

USO
RECUPERO



Decl. N. 397/09
R.G. N. 703/07
Cron. N. 1268/09
Rep. N. 932/09

Diritti di copia apposta
sull'originale riscossa
per Euro 11,00

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MANTOVA
SEZIONE SECONDA

nelle persone dei seguenti magistrati:

Dott. Mauro Bernardi	Presidente
Dott. Vittorio Carlo Aliprandi	Giudice
Dott. Luigi Bettini	Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

IL CASO.it

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 703/2007 R.G.
promossa da:

elettivamente domiciliata Via
- Mantova, presso e nello studio dell'avv. Peschiera
Marina che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Franchi
Giovanni del Foro di Parma;

ATTRICE

contro

domiciliata in
nello studio dell'avv.
difende;

elettivamente
- Mantova, presso e
che la rappresenta e

CONVENUTA



in punto a: "Cause in materia di offerte pubbliche di acquisto, di scambio e di vendita (O.P.A., O.P.S., O.P.V.)".

CONCLUSIONI **IL CASO.it**

Il procuratore dell'attrice chiede e conclude:

"Piaccia al Tribunale di Mantova:

- In via principale, accertare e dichiarare la nullità dei contratti d'investimento avente ad oggetto obbligazioni argentine stipulate dalla signora _____ con _____, ora _____, per difetto di forma e conseguente violazione dell'art 23 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e 18 d.lgs. n. 415/96, nonché del successivo art. 30, comma 7, e comunque inosservanza di norma imperativa ex art. 1418 c.c. e/o illiceità della causa ai sensi dell'art 1343 c.c. stante la violazione degli artt. 21 e segg. d.lgs. cit., e degli artt. 28, 29 del Regolamento Consob n. 11522/98, nonché dell'art. 17 d.lgs. n. 415/96;

- In subordine, pronunciare l'annullamento del contratto in parola ex artt. 1439, 1394 e 1395 c.c.;

- In ulteriore subordine, pronunciare la risoluzione dello stesso a norma dell'art. 1453 c.c.;

Per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare

_____ alla restituzione della complessiva somma di € 5.205,67 per l'acquisto di obbligazioni argentine, oltre interessi legali dal giorno dell'acquisto al saldo; **IL CASO.it**

- In estremo subordine, dichiarare tenuta e condannare

_____ al risarcimento di tutti i danni arrecati





all'attrice a causa dei comportamenti meglio specificati in premesse; danni tutti che si quantificano nella complessiva somma di € 5.205,67 ovvero in quell'altra somma maggiore o minore che verrà ritenuta di giustizia, oltre interessi dal dì del dovuto al saldo;

IL CASO.it

- Inoltre, oltre alle somme sopra indicate, dichiarare tenuta e condannare al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 5.000,00 (ovvero di quell'altra somma maggiore o minore che sarà ritenuta di equità), a titolo di danno esistenziale e comunque non patrimoniale, ex artt. 2043 e 2059 c.c., oltre interessi legali dal dì del dovuto al saldo;

- In ogni caso, col favore delle spese, dei diritti e degli onorari del giudizio, oltre maggiorazione ex art. 15 Tar. Prof., IVA e CPA come per legge”.

Il procuratore della convenuta chiede e conclude:

“In via pregiudiziale:

a) In via pregiudiziale dichiarare l'inammissibilità della domanda nuova di risoluzione ex art. 1453 c.c. del contratto di compravendita delle obbligazioni della Repubblica Argentina per cui è causa asseritamente concluso tra la Sig.ra

e

, proposta tardivamente nella

memoria di replica notificata da controparte;

Nel merito:

IL CASO.it

a) In via preliminare nel merito, dichiarare il difetto di



legittimazione passiva della convenuta atteso che

non ha venduto le obbligazioni della Repubblica Argentina per cui è causa a controparte e, comunque, in quanto non è posta in contropartita diretta con la Sig.ra e, per l'effetto, rigettare le domande attoree;
IL CASO.it

b) In via subordinata preliminare nel merito, dichiarare il difetto di legittimazione passiva della convenuta atteso che il promotore finanziario Sig. non era promotore finanziario di bensì era promotore finanziario di e, per l'effetto, rigettare le domande attoree;

c) In subordine nel merito, rigettare le domande attoree in quanto infondate in fatto ed in diritto;

d) In via di ulteriore subordine riconvenzionale, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree di nullità, ovvero di annullamento dei contratti di acquisto delle obbligazioni delle Repubblica Argentina per cui è causa condannare controparte alla restituzione delle obbligazioni della Repubblica Argentina per cui è causa e/o compensare, ovvero comunque determinare le somme dovute a controparte tenendo conto delle somme pacificamente accreditate a titolo di interessi delle obbligazioni della Repubblica Argentina per cui e causa;
IL CASO.it

e) In via di ulteriore subordine riconvenzionale, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree di risarcimento del





danno, accertare il concorso del fatto colposo di controparte ex artt. 1227, comma 1, c.c. e 2056 c.c. e ridurre l'ammontare del risarcimento e/o compensare, ovvero comunque determinare le somme dovute a controparte tenendo conto delle somme pacificamente accreditate a titolo di interessi delle obbligazioni della Repubblica Argentina per cui è causa;

f) Con vittoria di spese e competenze". **IL CASO.it**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato conveniva in giudizio _____, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, chiedendo che fossero dichiarati nulli o che comunque fossero annullati i contratti relativi ad un acquisto di obbligazioni argentine compiuto con la banca.

Chiedeva altresì che la banca convenuta fosse condannata alla restituzione della somma di €. 5.205,67, oltre agli interessi legali dal giorno dell'acquisto al saldo, o comunque al risarcimento del danno in pari misura, anch'esso oltre agli interessi legali dalla data dell'acquisto al saldo, per l'investimento compiuto.

Chiedeva poi che fosse in ogni caso condannata al risarcimento del danno esistenziale per €. 5.000,00. **IL CASO.it**

Affermava in particolare di non essere in possesso del contratto di acquisto delle citate obbligazioni, ma solo del relativo fissato bollato, cosicché - se la banca non lo avesse esibito - il contratto si sarebbe dovuto ritenere nullo per difetto di forma ex art. 23/1



D.l.vo n. 58/98.

IL CASO.it

Affermava ancora che era stato stipulato fuori sede, presso la sua abitazione, privo dell'indicazione della facoltà di recesso, e dunque doveva ritenersi nullo ex artt. 30/7 D.l.vo n. 58/98 o 22 D.l.vo n. 415/96.

Aggiungeva che doveva ritenersi nullo anche perché posto in essere in violazione degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 21 D.l.vo n. 58/98, come esplicitati dagli artt. 26 e 28/1 e 3 regolamento CONSB n. 11522/98, poiché la banca non le aveva dato la banca alcuna informazione sui rischi connessi all'investimento, nonostante i titoli da lei acquistati fossero speculativi e pericolosi, investimento che non avrebbe compiuto se ne fosse stata correttamente informata.

Aggiungeva poi che non era stata nemmeno informata del decremento del valore dei titoli in violazione del citato art. 28 e che comunque le non potevano essere venduti, poiché erano riservati ai soli investitori istituzionali, in violazione dell'art. 94 D.l.vo n. 58/98.

IL CASO.it

Aggiungeva ancora che tutti questi motivi erano comunque causa dell'annullamento del contratto per dolo determinante ex art. 1439 c.c., essendole stata falsamente rappresentata la realtà della negoziazione che l'aveva indotta a concludere un contratto che, se correttamente informata, non avrebbe mai concluso.

Aggiungeva ancora la banca aveva operato in conflitto di interessi, in violazione dell'art. 21/1 lett. c) D.l.vo n. 58/98 e



dell'art. 27 regolamento CONSB n. 11522/98, e così il contratto era annullabile ex art. 1394 e 1395 c.c.

IL CASO.it

Aggiungeva infine che i titoli erano stati acquistati fuori dai mercati regolamentati senza la preventiva autorizzazione ex artt. 8/1 lett. b) L. n. 1/91 e 33 regolamento CONSOB n. 5387/91.

Concludeva chiedendo il risarcimento di tutti i danni derivati dall'acquisto dei titoli.

Da qui l'odierna controversia con le svolte domande di nullità, annullamento, restitutorie e risarcitorie.

Si costituiva chiedendo il rigetto delle domande perché infondate in fatto ed in diritto.

Eccepiva in via pregiudiziale la nullità della citazione per essere indeterminate le domande svolte.

Affermava che l'11/11/98 l'attrice aveva regolarmente sottoscritto il contratto di negoziazione degli ordini ed un contratto di conto corrente sul quale provvedere alle operazioni relative alla negoziazione ed il 19/11/98 aveva acquistato le obbligazioni argentine oggetto di controversia con le modalità del *phone banking*, peraltro espressamente previste dallo stesso contratto di negoziazione.

IL CASO.it

Aggiungeva che aveva percepito per ben tre anni le cedole dell'investimento senza contestare alcun estratto conto e che aveva compiuto molteplici acquisti di titoli, sia prima che dopo quello oggetto di causa, anche più rischiosi delle obbligazioni argentine.



Rilevava che le asserite violazioni dell'art. 21 D.l.vo n. 58/98 così come attuate dagli artt. 27, 28 e 29 reg. CONSOB n. 11522/98 – che peraltro negava essere sussistenti – non davano comunque luogo né alla nullità né all'annullabilità dell'ordine di acquisto, come preteso dall'attrice. **IL CASO.it**

Precisava poi che difettava la sua legittimazione passiva in relazione ad eventuali violazioni compiute da _____, e dunque ora di _____

Rilevava ancora che l'art. 30 D.l.vo n. 58/98 non si applicava al contratto di negoziazione degli ordini e dunque al caso di specie. Concludeva affermando che nella compravendita delle obbligazioni - a mezzo del servizio di *phone banking* - non v'era stata alcuna violazione degli obblighi informativi e non era sussistente alcun conflitto di interessi, non avendo i titoli nel proprio portafoglio ma avendoli acquistati da Morgan' Stanley s.p.a., collocatore sul mercato secondario.

Da qui il rigetto di tutte le domande.

Scambiate le memorie ex artt. 6 e 7 D.l.vo n. 5/03, richiesta dall'attrice la fissazione dell'udienza ex art. 12 D.l.vo n. 5/03 con atto notificato il 18/7/07, la banca convenuta depositava il 19/7/07 la relativa nota di precisazione delle conclusioni ex art. 10 D.l.vo 5/03 ed il giudice relatore ammetteva le prove nei limiti di cui al decreto del 2/11/07, fissando contestualmente l'udienza di discussione davanti al Collegio. **IL CASO.it**



All'udienza del 7/2/08 il Collegio confermava l'ammissione delle prove testimoniali richieste dalle parti. **IL CASO.it**

La loro assunzione era delegata al giudice relatore che, esaurita l'attività istruttoria, rimetteva definitivamente le parti davanti al Collegio all'udienza del 27/11/08, nella quale la causa era trattenuta in decisione all'esito della discussione delle parti.

Nella memoria ex art. 6 D.l.vo n. 5/03 l'attrice - in seguito alle difese della banca convenuta - invocava altresì, in via subordinata, anche la risoluzione dell'ordine di acquisto. In quella conclusionale del 10/1/08 la stessa attrice, nello svolgere le difese finali prima dell'udienza Collegiale, invocava ancora un ulteriore profilo di nullità dell'ordine di acquisto, e cioè la sua nullità quale conseguenza della nullità per difetto di forma del contratto di negoziazione sulla base del quale l'acquisto era stato compiuto.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Deve anzitutto essere qualificata come nuova, e come tale inammissibile, la domanda svolta dall'attrice con la memoria conclusionale del 10/1/08. In tale atto difensivo ha invocato la nullità dell'ordine di acquisto oggetto di causa quale conseguenza della nullità del contratto di negoziazione perché privo, a suo dire, della forma scritta necessaria ex art. 23/1 e 3 D.l.vo n. 58/98.

IL CASO.it

In tal modo ha fatto valere un profilo di invalidità dell'ordine di acquisto ulteriore rispetto a quelli già svolti nell'atto di citazione,



nel quale si duole soltanto della nullità dell'ordine per difetto di forma scritta e per omessa informazione sul suo oggetto da parte della banca, non anche della sua nullità derivata in conseguenza della nullità del contratto di negoziazione. **IL CASO.it**

Altro è invocare la nullità del contratto per difetto di forma, perché cioè privo della necessaria forma scritta, altro è invocarla, quale nullità derivata, per difetto di forma di un altro e diverso contratto, quello appunto di negoziazione che l'ha preceduto: si tratta di due diversi profili di nullità rispetto ai quali la parte svolge diverse ed autonome domande.

Ma proprio tale autonoma domanda, quella relativa alla nullità derivata dal difetto di forma del primo contratto, è inammissibile poiché è stata formulata tardivamente, essendo stata introdotta con la memoria conclusionale.

Nel rito societario le domande nuove svolte dalla parte attrice possono essere introdotte nel giudizio solo con la memoria ex art. 6^o D.l.vo n. 5/03 purché, ai sensi del comma 2 lettera b) di tale norma, siano una conseguenza delle difese proposte dalla parte convenuta. **IL CASO.it**

Tale evenienza processuale non si è però verificata nel caso di specie ove l'attrice, a fronte della comparsa di risposta della banca convenuta, non ha in alcun modo dedotto alcun altro vizio di forma dell'ordine rispetto a quello originario, ed introducendo solo una nuova domanda di risoluzione dell'ordine di acquisto limitandosi così ad allargare il *thema decidendum* con la



cosiddetta *reconventio reconventionis*, solo in relazione a tale domanda, fatto che gli ha precluso l'introduzione di ulteriori domande nel processo.

IL CASO.it

Quanto alle altre domande, deve anzitutto essere rigettata, in via pregiudiziale ed in senso non ostativo alla decisione sul merito, l'eccezione della banca convenuta di nullità della citazione per essere indeterminati i fatti posti a base di essa.

Ad avviso del Collegio l'attore ha indicato con sufficiente chiarezza lo svolgimento storico dei fatti che hanno condotto all'acquisto dei titoli, ha enucleato quelli che, a suo dire, sono stati gli inadempimenti della banca nella prestazione del servizio di intermediazione e così le cause di invalidità dei contratti conclusi, ha chiesto la restituzione di quanto pagato, comprensivo di interessi, e comunque il risarcimento del danno in eguale misura, insomma ha indicato in modo sufficientemente chiaro ed articolato *peritum e causa petendi* delle domande svolte per tale motivo, non posso essere ritenute nulle ex art. 164

È vero che non ha indicato la data dell'acquisto delle obbligazioni argentine, ma è anche vero che l'ha indicato la banca convenuta nella comparsa di risposta, che la data non è stata oggetto di contestazione e che dunque tale omissione non ha impedito alla banca di svolgere le sue difese.

IL CASO.it

Dunque non può ritenersi nulla la citazione.

Deve inoltre essere rigettata, in via preliminare, l'eccezione di



decadenza ex artt. 119 D.l.vo n. 385/93 e 1832 c.c. poiché l'attore non avrebbe contestato tempestivamente le risultanze degli estratti conto che gli erano stati regolarmente inviati.

Il realtà tale omessa impugnazione preclude solo la contestazione del fatto dell'annotazione contabile in sé, non anche della sottostante operazione compiuta sul conto corrente di corrispondenza. Ciò non toglie quindi che il correntista possa contestare l'esistenza e la legittimità delle singole operazioni, in difformità a quanto annotato sull'estratto conto, anche in assenza di impugnazione del medesimo nel termine semestrale previsto.

Ed infatti *“la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione di tutte le operazioni bancarie regolate nel conto stesso, attesa la natura sostanzialmente confessoria delle annotazioni in esso riportate, non comporta infatti l'inammissibilità di censure attinenti alla validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori da cui scaturiscono le partite inserite nel conto, in quanto in tal caso l'impugnativa, non essendo limitata alla contestazione di accrediti e di addebiti sotto il profilo contabile, non è direttamente collegata all'estratto conto trasmesso dalla banca.”* (fra le tante Cass. civ., I, n. 18626/03).

IL CASO.it

Quanto al merito delle domande svolte, poiché l'attore lamenta - anzitutto - la nullità/annullabilità dell'ordine di acquisto perché concluso senza la prevista forma scritta ed in violazione degli obblighi informativi da parte della banca, occorre prima di ogni



altra considerazione qualificare correttamente il contratto di negoziazione in strumenti finanziari ed i singoli ordini di acquisto, per decidere sulle domande circa l'invalidità di questi ultimi, e dunque anche quello oggetto di causa.

La controversia dottrinale e giurisprudenziale è nota.

Secondo alcuni autori e giudici di merito le norme comportamentali poste dall'art. 21 D.l.vo n. 58/98 agli intermediari sarebbero norme imperative la cui violazione integrerebbe altrettante ipotesi di nullità del contratto di negoziazione. Esse tutelerebbero infatti non solo e non tanto la parte debole del contratto, e cioè il cliente investitore, quanto l'integrità e la trasparenza del mercato e solo di riflesso i singoli investitori. Costituirebbero in buona sostanza l'articolazione ed il dipanarsi di una nuova accezione di ordine pubblico economico che si sostanzierebbe nella regolazione della circolazione della ricchezza secondo modalità inderogabili dalle parti e che il Legislatore avrebbe tutelato attraverso la nullità dei singoli contratti in ipotesi di loro violazione, così al tempo stesso tutelando anche gli interessi dei singoli investitori.

Da qui si imporrebbe la scelta della sanzione più grave, la nullità appunto, a presidio di norme imperative inderogabili, poste a tutela di interessi necessariamente generali.

IL CASO.it

Secondo altri autori e giudici di merito, ma recentemente anche di legittimità (Cass. civ. I. n. 19024/05), la nullità sarebbe invece da riservare alle sole ipotesi espressamente previste dal



Legislatore – *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – fra cui il difetto di forma del cosiddetto contratto quadro ex art. 23/1 e 3 D.l.vo n. 58/98, configurando la violazione degli obblighi comportamentali di cui all'art. 21 D.l.vo n. 58/98 da parte della banca altrettante ipotesi di inadempimento da parte sua, con i conseguenti effetti risolutivi restitutori e risarcitori secondo le regole generali.

IL CASO.it

È a tale seconda opzione ermeneutica che va la preferenza del collegio.

Ex art. 1418/1 c.c. la contrarietà a norme imperative quale causa di nullità del contratto presuppone che essa attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto come si evince dalla stesso art. 1418/2 c.c.

I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto restano estranei alla formazione della fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità, qualunque sia la natura delle norme violate, non determina la nullità del contratto.

Fanno eccezione le ipotesi espressamente previste dallo stesso legislatore, come ad esempio quella ex art. 23/1 D.l.vo n. 58/98 già citata.

IL CASO.it

D'altra parte le informazioni che la banca deve preventivamente dare al cliente ex art. 21 D.l.vo n. 58/98 non hanno ad oggetto direttamente la natura ed il contenuto del contratto in sé, ma solo



quegli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e dunque non integrano nemmeno un'ipotesi di mancanza di consenso.

IL CASO.it

Immaginare che anche le norme di condotta previste dal citato art. 21 D.l.vo n. 58/98 integrino altrettante ipotesi di nullità da un lato significa snaturare le caratteristiche della sanzione, come sopra descritte, dall'altro determina una dilatazione eccessiva della categoria che finisce per coinvolgere anche l'esecuzione del rapporto, fatto che non pare essere nelle intenzioni del Legislatore.

Se così è, la loro violazione non può che dare luogo ad un eventuale inadempimento della banca nell'esecuzione del contratto di negoziazione con gli eventuali effetti risolutivi, restitutori e risarcitori che ne conseguono (così da ultimo Cass. civ., SS. UU., n. 26724/07 e Cass. civ., SS. UU., n. 26725/07).

A tale proposito si impongono alcune precisazioni.

Ciò che non può essere revocato in dubbio è il principio affermato in passato dalla Corte di Cassazione (Cass. civ., III, n. 3272/01) e sostenuto dall'attore secondo cui l'art. 21 D.l.vo n. 58/98 impone all'intermediario obblighi di comportamento con norme imperative perché volte tutelare interessi di carattere generale, come il risparmio pubblico e l'integrità e la trasparenza del mercato, come già accennato.

IL CASO.it

Si tratta sicuramente di norme inderogabili nel senso che l'intermediario ed il risparmiatore non potrebbero prevedere



l'esonero del primo dall'osservanza di tali obblighi.

Ma da esse l'attrice pretende – come detto – di ricavare la nullità del singolo ordine di acquisto ed è questa prospettiva che non può essere condivisa.

IL CASO.it

Se è vero che il contratto di negoziazione costituisce un mandato fra il cliente e l'intermediario avente ad oggetto l'attività di intermediazione finanziaria ed i singoli successivi ordini di acquisto – con le relative compravendite dei titoli – l'attività di attuazione del programma negoziale contenuto nello stesso contratto di negoziazione, appare evidente che gli obblighi comportamentali previsti a carico dell'intermediario dall'art. 21 D.l.vo n. 58/98, non attengono ai requisiti di validità del cosiddetto contratto quadro, ma alla sua esecuzione, e dunque la loro violazione concerne essenzialmente il suo adempimento.

Che poi si costruiscano i singoli ordini di acquisto - e le singole compravendite - quali contratti collegati al primo o come mera attività gestoria compiuta in esecuzione del mandato originario, è questione ancora controversa.

IL CASO.it

Nell'un caso la violazione degli obblighi informativi di cui sopra genera responsabilità precontrattuale dell'intermediario con riferimento alle singole compravendite, nel secondo caso responsabilità contrattuale dell'intermediario rispetto all'originario mandato, il contratto di negoziazione, con i conseguenti rimedi risolutorio e restitutorio, sussistendo i presupposti di cui agli art. 1453 c.c., e comunque con il rimedio



risarcitorio in entrambi i casi, come conseguenza della violazione degli obblighi precontrattuali ex art. 1337 c.c. o contrattuali ex art. 1218 c.c.

IL CASO.it

È la seconda soluzione quella preferita dal Collegio.

Ed infatti gli obblighi di cui all'art. 21 D.l.vo n. 58/98 sono obblighi di diligenza, e dunque di adempimento, che meglio si conciliano con la qualificazione del contratto quadro come mandato e la successiva attività come attività gestoria, priva di un vero e proprio contenuto negoziale autonomo, o meglio caratterizzata di un contenuto negoziale attuativo del contratto quadro.

Essi traggono origine dalla conclusione del contratto originario e la violazione delle regole di diligenza da parte dell'intermediario altro non è che l'inadempimento del contratto originario.

Visto il suo particolare oggetto e gli interessi ad esso sottesi, il Legislatore da un lato ha individuato un intermediario qualificato quale necessario mandatario e dall'altro ha previsto una disciplina speciale del contratto articolata nelle norme del D.l.vo n. 58/98 che disciplinano in modo dettagliato le modalità di svolgimento del rapporto, così come indicate anche dalle norme di cui al regolamento CONSOB n. 11522/98.

I doveri di informazione di cui all'art. 21 D.l.vo n. 58/98 altro non sono gli obblighi di diligenza che gravano sul mandatario ex art. 1710 c.c., rimodellati sul peculiare oggetto del contratto di investimento in strumenti finanziari.

IL CASO.it





Se così è, i singoli ordini di acquisto sono atti di esecuzione del rapporto contrattuale e le singole compravendite dei titoli sono veri e propri contratti, ma nei rapporti fra venditore (o acquirente) del titolo e intermediario autorizzato, e cioè fra terzo e mandatario.

IL CASO.it

Né la conclusione può cambiare se il venditore (o l'acquirente) è lo stesso mandatario, e cioè l'intermediario autorizzato poiché anche in tal caso rispetto al contratto quadro altro non sono che atti di esecuzione, appunto (in tal senso ancora Cass. civ., SS. UU., n. 26724/07 e Cass. civ., SS. UU., n. 26725/07).

È per tali motivi che la violazione degli obblighi di cui all'art. 21 D.l.vo non può in alcun modo integrare né la nullità del contratto quadro, né quella dei singoli ordini di acquisto ma nemmeno la nullità, l'annullamento o la risoluzione delle singole compravendite, non solo quando l'intermediario acquista i titoli da terzi – ove il cliente non è parte di tale contratto – ma neppure quando li vende direttamente al cliente, per i motivi detti.

Nullità, annullamento e risoluzione, e definitivamente sul punto, non possono che attere al contratto quadro. **IL CASO.it**

Così qualificati i singoli ordini di acquisto, deve anzitutto rilevarsi che per essi non è necessaria la forma scritta, e comunque non a pena di nullità, non essendo contratti, ma istruzioni date dal cliente mandante alla banca mandataria.

È vero che ex art. 23 D.l.vo n. 58/98 i contratti relativi ai servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto ed una copia è



consegnata al cliente e che nei casi di inosservanza della forma scritta il contratto è nullo (comma 1) e la nullità può essere fatta valere solo dal cliente (comma 3).

IL CASO.it

Ma è anche vero che la norma si riferisce solo al contratto di negoziazione di strumenti finanziari, il cosiddetto contratto quadro, non anche i singoli ordini di acquisto.

Sotto questo profilo appare legittima la previsione contrattuale della negoziazione a mezzo del servizio di *phone banking*, non essendovi vincoli di forma per i singoli ordini, e dunque nemmeno per quello oggetto di controversia.

Deve ancora rilevarsi che per esso non opera nemmeno il divieto di acquisto al di fuori dei mercati regolamentati ex art. 11 L. n. 1/91.

Ed infatti il contratto quadro è stato concluso il 3/11/96 e l'ordine è stato impartito il 3/11/98.

Il primo è dunque regolato non più dalla L. n. 1/91 ma dal D.l.vo n. 415/96 (poi attuato dal regolamento CONSOB n. 10943/97) che nel disciplinare nuovamente la materia non ha più previsto il citato divieto.

IL CASO.it

Né tale divieto è reintrodotta dal D.l.vo n. 58/98.

Dunque non può ritenersi vietato l'acquisto fuori dai mercati regolamentati, nemmeno se compiuto in deroga alle previsioni del citato art. 11 L. n. 1/91, non più applicabile al caso di specie.

A ciò occorre aggiungere che, essendo l'ordine del 19/11/98, ad esso si applica la disciplina di cui al regolamento CONSOB n.



11522/98 dell'1/7/98, che non prevede più il divieto, in conformità al D.l.vo n. 58/98 cui dà attuazione, se non all'art. 44 nella disciplina della gestione dei portafogli, e dunque in una fattispecie estranea a quella oggetto di causa. **IL CASO.it**

Non può dunque rilevarsi nessuna nullità dell'ordine di acquisto, nemmeno sotto questo profilo.

Quanto poi agli obblighi informativi, dalle suddette considerazioni deriva anche che devono essere rigettate sia le domande di nullità, annullamento e risoluzione dell'ordine del 19/11/98 sia quelle restitutorie svolte in conseguenza delle dedotte nullità, annullabilità e risolubilità.

Deve invece essere accolta la domanda risarcitoria.

Anzitutto, poiché la violazione degli obblighi informativi dedotta dall'attrice attiene all'inadempimento del contratto quadro, deve precisarsi anzitutto che il risarcimento non può conseguire quale inadempimento del singolo ordine, come sembra prospettare l'attore, ma del contratto quadro sulla base del quale l'ordine è stato impartito.

Ciò consente di ritenere infondata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva svolta dalla banca per non essere suoi i titoli venduti all'attrice, avendo fatto solo da intermediaria.

Si tratta in realtà di una vera e propria difesa nel merito in cui la banca convenuta nega di essere soggetto passivo delle obbligazioni contrattuali che l'attrice assume violate.

Ma la difesa, come già detto, è infondata.

IL CASO.it



L'attrice si duole infatti proprio dell'attività della banca quale intermediario finanziario, deducendo il suo inadempimento agli obblighi scaturenti dal contratto quadro, rispetto al quale è irrilevante che il fatto che i titoli oggetto dell'ordine di acquisto appartenessero alla banca stessa o ad un terzo, da cui la banca li ha acquistati.

IL CASO.it

Ciò di cui le parti controvertono è l'adempimento degli obblighi informativi cui la banca era tenuta verso l'attrice.

E dell'eventuale inadempimento deve rispondere la banca, appunto, quale intermediario finanziario, in virtù del contratto quadro concluso fra le parti.

Fatta questa premessa, devono essere valutati i diversi profili di inadempimento contestati alla banca sotto il profilo: 1) delle omesse informazioni sulle caratteristiche dei titoli; 2) dell'adeguatezza dell'operazione rispetto al profilo di rischio dell'attrice; 3) della collocabilità dei titoli ad investitori privati; 4) del conflitto di interesse della banca nell'acquisto dei titoli; 5) della mancanza dell'avviso della facoltà di recesso sul contratto essendo stato dato l'ordine fuori sede; 6) del mancato avviso da parte della banca del decremento del valore dei titoli; 7) del divieto di acquisto degli stessi sui mercati non regolamentati, come invece sarebbe avvenuto.

IL CASO.it

Lamenta anzitutto l'attrice che la banca - nel venderle le obbligazioni argentine oggetto di causa - avrebbe omesso di indicarle le caratteristiche dei titoli e, soprattutto, la loro



rischiosità, trattandosi di titoli speculativi, per di più inadeguati al suo profilo di rischio.

IL CASO.it

Replica la banca che l'acquisto è avvenuto a mezzo del servizio di *phone banking* e che è stato il cliente a scegliere i titoli, con piena consapevolezza, tanto che per farlo ha dovuto utilizzare un codice particolare relativo a quei titoli che si era dovuto procurare o da un promotore finanziario o da un intermediario, e dunque ben conosceva ciò che andava ad acquistare.

La difesa è infondata.

Dall'esame della testimonianza di dipendente di società controllante della banca convenuta, è risultato che l'ordine impartito dall'attore è avvenuto a mezzo del servizio di *phone banking*. Il teste ha spiegato che l'acquisto avviene a mezzo del telefono attraverso un disco preregistrato, di regola, salva la facoltà di parlare con un operatore.

Ha anche precisato che l'acquisto dei titoli avviene mediante la digitazione di un codice, specifico per ciascun tipo di titoli e che questi codici possono essere utilmente reperiti sulla stampa se riferiti a titoli dello Stato italiano o azioni.

IL CASO.it

Ha poi aggiunto che, poiché le obbligazioni argentine non appartengono a nessuna delle due citate categorie, ciò significa che l'attrice ha ottenuto il codice o dall'operatore telefonico al momento dell'acquisto, avendo scelto di parlare con un operatore e di non avvalersi dell'opzione dell'acquisto a mezzo del disco



preregistrato, oppure lo aveva avuto da un promotore finanziario prima di compiere la telefonata.

IL CASO.it

Tali modalità, a dire della banca, consentono di ritenere che l'attrice sia stata adeguatamente informata delle caratteristiche e della rischiosità dei titoli.

La tesi non convince il Collegio.

Lamenta infatti l'attrice che _____ si

sarebbe sottratta agli obblighi informativi di cui all'art. 21/1 lett.

a) del D.l.vo n. 58/98 in relazione: 1) all'art. 28 del reg.

CONSOB n. 11522/98 non avendola informata sulla natura, i

rischi e le implicazioni della specifica operazione, nulla

prospettando della situazione finanziaria dello Stato argentino e

sul suo rischio di insolvenza; 2) all'art. 29 del reg. CONSOB n.

11522/98 non avendola informata dell'inadeguatezza

dell'operazione per tipologia, oggetto, dimensioni e frequenza,

E di avere dato tali informazioni la banca non ha dato prova.

Dalla testimonianza non è emerso se la _____ abbia parlato con

un operatore oppure no. E se non vi ha parlato non è emerso

come si sia procurata il codice identificativo dei titoli acquistati,

quale sia stato il promotore finanziario che gliel'ha dato e,

soprattutto, quali informazioni le ha fornito. **IL CASO.it**

Il semplice possesso del codice identificativo dei titoli non è

sufficiente a ritenere assolto il suddetto onere informativo.

Con ciò il Collegio non intende affermare che gli acquisti non

possono essere compiuti a mezzo del servizio di *phone banking*,





anzi proprio le osservazioni svolte sui rapporti fra contratto di negoziazione e singoli ordini e sulla libertà di forma di questi ultimi confortano la piena legittimità di tale modalità di impartire gli ordini di acquisto e vendita dei titoli. **IL CASO.it**

Ma la scelta di tale modalità di acquisto non può far venire meno l'assolvimento degli obblighi informativi previsti dall'art. 21 D.l.vo n. 58/98, e prima dagli artt. 6 L. n. 1/91 e 13 D.l.vo n. 415/96, pena lo stravolgimento delle modalità di contrattazione prescritte dalle citate norme e poste a tutela del cliente investitore.

E così o il cliente investitore che si avvale del servizio di *phone banking* parla con un operatore che deve fornirgli tutte le informazioni sulla natura dei titoli, le loro caratteristiche e la loro rischiosità, oltre che sull'adeguatezza dell'acquisto rispetto al suo profilo di rischio, oppure tali informazioni gli devono essere fornite dal disco preregistrato, nel senso che il compimento delle operazioni deve essere subordinato all'ascolto delle informazioni

sui titoli che intende acquistare - anche preregistrate - e dunque al fatto che il cliente sia avvertito di tutte le informazioni necessarie e che possa dare l'ordine di acquisto solo dopo averle ascoltate.

Per non violare il citato art. 21 D.l.vo n. 58/98 il servizio di *phone banking* deve in buona sostanza essere tale che - se anche l'investitore non parla direttamente con nessuna persona fisica, com'è possibile - le informazioni sono comunque date a mezzo della registrazione senza che sia possibile compiere l'acquisto



senza averle ascoltate.

IL CASO.it

L'inserimento del codice che identifica i titoli che si intendono acquistare può anche essere il risultato di informazioni date al cliente investitore, e non il presupposto per ascoltarle a mezzo del telefono e, in seguito ad esse ed alla luce di esse, poter compiere l'acquisto richiesto.

Ma in ogni caso – qualunque sia il meccanismo che porta alla vendita – l'intermediario finanziario deve provare come il cliente sia venuto in possesso del codice e, soprattutto, quali informazioni gli sono state date sui titoli che si appresta ad acquistare.

Ma nel caso di specie la banca non ha dato alcuna prova di tutto ciò, per i motivi già detti.

Afferma ancora la banca convenuta, a proposito delle informazioni date, che ha consegnato all'attrice il documento informativo sui rischi generali e che costei in altre occasioni aveva acquistato altri titoli, anche più rischiosi delle obbligazioni argentine.

VA Anche tali difese sono infondate.

IL CASO.it

IL TRIBUNALE CIVILE DI MANTOVA
L'obbligo della banca non può infatti ritenersi assolto per avere consegnato alla cliente il documento informativo sui rischi generali, poiché si tratta di un documento che spiega in generale appunto l'attività di investimento ed i suoi rischi, ma non si riferisce ad operazioni concrete, che invece costituiscono l'oggetto dell'obbligo informativo che l'attrice assume violato.



Né può essere esonerata la banca da tale obbligo per il fatto che l'attrice aveva una propensione al rischio media e che in altre occasioni aveva investito in strumenti finanziari, anche più rischiosi.

IL CASO.it

La conoscenza delle regole che presiedono agli investimenti in strumenti finanziari ed il fatto che in altre occasioni avesse compiuto investimenti di tal fatta non esonerano la banca dall'informazione dei singoli strumenti finanziari, ogni volta che il cliente/investitore si accinga a compiere un nuovo investimento.

In sostanza, e definitivamente sul punto, l'onere di informazione che si assume violato serve proprio a rendere edotto l'investitore delle caratteristiche del singolo strumento finanziario in modo da conoscere l'oggetto dell'investimento che sta compiendo, a prescindere dalle sue generali conoscenze in materia e da quanto avvenuto in altre occasioni.

IL CASO.it

Se così è, deve essere accolta la domanda risarcitoria in relazione all'acquisto compiuto dalla _____ il 19/11/98 e deve essere

condannata la banca al risarcimento del relativo danno.

Il descritto deficit informativo le ha impedito infatti di porre in essere un investimento consapevole del quale conoscesse le caratteristiche e rischi, così determinando la scelta di titoli che deve ritenersi che non avrebbe acquistato se ne avesse conosciuto le caratteristiche e la rischiosità e che, nel perdere valore, le ha determinato un danno, che è conseguenza dell'inadempimento



della banca.

IL CASO.it

Circa il *quantum* di tale danno deve anzitutto essere valutato il danno emergente.

Esso è pari alla somma investita, e dunque al prezzo pagato, dalla quale deve essere sottratto il valore attuale dei titoli, non avendo essi perso completamente valore.

Ad esso non deve invece essere sottratto il valore delle cedole *medio tempore* percepite dall'attrice poiché se l'inadempimento da parte della banca convenuta si è verificato al momento della conclusione dell'ordine, il danno per costei si è viceversa verificato al momento del *default* della Repubblica Argentina, il 31/12/01, e da quella data deve essere valutato.

Fino a quel momento non si è verificato alcun danno per l'attrice ed il percepimento delle cedole da parte sua altro non è stato che il fare propri i frutti dell'investimento, senza che possano essere calcolati nella determinazione complessiva del danno subito.

Né può avere rilievo la sua mancata adesione all'Offerta Pubblica di Scambio Volontario della Repubblica - che a dire della banca convenuta avrebbe attenuato le conseguenze del danno ex art. 27/2 c.c. - perché tale adesione avrebbe comportato la permuta con altre obbligazioni dal valore incerto e con scadenze lontane nel tempo, né la banca ha dato alcuna prova di quale sarebbe stata la misura del minor danno se l'attrice avesse aderito alla suddetta Offerta.

IL CASO.it

E così il danno deve essere calcolato nella differenza fra il valore



delle obbligazioni al momento dell'acquisto, e cioè il loro prezzo di €. 5.205,67, e quello attuale che può essere equitativamente determinato nel 30% del loro valore originario, e cioè €. 1.561,70.

IL CASO.it

Poiché però, come già detto, il danno si è verificato al momento del *default* della Repubblica Argentina ma deve essere liquidato all'attualità, i suddetti valori devono essere reso omogenei alla data della presente decisione per valutare correttamente il pregiudizio sofferto e così il prezzo pagato per le obbligazioni deve essere rivalutato dal 31/12/01 - momento in cui il danno si è verificato - all'attualità.

Sulla somma rivalutata devono poi essere computati gli interessi c.d. compensativi ex art. 1226 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), nella misura, ritenuta equa da questo Tribunale, degli interessi legali.

Non si tratta di interessi in senso tecnico né *a fortiori* di interessi moratori, bensì di una voce di danno separata (sub specie di lucro cessante), mirata a ricomporre lo stato patrimoniale rimasto alterato per la privazione del denaro a far data dal momento dell'illecito.

Poiché questa voce di danno non può essere liquidata autonomamente, non applicandosi l'art. 1224 c.c., è onere del danneggiato dare la prova del danno a lui derivato dal ritardato pagamento.

IL CASO.it

Tale prova, tuttavia, può essere riconosciuta dal giudice mediante



criteri presuntivi ed equitativi, ed il lucro cessante può essere liquidato utilizzando il criterio degli interessi, in misura legale.

Così – trattandosi di debito di valore – la somma deve essere rivalutata all'attualità e gli interessi compensativi devono essere computati sulla somma di anno in anno rivalutata fino alla data della presente sentenza (da ultimo Cass. civ., III, n. 2654/05).

Se dunque la voce di danno costituita dal valore dei titoli, pari al prezzo di acquisto, ammonta ad €. 5.205,67, la stessa voce all'attualità, e cioè al 19/3/09 data della presente decisione, ammonta ad €. 7.093,89.

IL CASO.it

Da tale somma deve poi essere sottratta quella di €. 1.561,70, pari al valore delle obbligazioni determinato - questo sì - alla data odierna, e così il complessivo danno ammonta ad €. 5.532,19.

Essa deve poi ritenersi comprensiva sia del danno emergente, e cioè della perdita di valori già esistenti nel patrimonio della danneggiata, sia del lucro cessante, e cioè della mancata acquisizione da parte sua di tali valori, nella misura già menzionata degli interessi legali.

nessun altro maggior danno può esserle liquidato a tale proposito poiché la liquidazione del lucro cessante presuppone la prova dell'utilità patrimoniale che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità, il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta e deve perciò essere esclusa per quei mancati guadagni che siano meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, quali quelle legate ad un



improbabile fatto del terzo.

IL CASO.it

Dunque il lucro cessante può essere ristorato solo con riferimento alla mancata disponibilità del denaro speso per l'acquisto dei titoli di cui si tratta – ristorata appunto dagli interessi cosiddetti compensativi – non anche dal guadagno che l'attrice avrebbe conseguito se avesse compiuto un altro investimento, del tutto ipotetico.

Né può essere risarcito alcunché quale danno esistenziale poiché l'attrice non ha dedotto quale sarebbe stato il pregiudizio da lei sofferto ulteriore rispetto a quello patrimoniale, né lo ha tanto meno provato, come pure era onerata di fare (da ultimo e per tutte Cass. civ., SS. UU., n. 26972/08).

La relativa domanda deve essere rigettata.

Sulla somma così complessivamente determinata sono poi dovuti gli interessi legali dalla data della presente decisione al saldo, poiché con la liquidazione il debito di valore si trasforma in debito di valuta.

In accoglimento della domanda risarcitoria deve pertanto essere condannata la banca convenuta al pagamento a favore dell'attrice della complessiva somma di €. 5.532,19, oltre agli interessi legali dalla data odierna all'effettivo soddisfo.

IL CASO.it

La decisione in tal senso della controversia rende superfluo l'esame di tutti gli altri profili di inadempimento lamentati dall'attrice e consente di ritenere assorbita la decisione sulle domande riconvenzionali della banca convenuta svolte in via



subordinata nel caso che fossero state accolte le domande di nullità o annullamento o risoluzione svolte dell'attrice.

Devono invece essere rigettate tutte le altre domande riconvenzionali, sia quelle relative al difetto di legittimazione passiva sia quella relativa all'aggravamento del danno ex art. 1227/2 c.c., che è più esattamente un'eccezione riconvenzionale, per i motivi sopra svolti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M. IL CASO.it

Il Tribunale di Mantova in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da

contro , in persona

del legale rappresentante *pro tempore*, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così decide:

1. dichiara inammissibile la domanda di nullità dell'ordine di acquisto del 19/11/98 per essere nullo il contratto di negoziazione dell'11/11/96 per difetto di forma;

2. condanna la banca convenuta al pagamento a favore dell'attrice della somma di €. 5.532,19. oltre agli interessi legali dal 19/3/09 al saldo;

3. rigetta tutte le altre domande;

4. condanna la banca convenuta al pagamento delle spese processuali a favore dell'attrice. liquidate in complessivi €. 3.597,62, di cui €. 225,62 per spese. €. 1.472,00 per diritti ed €.





IL CASO.it

1.900,00 per onorari, oltre a spese generali, IVA e CPA come per legge.

Mantova, 19/3/09

Il Presidente

Dott. Mauro Bernardi

Il Giudice Est.

Dott. Luigi Bettini

Il Cancelliere

Depositata in Cancelleria
oggi 31 MAR. 2009

Il Cancelliere



TRIBUNALE DI MANTOVA
Per copia conforme all'originale *uso APPELLO*
Mantova, il *30 APR 2009*
IL CANCELLIERE

