

Tribunale di Venezia 30 maggio 2007, n. 1114 – Pres. R. Zacco, Est. A. Fidanzia.

Intermediazione finanziaria – Autonomia contrattuale dei singoli ordini di negoziazione – Natura – Distinzione.

Intermediazione finanziaria – Ordini di negoziazione - Requisiti di forma – Violazione – Nullità.

I singoli ordini di acquisto impartiti dal cliente ed accettati dall'intermediario danno luogo ad autonome fattispecie negoziali configurabili come contratti di mandato in caso di negoziazione per conto terzi e come veri e propri contratti di compravendita in caso di negoziazione per conto proprio.

Comporta la nullità dell'ordine di acquisto la violazione dei requisiti di forma prescritti dall'art. 29 reg. Consob per l'esecuzione di operazioni inadeguate, posto che l'art. 29 citato, unitamente all'art. 23 del TUF hanno natura imperativa in considerazione degli interessi pubblicistici tutelati -anche di rango costituzionale- identificabili non solo nella tutela dei risparmiatori *uti singuli* ma anche in generale del risparmio come elemento di valore dell'economia nazionale. Da luogo invece ad inadempimento la condotta dell'intermediario successiva alla conclusione del contratto quadro che importi violazione di norme comportamentali.

(Redazione **IL CASO.it**)

FATTO E DIRITTO

Va premesso che la presente sentenza viene redatta in forma abbreviata a norma dell'art. 16 comma 5° D.L.vo 17.1.2003 n. 5, con la conseguenza che per la parte narrativa deve richiamarsi quanto dedotto dalle parti nei rispettivi atti difensivi.

L'attore chiede accertarsi la nullità e/o annullabilità dell'ordine di acquisto effettuato in data 1 marzo 1999 delle obbligazioni Argentina Euro 9,50 % 4.3.99 / 4.3.2004 per la somma complessiva di € 200.825,82 e, per l'effetto, chiede la condanna della banca convenuta alla ripetizione della predetta somma, oltre agli interessi legali dal 4 marzo 1999 al saldo (data addebito valuta). Chiedersi altresì disporsi la contestuale restituzione a suo carico alla convenuta della somma di € 33.247,94 percepita a titolo di cedole, operandosi, se del caso, la compensazione con la somma dovuta dalla banca.

In via subordinata, l'attore chiede dichiararsi la risoluzione per grave inadempimento del contratto d'acquisto delle stesse obbligazioni con i conseguenti obblighi restitutori.

In via ulteriormente subordinata, chiede accertarsi e dichiararsi l'inadempimento contrattuale della banca nonché la condanna della banca al risarcimento di tutti danni patrimoniali e non patrimoniali subiti da quantificarsi in via equitativa.

L'attrice lamenta che la predetta operazione è stata comunque eseguita in violazione di norme imperative di legge e segnatamente, l'art. 21 T.U.F., gli artt. 26, 27, 28, 29 e 94 reg. consob.

La banca si è costituita chiedendo il rigetto delle domande attoree.

La domanda dell'attore appare meritevole di accoglimento.

Nell'ambito della disciplina delineata dal Legislatore in tema di intermediazione finanziaria, costituita dal dlgs n. 58/98 e dal suo regolamento attuativo n. 11522 - atto normativo cui è stata espressamente demandata dallo stesso legislatore l'attuazione e disciplina dei principi generali posti dal T.U.F. - ad avviso di questo Collegio, possono essere distinte due categorie di regole:

le norme che stabiliscono dei veri e propri requisiti di validità e sono volte quindi ad imporre all'intermediario l'osservanza di obblighi di forma e le norme che si limitano ad imporre degli obblighi comportamentali.

All'interno della prima categoria, va ricondotta, oltre alla norma di cui all'art. 23 TUF che prescrive la necessaria forma scritta per il c.d. contratto quadro, anche la previsione di cui all'art. 29 reg. Consob, la quale non si accontenta di porre a carico dell'intermediario un mero obbligo di informazione del risparmiatore - ovvero dell'esistenza dell'eventuale inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per le quali non è opportuno procedere all'esecuzione della stessa - ma stabilisce che se l'investitore intende comunque dare corso all'ordine, l'intermediario può eseguire l'operazione solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordine telefonico, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Posto che la prescrizione della forma quale elemento costitutivo di un contratto risponde normalmente ad un'esigenza di responsabilizzazione del consenso, di mettere in guardia colui che compie un atto di particolare importanza in ordine alle conseguenze dello stesso, che esigono, proprio per questo, una maggiore ponderazione - non a caso è prevista la forma scritta di estrema delicatezza quali gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari - e' indubitabile che, nella stessa prospettiva, l'art. 29, nel caso di operazione non adeguata, in quanto in controtendenza con le pregresse scelte di investimento, abbia voluto, con particolare rigore, imporre una particolare forma in relazione all'esigenza di maggior tutela del risparmiatore che viene così messo in condizione di valutare in maniera ancor più ponderata il grave rischio cui si espone.

Si tratta di un requisito di forma che risponde pertanto ad un'esigenza di sostanza di protezione dell'investitore nel compimento di un'operazione assai delicata e potenzialmente dannosa per lo stesso, analogamente a quanto avviene in altre situazioni in cui l'ordinamento ha ritenuto che il rispetto di determinate forme, in relazione ai particolari effetti da ricollegarsi ad un determinato atto, costituisca l'unica garanzia dell'effettiva ponderazione della scelta negoziale (es. la forma dell'atto pubblico, a norma dell'art. 782 cod. civ., nella donazione è richiesta in relazione alla gratuità dell'atto).

Nella seconda categoria, vanno ricondotte quelle norme che impongono all'intermediario l'osservanza di regole di comportamento e/o responsabilità: quali, ad esempio, consegnare al risparmiatore il documento sui rischi generali sugli investimenti, fornirgli informazioni sulla tipologia e sulle caratteristiche della singola operazione di investimento che sta per

intraprendere, eccetera.

Ritiene questo Tribunale che solo la violazione della prima categoria di norme possa giustificare la pronuncia di invalidità di un acquisto, attraverso la sanzione della nullità, la quale è testuale per la violazione dell'art. 23 TUF e "virtuale" per l'inosservanza dell'art. 29 reg. consob, e ciò in base al rilievo che il T.U.F. ed il suo regolamento attuativo, che costituisce con il primo un corpus unicum da valutarsi unitariamente, sono norme imperative a norma dell'art. 1418 1° comma in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost) che mirano a realizzare, ed identificabili non solo nella tutela dei risparmiatori uti singoli ma anche in generale del risparmio come elemento di valore dell'economia nazionale (vedi Cass. 7.3.2001 n. 3272).

In particolare, la natura imperativa delle norme in oggetto comporta che qualora talune di esse prescrivano requisiti "intrinseci" della fattispecie negoziale, in quanto attinenti alla struttura o al contenuto del contratto – come appunto fa l'art. 29 reg. consob in relazione ai singoli ordini d'acquisto - la loro violazione dà luogo alla nullità del contratto (vedi la recente sentenza della Corte di Cassazione 31 marzo/29 settembre 2005. Pres. Losavio, rel. Marziale).

La violazione delle norme comportamentali – si tratta, ad avviso di questo Collegio, di obblighi contrattuali e non precontrattuali (difformemente da quanto ritenuto sul punto dalla sopra citata sentenza della Suprema Corte) riguardanti un condotta dell'intermediario successiva alla conclusione del contratto quadro di negoziazione, che costituisce proprio la fonte di quegli obblighi comportamentali - dà luogo invece ad un inadempimento contrattuale che può giustificare solo una pronuncia risarcitoria idonea a ristorare l'investitore del danno allo stesso eventualmente cagionato.

Tuttavia, la pronuncia risarcitoria presuppone che sia dimostrato il nesso causale tra violazione della norma comportamentale (omessa o carente informazione sulle caratteristiche e sui rischi dell'operazione) ed il danno (perdita dell'investimento): occorre quindi che l'investitore provi che se avesse avuto complete informazioni da parte dell'intermediario, sarebbe stato disincentivato e non avrebbe quindi acquistato quei titoli.

A tal proposito, infatti, non può ritenersi che l'inversione dell'onere della prova previsto a carico della banca dall'art. 23 T.U.F. in ordine all'osservanza degli obblighi di diligenza e corretta informazione, si estenda anche alla dimostrazione del nesso di causalità tra condotta negligente della banca medesima e danno.

L'onere di provare il nesso causale rimane comunque a carico del risparmiatore, sebbene lo stesso possa essere assolto mediante presunzioni a norma dell'art. 2727 e ss. cod. civ.

La difesa della banca, relativamente all'orientamento seguito da questo Tribunale, contesta l'assunto secondo cui , in caso di operazione inadeguata, l'art. 29 regolamento consob prescriva come requisito di validità dei singoli ordini di compravendita la forma scritta (o in caso di ordine telefonico la sua registrazione su nastro magnetico o supporto equivalente) in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

In particolare, la difesa della banca ritiene che tale costruzione non regga dal momento che

se si ipotizza che, per gli ordini impartiti per iscritto, sia richiesta ad substantiam la forma scritta delle avvertenze, si dovrebbe postulare – non essendo possibile un divergente trattamento tra ordine scritto e telefonico - che per gli ordini telefonici la forma prescritta ad substantiam sia quella della registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, ipotesi asseritamente insostenibile sul rilievo che l'art. 60 reg. consob (che prevede la registrazione degli ordini telefonici e l'attestazione cartacea di quelli ricevuti dagli intermediari presso le loro sedi o dipendenze) riguarda non la "forma" degli ordini ma, come chiaramente esplicitato dalla rubrica di tale disposizione, soltanto la loro "attestazione" da parte del soggetto che li riceve.

In sostanza, la prescrizione dell'art. 29 comma 3 non aggiungerebbe nulla di più sul piano formale a quanto prescrive il citato art. 60 che non riguarda la forma dell'ordine.

Peraltro, la difesa della banca sostiene la non coerenza argomentativa del Tribunale che, per un verso, fa assurgere l'avvertenza dell'inadeguatezza e l'autorizzazione a dar corso all'operazione a requisito formale ad substantiam dell'ordine e, dall'altro, in altra sentenza di questo Tribunale, in caso di ordine telefonico, ha ammesso la possibilità di provare testimonialmente il soddisfacimento di tale requisito, e ciò nonostante l'ontologica incompatibilità di principio tra requisiti di forma prescritti a pena di nullità e prova testimoniale.

Infine, la difesa della banca afferma che, nel caso di operazione inadeguata, la segnalazione dell'intermediario circa la non adeguatezza e l'acquisizione della volontà dell'investitore di dare comunque corso all'operazione sono atti che, nella sequenza logica e cronologica descritta dall'art. 29, comma 3° reg. consob debbono all'evidenza essere posti prima della conclusione del contratto, e come tali sono estranei ad elementi intrinseci della fattispecie: tale situazione è, ad avviso della banca, assolutamente identica a quella - presa in considerazione dalla Suprema Corte nella nota sentenza del 29 settembre 2005 n. 19024.

Prima di soffermarsi analiticamente sulle censure mosse all'orientamento di questo Tribunale dalla difesa della banca, appare opportuno un inquadramento generale della materia a partire dalla qualificazione della natura giuridica del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento ed accessori, il c.d. contratto quadro.

Tale contratto è stato ricondotto nell'alveo della disciplina dettata in tema di mandato da una parte consistente della giurisprudenza di merito (vedi ad es. Trib. Rovereto 18.1.2006; Trib. Catania 23.1.2007) la quale lo ha ritenuto come il solo punto di riferimento della fattispecie legale, come l'atto di autonomia negoziale cui solo può essere riservata la valutazione di conformità della concreta pattuizione con gli interessi primari tutelati dall'ordinamento.

I singoli ordini, gli atti di negoziazione dei titoli, costituirebbero solo il momento esecutivo del contratto gestorio, il momento attuativo del programma negoziale contenuto proprio nel contratto di prestazione dei servizi di investimento e non potrebbero quindi essere considerati come atti di autonomia contrattuale.

Tali atti non avrebbero pertanto un'autonoma causa negoziale ma troverebbero solo il

fondamento causale nel contratto d'investimento.

Questo collegio non condivide tale impostazione.

Il contratto quadro ha la funzione di regolamentare in via generale il servizio prestato dall'intermediario in favore del cliente indicando quali regole l'intermediario medesimo deve osservare per consentire al risparmiatore di porre in essere una consapevole scelta di investimento ma è del tutto privo - come invece avviene nel contratto di mandato - di un seppur minimo programma negoziale. Si può dire che il contratto quadro, sotto questo profilo, abbia un contenuto "vuoto" .

E' sufficiente esaminare il contratto per la prestazione dei servizi di investimento di cui è causa (doc.1) - ma quelli usati dalle altre banche sono assolutamente simili - per constatare come non sia rinvenibile alcun autonomo programma di investimenti.

Se è pur vero che il risparmiatore chiede apparentemente la prestazione di una serie di servizi di investimento quali la negoziazione di strumenti finanziari, la sottoscrizione di strumenti finanziari, in sede di collocamento e/o distribuzione, la ricezione e trasmissione di ordini di acquisto e di vendita di strumenti finanziari, etc, in realtà, in ogni attività elencata è contenuta la dicitura assai significativa ed eloquente " di cui agli ordini di compravendita che Vi saranno impartiti secondo i termini le condizioni ivi previsti".

In sostanza, nel contratto quadro non è dato sapere neppure in minima parte quali tipi di investimenti mobiliari porrà in essere il cliente - il quale potrebbe decidere anche di non acquistare nessun titolo o acquistare (come nelle operazioni inadeguate) titoli di natura e tipologia diversa rispetto al suo profilo di rischio ed ai suoi obiettivi di investimento - essendo tutto rimesso alla disciplina delle singole contrattazioni.

La banca quindi, in virtù dell'asserito incarico gestorio conferitogli, pur assumendo sin da subito l'obbligo di comportarsi con diligenza, trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi di investimento, non può procedere all'acquisto di nessun titolo per conto del cliente, essendo indispensabile che le venga impartito, di volta in volta, un ordine da parte del risparmiatore.

Se è pur vero che, secondo la dottrina tradizionale, il mandato "tollera un alto grado di indeterminatezza" nel suo contenuto, nel senso che il regolamento iniziale può essere integrato a volta a volta che le esigenze lo richiedono, a mezzo di istruzioni impartite dal mandante, tuttavia, il contratto quadro, sulla base di quanto sopra illustrato, presenta un livello davvero assoluto di indeterminatezza, atteso che il suo contenuto, sotto il profilo del programma che deve attuare il mandatario, non viene solo "integrato" ma addirittura "determinato integralmente" di volta in volta dall'autonoma manifestazione di volontà del cliente.

Verosimilmente, proprio in relazione alla constatazione che il contratto quadro è completamente privo di un proprio programma negoziale, la Suprema Corte, anche nelle proprie recenti sentenze in tema di intermediazione mobiliare (vedi Cass. n.111/2004; Cass. 28260/2005), riconosce autonoma dignità negoziale ai singoli contratti - definendoli tali - che vengono di volta in volta conclusi tra intermediario e cliente con il conferimento

dell'ordine da parte di quest'ultimo e l'accettazione della banca, che può manifestarsi attraverso la diretta esecuzione.

La circostanza che i singoli ordini di acquisto impartiti dal cliente, una volta accettati dall'intermediario, diano vita ad autonome fattispecie negoziali - questi sì che possono configurarsi come contratti di mandato in caso di negoziazione per conto terzi mentre sono veri e propri contratti di compravendita in caso di negoziazione per conto proprio - comporta che l'eventuale violazione delle prescrizioni di forma imposti dal T.U.F. e dal regolamento Consob per i singoli ordini produce conseguenze dirette sui singoli atti di acquisto dei titoli mentre non provoca immediate ricadute sulla sorte del contratto quadro.

A questo punto, appare opportuno soffermarsi sul potere riconosciuto alla Consob di imporre prescrizioni che attengano alla validità dei singoli ordini di acquisto titoli e di emanare quindi norme aventi natura imperativa, potere che potrebbe apparire non così pacifico laddove si fondasse ogni valutazione esclusivamente sulla natura di fonte secondaria dei regolamenti che promanano da tale Autorità.

A tal proposito, è stato efficacemente osservato che i regolamenti della Consob costituiscono una fonte formalmente secondaria ma sostanzialmente primaria.

La tecnica di legislazione utilizzata dal T.U.F. è quella che si suole definire per principi, nel senso che la legge si limita a stabilire le regole fondamentali della disciplina dei mercati finanziari mentre le norme specifiche sono delegate, in considerazione dell'esperienza settoriale e della preparazione tecnica di tale organismo, al potere regolamentare della Consob. In particolare, tale Autorità non si limita ad introdurre le regole applicative ed esecutive di fattispecie già disciplinate in via legislativa ma provvede essa stessa a regolamentare tali fattispecie.

Proprio la particolare competenza tecnica dell'autorità indipendente è alla base della delegificazione di alcuni settori della materia del credito e risparmio, scelta normativa che la legge delega n. 52/1996 e il conseguente decreto legislativo n. 58/98 hanno operato in piena attuazione delle direttive comunitarie 93/6 e 93/22.

A tal proposito, devono segnalarsi l'art. 3 della L. 52/1996 - rubricato "criteri e principi direttivi generali della delega legislativa" - il quale prevede che "i decreti legislativi potranno disporre la delegificazione della disciplina di materie non coperte da riserva assoluta di legge, le quali siano suscettibiliautorizzando...l'esercizio della potestà normativa, anche di carattere regolamentare, delle autorità competenti " e l'art. 21 comma 1 lett. p) della stessa legge che così recita: "le disposizioni necessarie per adeguare alle direttive 93/6/CEE e 93/22/CEE la disciplina vigente per lo svolgimento dei servizi di investimento per la cui adozione non si debba provvedere con atti aventi forza di legge saranno emanate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze normativamente previste".

Il legislatore delegato ha attuato le citate norme della legge delega, limitandosi all'art. 21 TUF ad indicare i criteri generali da osservare nello svolgimento dei servizi di investimento ed attribuendo espressamente alla Consob, in base all'art. 6 comma 2° della stessa legge, il potere di disciplinare analiticamente, con proprio regolamento, la materia del rapporto tra

intermediario e risparmiatori nella prestazione di tali servizi.

Autorevole dottrina ha evidenziato che il rapporto tra norma primaria e norma regolamentare assomiglia a quello tra la legge delega, contenente i principi e criteri direttivi e decreto legislativo, con la sola differenza (a favore del regolamento consob) che la delega attribuita all'autorità indipendente - a differenza di quella del legislatore delegato, che è soggetta a termini di scadenza - è potenzialmente esercitabile in via permanente: salvo che il legislatore non intenda in futuro "rilegificare" la materia, è indubitabile che una deliberazione successiva della Consob potrebbe abrogare il regolamento precedente e disciplinare la medesima materia senza che occorra un nuovo intervento del legislatore.

In conclusione, non essendovi più alcun dubbio sulla particolare forza normativa del regolamento Consob, che trae la propria fonte non solo dalla volontà del legislatore italiano ma soprattutto dalle citate direttive comunitarie che hanno imposto agli Stati membri (vedi ad artt. 21 dir. 93/6 e 22 dir. 93/22) di designare le autorità incaricate dell'assolvimento delle funzioni di disciplina dei servizi di investimento - a tal proposito vedi anche il nuovo art. 117 della Costituzione, come sostituito dall'art. 3 L. cost. 18.10.2001, secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali - deve ritenersi che non solo le disposizioni del T.U.F. ma anche quelle del regolamento n. 11522 abbiano natura imperativa in considerazione degli già evidenziati interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost) che mirano a realizzare.

La ribadita natura imperativa delle norme del regolamento consob comporta che la violazione di quelle che prescrivano requisiti "intrinseci" della fattispecie negoziale, in quanto attinenti alla struttura o al contenuto del contratto - come l'art. 29 3° comma reg. consob in relazione ai singoli ordini - dia luogo alla nullità della fattispecie negoziale a norma dell'art. 1418 comma 1° cod. civ.

Né può ritenersi peraltro - anche per le considerazioni che seguiranno - che l'ipotesi di nullità ritenuta da questo Tribunale sia la conseguenza della violazione di obblighi di informazione (rimprovero che viene comunemente mosso nei confronti di chi sostiene che la nullità derivi dalla violazione in generale di norme comportamentali) .

Esattamente come ritenuto dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 5114/2001, anche l'ipotesi di violazione del requisito di validità prescritto dall'art. 29 comma 3° è caratterizzata da una difformità tra fattispecie e schema normativo accertata all'esito di un confronto "statico" tra modello negoziale configurato dalla legge in astratto e fattispecie realizzata dalle parti in concreto.

Infine, non sussiste neppure il rischio che, con tale soluzione, venga introdotta un'ipotesi di nullità rilevabile d'ufficio anche a svantaggio ed indipendentemente dalla richiesta del cliente, in evidente contrasto con la ratio delle normative di origine comunitaria protettive dei consumatori.

Come ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità consolidata (vedi recentemente Cass. 6.10.2006 n. 21632), "la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto opera quando si

chiede l'adempimento del contratto, in considerazione del potere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, e non quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, dovendosi coordinare l'art. 1421 cod. civ. con l'art. 112 cod. proc. civ. il quale, sulla base del principio dispositivo su cui va modellato il processo, impone al giudicante il limite insuperabile della domanda attorea, anche alla luce del nuovo art. 111 cost., che richiede di evitare, ad di là delle precise e certe indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa".

Ricostruito il fondamento teorico dell'orientamento sostenuto da questo Tribunale, a questo punto appare doveroso rispondere ai rilievi mossi allo stesso dalla difesa della banca.

In ordine all'assunto secondo cui l'art. 29 non prescriverebbe per gli ordini impartiti per iscritto la forma scritta ad substantiam delle avvertenze dell'inadeguatezza dell'operazione, perché, diversamente, si dovrebbe postulare che per gli ordini telefonici la forma prescritta ad substantiam dovrebbe essere quella della registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, ipotesi ritenuta non sostenibile alla luce dell'art. 60 reg. consob che riguarda non la "forma" degli ordini ma soltanto la loro "attestazione" da parte del soggetto che li riceve, questo collegio non condivide la pur suggestiva riflessione della difesa della banca.

L'art. 60 comma 2° del regolamento consob – che prescrive che " gli intermediari autorizzati registrano su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori " - è una disposizione che disciplina in via generale un'attività documentativa di ordini telefonici.

L'art. 29, invece, in caso di ordine telefonico relativo ad un'operazione non adeguata, non si accontenta, come ordinariamente richiesto dall'art. 60, della registrazione dello stesso su nastro magnetico o supporto equivalente, ma richiede un quid pluris – e ciò rientra nella prescrizione di forma - ovvero che nella registrazione dell'ordine telefonico (comunque essenziale) sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze di inadeguatezza dell'operazione, analogamente a quanto avviene per l'ordine scritto in cui tali avvertenze devono parimenti risultare.

Se quindi è pur vero che l'art. 60 non si occupa della "forma " degli ordini ma soltanto della loro "attestazione", a diverse conclusioni si deve quindi addivenire per l'art. 29.

E' già stato sopra sottolineato che questo Tribunale ritiene che la forma richiesta dall'art. 29 reg. consob risponde ad un'esigenza di responsabilizzazione del consenso in situazioni particolarmente delicate in cui un soggetto pone in essere un atto concretamente idoneo ad incidere significativamente in modo negativo sulla sua sfera patrimoniale in una materia regolata da principi di ordine pubblico.

E' indubitabile che laddove si ritenesse che l'art. 29 imponga un mero dovere comportamentale derivante dal rapporto relativo alla prestazione dei servizi di investimento, da valutarsi non diversamente rispetto agli altri obblighi discendenti dallo stesso rapporto, verrebbe ingiustificatamente a svalutarsi la particolare evidenziazione che in una materia regolata dal principio dell'informalità l'autorità delegata ha voluto riservare alle operazioni

inadeguate e si vanificherebbe irrimediabilmente la seria esigenza di cautela posta alla base di tali prescrizioni.

Proprio lo stridente contrasto tra l'informalità e snellezza della disciplina generale esistente in materia di intermediazione mobiliare ed il rigore imposto dall'art. 29 fa quindi deporre per la natura di requisito di forma delle sue prescrizioni.

Questo Collegio non ritiene neppure che vi sia contraddittorietà tra far assurgere l'avvertenza dell'inadeguatezza a requisito formale ad substantiam dell'ordine e, in caso di ordine telefonico, ammettere la possibilità di provare testimonialmente il soddisfacimento di tale requisito.

A norma del combinato disposto degli artt. 2724 n.3 e 2725 comma 2° cod. civ., nei casi in cui la forma scritta è richiesta a pena di nullità, la prova per testimoni è ammessa in ogni caso quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova. Analogamente, in caso di ordine telefonico, atteso che, a norma dell'art. 69 reg. consob, l'intermediario può legittimamente liberarsi - trascorso il termine di due anni dal conferimento dell'ordine - del documento, ovvero la registrazione su nastro magnetico o supporto equivalente, da cui dovrebbero risultare le avvertenze di inadeguatezza, deve ritenersi parimenti ammissibile la prova per testimoni.

Appare quindi evidente il motivo per cui questo Tribunale ammetta la prova testimoniale, ossia per dar modo alla banca di provare aliunde circostanze che non possono più essere dimostrate con la produzione del documento del quale si è incolpevolmente disfatte, in quanto a ciò espressamente autorizzata dal legislatore delegato.

Infine, se questo Collegio condivide l'affermazione della difesa della banca secondo cui, nel caso di operazione inadeguata, la segnalazione dell'intermediario circa la non adeguatezza e l'acquisizione della volontà dell'investitore di dare comunque corso all'operazione sono atti che, nella sequenza logica e cronologica descritta dall'art. 29 comma 3°, sono precedenti alla conclusione del contratto - analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di conflitto di interessi in cui l'intermediario, prima della conclusione dell'operazione, deve preventivamente informare per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del suo interesse nell'operazione ed acquisire il consenso espresso dell'investitore all'effettuazione della medesima operazione - tuttavia, deve rilevarsi che non sono questi due eventi gli elementi ritenuti da questo Tribunale come intrinseci alla fattispecie negoziale, in quanto attinenti alla struttura ed al contenuto dell'atto: come più volte ripetuto, requisito di validità del contratto è che l'ordine sia impartito per iscritto, ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, "in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute" (ovviamente precedentemente alla conclusione del contratto).

Orbene, tale requisito di forma è evidentemente contestuale alla conclusione del contratto, facendo strutturalmente parte dell'ordine, con la conseguenza che l'inosservanza della prescrizione dà luogo alla nullità della singola operazione di investimento.

Individuate le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione dell'art. 29 reg. consob,

occorre ora accertare, se, nel caso di specie, l'operazione posta in essere dall'attore fosse adeguata alla stregua dei parametri richiesti da tale norma e se la banca abbia osservato i requisiti formali prescritti dalla medesima nella negoziazione e raccolta dell'ordine.

Orbene, ad avviso di questo Collegio, l'operazione finanziaria posta in essere dall'attore non era adeguata al suo profilo di rischio.

Non avendo il sig. T. fornito alla banca informazioni relative al suo profilo di rischio ed ai suoi obiettivi di investimento, la banca avrebbe dovuto collocarlo nella categoria più conservativa degli investitori.

Peraltro, anche valutando sotto il profilo "fattuale", la pregressa operatività del cliente - la Consob, nella comunicazione n. DI /98087230 del 6.11.1998, ha affermato il principio che "le informazioni sul cliente non possono limitarsi a quelle acquisite nella fase di compilazione della scheda; l'intermediario deve infatti mantenerle aggiornate, tenendo anche conto dell'operatività del cliente e di ogni altra notizia di cui può venire in possesso nello svolgimento della propria attività" - non può pervenirsi ad una diversa conclusione.

Esaminando l'elenco movimenti (doc. 14 fascicolo parte attrice) ed il dossier titoli dell'attore, emerge che, prima dell'operazione di cui è causa, lo stesso aveva investito i propri risparmi esclusivamente in titoli altamente prudenziali come i titoli di Stato CCT ed obbligazioni della stessa banca.

E' quindi evidente che l'acquisto di obbligazioni aventi obiettivamente natura speculativa, come quelle argentine - essendo riservate ad investitori disposti a sostenere rischi speciali - si poneva in contrasto con le pregresse scelte di investimento dell'attore il quale avrebbe dovuto essere avvisato dalla banca dell'inadeguatezza, anche sotto il profilo delle dimensioni.

Né dal contesto dell'ordine emerge che all'investitore sia stata data questa avvertenza.

Se si esamina attentamente tale ordine (doc. 4 fascicolo attrice) emerge che il risparmiatore è stato sì avvisato dei rischi insiti nella specifica operazione, anche per quanto riguarda il merito creditorio dell'emittente, ma non è stato sconsigliato dalla banca dal porre in essere l'operazione, inadeguata non solo perché non consona al suo profilo di rischio ma anche per l'elevato importo (quasi 400.000.000 vecchie lire) investito in un'unica operazione speculativa.

In sostanza, la banca non poteva accettare supinamente l'ordine impartito dal cliente ma doveva avvertirlo del repentino cambiamento del suo profilo di rischio in chiave nettamente speculativa e sconsigliarlo espressamente a dar corso dall'operazione, e ciò al fine di consentire allo stesso di ponderare maggiormente i rischi della scelta negoziale che poteva rivelarsi - come poi effettivamente avvenuto - dannosa.

Né può aver rilievo la circostanza evidenziata dalla banca che l'attore avesse investito nell'operazione impugnata "solo" il 25% del suo patrimonio.

Valorizzare la percentuale di un patrimonio mobiliare investita in un titolo speculativo può aver un senso solo nell'ipotesi in cui consti che lo stesso investitore avesse già in precedenza acquistato titoli della stessa tipologia, dal momento che consentirebbe di

valutare, sotto il profilo dell'ammontare delle somme impiegate, se la scelta dello stesso risparmiatore fosse comunque conforme agli obiettivi di investimento ed alla specifica propensione al rischio precedentemente manifestata.

Nessuna rilevanza può invece avere laddove l'investitore avesse acquistato fino a quel momento solo titoli finalizzati alla mera conservazione del patrimonio.

Non è neppure conferente la circostanza che successivamente alla contrattazione di cui è causa l'attore abbia stipulato un contratto di gestione di portafoglio indirizzato a linee di investimento speculative, atteso che la valutazione di adeguatezza o meno dell'operazione deve effettuarsi secondo un giudizio ex ante, considerando gli elementi di cui la banca disponeva sino a quel momento.

In conclusione, in considerazione dell'inadeguatezza dell'operazione, la banca intermediaria avrebbe dovuto fornire all'investitore esplicite avvertenze (di tale inadeguatezza) nel contesto dell'ordine, vero e proprio requisito di forma-contenuto richiesto dall'art. 29 reg. consob.

Non essendo ciò avvenuto, deve dichiararsi la nullità dell'ordine di cui è causa.

Peraltro, proprio per il rilievo che quello sopra indicato è un requisito di validità del contratto, il suo soddisfacimento non può essere provato con la prova per testimoni (in questa prospettiva sono inammissibili i capitoli di prova articolati dalla banca).

Infatti, nel caso di specie - a differenza che nell'ipotesi di ordine telefonico, in relazione al quale è ammessa la prova per testimoni se la banca si è legittimamente disfatta della registrazione su nastro magnetico a norma dell'art. 69 reg. consob - non si configura un'ipotesi di perdita incolpevole del documento richiesto ad substantiam: tale documento è in atti ed è l'ordine scritto dell'1.3.1999, da cui non risulta che l'investitore sia stato espressamente avvisato dalla banca dell'inadeguatezza dell'operazione, anche sotto il profilo delle dimensioni della stessa.

La nullità del contratto di acquisto delle obbligazioni argentine di cui è causa va dichiarata nonostante che l'attore, come dallo stesso dichiarato all'udienza di discussione, abbia aderito all'OPS della Repubblica Argentina e non abbia quindi più i titoli di cui è causa.

Né è condivisibile la tesi della banca secondo cui, non avendo l'attore più i titoli caduti in default, non potrebbe più dichiararsi la nullità per essere divenuta impossibile l'obbligazione di restituzione dei titoli medesimi.

Deve, infatti, applicarsi l'art. 2037 comma 3° cod. civ. secondo cui chi ha ricevuto la cosa in buona fede non risponde del perimento o del deterioramento di essa, ancorché dipenda da fatto proprio, se non nei limiti del suo arricchimento.

Pertanto, avendo il sig. T. ricevuto i bond argentini in buona fede ed avendo dovuto aderire all'offerta OPS (con conseguente scambio degli stessi) per non perdere l'intero capitale investito, lo stesso non risponde dell'impossibilità di restituire i titoli medesimi se non nei limiti del proprio arricchimento (vedi S.U. Cass. 17.6.1982 n. 3674). Ne consegue che, in sede restitutoria, l'attore dovrà consegnare alla banca i titoli scambiati con lo Stato argentino per effetto dell'OPS (il cui controvalore è notoriamente stimato pari al 30- 40 %

del valore originario dei titoli in default) o in alternativa versare all'istituto il loro controvalore.

In conclusione, l'istituto di credito convenuto deve essere condannato a restituire al sig. T. la somma investita pari a € 200.825,82, oltre agli interessi legali dal giorno dell'avvenuto pagamento da parte dell'attore – dovendosi escludere la buona fede della banca alla luce di quanto ampiamente sopra illustrato – al saldo.

Deve inoltre disporsi a carico del sig. T. la contestuale restituzione alla banca convenuta della somma ricevuta in buona fede di € 33.247,94 a titolo di cedole, oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo nonché la consegna alla banca dei titoli ricevuti dall'attore dallo Stato argentino con l'OPS o in alternativa il loro controvalore.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Se la decisione di compensare le spese di lite aveva una sua giustificazione nel periodo iniziale quando le questioni affrontate avevano carattere di novità, oramai gli orientamenti, compreso quello di questo Tribunale, si sono da tempo assestati, con la conseguenza che le parti hanno con netto anticipo cognizione dei principi che ispireranno la decisione.

P.Q.M.

Il Tribunale di Venezia, definitivamente pronunciando tra le parti in epigrafe, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa,

condanna la CA.RI.VE. a restituire al sig. T. la somma investita pari a € 200.825,82, oltre agli interessi legali dal giorno dell'avvenuto pagamento da parte dell'attore – dovendosi escludere la buona fede della banca alla luce di quanto ampiamente sopra illustrato – al saldo;

dispone a carico del sig. T. la contestuale restituzione alla banca convenuta della somma ricevuta in buona fede di € 33.247,94 a titolo di cedole, oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo nonché la consegna alla banca dei titoli ricevuti dall'attore dallo Stato argentino con l'OPS o in alternativa il loro controvalore;

condanna la banca alla rifusione delle spese di lite che liquida in € 6.092,00 di cui € 524,00 per anticipazioni, e 7,00 per spese, € 2.561,00 per diritti, € 3.000,00 per onorari, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

Venezia 17.5.07

Il Giudice estensore Il Presidente

dott. A. Fidanzia dott. R. Zacco

pubblicata il 30.5.2007 al n. 1114 Trib. Venezia