

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

SENT. 1664/12

IL TRIBUNALE DI PARMA

kg. 8223/09

in persona del Giudice Unico Dott. M. Vittoria

Com. 2

ha emesso la seguente:

Evon. 16707/12

SENTENZA

Rep. 3642/12

nella causa civile iscritta al n. 8223/09 R.G.

avente ad oggetto "INVALIDITA' CONTRATTUALE IN TEMA DI
INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA"

promossa da

[REDACTED]

256
25/01/2013

rappresentati e difesi dagli Avv.ti Marisa F. Costelli, del Foro di Milano, e dall'Avv. Barbara Navari, del Foro di Parma, presso il cui studio sono elettivamente domiciliati, in Parma, Via Zarotto n. 47, giusta procura in atti;

ATTORI

CONTRO

[REDACTED] in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa, giusta procura in atti, da [REDACTED]
[REDACTED] presso il cui studio
[REDACTED], è elettivamente domiciliata;

CONVENUTA

Conclusioni: All'udienza del 14.07.2012, parte attrice ha concluso, riportandosi alle domande formulate in separato foglio all'udienza del 18.01.2014; parte convenuta ha precisato, come da separato foglio allegato al verbale.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con citazione notificata in data 17.12.09,

gli odierni attori, [REDACTED]

hanno convenuto in giudizio la [REDACTED] spa

deducendo di essere titolare di obbligazioni emesse dallo Stato Argentino e da Cirio, risultate, in ragione della (ed in esito alla) gravissima crisi economica e finanziaria dell'emittente, non rimborsate.

A fondamento della propria istanza giudiziale, gli attori deducevano:

la nullità dei contratti di investimento, in quanto il contratto quadro non risultava essere stato sottoscritto né dalla parte né dalla Banca;

la nullità dell'ordine di acquisto, per mancato adempimento all'obbligo di rinegoziazione del contratto di investimento;

l'inadempimento dei funzionari coinvolti agli obblighi informativi su di loro incumbenti;

con richiesta di restituzione delle somme investite, oltre interessi legali e risarcimento del danno (indifferentemente, a norma dell'art. 1218 o 2043 c.c.).

Costituitasi in giudizio, la convenuta Banca ha contestato in fatto e diritto tutto quanto prospettato da parte attrice, previa affermazione della validità dei contratti e della perfetta diligenza degli operatori bancari segnalando che:

diversamente da quanto affermato, l'attrice non poteva ritenersi del tutto estranea al mercato finanziario avendo ella provveduto, negli anni interessati dalla odierna vicenda processuale, ad acquistare - sempre per il tramite del medesimo intermediario - altri strumenti finanziari, alcuni dei quali aventi carattere meramente speculativo;

che in ogni caso, il rating che caratterizzava il prodotto in esame all'epoca dell'acquisto rendeva comunque adeguata l'operazione anche per un investitore dal basso profilo di rischio;

che peraltro, solo negli ultimi giorni del 2002 era emersa, con una certa chiarezza, la effettiva consistenza della situazione economico finanziaria della emittente.

Concludeva, quindi, per la reiezione della domanda.

Precisazioni di ordine processuale: contegno della parte e mancata riconsegna del fascicolo di parte nel termine di cui all'art. 169.2 c.p.c.

Va innanzitutto precisato che parte convenuta, dopo aver ritirato il fascicolo di parte, all'esito della udienza di precisazione delle conclusioni, non ha tempestivamente restituito, riportandolo in cancelleria solo in data 12.II.2012 (v. timbro deposito in cancelleria), ossia quando erano spirati i termini per il deposito di conclusioni e repliche (che, del resto, il procuratore non ha ritenuto di dover comporre). Tale contegno, in spregio del dettato dell'art. 169.2 c.p.c. determina l'inutilizzabilità degli atti tutti contenuti nel fascicolo di parte (v. C. n. 5681/06).

II. Della dedotta nullità per difetto di forma. L'art. 23 TUF: La nullità ed sopravvenuta degli ordini di acquisto.

Sin dalla citazione, parte attrice ha dedotto la nullità degli ordini, deducendo la mancata sottoscrizione del contratto ed quadro e il mancato 'aggiornamento' dello stesso

Ritiene il Tribunale che tale ultimo secondo profilo di indagine sia dirimente (ove, infatti, l'originario contratto quadro fosse stato regolarmente riscritto, anche l'originaria nullità non rileverebbe).

A tal proposito, ritiene, in via generale, il Tribunale, conformemente ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, che la forma *ad substantiam* prevista dall'art. 23 T. U. F. debba essere riferita al contratto di negoziazione (c.d. contratto quadro, o *master agreement*) e non anche ai singoli negozi conclusi nell'ambito e in esecuzione del rapporto che trova la sua fonte nel contratto quadro.

Il convincimento si fonda sul rilievo secondo cui lo stesso art. 30 comma 2. lett. c) Reg. Consob n. II522/98 rimette all'autonomia privata, nell'ambito del contratto che - ribadisce - deve rivestire forma scritta, le modalità attraverso cui possono essere impartiti ordini ed istruzioni: disposizione che in tanto ha significato in quanto la forma scritta per i singoli negozi (di attuazione) non sia prevista dalla legge *ad substantiam*, e cioè ai fini della validità degli stessi.

Ciò premesso, si osserva che, nella specie, risulta che le parti abbiano posto in essere un contratto di negoziazione il 14.01.92 (doc. n. 6 fasc. parte attrice). Tale contratto risulta sottoscritto dagli attori, non da un funzionario di Banca.

Relativamente ai singoli ordini (per i quali l'onere della forma è previsto ai fini della prova e non ai fini della validità del rapporto) il Tribunale ritiene superata ogni questione, avendo la difesa attrice dato per ammesso il conferimento degli stessi da parte degli attori.

Dunque, dalla documentazione in atti, risulta provata la sottoscrizione dei contratti per negoziazione e raccolta ordini (cfr. docc. citati) e, conseguentemente, documentato l'avvenuto conferimento degli ordini per cui è causa, di cui parte attrice non lamenta tanto che siano stati trasmessi ed effettuati, bensì piuttosto che la volontà ad essi sottesa sia stata condizionata da carenti o errate informazioni (ma la censura verrà esaminata nel prosieguo).

E pertanto non si pone più una questione di prova circa la loro esistenza, con un'ulteriore precisazione: invero, rispetto all'odierna vertenza giudiziale, si pone un problema specifico, siccome connesso alla denuncia, sollevata da parte attrice, che il contratto ed quadro, sottoscritto il 14.01.92, non sarebbe stato convenientemente aggiornato alle indicazioni prescritte dal TUF, divenuto cogente nel 1998.

La questione merita di essere approfondita.

Orbene, ritiene, sul punto, il Tribunale di poter far proprie le considerazioni già sviluppate da un autorevole esponente della Scuola di Genova¹, giuste le quali il fenomeno ordinariamente

¹ Cfr. V. Roppo, *Il Contratto*, 2001, Milano, Giuffrè.

catalogato sotto l'etichetta convenzionale classificatoria 'nullità sopravvenuta' condensa non tanto una peculiare figura di invalidità del contratto, bensì piuttosto un problema di efficacia della legge nel tempo; similmente, la nullità non incide tanto sul contratto come atto quanto piuttosto sul contratto come rapporto.

Il problema si pone infatti, per definizione, solo rispetto ai contratti di durata, giacché i contratti ad efficacia immediata ed istantanea sono necessariamente estranei al fenomeno, dal momento che questi vedono il dispiegarsi degli effetti loro propri compiutamente definirsi nel momento stesso in cui essi sono redatti e sottoscritti.

Il problema sollevato va dunque riscritto, in via generale, nei seguenti termini: quale sia la tecnica di reazione che l'ordinamento predispone nel caso in cui, concluso il contratto quadro, il successivo ordine di acquisto sia sottoscritto nel momento in cui la normativa cogente prevedeva oneri formali ulteriori e diversi, inizialmente non prescritti.

Nel caso di specie, il contratto quadro risale al 1992 (sotto la vigenza della l. n. 1/91); gli ordini di acquisto risalgono al 2000 (bonds Argentina) ed al 2002 (Bonds Cirio).

E' dunque evidente che il contratto quadro fu perfezionato, conforme a legge, nel 1992. E' altrettanto evidente, tuttavia, che al momento della sottoscrizione del 2000/2002 il singolo ordine fosse coperto da un contratto, privo dei requisiti richiesti dall'art. 23 TUF, *medio tempore* entrato in vigore.

Ora, è convinzione del Collegio che valga il principio per cui al rapporto negoziale di cui si tratta debbano applicarsi le norme in vigore al momento della sua conclusione: il contratto quadro al tempo della conclusione era dunque inizialmente valido ed efficace nel 1992.

Pur tuttavia, ciò non è sufficiente a 'salvare' l'ordine successivamente impartito, in quanto la dinamica del rapporto negoziale sconta le peculiarità del programma di investimento, che appartiene alla categoria dei contratti, al contempo, ad efficacia immediata ed a esecuzione continuata. In tal senso, se il contratto ha efficacia immediata, risultando la sua efficacia obbligatoria immediatamente vincolante per le parti, i suoi effetti si dipanano nel tempo, sicché occorre rimeditare rispetto ad ogni singolo ordine di acquisto la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti l'operazione di investimento.

Rimanendo fedeli all'impostazione posta in premessa, è giocoforza concludere che, se la cd nullità sopravvenuta opera sugli effetti e non sull'atto (i.e. il contratto quadro del 1992), essa non ha natura di vera e propria nullità ma deve piuttosto concepirsi una diversa tecnica di reazione, assimilabile alla *risoluzione* in particolare, trattasi di una peculiare ipotesi di (in senso lato equiparabile alla) risoluzione del contratto (quadro) per impossibilità (giuridica) sopravvenuta, siccome connessa alla sopravvenuta inidoneità del contratto sottoscritto nel

1992 a spiegare i suoi effetti di titolo di legittimazione per le operazioni di investimento svolte con l'intermediazione dell'Istituto di credito³.

Su tale modello ricostruttivo è sufficiente osservare come l'enunciato dell'art. 1418, I co. c.c. contempli la figura della cd *nullità virtuale*, ossia ponga una regola in ragione della quale può aversi nullità di un contratto anche nel caso in cui la nullità *non sia puntualmente prevista* né nella disposizione violata né in altra precisa disposizione.

Ora, definito il contratto come un fatto (i.e. un accordo) in forza del quale la regola che le parti hanno convenuto di darsi acquista rilevanza giuridica (riceve forza di legge, cfr. art. 1321 c.c.), segue che, in astratto, il contratto stesso può essere contrario a norme imperative sia in quanto fatto (ossia in quanto accordo, fonte di regole) sia in quanto regolamento.

Nella prospettiva che si predilige, l'esigenza di coerenza e di razionalità del sistema impone di tenere ferma un'interpretazione lata sia della proposizione principale che dell'inciso finale dell'art. 1418, co. I c.c. Ciò significa ritenere che tale norma disciplini il contratto e in quanto fatto e in quanto regolamento (proposizione principale) e, soprattutto, che la violazione di una norma imperativa induce la nullità del contratto, salvo che non sia maggiormente coerente con il sistema applicare una sanzione civilistica diversa dalla nullità³ (inciso finale).

Nessuna difficoltà dunque a ritenere che la violazione di una norma imperativa ridondi sugli effetti di un contratto determinandone la risoluzione. Con una conseguenza: in questo caso ad essere rilevabile d'ufficio non è tanto la nullità (cfr. difesa di parte convenuta), quanto piuttosto il carattere imperativo della norma.

Ed allora,

posto che il contratto del 1992 era perfettamente valido ed efficace;

posto che nel 1998 è subentrata la nuova normativa del TUF (v. art. 23⁴);

posto che gli ordini di acquisto sono stati sottoscritti nel 2000/2002, senza che fossero state rinegoziate le condizioni che legittimano l'Istituto a intervenire sul mercato dei titoli in nome e per conto del cliente;

² L'obbligo di procedere alla 'rinnovazione' del contratto quadro emerge con limpida chiarezza dal regolamento Consob n. 10943/97 (cfr. artt. 7, 14), ove emerge *expressis verbis* l'obbligo di procedere alla rimeditazione del testo contrattuale. Tale obbligo ha poi subito una proroga con il successivo regolamento n. 11254/97 che stabilì come ultimo termine quello del 30 Marzo '98. La normativa è stata infine assorbita nella dettagliata deliberazione n. 11522/98, ancor oggi vigente (seppur con successive modificazioni), ed ancor prima fatta propria dalla stessa ABI in sede di definizione del contenuto del Regolamento di Autodisciplina.

³ L'altra interpretazione possibile dell'inciso finale è quella secondo la quale la violazione di norma imperativa induce sempre nullità, salvo che sia espressamente prevista una sanzione diversa dalla nullità.

⁴ Nella prospettiva che si predilige, l'art. 23 TUF va quindi letto nel duplice senso che la Consob ha il (duplice) potere (regolamentare) di imporre agli operatori bancari: a. che determinate tipologie di contratto possano o debbano essere stipulate per iscritto; b. che determinate tipologie di operazioni siano consacrate in altrettanti obblighi di forma-contenuto.

deve concludersi che – dato ingresso al modello di reazione alla violazione delle norme imperative sopra esposto – i due ordini, in sé considerati, siano nulli⁵, siccome privi delle condizioni che, in forza di norma imperativa (art. 23 TUF⁶), presiedono all'acquisto dei titoli secondo il nostro ordinamento.

Tale regola non è puntualmente riconducibile ad alcun enunciato normativo, ma costituisce un coerente sviluppo del sistema del codice: la situazione è, per certi aspetti, accostabile alla situazione che si ha nel caso del *cd factum principis* che incida su rapporti già in atto.

In tal caso, allora, fatti salvi i diritti quesiti, l'efficacia risolutiva opera dal momento in cui il divieto normativo è divenuto operativo ed ha, per così dire, valenza solo parziale, in quanto destinata ad operare solo per il futuro (non ha invece valenza restitutoria, giacché gli effetti già prodottisi rimangono salvi, arg. ex art. 1458 c.c.).

In questa prospettiva, allora, l'intervenuta modifica legislativa ha operato in un duplice, concorrente, senso, avendo spiegato, al contempo, effetti risolutivi nei confronti del contratto quadro ed effetti invalidanti sui singoli, individui, ordini di acquisto eseguiti, dopo l'entrata in vigore del TUF, in base ad un contratto non più efficace perché inidoneo a dare titolo alla Banca su operazioni del tipo di quella posta in essere in concreto.

Si dirà quindi che l'effetto traslativo è senz'altro impossibile, poiché in contrasto con (precluso da) una norma imperativa; l'oggetto dell'ordine di acquisto è, senz'altro, ancora in astratto possibile e lecito (è consentito alle Banche contrattare e collocare titoli), ma si è in presenza di un caso nel quale è inattuabile, per una causa pertinente alla sfera del venditore, il regolamento negoziale consacrato nell'ordine, siccome privo delle condizioni che 'a monte', secondo le modalità imposte e predisposte dal legislatore con norma cogente, legittimano l'acquisto dei titoli.

La soluzione risulta viepiù giustificata ove si ponga mente al fatto che, ad esempio, il legislatore del 1991 aveva (cfr. art. 11, co. 5 l. n. 1/91) espressamente vietato le operazioni *cd* in contropartita diretta⁶ su titoli negoziati fuori dai mercati regolamentati, sì che non si dà medio logico alla seguente alternativa:

⁵ L'A. sopra citato abbozza semplicemente la tesi che qui si definisce puntualmente.

⁶ La distanza tra il vecchio modello contrattuale e quello 'importato' dal modello comunitario e recepito dal nuovo archetipo introdotto con il TUF del '98 si percepisce su almeno cinque, distinti punti:

- operazioni non adeguate;
- best execution;
- operazioni in contropartita (senz'altro il profilo con maggiore rilevanza, dal punto di vista applicativo);
- ordini telefonici;
- acquisizione di informazioni su esperienza del cliente e propensione soggettiva al rischio.

In forza del nuovo modello prefigurato dal legislatore del '96 (cfr. l. n. 52/96, art. 21, co. 1 lett. m), il contratto-quadro va quindi calibrato sulle nuove ipotesi operative in astratto realizzabili, che si traducono – stante la scarsa fantasia dello stesso legislatore – in altrettanti obblighi di forma-contenuto del contratto, così come chiarito dalla Consob nel Regolamento n. 10943/97 e così come recepito dal Regolamento di autodisciplina della stessa ABI.

- o si ritiene che il rapporto Banca-cliente sia disciplinato dal 'vecchio' contratto e si dirà, quindi, che l'ordine è nullo, siccome emesso in violazione di un divieto dettato da una norma imperativa;
- o si ritiene che, intervenuto il TUF, la Banca possa concludere negoziazioni in contropartita diretta, su titoli negoziati fuori dei mercati regolamentati, solo in quanto espressamente 'autorizzata' in base ad un contratto-quadro rivisto e rinegoziato in base alla nuova normativa entrata in vigore nel 1998, adeguatamente riformulato in maniera tale da (a) obbedire al disposto dell'art. 30, co. 2 lett. a) e lett. c) delib. Consob n. II768/98 (si come esplicitativo degli oneri incombenti sull'ente a norma dell'art. 21 e 23 TUF) (b) inserire in contratto l'esplicitazione, evidente, del catalogo dei servizi di investimento resi dalla Banca (che la Banca è ormai, in forza del contratto quadro legittimata a porre in essere), a norma dell'art. I, co. 5 TUF (ove, appunto, l'espressa menzione, tra i 'servizi di investimento', della negoziazione per conto proprio, dapprima non ammessa ex art. II.5 l. n. I/91).

Sussistono, dunque, tutti i presupposti processuali utili all'accoglimento della domanda, dal momento che non vi è in atti prova dell'avvenuta rinegoziazione e formalizzazione di un valido contratto quadro, rispettoso dei canoni di cui al TUF del 1998.

Stante la stretta successione intertemporale tra provvedimenti operanti a vari livelli, accade quindi che i 'vecchi' contratti, la rinnovazione dei quali fu prorogata (con Regolamento n. 11522/98) fino al '98, siano idonei a produrre effetti sino al Luglio di quell'anno, data entro la quale tutti i contratti (anche quelli conclusi *medio termine*) andavano rinnovati, pena la cessazione dell'efficacia del vecchio regolamento pattizio, non più adeguato alla luce degli obblighi di forma-contenuto sopravvenuti.

Ove si volesse esaminare la capacità di 'tenuta' del contratto originario alla luce della rinnovata disciplina del TUF, deve quindi rilevarsi, ad esempio (è il caso più frequente) che difetta, nel contratto quadro stipulato a norma della legge n. 1/91, una specifica clausola contrattuale, così come inserita in tutti i contratti standard successivi alla novella, che descriva la facoltà della Banca (e le modalità di attuazione di tale facoltà) di collocare titoli secondo quel peculiare modello operativo, ordinariamente definito a *contropartita diretta*. In particolare, nei vecchi contratti standard mancano clausole che rendano edotto l'acquirente delle operazioni di negoziazione in conto proprio, del tipo di quelle che normalmente sono riportate nei nuovi formulari, quali: *la banca svolge le attività riguardanti i servizi di negoziazione in conto proprio e in conto terzi ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari ai sensi del d. lvo n. 58/98 e successive modificazioni ed integrazioni e dei relativi regolamenti di attuazione* (con rinvio formale agli artt. 21, 23 TUF e agli artt. 30, 32 delib. Consob n. 11768/98, ove la rimozione - *rectius*: la mancata riproposizione - del divieto di cui all'art. 11, co. 5 l. n. 1/91); *nel caso in cui gli ordini siano eseguiti dalla banca in conto proprio e cioè in contropartita diretta, la banca comunica al cliente stesso, all'atto di ricezione dell'ordine, il prezzo al quale è disposta a comprare o vendere gli strumenti finanziari ed esegue la negoziazione contestualmente all'assenso del cliente, non si applicano sul prezzo commissioni.*

Nel caso di specie, il formulario predisposto dalla Banca e sottoscritto dalle attrici reca, seppur in nuce, e non dettagliatamente, alcune indicazioni utili a definire lo spettro di operazioni demandate alla Banca, ivi comprese le operazioni compiute in conto proprio su titoli ad alto rischio, negoziati su mercati non regolamentati: ciò è funzione specifica della circostanza che il contratto quadro fu concepito (e sottoscritto) nel Settembre del '96, ossia in un periodo di tempo successivo alla l. n. 52/96 (cfr. art. 21, co. 1 lett. m), che, nel dettare i principi direttivi per l'adeguamento alla direttiva comunitaria 93/22, aveva - in fatto e in diritto - rimosso il 'vetusto' divieto e recepito la regola di liceità delle operazioni in 'contropartita diretta'. Il TUF non ha fatto altro che recepire, senza innovare *in parte qua*, quanto a livello comunitario era stato deliberato e quanto il legislatore del '96 aveva, seppur confusamente, intenzione di introdurre in Italia.

Pur tuttavia, il contratto non è stato ulteriormente rinnovato (nel termine del Luglio '98), in base ai più recenti dettami imposti dal sopravvenuto TUF in ordine agli altri punti già richiamati, ciò che rende il contratto inadatto a fornire alla Banca titolo per la negoziazione di valori mobiliari, in quanto gli obblighi incombenti sull'Istituto di Credito risultano imprecisati alla luce della normativa vigente.

Conseguentemente, deve dichiararsi la nullità dei due ordini di acquisto – aventi ad oggetto titoli di cui può predicarsi, in punta di penna, l'assoluta inadeguatezza al profilo di rischio dell'investitore – del 23.10.2000 e del 13.09.2002 (docc. nn. 8 e 9), per complessivi € 56.697,32.

Su tali somme andrebbero computati interessi al saggio legale a far data dal di dell'ordine di acquisto, essendo contraente di mala fede (cfr. art. 1338 c.c.) il soggetto che, pur conoscendo una causa di invalidità (in questo caso sopravvenuta, nel senso sopra spiegato), non abbia reso edotta la controparte del rischio del fallimento dell'operazione economica intrapresa: parte attrice ha però richiesto gli interessi a far data dalla domanda.

Non si dà invece, in difetto di prova, ulteriore risarcimento, giacché gli obblighi restitutori sono in grado di ricondurre il piccolo risparmiatore nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse investito quelle somme come oggi avrebbe preteso, ossia in titoli del debito pubblico, in grado di fornire un tasso simile a quello legale.

In particolare, non si dà risarcimento nemmeno a norma dell'art. 1338 c.c., giacché il risparmiatore non ha chiesto di essere sottratto alle perdite connesse alla speranza che il contratto fosse valido e, dunque, fosse efficace, ma ha, piuttosto, invocato la nullità allo specifico fine di sottrarsi agli svantaggi connessi al fallimento economico dell'operazione intrapresa.

Alla declaratoria di nullità degli ordini dovrebbe conseguire, altresì, la condanna degli attori alla restituzione di quanto già percepito: la Banca non ha tuttavia formalizzato domanda restitutoria in questo senso.

Dei rimanenti capi di domanda non occorre occuparsi, siccome assorbiti dalla questione sin qui trattata.

2. Statuizioni sulle spese

Le spese sono liquidate ex DM 140/12. Si computano valori medi diminuiti, stante il carattere seriale della controversia, riproposta sempre nei medesimi termini:



Non c'è stata istruttoria.

Le spese, così liquidate, seguono la soccombenza, a norma dell'art. 91 c.p.c.

P. T. M.

Definitivamente pronunciando nella causa civile n. 8223/09 RG,

così decide:

accoglie la domanda e,

per l'effetto,

condanna la [redacted] alla restituzione in favore di [redacted]

€ 56.697,32, oltre interessi al saggio legale dalla notificazione della domanda al soddisfo;

condanna parte convenuta alla refusione delle spese di lite in favore di parte attrice, che liquida in complessivi [redacted]

Così deciso, in Parma 10.12.2012

Il Giudice

(Dott. Marco Vittoria)



IL CASO.it