conferma per il resto l'impugnata sentenza;

3. condanna Banca \_\_\_\_\_ a rifondere a \_\_\_\_\_ le spese del presente grado di giudizio che, nel loro intero ammontare, si liquidano nell'importo complessivo di € 16.374,85, oltre IVA, CAP;

4. si dà atto che sussistono i presupposti per il versamento da parte dell'appellante incidentale \_\_\_\_\_ ai sensi del co. 1-*quater* dell'art. 13 d.P.R. 115/2002, inserito con l'art. 1 co. 17 l. 24.12.2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione in oggetto.

In caso di diffusione del presente provvedimento si dispone l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/2003.

Così deciso in Bolzano, li 08.02.2023.

Il Presidente \_\_\_\_\_ Dott. Isabella Martin

Il Consigliere estensore \_\_\_\_\_ Dott. Tullio Joppi

Il Funzionario Giudiziario