

Abstract: *In tema di intermediazione finanziaria, non può invocarsi la nullità del contratto quadro per la mancanza della forma scritta dei singoli ordini d'acquisto che ne costituiscono l'esecuzione, poiché ai sensi dell'art. 23 TUF deve esser concluso per iscritto il solo contratto quadro, o di intermediazione, non anche il singolo ordine di acquisto.*

L'eventuale violazione da parte dell'intermediario delle norme di correttezza, diligenza e trasparenza poste dal TUF e dal reg. Consob n. 11522/1998, non determina nullità del contratto quadro, malgrado queste norme abbiano carattere imperativo, essendo dettate a tutela dell'integrità dei mercati; devono infatti distinguersi, tra le diverse norme imperative, quelle concernenti la validità del contratto, la cui violazione genera nullità, da quelle che semplicemente regolano la condotta delle parti, la cui violazione può solo comportare responsabilità precontrattuale o contrattuale dell'intermediario (in tal senso Cass., S.U., sent. n. 26724/2007).

Può senz'altro derivare responsabilità precontrattuale dell'intermediario dalla sua mancata valutazione dell'adeguatezza dell'operazione in rapporto alle caratteristiche del cliente, anche quando questi si sia rifiutato di fornire informazioni in ordine alla sua situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento; in tal caso tuttavia l'intermediario deve svolgere il giudizio di adeguatezza semplicemente in conformità ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di ogni notizia rilevante di cui sia in possesso, come l'età, la professione e la presumibile propensione al rischio del cliente, anche alla luce del suo abituale modus operandi. Ne consegue che non potrà affermarsi responsabilità ex art. 1337 c.c. per violazione dei principi di diligenza professionale ove l'intermediario, in base a questi elementi, abbia correttamente giudicato l'operazione adeguata alle caratteristiche del cliente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Terni

riunito in camera di consiglio e composto dai seguenti magistrati:

Dott. XXXX

Presidente

Dott. XXXX

Giudice rel. est.

Dott. XXXX

Giudice

ha emesso la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. XXXX R.G.A.C.C., trattenuta in decisione all'udienza collegiale di discussione ex art. 16 D.lgs. 17.01.2003, n. 5 (e successive modificazioni e integrazioni del 06.04.2009)

tra

XXXX, XXXX e XXXX, elettivamente domiciliati in XXXX, presso lo studio dell'Avv. XXXX, che li rappresenta e difende unitamente all'Avv. XXXX del Foro di XXXX per procura in calce all'atto di citazione

- attori -

e

Banca XXXX, in persona del legale rappresentante pro tempore XXXX, elettivamente domiciliata in XXXX, presso lo studio dell'Avv. XXXX, che la rappresenta e difende per procura apposta in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

- convenuta -

OGGETTO: contratto di intermediazione finanziaria

CONCLUSIONI DELLE PARTI

L'attore ha concluso come da istanza di fissazione di udienza notificata in data 19.7.2006 e depositata in Cancelleria in data 26.7.2006.

La convenuta ha concluso come da nota ex art. 10 d.lgs. n. 5/2003 depositata in data 25.7.2006.

OSSERVATO

che, preliminarmente, alla motivazione della presente sentenza trovino applicazione gli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., come modificati rispettivamente dall'art. 45, co. 17, e dall'art. 52, co. 5, della legge 18.6.2009, n. 69: infatti, l'art. 58 di detta legge n. 69/2009 prevede che le suddette disposizioni processuali trovano applicazione, come dalla stessa modificate, ai "giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della presente legge"; ed al momento dell'entrata in vigore della citata legge n. 69/2009, vale a dire al 4.7.2009 (ai sensi dell'art. 58, co. 1), il presente giudizio era ancora pendente, poiché la causa si deve ritenere pendente fino al momento della decisione;

che, in particolare, nei giudizi disciplinati dal rito di cognizione di cui al titolo II del d.lgs. n. 5/2003 la causa si deve ritenere pendente fino al momento del deposito della sentenza tutte le volte in cui la decisione non è emessa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c. (art. 16, co. 5, d.lgs. n. 5/2003);

che deve essere disattesa l'eccezione di parte convenuta di nullità di ciascuna delle procure alle liti conferite dagli attori, in quanto le stesse, apposte su fogli separati e unite all'atto introduttivo del presente giudizio a mezzo di punti metallici, ma senza timbro di giunzione del difensore, non si potrebbero ritenere apposte in calce all'atto di citazione ai sensi dell'art. 83 c.p.c.;

che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità menzionato da parte convenuta (cfr. Cass., S.U., 6.5.1996, n. 388; Cass., 15.3.1995, n. 3050; Cass., S.U., 22.11.1994, n. 9869) è stato superato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che più recentemente ha affermato come il requisito, posto dall'art. 83, co. 3, c.p.c. (nel testo modificato dall'art. 1 della legge 27.5.1997, n. 141), della materiale congiunzione tra il foglio separato, con il quale la procura sia stata rilasciata, e l'atto cui essa accede, non si sostanzia nella necessità di una cucitura meccanica, ma ha riguardo ad un contesto di elementi che consentano, alla stregua del prudente apprezzamento di fatti e circostanze, di conseguire una ragionevole certezza in ordine alla provenienza dalla parte del potere di rappresentanza ed alla riferibilità della procura stessa al giudizio di cui trattasi; ne consegue che, ai fini della validità della procura, non è richiesto che il rilascio di essa su foglio separato sia reso necessario dal totale riempimento dell'ultima pagina dell'atto cui accede, né che la procura sia redatta nelle prime righe del foglio separato, non essendo esclusa la congiunzione dalla presenza di spazi vuoti (cfr. Cass., 27.5.2009, n. 12332; Cass., 23.4.2004, n. 7731);

che l'eccezione di nullità "dei contratti stipulati" per mancanza della forma scritta, prescritta dall'art. 23, co. 1, d.lgs. n. 58/1998, e segnatamente per non essere documentata (non avendo ricevuto gli attori copia dalla Banca convenuta) la sottoscrizione da parte dei clienti degli ordini di acquisto dei titoli obbligazionari per cui è causa, deve essere disattesa;

che, infatti, si deve considerare preliminarmente come il requisito di forma previsto dall'art. 23 cit. riguardi piuttosto il c.d. contratto quadro (o contratto di intermediazione), e non anche i singoli ordini di acquisto che dello stesso costituiscono esecuzione, come ha chiarito la giurisprudenza di merito - cui questo Tribunale intende aderire - argomentando anche dalle disposizioni regolamentari che consentono e disciplinano il conferimento di ordini di acquisto per telefono;

che, in ogni caso, nel costituirsi in giudizio la Banca convenuta ha prodotto - oltre ai c.d. contratti quadro sottoscritti dagli attori in data anteriore al conferimento

degli ordini di acquisto dei titoli per cui è causa (v. docc. nn. 1 e 3 del fascicolo di parte convenuta) - gli ordini di acquisto sottoscritti dagli attori: in particolare, l'ordine di acquisto sottoscritto da XXXX in data 6.10.2003 (v. doc. n. 2 del fascicolo di parte convenuta) e quello, privo di data, ma pacificamente sottoscritto in data 01.04.1999 da XXXX, e quindi collocati sul deposito titoli in custodia ed amministrazione cointestato allo stesso ed a XXXX (v. doc. n. 6 del fascicolo di parte convenuta);

che non si può affermare - come fa parte attrice - la sostanziale mancanza del contratto quadro quanto agli attori XXXX e XXXX, in quanto gli stessi avrebbero sottoscritto un contratto di intermediazione in data 30.3.1992, ed avendo provveduto a rinnovare lo stesso successivamente all'entrata in vigore del TUF e relativo regolamento delegato Consob soltanto in data 9.3.2004, con conseguente nullità dell'acquisto di obbligazioni Parmalat effettuato in base all'ordine di acquisto del 01.04.1999; e ciò in conformità all'orientamento di una certa giurisprudenza di merito, secondo cui sussisteva un obbligo della banca, "in ottemperanza alle nuove disposizioni normative e per effettuare il servizio di negoziazione avrebbe dovuto fare sottoscrivere un nuovo contratto (...) aggiornato in base alla legislazione sopravvenuta, uniformandosi alle prescrizioni dell'art. 30 reg. Consob 11522/98" (v. pagg. 6 e 7 della comparsa conclusionale depositata da parte attrice il 16.1.2009);

che, preliminarmente, si deve osservare come si sia in presenza di una domanda nuova, e come tale inammissibile: infatti, la nullità del contratto di negoziazione in data 01.04.1999 in mancanza di un valido contratto di negoziazione tra le parti è stata dedotta da parte attrice per la prima volta solo con la seconda comparsa conclusionale; né si può ritenere che non si sia in presenza di una domanda nuova per il fatto che - come ritiene parte attrice - la "nullità per difetto di forma" sia stata chiesta dagli attori già con l'atto di citazione, e la mera "indicazione del motivo per cui manca la forma non costituisce certo una *mutatio* o un'*emendatio*" (v. pag. 9 della comparsa conclusionale depositata da parte attrice il 16.1.2009): infatti, con l'atto di citazione gli attori hanno appunto dedotto - tra l'altro - la nullità dei contratti di negoziazione in quanto gli ordini di acquisto non sarebbero stati conferiti per iscritto, e non dunque perché conferiti in mancanza di un valido contratto di legittimazione;

che, ad ogni buon conto, l'eccezione è priva di pregio, come opportunamente si osserva per completezza di motivazione;

che, infatti, l'art. 30 reg. Consob n. 11522/98, dopo avere previsto al co. 1, che "Gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto (...)", norma già vigente nel sistema disegnato dalla legge n. 1/1991 in quanto sancita dal reg. Consob n. 5387/91, prevede al co. 2 il

contenuto di tale contratto di intermediazione; in particolare, si sancisce che: “Il contratto con l’investitore deve:

- a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche;
- b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso;
- c) indicare le modalità attraverso cui l’investitore può impartire ordini e istruzioni;
- d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all’investitore a rendiconto dell’attività svolta;
- e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l’esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati o *warrant*;
- f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l’investitore per la prestazione del servizio”;

che, conseguentemente, non è possibile affermare *sic et simpliciter* la sussistenza di un onere di rinnovazione del contratto di negoziazione in precedenza stipulato, ma piuttosto è necessario verificare se il contratto quadro stipulato precedentemente all’entrata in vigore della suddetta disciplina regolamentare, e prima ancora - ed a monte - del TUF, abbia o meno il contenuto prescritto dall’art. 30 cit.;

che, nel caso all’esame di questo Collegio, il contratto denominato “Norme relative alla negoziazione, alla sottoscrizione, al collocamento ed alla raccolta in ordini concernenti valori mobiliari”, sottoscritto da XXXX e XXXX in Terni presso la Banca XXXX in data 30.3.1992 specifica, nelle premesse, quali siano i servizi che la Banca si obbliga a fornire e contiene, inoltre, tutte le ulteriori previsioni indicate dall’art. 30 reg. Consob n. 11522/98;

che, conseguentemente, non è possibile affermare la nullità dell’ordine di acquisto conferito da XXXX in data 10.4.1999, in quanto lo stesso sarebbe stato effettuato in esecuzione di un contratto quadro di negoziazione non (più) valido, ma si deve ritenere che l’ordine in questione costituisca esecuzione di un valido ed efficace contratto di intermediazione intervenuto tra le parti;

che, poi, la stessa parte attrice riconosce con la comparsa conclusionale depositata in data 16.1.2009, laddove si legge: “Per quanto riguarda il signor XXXX non può parlarsi di nullità per difetto di forma, perché egli ha sottoscritto un valido contratto quadro il 2.7.02” (v. pag. 9);

che, inoltre, parte attrice ha anche dedotto la nullità, e comunque la responsabilità da inadempimento, della Banca convenuta in relazione al fatto che l'acquisto delle obbligazioni Parmalat 09 è avvenuto al di fuori dei mercati regolamentati (v. pagg. 27-29 dell'atto di citazione);

che, tuttavia, in considerazione della disciplina primaria e secondaria applicabile *ratione temporis* agli acquisti effettuati dagli attori non è possibile affermare la nullità delle negoziazioni al di fuori dei mercati regolamentati non espressamente autorizzate per iscritto: infatti, se l'art. 8, co. 1, lett. b), legge n. 1/1991 e l'art. 33 reg. Consob n. 5387/1991 prevedevano che "Gli acquisti di valori mobiliari non negoziati nei mercati regolamentati sono preventivamente e singolarmente autorizzati per iscritto", tale previsione non si rinviene nel regime attuale (né pare invocabile la disciplina in materia di gestioni patrimoniali, che peraltro non richiede in ogni caso l'autorizzazione); comunque, in considerazione di quanto si è rilevato sopra, la mancanza di autorizzazione non avrebbe determinato la nullità degli acquisti effettuati, potendo piuttosto fondare la responsabilità dell'intermediario per inadempimento a tale norma di condotta, alla luce dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità cui questo Tribunale aderisce e di cui si dirà di seguito;

che, inoltre, deve essere disattesa la domanda volta a far dichiarare la nullità dei contratti di negoziazione aventi ad oggetto l'acquisto delle obbligazioni Parmalat 09 per violazione da parte della Banca convenuta, quale intermediario autorizzato, delle norme in materia di correttezza, diligenza e trasparenza prescritte dalla disciplina di rango primario e secondario vigente;

che, infatti, sebbene le norme dettate dal citato TUF e dal citato Reg. Consob - cui il primo delega la disciplina di dettaglio - abbiano carattere imperativo, trattandosi di norme dettate non soltanto nell'interesse del singolo investitore di volta in volta coinvolto, ma anche nell'interesse dell'integrità dei mercati, come prevede espressamente l'art. 21, lett. a), TUF (e come era possibile evincere in via di interpretazione sistematica già nel vigore del sistema precedente); ciò nondimeno tale rilievo non è sufficiente a ritenere che la violazione di una o più delle predette norme determini la nullità del contratto, come hanno avuto modo di statuire le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (sentenza 19.12.2007, n. 26724), cui è possibile rinviare per le ragioni di tale statuizione;

che anche la domanda subordinata volta a dichiarare l'annullamento dei contratti di acquisto delle obbligazioni Parmalat per cui è causa deve essere rigettata;

che, infatti, gli artt. 1427 e ss. c.c. prevedono la facoltà del contraente, il cui consenso è stato frutto di errore ovvero è stato carpito con dolo, di domandare l'annullamento del contratto; in applicazione della regola generale di cui all'art.

2697 c.c., che presiede alla ripartizione dell'onere della prova in giudizio, è l'attore che domanda l'annullamento del contratto a dover dimostrare l'errore essenziale ex art. 1429 e riconoscibile ex art. 1431 c.c., soprattutto se - come nel caso in esame - vi è contestazione della controparte (cfr. Cass., 22.3.1993, n. 3378), ovvero i raggiri dell'altra parte;

che nel caso all'esame di questo Collegio, però, parte attrice, dopo aver allegato di essere incorsa, a causa del comportamento fraudolento o comunque negligente (e, quindi, colposo) della Banca, nell'errore sull'oggetto del contratto, ha omesso di provare i presupposti legittimanti il richiesto annullamento contrattuale;

che, in particolare, gli attori hanno dedotto "la credenza (sic!) di comprare obbligazioni emesse dalla Parmalat Finanziaria italiana, mentre in realtà sono state vendute obbligazioni di società finanziarie estere, con capitale sociale ridicolo (rispetto agli importi delle emissioni obbligazionarie), ma soprattutto "scatole vuote" prive di qualsiasi consistenza reale" (v. pag. 4 dell'atto di citazione); e, tuttavia, nessuna prova è stata fornita in ordine alla volontà - manifestata all'intermediario finanziario - di voler acquistare esclusivamente titoli obbligazionari emessi da una società di diritto italiano, ed ancora meno l'errore degli attori in ordine alla (asserita) volontà di acquistare obbligazioni della Parmalat Finanziaria S.p.a., e non di una società finanziaria del Gruppo Parmalat, era riconoscibile da parte della Banca convenuta;

che gli attori deducono, dunque, un errore vizio relativo all'acquisto per cui è causa, disposto in esecuzione del contratto quadro in essere con la Banca convenuta, in quanto non avrebbero conferito l'ordine di acquisto in data 11.2.2003 senza l'errore sull'oggetto dell'ordine stesso; e, tuttavia, nessuna prova è stata fornita - e in verità, a monte, nessuna allegazione è stata effettuata - in ordine alla falsa rappresentazione da parte degli stessi quanto all'oggetto del contratto; in particolare, non sono stati allegati - ancora prima che provati - elementi anche per ritenere che l'asserito errore in ordine all'emissione da parte di una società di diritto olandese del Gruppo Parmalat delle obbligazioni acquistate costituisca un elemento di importanza determinante (in negativo) secondo una valutazione oggettiva, e non che la valutazione negativa sia frutto di una valutazione *ex post* di insufficienza del capitale, o più in generale di incapacità finanziaria - che, peraltro, non attiene affatto a quello specifico soggetto emittente, ma piuttosto notoriamente all'intero Gruppo Parmalat;

che neanche sono stati forniti elementi per poter ritenere che l'errore (comunque, si ripete, solo allegato) fosse riconoscibile dalla Banca convenuta, a mezzo dei suoi preposti o dipendenti, che dunque avrebbe dovuto conoscere la falsa rappresentazione della controparte (art. 1431 c.c.);

che, quanto poi all'affermazione per cui sarebbe "indubitabile (...) la volontà della convenuta di trarre in inganno il cliente", con conseguente annullamento del contratto per dolo, ai sensi dell'art. 1439 c.c., la stessa rimane, in verità, a livello di mera generica asserzione, non specificando parte attrice quale raggio avrebbe determinato il consenso dell'attore, ossia quale sarebbe stata la condotta che avrebbe indotto gli attori alle due distinte negoziazioni per cui è causa ed in mancanza della quale non avrebbe conferito gli ordini di acquisto;

che, sebbene parte attrice sembri ravvisare un'ipotesi di dolo omissivo, per avere la Banca nascosto alla conoscenza dei clienti, nella fase che ha preceduto il conferimento degli ordini, circostanze decisive sulla solvibilità del Gruppo Parmalat (di cui faceva parte la società emittente il prestito obbligazionario per cui è causa), tuttavia, quanto al presupposto di tale condotta omissiva, ossia la conoscenza di tali circostanze da parte della Banca, parte attrice - su cui gravava il relativo onere, come si è detto - si è limitata ad allegare che la Banca XXXX non poteva non sapere che il *default* era imminente;

che, diversamente, almeno secondo quanto allegato dalle parti e documentato in atti, la Banca convenuta non era nelle condizioni di poter essere a conoscenza della reale situazione finanziaria del Gruppo Parmalat (e tanto meno del soggetto emittente il prestito obbligazionario sottoscritto dagli attori); né tale circostanza si può desumere indirettamente dal solo fatto che la convenuta sia un'impresa bancaria o un intermediario finanziario, e dunque dall'organizzazione che presuppone l'esercizio di siffatte attività d'impresa (senza che, peraltro, gli attori alleghino un particolare rapporto o un rapporto di correttezza tra la Banca convenuta e il Gruppo Parmalat o singole società del Gruppo);

che, soprattutto, parte attrice riferisce l'intenzionalità dell'agire (dolo) della Banca nella volontà di alienare ai clienti le obbligazioni per cui è causa in quanto presenti nel portafoglio della stessa, e dunque con l'intenzione di traslare sui clienti-risparmiatori il rischio d'impresa dalla stessa assunto, peraltro, con la consapevolezza dell'incapacità dell'emittente a far fronte alle obbligazioni assunte); e, tuttavia la Banca XXXX non aveva in portafoglio i titoli alienati in contropartita diretta agli attori, come è stato accertato dal C.T.U. e come si legge nell'elaborato depositato dal Dott. XXXX in data 12.5.2008 (v. in particolare pag. 5);

che gli attori deducono la sussistenza di una responsabilità - a prescindere dalla dedotta nullità - della Banca convenuta per avere venduto a "risparmiatori privati" dei titoli destinati ad investitori professionali e ponendo in essere, in buona sostanza, una sollecitazione indiretta del pubblico risparmio (v. pagg. 11 e 12 dell'atto di citazione); nell'ambito di questa, poi, non sarebbero state (ovviamente) rispettate le norme di comportamento dettate dal reg. Consob n. 11971/99 in

relazione al collocamento di titoli; e, segnatamente, sarebbe ravvisabile anche una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. per mancata consegna del prospetto (v. pag. 21 dell'atto di citazione);

che si deve sottolineare come gli attori deducano una responsabilità della Banca convenuta a prescindere dalla nullità dei contratti di acquisto dei titoli per cui é causa non soltanto in relazione all'inadempimento dell'intermediario alle norme in materia di sollecitazione del pubblico risparmio (in tale senso, v. pag. 11 dell'atto di citazione); ma più in generale... ; e preliminarmente domandino l'accertamento da parte della Banca convenuta dell'inadempimento alle "norme di diligenza professionale" (v. pag. 36 dell'atto di citazione);

che, infatti, secondo l'art. 21, lett. b), TUF, gli intermediari hanno il dovere di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati", regola che comporta l'obbligo dell'operatore di informarsi sul tipo di cliente e sulle sue disponibilità finanziarie;

che l'art. 28, co. 1, lett. a), reg. Consob n. 11522/98 (applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame) specifica che "prima (...) dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento ed accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto [...] ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore"; come è stato rilevato in dottrina, si tratta di una disposizione che recepisce la *know your customer rule* di derivazione anglosassone, e svolge una funzione strumentale al perseguimento del centrale principio della *suitability rule*;

che, inoltre, la Consob, con comunicazione n. 30396 del 21.4.2000, dopo aver precisato che tale obbligo può essere assolto senza l'osservanza di specifiche modalità, ha raccomandato agli intermediari "di non sollecitare in alcun modo il rifiuto dell'investitore di fornire le informazioni richieste";

che, al riguardo, la giurisprudenza di merito - cui questo Tribunale presta adesione - ha affermato che l'eventuale rifiuto del cliente di fornire tali informazioni, anche se frutto della sua autodeterminazione, non vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di informazione e dalla verifica del profilo di adeguatezza del prodotto finanziario oggetto di negoziazione: in tal caso l'intermediario dovrà attestare le modalità del proprio operare su livelli di tutela elevati, dovendo desumere da tale rifiuto una "propensione al rischio minima o ridotta, una scarsa conoscenza degli strumenti finanziari e, di conseguenza, obiettivi di investimento orientati alla conservazione del capitale investito, piuttosto che alla

massimizzazione della redditività”, ciò in quanto dall’interpretazione della disciplina regolamentare in argomento “non possono discendere conseguenze sfavorevoli al cliente” (così Trib. Monza, 16.12.2004; Trib. Mantova, 01.12.2004; Trib. Milano, 20.3.2006);

che, nel caso all’esame di questo Tribunale è necessario distinguere: XXXX e XXXX si sono rifiutati di fornire informazioni in ordine alla loro situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento, come documenta la scheda informativa sottoscritta in data 30.3.1992 (v. doc. n. 5 del fascicolo di parte convenuta), ed essendo senz’altro questa da prendere in considerazione considerato che - come si è detto sopra - la negoziazione per cui è causa è stata ordinata in data 01.04.1999; diversamente, XXXX ha fornito informazioni esclusivamente sull’esperienza in materia di strumenti finanziari, dichiarando di avere investimenti in titoli azionari ed obbligazionari, nonché in prodotti derivati, e sugli obiettivi di investimento e la propensione al rischio, indicando una “prevalenza della rivalutabilità rapportata al rischio di oscillazione dei corsi” (v. doc. n. 1 del fascicolo di parte convenuta);

che, in altri termini, la valutazione da compiere si sposta sul profilo di adeguatezza dell’operazione, dovendo l’intermediario considerare adeguate esclusivamente quelle operazioni che consentano la conservazione del capitale, e non di massimizzazione della redditività; conseguentemente, al fine di valutare la sussistenza della dedotta responsabilità precontrattuale, è necessario valutare la descritta condotta dell’intermediario, sebbene essa attenga più propriamente alla fase dell’esecuzione del contratto;

che uno degli obblighi di comportamento centrali gravante sugli intermediari professionali è quello di cui all’art. 29 reg. n. 11522/1998 di astenersi dall’effettuare con o per conto degli investitori operazioni “non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione”, tenendo conto, ai fini della formulazione del giudizio di adeguatezza, delle informazioni ricevute dal cliente-investitore ex art. 28, co. 1, lett. a), del regolamento e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati (cd. *suitability rule*); in termini positivi tale obbligo di comportamento dell’operatore professionale può essere tradotto nell’obbligo di raccomandare o porre in essere per conto del cliente soltanto operazioni compatibili con le caratteristiche personali e la situazione finanziaria di quest’ultimo;

che, alla luce di quanto fin qui esposto, è necessario analizzare separatamente la posizione di XXXX rispetto a quella di XXXX e XXXX, iniziando da quest’ultima;

che, in particolare, con la citata comunicazione n. 30396 la stessa Consob ha precisato che in caso di rifiuto del cliente di fornire informazioni il giudizio di

adeguatezza deve compiersi da parte dell'intermediario "in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso, ad es. età, professione, presumibile propensione al rischio del cliente alla luce anche della pregressa ed abituale operatività, situazione del mercato";

che, dunque, è vero che i coniugi XXXX si sono rifiutati di fornire informazioni in ordine all'esperienza in materia di strumenti finanziari, alla situazione finanziaria e alla propensione al rischio, e tuttavia dall'istruttoria espletata e dalla documentazione in atti emerge come gli stessi non solo avessero una pregressa esperienza del mercato finanziario, avendo posto in essere altre operazioni di acquisto di titoli obbligazionari (v. doc. n. 7 del fascicolo di parte convenuta), ma procedessero agli acquisti in completa autonomia previa autonoma valutazione di quali investimenti effettuare: si vedano al riguardo le testimonianze rese dai dipendenti della Banca convenuta, che - sebbene tali - si devono ritenere attendibili in considerazione del tenore complessivo delle dichiarazioni rese;

che, quanto a XXXX, come si è detto sopra, lo stesso ha dichiarato un'elevata propensione al rischio di investimento, sicché la tipologia di investimento di cui all'ordine in data 6.10.2003, avente ad oggetto obbligazioni "Parmalat Euro 09 5.5" per un corrispettivo di € 20.000,00, appare assolutamente adeguata al profilo di investitore che lo stesso ha dichiarato di possedere; e che risulta confermata anche dalla prova testimoniale espletata;

che, con particolare riguardo all'acquisto effettuato da XXXX, è vero che lo stesso è stato effettuato a ridosso del *default* del Gruppo Parmalat, ma proprio l'elevato profilo di rischio dichiarato dallo stesso e considerato l'importo dell'investimento in assoluto - in mancanza di elementi per una valutazione in relazione al patrimonio dell'attore, neanche allegate dallo stesso nel presente giudizio, e peraltro non dichiarate all'intermediario in sede di stipula del contratto di negoziazione - non tale da far sorgere in capo alla Banca un obbligo di segnalazione di inadeguatezza dell'operazione;

che, in buona sostanza, la Banca ha valutato sulla scorta degli elementi in suo possesso l'adeguatezza dell'operazione al profilo di rischio proprio sia di XXXX sia di XXXX, sicché non è ravvisabile un inadempimento all'obbligo imposto dall'art. 29 reg. Consob n. 11522/98; e ha provato a mezzo dei testimoni escussi di avere comunque fornito le informazioni in ordine ai titoli oggetto degli ordini ricevuti, non potendosi dunque ravvisare alcuna violazione della regola di condotta imposta dall'art. 21 TUF;

che, in relazione ad entrambe le negoziazioni oggetto del presente giudizio, poi, si deve rilevare come, ancor più in presenza di un profilo di investitore quale quello

degli attori, non è configurabile un obbligo di informazione avente ad oggetto la circostanza che si trattasse di titoli emessi da una società di diritto olandese e di titoli originariamente destinati ad investitori istituzionali, perché in nessuno dei due casi dedotti in giudizio la vendita è stata effettuata (da parte di un intermediario partecipante al consorzio di collocamento, e quindi per ciò solo in conflitto di interessi) nella fase del *grey market*, come è stato accertato peraltro dalla C.T.U. disposta dal Collegio;

che, infine, non è ravvisabile alcun conflitto di interessi per la sola circostanza che le negoziazioni sono intervenute in contropartita diretta, e quindi al di fuori del mercato regolamentato, in tale caso sussistendo solo la regola di condotta che impone di comunicare la circostanza al cliente, e nel caso di specie, l'indicazione si rinviene negli ordini di acquisto, e di non applicare la commissione;

che gli attori hanno dedotto, inoltre, la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 cc.* della Banca convenuta...

che, al riguardo, è opportuno rilevare preliminarmente come la sentenza sopracitata delle Sezioni Unite della Suprema Corte abbia espressamente preso posizione nel senso della compatibilità della responsabilità precontrattuale con la validità del contratto concluso, quale appunto - come si è detto sopra - (quello di intermediazione tra le parti (così conformandosi all'orientamento espresso da Cass., 29.9.2005, n. 19024, che aveva superato l'orientamento tradizionale di segno contrario, e soprattutto discostandosi dagli arresti successivi con cui la giurisprudenza di legittimità era tornata sui suoi passi: cfr. Cass., 5.2.2007, n. 2479; Cass., 25.7.2006, n. 16937); richiamata la distinzione tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la conclusione del contratto e quelli che hanno riguardo alla successiva fase esecutiva, il giudice di legittimità ha rilevato che la violazione dei primi dà luogo ad una responsabilità di natura precontrattuale, dalla quale discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni, dal momento che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo (non soltanto, peraltro) nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stato concluso un contratto invalido o inefficace (*ex art. 1338 c.c.*), ma, invero, anche se il contratto perfezionatosi sia valido e comunque produca effetti pregiudizievoli per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in tal caso, tuttavia, con commisurazione del risarcimento del danno al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento in mala fede (cfr. Cass., S.U., n. 26724/2007 cit.);

che, tuttavia, parte attrice ha dedotto la responsabilità precontrattuale della Banca convenuta in relazione alla mancata consegna del prospetto (v. pag. 21 dell'atto di citazione);

che, dunque, gli attori deducono - a monte - che la vendita ai risparmiatori dei titoli obbligazionari per cui è causa costituisca, in verità, un'operazione di collocamento indiretto, in quanto...; quindi, poiché tale (diversa) qualificazione determina l'applicazione della normativa in materia di sollecitazione del pubblico risparmio, l'inadempimento della Banca XXXX all'obbligazione di informazione consistente nella consegna del prospetto informativo;

che, tuttavia, parte attrice non ha fornito alcuna prova in ordine alla qualificazione dell'operazione di vendita delle obbligazioni Parmalat 09 da parte della Banca XXXX come sollecitazione indiretta del pubblico risparmio; onere che senz'altro gravava su tale parte, anche a fronte della contestazione al riguardo di parte convenuta, mentre a seguito di tale prova sarebbe stato espressamente a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (art. 23, ult. co., TUF), e quindi di avere rispettato la specifica normativa dettata in relazione alla sollecitazione del pubblico risparmio;

che, peraltro, la C.T.U. espletata ha escluso come in relazione ad entrambe le negoziazioni oggetto del presente giudizio si sia in presenza di una sollecitazione indiretta, e ciò per il solo fatto che, sebbene la vendita delle obbligazioni "Parmalat Euro 09" in entrambi i casi dedotti sia avvenuta in contropartita diretta, ciò nondimeno la Banca XXXX non aveva detti titoli in portafoglio e ha dovuto provvedere all'acquisto degli stessi, seppure al di fuori del mercato regolamentato, da altri intermediari, e segnatamente da XXXX S.p.a. quelli venduti a XXXX, e da XXXX S.p.a. quelli alienati a XXXX (v. pag. 5 dell'elaborato depositato in data 12.5.2008);

che, infine, quanto al risarcimento del danno c.d. esistenziale pure richiesto dagli attori, ci si può limitare a richiamare quanto recentemente statuito dalla giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui esso, non costituendo una categoria autonoma di pregiudizio, ma rientrando nel danno non patrimoniale, non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente denominato, richiedendosi, nei casi in cui sia risarcibile come danno non patrimoniale, che sussista da parte del richiedente la allegazione degli elementi di fatto dai quali desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio (cfr. Cass., S.U., 11.11.2009, n. 26972);

che, quanto alle spese di lite, il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi ex art. 92, co. 2, c.p.c. - in considerazione della pronuncia della Suprema Corte nel senso dell'inconfigurabilità di una nullità per violazione delle regole di condotta da parte

degli intermediari finanziari, nonché in ordine alla non autonoma risarcibilità del danno esistenziale, solo successivamente all'introduzione del presente giudizio - per compensarle integralmente tra le parti;

che con la presente sentenza è necessario, poi, procedere alla liquidazione - nella misura indicata in dispositivo – delle competenze spettanti al C.T.U. nominato dal Collegio (in diversa composizione) all'udienza dell'8.10.2007, in quanto il decreto di liquidazione in data 29.5.2008, seppure comunicato alle parti, non reca la sottoscrizione del Presidente del Tribunale (né invero quella del Giudice relatore, per quanto non necessaria, come si può argomentare *ex art.* 134, co. 1, c.p.c.), e quindi è insanabilmente nullo;

P.Q.M.

Il Tribunale di Terni, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe, ogni altra difesa, eccezione ed istanza, anche istruttoria, disattesa:

- dichiara inammissibile la domanda nuova di nullità dei contratti di negoziazione delle obbligazioni "Parmalat Euro 09" tra XXXX e la Banca XXXX formulata da parte attrice con la comparsa conclusionale depositata il 16.1.2009;
- rigetta le restanti domande attoree;
- compensa integralmente tra le parti le spese di lite;
- liquida in favore del C.T.U., dott. XXXX, quale corrispettivo dell'attività svolta la somma di € 1.275,00 (milleduecentosettantacinque/00), oltre IVA e Cassa;
- pone le spese di C.T.U., come sopra liquidate, a carico degli attori, in solido tra loro.

Terni, 06.04.2009

Il giudice estensore
Dott. XXXX

Il Presidente
Dott. XXXX

