

TRIBUNALE DI MONZA

SEZIONE PRIMA CIVILE - ESTENSORE DR. ALBERTO RODA

SENTENZA N. 218/2005 DEPOSITATA IL 27/01/2005 – CAUSA R.G.N. 2310/2004

COLLOCAMENTO STRUMENTI FINANZIARI – TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO –CARATTERE IMPERATIVO DELLE NORME

Le norme preposte al collocamento di strumenti finanziari, contenute nel TUF e nei regolamenti attuativi, non possono che definirsi di ordine pubblico. Ne è indice inequivoco la loro vocazione ad incidere in un settore caratterizzato da una elevata prevalenza dell'interesse pubblico e dalla natura, pubblica e generale, degli interessi garantiti dalle predette norme, che concernono la tutela dei risparmiatori “uti singuli” e quella del risparmio pubblico come elemento di valore dell'economia nazionale.

L'insieme delle disposizioni che presiedono all'attività di intermediazione finanziaria, dunque, devono ritenersi imperative, perché dirette a tutelare interessi di carattere generale, (alla regolarità dei mercati ed alla stabilità del sistema finanziario), come, peraltro, ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità nel caso di norme relative al funzionamento delle Società di intermediazione mobiliari.

Nel novero delle norme imperative sopra delineato sono da ricomprendersi anche le norme di natura attuativa e regolamentare, costituenti l'attuazione dei principi generali posti dal TUF, in quanto costituenti con questo un corpus unicum, da valutarsi unitariamente.

COLLOCAMENTO STRUMENTI FINANZIARI – NULLITA' DEI CONTRATTI PER VIOLAZIONE OBBLIGHI IMPOSTI AGLI INTERMEDIARI FINANZIARI – ONERE DELLA PROVA – SPECIFICITA' DEL CONTENUTO DELLA NORMA VIOLATA

I contratti conclusi in violazione delle norme preposte al collocamento degli strumenti finanziari, sono suscettibili di declaratoria di nullità ove non siano stati in concreto rispettati gli specifici obblighi imposti agli intermediari finanziari, ovvero questi ultimi non siano in grado di provare di averli rispettati. Tale prova, inoltre, deve – per il principio di correlazione tra la forma “ad substantiam” di un negozio e la forma “ad probationem” – rivestire la forma scritta. Tale conclusione generale incontra un solo limite: che la norma dalla cui violazione discende la sanzione della nullità abbia un contenuto sufficientemente specifico, preciso ed individuato, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, se non a fronte di parametri di comportamento sufficientemente precisi e determinati.

COLLOCAMENTO STRUMENTI FINANZIARI – INFORMAZIONI TRA GLI INTERMEDIARI E GLI INVESTITORI - RIFIUTO DEL CLIENTE DI FORNIRE LE INFORMAZIONI RICHIESTE – CONSEGUENZE – DESUMIBILITA' ALIUNDE DELLE INFORMAZIONI

Qualora il cliente rifiuti di declinare le informazioni richieste dall'istituto di credito ai sensi dell'art.28 Regolamento CONSOB, da tale omissione non possono discendere conseguenze sfavorevoli al cliente stesso, nel senso che dall'assenza di informazioni l'intermediario autorizzato non può che desumere 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, con l'unica salvezza dell'eventualità che le informazioni in argomento non siano desumibili aliunde dalle scelte di investimento e, in generale, dal comportamento in precedenza tenuto dall'investitore nel rapporto con la banca.

COLLOCAMENTO STRUMENTI FINANZIARI – SOLLECITAZIONE ALL'INVESTIMENTO – NEGOZIAZIONE - DIFFERENZA

La sollecitazione all'investimento di cui all'art. 1 lett. T) del TUF consiste in una forma di collocamento di strumenti finanziari destinata ad una moltitudine indistinta di soggetti. Il TUF ed il regolamento CONSOB prevedono altre forme di compravendita di titoli o valori mobiliari, come la negoziazione su base individuale che può avvenire per conto proprio o per conto di terzi (art. 32 nn. 3 e 4 regolamento CONSOB). La negoziazione di strumenti finanziari non può essere equiparata in nessun modo alla sollecitazione all'investimento, perché differenti ne sono i destinatari, un pubblico indiscriminato di soggetti nel primo caso, il singolo cliente o risparmiatore nel secondo. Tale conclusione è

conforme alla ratio legis che vuole circondare di cautele l'appello al pubblico risparmio al fine di evitare che il pubblico dei risparmiatori sia tratto in inganno da pubblicità e da altre forme di sollecitazione all'investimento in prodotti finanziari di dubbia solidità, imponendo un previo controllo di un ente pubblico (la CONSOB) sulla veridicità delle informazioni diffuse, mentre analoga tutela non si reputa necessaria nel caso di un singolo cliente che manifesti l'intendimento di investire su un particolare prodotto finanziario.

COLLOCAMENTO STRUMENTI FINANZIARI – INFORMAZIONI TRA GLI INTERMEDIARI E GLI INVESTITORI – PLURALITA' DI RAPPORTI - NECESSITA' DI RINNOVARE LE INFORMAZIONI – ESCLUSIONE

Il dettato dell'art. 28 Regolamento CONSOB - il quale dispone, sotto la rubrica "Informazioni tra gli intermediari e gli investitori" che, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari debbano chiedere informazioni all'investitore circa la sua esperienza in materia di investimento, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento e la sua propensione al rischio, e debbano consegnargli il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari – consente di ritenere adempiuto l'obbligo, in presenza di una pluralità di rapporti, ogniqualvolta la Banca si sia premurata di richiedere le informazioni idonee ad individuare la tipologia dei clienti, in rapporto al rischio dell'investimento finanziario proposto, all'inizio del rapporto di gestione generalmente inteso. E' lo stesso tenore letterale della norma a implicare tale soluzione, laddove fa espresso riferimento alla fase anteriore alla stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimento, mentre l'obbligo di acquisire le informazioni rilevanti non è espressamente ripetuto o ribadito nella disciplina specifica di ogni singolo servizio e, in particolare, con riferimento alla cosiddetta "negoiazione su base individuale" , disciplinata dall'art. 32 del Regolamento.

COLLOCAMENTO STRUMENTI FINANZIARI – INFORMAZIONI TRA GLI INTERMEDIARI E GLI INVESTITORI – ADEGUATEZZA DELL'INVESTIMENTO AL PROFILO DI RISCHIO

L'adeguatezza delle operazioni di investimento deve essere valutata alla luce delle informazioni rese dagli investitori ed alla luce del complessivo grado di propensione al rischio desumibile dalla "storicità" del cliente.

RITO SOCIETARIO – RIMESSIONE IN TERMINI EX ART. 13 COMMA V DLGS 5/03 – ADDEBITABILITA' DELLA IRREGOLARITA' – ESCLUSIONE

L'espressione "irregolarità procedurali" di cui all'art. 13 comma V Dlgs 5/03 che è sicuramente più ampia del termine "nullità" di cui all'art. 294 c.p.c., ha indotto i primi commentatori a ritenere che il Giudice relatore (e, in seconda battuta, il Collegio chiamato a "confermare o revocare, in tutto o in parte, il decreto di fissazione d'udienza con ordinanza") fossero attribuiti margini di intervento molto ampi e discrezionali al fine di assicurare l'effettività del diritto di difesa, prescindendo, tra l'altro, da una esplicita istanza di parte; tuttavia, nessun dubbio può porsi sul principio per cui – ai fini dell'esercizio del potere – debba sussistere una irregolarità non addebitabile, in alcun modo, a negligenza della parte o del suo difensore.

Rito societario – ISTANZA DI FISSAZIONE DI UDIENZA - memoria di replica dell'attore – preclusione

La facoltà di depositare la memoria di replica dell'attore di cui all'art. 6 Dlgs 5/03 è preclusa solo a seguito dell'istanza di fissazione d'udienza regolarmente notificata, nel rispetto della rigida tempistica di cui all'art. 8 del decreto (e quindi, per il convenuto, al più presto entro venti giorni dalla data della propria costituzione). Tale preclusione non si verifica in ipotesi di istanza di fissazione di udienza proposta col deposito in uno con la comparsa di costituzione anziché con atto separato.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

con l'atto di citazione introduttivo del giudizio, AAA ed BBB - premesso di aver acquistato con l'intermediazione e nei locali della BANCA XXX, filiale di Cinisello Balsamo, quote del fondo d'investimento "Atlante", nonché obbligazioni Del Monte Finance Sa e obbligazioni Telecom Argentina Stet France - hanno chiesto la declaratoria di nullità o, in subordine, di annullabilità per errore nel consenso, o, ancora di risoluzione per inadempimento dell'istituto di credito convenuto, dei contratti di acquisto dei prefati strumenti finanziari, per i seguenti motivi:

mancata sottoscrizione del modulo di adesione per la vendita delle quote del fondo "Atlante";

mancata consegna agli attori del "prospetto informativo", sempre in riferimento al collocamento delle predette quote del fondo d'investimento "Atlante";

violazione della procedura di appello al pubblico risparmio in occasione del collocamento delle obbligazioni Del Monte Finance Sa agli attori, in quanto investitori diversi da quelli definiti dall'art.100, comma primo, lett.a) TUF "professionali";

mancata consegna agli attori del "prospetto informativo", in riferimento al collocamento delle obbligazioni Del Monte Finance Sa;

omessa comunicazione sulla natura e sui rischi delle operazioni d'investimento e mancata preventiva acquisizione dal sottoscrittore delle informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti, obiettivi e propensione al rischio;

mancata comunicazione della situazione di conflitto di interessi relativamente al collocamento delle obbligazioni Del Monte Finance Sa;

L'istituto di credito convenuto si è ritualmente costituito, deducendo – in via preliminare – l'erronea individuazione del rito deputato a governare la trattazione del procedimento, correttamente individuato nel procedimento istituito dal Decreto Legislativo nr.° 5 del 17.01.03; nel merito, la difesa di BANCA XXX ha argomentato:

l'esenzione - ex art.100 TUF - della negoziazione individuale dei titoli obbligazionari di società del Gruppo Cirio, sul mercato secondario, dagli obblighi procedurali previsti per l'ipotesi di sollecitazione del pubblico risparmio di cui agli artt.94 e seguenti TUF;

la conseguente legittimità della negoziazione su base individuale di singoli titoli obbligazionari, ivi compresi quelli oggetto di causa;

l'impossibilità di prevedere, all'epoca della contestata sottoscrizione dei titoli obbligazionari, l'infausto epilogo finanziario del Gruppo Cirio;

l'impossibilità di prevedere il default, all'epoca della contestata sottoscrizione dei titoli obbligazionari Telecom Argentina Stet France, della emittente (tra l'altro, in allora, controllata pariteticamente da Telecom Italia e da Telecom France), i cui titoli, oltre ad esprimere un elevato rendimento (indice di un grado di rischio superiore alla media) erano comunque dotati del rating di Moody's e di Standard & Poor's;

il profilo delle clienti attrici, titolari di un cospicuo patrimonio mobiliare, aventi in essere con la banca una molteplicità di rapporti di conto corrente, di deposito titoli e di gestioni patrimoniali caratterizzate da una prospettiva di rischio medio-alta;

la adeguatezza soggettiva degli investimenti contestati in rapporto alla propensione al rischio delle clienti, desunto dall'ammontare del patrimonio loro intestato, dalla qualità delle precedenti scelte strategiche di gestione e dalla loro personale preparazione sul tema;

l'adempimento del gestore all'obbligo di fornire informazioni sul rischio insito nelle scelte finanziarie adottate;

l'insussistenza di una situazione di conflitto d'interessi, vuoi perché la Banca non deteneva stabilmente nel proprio portafoglio grossi quantitativi dei titoli obbligazionari Del Monte Finance Sa, preferendo acquisirli sul mercato dietro ordine del cliente; vuoi perché la Banca non è mai stata direttamente creditrice della società emittente, né è mai stata tra i finanziatori storici del Gruppo Cirio;

la non necessità di esplicita sottoscrizione per il passaggio dal fondo "Europa" al fondo "Atlante" e comunque, l'ammissione di esplicito consenso all'operazione di "switch", nonché la tardività della contestazione; in subordine, la delimitazione del danno alla differenza di valore tra i due fondi d'investimento.

Alla prima udienza di comparizione il Giudice adito, ritenuta l'applicabilità del nuovo rito societario alla controversia, ha disposto, ai sensi dell'art.1, comma V°, del Decreto Legislativo nr.° 5 del 17.01.03 (di seguito, per brevità, Decreto nr.°5/03), il mutamento del rito e la cancellazione della causa dal ruolo;

Con istanza ex art.13, comma V°, Decreto Legislativo nr.° 5 del 17.01.03 depositata in data 27.05.04, la difesa delle attrici ha chiesto di essere rimessa in termini (peraltro, senza specificare con riferimento a quali scadenze - già maturate - ella sarebbe incorsa).

Con decreto reso in data 21.06.04, il Presidente della I° Sezione ha dichiarato inammissibile sia la richiesta di fissazione d'udienza contenuta nella comparsa di costituzione e risposta di BANCA XXX (perché proposta prima del formale mutamento del rito e, comunque, al di fuori dei presupposti di cui all'art.8 Decreto nr.°5/03), sia la richiesta di rimessione in termini, vuoi perché demandata unicamente all'estensore del decreto di fissazione d'udienza (ex art.13, comma V°, Decreto nr.°5/03), vuoi perché nessuna irregolarità procedimentale era stata in allora (ovvero, al momento della proposizione dell'istanza: 27.05.04) consumata, essendo le parti ancora nei termini previsti dall'art.1, comma V°, del Decreto nr.°5/03, ovvero, essendo ancora in facoltà dell'attore (facoltà il cui termine cessava entro trenta giorni dalla comunicazione della ordinanza di mutamento del rito, in data 5.06.04) depositare la memoria di replica di cui all'art.6 Decreto nr.°5/03 (contenente la precisazione e la modificazione delle domande e conclusioni già proposte; la proposizione di nuove domande o eccezioni dipendenti dalla eventuale riconvenzionale del convenuto; il deposito di nuovi documenti e la formulazione di nuove istanze istruttorie, ovvero tutti i poteri di cui l'attore si era anticipatamente ed incoerentemente lamentato di essere decaduto).

In data 25.06.04, BANCA XXX S.p.A. ha presentato istanza di fissazione d'udienza, formulando le proprie conclusioni di merito ed istruttorie.

Con memoria depositata in data 2.07.04, la difesa delle attrici ha chiesto la declaratoria di estinzione del giudizio, ai sensi dell'art.8, comma IV°; del Decreto nr.°5/03, sul presupposto dell'avvenuto decorso - al momento del deposito dell'istanza di fissazione d'udienza - del termine di venti giorni (come risultante dalla modifica apportata alla previgente disposizione ad opera del Decreto Legislativo nr.° 37 del 6.02.04: il termine antecedente era di sedici giorni) previsto dalla norma citata per la notificazione dell'istanza di fissazione d'udienza, rinnovando altresì l'istanza di rimessione in termini già disattesa.

Con ordinanza resa in esito alla comparizione delle parti in data 11.10.04, il Presidente della I° Sezione ha rigettato l'istanza di inammissibilità della istanza di fissazione d'udienza (e di estinzione del giudizio), per insussistenza dell'invocato decorso del termine di venti giorni, ed ha rimesso al giudice relatore, contestualmente nominato, la decisione sulla istanza di rimessione in termini e sull'ammissione dei mezzi istruttori.

Con decreto di fissazione di udienza emesso in data 28.10.2004, Il Giudice relatore - dopo aver brevemente ripercorso le fasi salienti del procedimento e riassunto le domande ed eccezioni proposte dalle parti - ha ritenuto non poter darsi ingresso alla richiesta di rimessione in termini ai sensi dell'art.13, comma V°, Decreto nr.°5/03, formulata dalla difesa degli attori, non ravvisandosi gli estremi della lamentata "irregolarità procedimentale".

Ha argomentato il Giudice che, secondo la prospettazione attorea, detta irregolarità sarebbe costituita dalla lesione del diritto di difesa conseguente alla decorrenza dei termini a seguito della ordinanza di mutamento del rito; che, al contrario, nessuna compromissione né contrazione del diritto di difesa si era verificata nella fattispecie in esame, essendo decorsi i termini spettanti all'attore per la memoria di replica alla comparsa di costituzione e risposta del convenuto, come dispone l'art.1, comma V°, del Decreto nr.°5/03, a far tempo dalla comunicazione, avvenuta in udienza, della ordinanza di mutamento del rito (6.05.04); che, solo per insipienza o errata interpretazione delle norme procedurali, l'attore non si è avvalso della facoltà di depositare la memoria di cui all'art.6 del Decreto nr.°5/03, optando, dapprima, per una richiesta di rimessione in termini (tra l'altro, quando gli stessi non erano ancora decorsi e, tecnicamente, non si era consumata decadenza di sorta), infondata sia nel merito (non essendosi consumata alcuna irregolarità), che nella tempistica (come detto, al momento del deposito, non si era verificata alcuna decadenza), quindi, per una parimenti infondata richiesta di estinzione del giudizio.

Infine, il Giudice ha statuito sulle richieste istruttorie, negando ingresso alle prove testimoniali dedotte da parte attrice in atto di citazione, perché contrarie palesemente al contenuto di un documento (capitolo 1) e perché integralmente e meramente confermate di un documento già prodotto agli atti (capitolo 2), nonché per mancata tempestiva indicazione dei testimoni chiamati a deporre sui medesimi; egualmente il Giudice ha ritenuto parimenti inammissibili gli altri capitoli dedotti dalla difesa dell'attore a prova contraria nella memoria non autorizzata 2.07.04, perché dedotti irrimediabilmente oltre il termine di cui all'art.10 Decreto nr.°5/03 (che segna - identificandolo nella notificazione della istanza di fissazione d'udienza - avvenuta il 23.06.04 - il limite della preclusione per "le istanze istruttorie", che non possono che essere reiterate nella formulazione già proposta, "esclusa ogni loro modificazione", sancendo la decadenza delle parti dal potere di "formulare nuove istanze istruttorie e depositare nuovi documenti"), come ritualmente e tempestivamente eccepito dalla difesa del convenuto nella prima memoria autorizzata successiva alla formulazione dei nuovi capitoli di prova testimoniale; infine il Giudice relatore ha ammesso alcuni dei capitoli dedotti dalla difesa di parte convenuta, ed in particolare quelli volti a dimostrare le modalità di approvvigionamento, da parte della Banca, dei titoli obbligazionari contestati (capitoli 7,8,9) e quelli volti a dimostrare la propensione al rischio delle clienti attrici, nonché l'adempimento del funzionario all'obbligo di comunicazione e d'informazione (capitoli 19,20,21,23,24,25), con esclusione degli altri, fissando per la discussione della causa innanzi al Collegio l'udienza del 16.12.2004 alle ore 12.00.

All'udienza, dopo ampia discussione, il Collegio si è riservato la decisione, sia sulle istanze istruttorie delle parti, sia, in caso di loro ritenuta inammissibilità, sulla delibazione della intera controversia

MOTIVI DELLA DECISIONE

Occorre preliminarmente rilevare - con ciò sciogliendo la riserva assunta a verbale dell'udienza di discussione - che la causa appare matura per la decisione sulla base dei documenti prodotti, senza necessità di esperire ulteriore attività istruttoria testimoniale.

Occorre, quindi, confermare il rigetto dell'istanza di rimessione in termini proposta dalla difesa di parte attrice, confermando sul punto il decreto di fissazione d'udienza: ed invero la rimessione in termini è prevista dall'art.13, comma V°, Decreto nr.°5/03, ad opera del Giudice estensore del decreto di fissazione d'udienza, ove questi ravvisi la sussistenza di un pregiudizio al diritto di difesa della parte derivante da irregolarità procedurali.

E' ben vero che l'espressione "irregolarità procedurali", sicuramente più ampia del termine "nullità" di cui all'art.294 c.p.c., ha indotto i primi commentatori a ritenere che al Giudice relatore (e, in seconda battuta, al Collegio, chiamato a "confermare o revocare, in tutto o in parte, il decreto (di fissazione d'udienza) con ordinanza" (cfr.art.16, comma Decreto nr.°5/03), fossero attribuiti margini di intervento molto ampi e discrezionali al fine di assicurare l'effettività del diritto di difesa, prescindendo, tra l'altro, da una esplicita istanza di parte; tuttavia, nessun dubbio può porsi sul principio per cui - ai fini dell'esercizio del potere - debba sussistere una irregolarità non addebitabile, in alcun modo, a negligenza della parte o del suo difensore.

Sotto altro profilo, si deve osservare che la norma in argomento è puramente additiva, nel senso che attribuisce al giudice un potere officioso ulteriore rispetto a quelli conferitigli dagli artt.184 bis c.p.c. (e, nel caso di contumacia, 294 c.p.c.), i quali si ritiene siano attuabili anche nel rito societario e, quindi, applicabili in forza delle norma di chiusura di cui all'art.1, comma 4, del decreto.

Al di là, peraltro, delle diverse aree di intervento riservate alla due norme in esame, individuate dalla norma di chiusura dell'ultimo comma dell'art.13 Decreto nr.°5/03 (che esclude che il potere di rimessione in termini per irregolarità procedurali possa interferire sulla inammissibilità, purché eccepita, ... "delle istanze istruttorie e delle allegazioni documentali proposte dal convenuto dopo la seconda memoria difensiva"), occorre rilevare che, nella specie, non appare sussistere nessuno dei due presupposti necessari per disporsi la sanatoria delle preclusioni verificatesi.

Ai fini del potere di rimessione in termini previsto dal rito societario, non pare si siano infatti consumate irregolarità procedurali che non siano conseguenza della negligenza della difesa degli attori: a fronte del chiaro disposto dell'art.1, comma V°, del Decreto nr.°5/03, che fissa la decorrenza dei termini spettanti all'attore per il deposito della memoria di replica alla comparsa di costituzione e risposta del convenuto a far tempo dalla comunicazione, avvenuta in udienza, della ordinanza di mutamento del rito (6.05.04), la istanza di fissazione d'udienza contenuta nella comparsa di risposta potesse legittimamente indurre a ritenere che la facoltà di depositare la memoria (facoltà della quale l'attore non si è avvalso) non poteva essere preclusa alla luce del disposto dell'art.10, comma secondo (che ricollega alla notificazione della istanza di fissazione d'udienza la decadenza per tutte le parti dal potere di proporre eccezioni, precisare o modificare domande ed eccezioni già proposte e formulare nuove istanze istruttorie), dal momento che tale preclusione scatta, testualmente, solo a seguito dell'istanza di fissazione d'udienza regolarmente notificata, nel rispetto della rigida tempistica di cui all'art.8 del decreto (e, quindi, per il convenuto, al più presto, entro venti giorni dalla data della propria costituzione).

Al contrario, nella specie, la convenuta BANCA XXX S.p.A. ebbe a proporre l'istanza di fissazione d'udienza al momento della sua costituzione, e, ciò che soprattutto rileva, prima del formale mutamento del rito, ovvero prima della ordinanza prevista dal capoverso dell'art.1, nonché, ancora, argomento di per sé assorbente, non mediante una formale notifica della istanza di fissazione d'udienza, ma mediante la sua proposizione con deposito in uno con la comparsa di costituzione, anziché con atto separato.

Vi erano allora almeno tre profili perché gli attori legittimamente e correttamente valutassero come inammissibile e improduttiva dell'effetto preclusivo di cui all'art.10, comma secondo, del Decreto, l'istanza di fissazione d'udienza proposta dalla banca convenuta, ovvero, come detto, (1) perché contenuta in un atto depositato in udienza, anziché notificato; (2) perché proposta prima della ordinanza di mutamento del rito ed, infine, (3) perché contenuta materialmente nella comparsa di risposta, anziché in un atto autonomo.

Ne consegue che è corretta l'affermazione del giudice relatore, contenuta nel decreto di fissazione d'udienza, secondo la quale, solo per errata interpretazione delle norme procedurali, i difensori degli attori hanno ommesso di avvalersi della facoltà di depositare la memoria di cui all'art.6 del Decreto nr.°5/03.

Essendo dunque ricollegabile alla negligenza della difesa la consunzione del termine per proporre ulteriori istanze istruttorie, non vi è ragione per accogliere la richiesta di rimessione in termini né ai sensi dell'art.13, quinto comma, del Decreto, né ai sensi dell'art.184 bis c.p.c.

Al contrario, invece, può accogliersi la istanza di rimessione in termini formulata dalla difesa di BANCA XXX S.p.A. con riferimento alle produzioni documentali allegate alla memoria difensiva 11.12.2004, in quanto tutte concernenti documenti (articoli di quotidiani nazionali; prospetti di istituti di analisi finanziarie; prospetto informativo relativo all'OPAS sui bond Telecom Argentina Stet France) pubblicati in data (secondo semestre del corrente anno) posteriore al barrage istruttorio costituito dalla (seconda) istanza di fissazione d'udienza, e per di più relativi a circostanze di pubblico dominio.

Costituisce, infatti, una delle applicazioni pratiche di maggior frequenza nella prassi il ricorso allo strumento della rimessione in termini ex art.184 bis cod. civ. per consentire l'ingresso nel processo di documenti formati o venuti ad esistenza in data posteriore al decorso delle preclusioni istruttorie (in questo senso, sia pure a contrario, vedi Tribunale Roma, sez. II 10-12-2000 (ord.) - Pres. Olivieri, edita in Giurisprudenza romana, 3, 2001, pag. 88, per la quale "non è ammissibile la rimessione in termini, ex art. 184 bis c.p.c., per consentire alla parte la produzione di documenti già esistenti al momento in cui è spirato il termine ex art. 184 c.p.c.. Né rileva, a tal fine, che la prova documentale sia stata messa a disposizione della parte con grave ritardo da parte di un ente pubblico, in quanto è onere della parte stessa iniziare il giudizio soltanto quando sia in possesso degli elementi di prova che intende porre a fondamento della pretesa"; vedi - per una conferma del principio - anche il testo dell'art.23, comma quinto, Decreto nr.°5/03, relativamente alla facoltà della parte di introdurre circostanze sopravvenute nel procedimento di reclamo al provvedimento cautelare ed alla facoltà del Tribunale di "acquisire nuovi documenti").

Venendo ora al merito delle questioni controverse, occorre procedere all'esame analitico di ciascuna di esse.

Mancata sottoscrizione del modulo di adesione e mancata consegna ai clienti del "prospetto informativo in occasione dell'acquisto delle quote del fondo d'investimento "Atlante".

La domanda attorea sul punto appare infondata, perché erroneamente indirizzata nei confronti di BANCA XXX S.p.A., anziché di XXX Asset Management SGR o di NNN Investment Management SGR.

Risulta, infatti, dai moduli di sottoscrizione prodotti dalla stessa difesa delle attrici sub. docc.ti 3 e 4 che AAA ed BBB ebbero a sottoscrivere quote del fondo denominato "Atlante", di proprietà di NNN Investment Management SGR, per i quali BANCA XXX S.p.A. era unicamente la banca depositaria (cfr. Regolamento del fondo - scheda identificativa del prodotto; doc. 5 fasc. attrici).

L'ordine (o proposta) di acquisto fu inoltrato ad XXX Asset Management SGR e la titolarità delle quote del fondo era in capo a NNN Investment Management SGR.

Inoltre, l'art.4 del citato Regolamento, al punto 3) statuisce che la sottoscrizione delle quote di partecipazione si realizza tramite la compilazione e sottoscrizione di un apposito modulo, predisposto dalla SGR, contenente una serie di indicazioni; tale modulo è inoltrato alla SGR direttamente, ovvero tramite i soggetti incaricati del collocamento.

Ora, gli attori, relativamente al Fondo in argomento, hanno concluso chiedendo che fosse dichiarata la "nullità e/o l'annullabilità dell'ordine di acquisto delle quote del fondo comune Atlante, condannando BANCA XXX S.p.A. (già BANCA ZZZ S.p.A.) alla restituzione in favore della signora AAA e della signora BBB della somma" pari al corrispettivo versato per l'acquisto delle quote del fondo.

Appare evidente che tale domanda non può interpretarsi che come richiesta di declaratoria di nullità o di annullamento del contratto di vendita delle quote del Fondo (non avrebbe altrimenti senso interpretare diversamente la richiesta di nullità o annullamento dell'ordine: ordine di acquisto equivale a proposta di acquisto; la eventuale nullità della proposta contrattuale non può riverberarsi necessariamente che nella nullità del contratto concluso sulla base di essa; nel caso di specie, deve addirittura ritenersi che la domanda di nullità (o di annullamento) del contratto di vendita fosse la domanda che la parte intendeva formulare, e che solo per un mero refuso, forse per una forma di sovrapposizione del documento che contiene gli elementi essenziali del contratto (ovvero l'ordine di acquisto) rispetto al concetto astratto di negozio, sia stato indicato il primo in luogo del secondo); una simile richiesta non può legittimamente esperirsi che nei confronti del venditore; BANCA XXX S.p.A. era solo l'intermediario che ha posto in relazione i contraenti; un eventuale comportamento colpevolmente negligente dell'intermediario non può determinare la nullità del contratto, ma, al più, può essere causa di una richiesta di risarcimento dei danni nei confronti dell'intermediario medesimo; nessuna domanda di tipo risarcitorio, però, risulta proposta dalla difesa delle attrici.

Da quanto sopra consegue che la domanda concernente la sottoscrizione delle quote del Fondo Atlante deve essere rigettata nel merito, per carenza di legittimazione sostanziale della parte evocata in giudizio.

II. Sulla domanda di nullità dei contratti di negoziazione degli strumenti finanziari per contrarietà a norme imperative - considerazioni generali.

Occorre brevemente premettere alcune note generali sulla astratta ammissibilità della domanda di nullità dei contratti di negoziazione degli strumenti finanziari per contrarietà a norme imperative.

Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, come dispone l'art.1418 cod. civ. al primo comma.

La nullità per contrarietà a norme imperative può considerarsi pacifica, laddove la legge la commini espressamente.

Al di fuori di questa ipotesi, prevale in dottrina ed in giurisprudenza la tesi che il principio enunciato dal primo comma dell'art.1418 cod. civ. sia espressione di un principio generale diretto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di una norma imperativa non corrisponda una specifica sanzione di nullità (cosiddette nullità virtuali).

Sempre ricorrente in giurisprudenza è l'affermazione di principio che la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato (vedi Cass. civ., sez. II, 18-07-2003, n. 11256, in un caso di dichiarata nullità del contratto avente ad oggetto una fornitura di caffè, in quanto le relative confezioni non recavano la data di scadenza del prodotto, contrariamente alle prescrizioni dettate dagli artt.3 e 12 del d.P.R. 322/1982 a tutela della salute del consumatore).

Recentemente, la Suprema Corte di Cassazione ha dichiarato la nullità di un contratto per contrarietà a norme imperative nel caso di violazione delle norme sulla iscrizione obbligatoria degli agenti e rappresentanti di commercio nell'apposito Ruolo (Cass. civ., sez. III, 18-07-2002, n. 10427 "nell'ipotesi di contratto di agenzia o rappresentanza commerciale nullo perché stipulato con soggetto non iscritto nel ruolo istituito dalla legge 12 marzo 1968, n. 316, quest'ultimo può esperire l'azione generale di arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., per farsi indennizzare delle prestazioni svolte a favore del preponente"); nell'ipotesi di conclusione di un contratto di "swap" da parte di un soggetto non avente i requisiti previsti dalla Legge istitutiva delle SIM (Cass. civ., sez. I, 05-04-2001, n. 5052 "i contratti di swap (nel caso di specie domestic indexed lire swap) stipulati dopo l'entrata in vigore della legge 2 gennaio 1991 n. 1 (recante la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari) da soggetto diverso dalle SIM (società di intermediazione mobiliare), essendo contrari a norme da ritenersi imperative, perché dirette a tutelare interessi di carattere generale (alla regolarità dei mercati ed alla stabilità del sistema finanziario), sono affetti da nullità assoluta"; nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 07-03-2001, n. 3272 "in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma primo, cod. civ., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità. Pertanto - poiché il carattere inderogabile delle disposizioni della legge 2 gennaio 1991, n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, deriva dalla natura, pubblica e generale, degli interessi con esse garantiti, che concernono la tutela dei risparmiatori "uti singuli" e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale - è affetto da nullità assoluta il contratto di "swap" (da annoverare tra le attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla suddetta legge) stipulato, in contrasto con la stessa, da un intermediario abusivo, atteso l'interesse dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso è destinata a creare nel sistema finanziario generale"; nell'ipotesi di commercializzazione di un alloggio edificato in regime di ERP in mancanza di una speciale autorizzazione amministrativa (Cass. civ., sez. II, 22-06-2000, n. 8478: "è nullo, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., per contrarietà a norme imperative, il contratto di vendita o di promessa di vendita a terzi di aree esuberanti e locali non destinati ad abitazione, ai sensi dell'art. 8 R.D. 28 aprile 1938, n. 1165 XIV, di proprietà di una cooperativa, se manca anche una sola delle autorizzazioni - rispettivamente del Ministero dei Lavori Pubblici e della Cassa Depositi e Prestiti - espressamente previste dal successivo articolo 9 per adibire i locali ad uso di botteghe e magazzini e per affittarli, stante l'identità di ratio tra le due norme, entrambe miranti ad evitare operazioni speculative su immobili costruiti con contributo erariale e perciò proibitive di atti dispositivi su di essi senza i preventivi controlli pubblici, costituenti peraltro quel rispetto dei "modi di legge" che lo stesso articolo 8 espressamente richiede"; infine, è stato dichiarato nullo un atto di un ente comunale - adottato in regime di diritto privato - ma esuberante dalla sue competenze (Cass. civ., sez. II, 21-04-2000, n. 5234: "la capacità di diritto privato delle persone giuridiche è potenzialmente generale, ma per gli enti pubblici incontra il limite della "competenza" attribuita all'ente, che è delimitata da norme qualificabili come imperative ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., sicché la loro violazione comporta la radicale invalidità dell'atto compiuto dall'ente, in quanto affetto da incapacità negoziale; ne consegue che deve ritenersi in tal senso viziato il contratto col quale il Comune abbia affidato ad un professionista l'incarico di aggiornare il progetto relativo ad un'opera pubblica, da realizzarsi nella città di Palermo e rientrante tra quelle considerate di preminente interesse nazionale dal D.L. n. 19 del

1988 convertito con modificazioni in legge n. 99 del 1988, giacché tale normativa ha trasferito ogni competenza in materia al Presidente del Consiglio dei Ministri").

Dalla breve rassegna giurisprudenziale sopra riportata emergono due linee di tendenza salienti, fondamentali per la decisione della controversia in esame: in primo luogo, la tendenza della giurisprudenza ad ancorare la qualificazione del carattere imperativo di una norma alla finalità di tutela di interessi generali o collettivi da essa perseguita, affermandone la sussistenza in settori nevralgici della vita di una comunità, connotati da uno spiccato interesse pubblico alla loro regolamentazione; in secondo luogo, l'indifferenza rispetto alla natura primaria o secondaria - legislativa o regolamentare - delle norme di settore destinate alla tutela dell'interesse pubblico.

Occorre allora esaminare - per vagliare l'astratta ammissibilità della domanda di nullità per contrarietà alle norme - in parte anche di natura regolamentare - preposte al collocamento di strumenti finanziari, se esse possano definirsi imperative in virtù della finalizzazione alla tutela di un interesse pubblico, e, in secondo luogo, se in tale novero possano ricondursi anche le norme di natura attuativa e regolamentare, costituenti l'attuazione dei principi generali posti dal TUF (decreto legislativo 24.02.1998, numero 58).

L'art.21 del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria impone ai soggetti abilitati - tra cui le Banche abilitate ai servizi d'investimento - di osservare, nella prestazione di tali servizi ed in quelli ad essi accessori, una serie di obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; di acquisire le informazioni necessarie dai clienti, operando in modo che gli stessi siano sempre adeguatamente informati; di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il conflitto d'interessi, assicurando, in situazione di conflitto, trasparenza ed equo trattamento ai clienti; di svolgere una gestione sana e prudente, adottando misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

L'art.23 del TUF, inoltre, sanziona espressamente con la nullità la mancanza della forma scritta dei contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento ed accessori.

Infine, il comma sesto del medesimo articolo dispone che nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi d'investimento, spetta ai soggetti abilitati (ovvero agli intermediari finanziari in generale) l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

In numerose norme del TUF viene demandato alla CONSOB di disciplinare con regolamento alcuni settori o aspetti dell'assetto normativo del testo legislativo.

In virtù di tale delega regolamentare, la CONSOB ha adottato, con delibera in data 1.07.98, nr.° 11522, il Regolamento di Attuazione del decreto legislativo 24.02.1998 numero 58 concernente la disciplina degli intermediari.

L'art. 1 del Regolamento esordisce specificando che esso è adottato ai sensi degli articoli 6, comma 2, 19, comma 3, 23 comma 1, 27, commi 3 e 4, 28, comma 3, 30 commi 2 e 5, 31, comma 6, lettere d), f), g) e h), 32, comma 2, e 201, comma 8, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero con riferimento alle disposizioni legislative che demandano alla CONSOB il relativo potere regolamentare.

Di primaria evidenza, per la fattispecie in discorso, l'art.6, comma 2°, del TUF, nel quale è stabilito che:

"La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi, disciplina con regolamento

a) le procedure, anche di controllo interno, relative ai servizi prestati e la tenuta delle evidenze degli ordini e delle operazioni effettuate;

b) il comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori, anche tenuto conto dell'esigenza di ridurre al minimo i conflitti di interessi e di assicurare che la gestione del risparmio su base individuale si svolga con modalità aderenti alle specifiche esigenze dei singoli investitori e che quella su base collettiva avvenga nel rispetto degli obiettivi di investimento dell'OICR;

c) gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi; i flussi informativi tra i diversi settori dell'organizzazione aziendale, anche tenuto conto dell'esigenza di evitare interferenze tra la prestazione del servizio di gestione su base individuale e gli altri servizi disciplinati dalla presente parte".

Nel concreto, il Regolamento Consob disciplina minuziosamente i servizi d'investimento ed i servizi di gestione collettiva del risparmio, stabilendo, per i primi, che qui interessano, una serie di disposizioni di carattere generale

(artt.26-31), concernenti regole generali di comportamento, regole sui conflitti d'interesse; obblighi di informazioni; operazioni non adeguate e contratti con gli investitori.

A queste seguono le norme per la prestazione dei singoli servizi d'investimento, ripartiti in negoziazione su base individuale (art.32); ricezione e trasmissione di ordini e mediazione (art.33 e 34); collocamento ed offerta fuori sede di strumenti finanziari (artt.35 e 26); gestione di portafogli e concessioni di finanziamenti agli investitori.

Premessa questa doverosa panoramica normativa, e tornando all'oggetto dei quesiti iniziali, ritiene il Collegio che le norme preposte al collocamento di strumenti finanziari, contenute nel TUF e nei regolamenti attuativi, non possano che definirsi di ordine pubblico.

Ne è indice inequivoco la loro vocazione ad incidere in un settore caratterizzato da una elevata prevalenza dell'interesse pubblico e dalla natura, pubblica e generale, degli interessi garantiti dalle predette norme, che concernono la tutela dei risparmiatori "uti singuli" e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale.

L'insieme delle disposizioni che presiedono all'attività di intermediazione finanziaria, dunque, devono ritenersi imperative, perché dirette a tutelare interessi di carattere generale (alla regolarità dei mercati ed alla stabilità del sistema finanziario), come, peraltro, ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità nel caso di violazione delle norme relative al funzionamento delle Società d'intermediazione mobiliari.

In secondo luogo, nel novero delle norme imperative sopra delineato sono da ricomprendersi anche le norme di natura attuativa e regolamentare, costituenti l'attuazione dei principi generali posti dal TUF, in quanto costituenti con questo un corpus unicum, da valutarsi unitariamente.

In conclusione, ben può dirsi che i contratti conclusi in violazione del complesso di norme sopra richiamato siano suscettibili di declaratoria di nullità, ove non siano stati in concreto rispettati gli specifici obblighi imposti agli intermediari finanziari, ovvero ove questi ultimi non siano in grado di provare di averli rispettati.

Tale prova, inoltre, deve - per il principio di correlazione tra la forma "ad substantiam" di un negozio e la forma "ad probationem" - rivestire la forma scritta.

Tale conclusione generale incontra, però, un solo limite: che la norma dalla cui violazione discende la sanzione della nullità abbia un contenuto sufficientemente specifico, preciso ed individuato, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppure di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, se non a fronte di parametri di comportamento sufficientemente precisi e determinati.

Opinare diversamente significherebbe violare il principio di legalità, affidando all'alea dell'apprezzamento del giudice il contenuto precettivo di una norma dalla cui violazione discende una sanzione grave come la nullità.

Così delineato, il rapporto tra l'intero complesso normativo del settore dell'intermediazione finanziaria e la risposta sanzionatoria dell'ordinamento, in caso di violazione, si presenta con una correlazione coerente tra la tipologia di norma violata e la conseguente reazione: alla violazione di specifiche regole cui l'intermediario è tenuto (ad esempio: 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; .. devono consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari) può conseguire, su domanda del cliente, la nullità del contratto per violazione di una regola di tutela, o di protezione del cliente medesimo, di natura imperativa; alla violazione di norme generali di prudenza e diligenza professionale nel proprio operato, non meglio specificate o codificate in sede regolamentare o attuativa, segue unicamente, in virtù dei principi generali in materia d'inadempimento delle obbligazione, ed in particolare, in forza dello specifico disposto dell'art.23, comma VI° del TUF, l'azione per il risarcimento dei danni.

Né vale argomentare, a detrimento della ricostruzione qui offerta, che così facendo si finisce per applicare la sanzione minore (la tutela risarcitoria) alla violazione delle regole legislative generali, e la sanzione più grave (la tutela reale della nullità) alla violazione delle norme regolamentari: al contrario, invece, la sanzione della nullità viene applicata alla violazione di quelle, tra le norme generali (obblighi generali di diligenza, correttezza e trasparenza; obblighi di informazione; obblighi di evitare o ridurre gli effetti dei conflitti d'interesse) che trovano specificazione nelle regole attuative in comportamenti specifici e definiti, mentre l'area della tutela risarcitoria è riservata alle altre violazioni - all'evidenza meno gravi - che non riguardano obblighi specificamente imposti agli intermediari, ma la cui determinazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Ora, nel caso concreto, come sopra evidenziato, nessuna azione risarcitoria è stata proposta dalle attrici, onde l'esame della domanda deve essere limitato alla verifica delle violazioni specifiche agli obblighi imposti all'intermediario dalle norme regolamentari, secondo la sequenza prospettata dall'attore.

Sulla riconducibilità della negoziazione delle obbligazioni Del Monte Finance S.A. all'ipotesi della sollecitazione del pubblico risparmio.

La difesa degli attori deduce che la negoziazione delle obbligazioni Del Monte Finance S.A. avrebbe dovuto avvenire secondo il meccanismo della sollecitazione al pubblico risparmio previsto dagli artt.94 e segg. TUF (ovvero, sinteticamente, previa preventiva comunicazione dell'offerente alla CONSOB; pubblicazione del prospetto; sottoposizione dell'intera procedura al controllo della CONSOB; obbligo di certificazione del bilancio dell'emittente; obblighi informativi), trattandosi di titoli, privi di rating, destinati ad investitori istituzionali e professionali, e non ai piccoli risparmiatori, o, comunque, alla clientela retail.

Le obbligazioni, sostiene in sostanza la difesa degli attori, non potevano essere negoziate e offerte in vendita ai clienti dell'istituto di credito, perché soggette alla specifica procedura di appello al pubblico risparmio, che nella specie, per tali titoli, non era stata effettuata.

La doglianza non è fondata.

L'art.1, lett. t) del TUF definisce la "sollecitazione all'investimento" come ogni "offerta, invito ad offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari.

Appare evidente che il tratto distintivo di tale forma di collocamento di strumenti finanziari è di essere destinato ad una moltitudine indistinta di soggetti.

Accanto al collocamento di strumenti finanziari mediante la sollecitazione al pubblico risparmio, il TUF ed il Regolamento CONSOB prevedono altre forme di compravendita di titoli o valori mobiliari, ed, in particolare, la cosiddetta negoziazione su base individuale, disciplinata dall'art.32 del Regolamento CONSOB.

Questa a sua volta si suddivide in negoziazione per conto proprio o per conto di terzi (cfr. art.32, numero 3 e 4: "... gli intermediari autorizzati eseguono in conto proprio o in conto terzi le negoziazioni alle migliori condizioni possibili con riferimento al momento, alle dimensioni e alla natura delle operazioni stesse. Nell'individuare le migliori condizioni possibili si ha riguardo ai prezzi pagati o ricevuti e agli altri oneri sostenuti direttamente o indirettamente dall'investitore.

Le condizioni di cui al comma 3 si considerano soddisfatte nel caso in cui la negoziazione sia eseguita:

durante l'orario ufficiale di negoziazione, come definito dal regolamento previsto dall'art. 25, comma 2, del testo unico, in un mercato regolamentato;

al di fuori dell'orario ufficiale di negoziazione, come definito dal regolamento previsto dall'art. 25, comma 2, del testo unico, in un mercato regolamentato o in un sistema di scambi organizzati").

La negoziazione per conto proprio presuppone la titolarità del titolo o del valore mobiliare in capo all'intermediario, che in precedenza lo ha acquistato sul mercato finanziario (cfr.art.32, numero 5: "gli intermediari autorizzati comunicano all'investitore, all'atto della ricezione dell'ordine, il prezzo al quale sono disposti a comprare o a vendere gli strumenti finanziari ed eseguono la negoziazione contestualmente all'assenso dell'investitore; sul prezzo pattuito non possono applicare alcuna commissione").

Nella prestazione del servizio di negoziazione per conto terzi, invece, l'intermediario acquista sul mercato il titolo o valore mobiliare percependo una provvigione per tale attività di natura mediatrice (cfr. art.32, numero 6: "ferma restando l'applicazione delle commissioni e delle spese, il prezzo praticato all'investitore è esclusivamente quello ricevuto o pagato dall'intermediario").

Nel caso di specie, come storicamente per la gran parte delle negoziazioni avvenute sul territorio nazionale aventi ad oggetto le obbligazioni emesse dal Gruppo Cirio, la negoziazione dei titoli di debito emessi da Del Monte Finance S.A. ha assunto la forma della "negoziazione per conto proprio", in quanto BANCA XXX S.p.A. deteneva transitoriamente e temporaneamente un certo quantitativo di titoli obbligazionari Del Monte Finance S.A., per fare fronte alle richieste di acquisto di detti strumenti finanziari da parte della clientela (circostanza incontestata, perché ammessa dalla stessa Banca, cfr. capitolo di prova testimoniale numero 7).

Ora, la negoziazione, sia pure per conto proprio, di strumenti finanziari (acquistati nell'ambito di un sistema di scambi organizzati - SSO - ovvero "un insieme di regole e strutture, anche automatizzate, che consente in via continuativa e periodica di raccogliere e diffondere proposta di negoziazione di strumenti finanziari e di dare esecuzione a dette proposte con le modalità previste dal sistema) non può essere equiparata in nessun modo alla sollecitazione all'investimento, perché differenti ne sono i destinatari, un pubblico indiscriminato di soggetti, nel primo caso, il singolo cliente o risparmiatore, nel secondo.

Tale conclusione - che deriva dall'analisi del dettato normativo di settore - è peraltro conforme alla ratio legis, che vuole circondare di cautele l'appello al pubblico risparmio, al fine di evitare che il pubblico dei risparmiatori sia tratto in inganno da pubblicità e da altre forme di sollecitazione all'investimento in prodotti finanziari di dubbia solidità, imponendo un previo controllo di un ente pubblico (la CONSOB) sulla veridicità delle informazioni diffuse, mentre analoga tutela non si reputa necessaria, nel caso di un singolo cliente che manifesti l'intendimento di investire su un particolare prodotto finanziario.

La Banca d'Italia, nel bollettino economico numero 41 del novembre 2003, ha reputato legittima la prassi delle banche di vendere i titoli del proprio portafoglio ai clienti che ne facciano richiesta, nell'ambito di un'attività di negoziazione in conto proprio.

La Banca d'Italia ha esplicitamente affermato che la sequenza "assunzione a fermo" (ovvero, l'acquisto da parte della Banca di titoli obbligazionari quotati su un mercato europeo e collocati agli investitori professionali, in esenzione alla procedura di appello al pubblico risparmio, esenzione espressamente prevista dall'art.100, lettera a) TUF) - "negoziato sul mercato secondario" non implica violazione dell'obbligo di prospetto, neppure in presenza di attività propositive da parte degli intermediari, e neppure quand'anche tale attività di negoziazione su base individuale avvenga nella fase cosiddetta di grey market (fase che va dall'annuncio dell'emissione del titolo (launch day) alla data di regolamento degli stessi e di versamento del ricavato all'emittente (closing day), e che dura generalmente dalle due alle quattro settimane, durante le quali gli investitori professionali da una parte acquistano i titoli dalle banche collocatrici facenti parte del consorzio, dall'altra possono legittimamente negoziarli alla clientela che ne faccia richiesta).

Nella specie, non è neppure stata provata una qualunque attività di proposizione da parte dei funzionari della BANCA XXX S.p.A. agli attori, e non vi sono dunque gli estremi per ritenere che la vendita delle obbligazioni Del Monte Finance S.A. potesse qualificarsi come sollecitazione al pubblico risparmio, con conseguente obbligo di rispettare tutte le formalità procedurali di tale tipologia di collocamento.

Al contrario, le obbligazioni emesse dalla Del Monte Finance S.A. hanno rispettato le procedure usuali di emissione sull'euromercato (in Lussemburgo), di collocamento nei confronti di investitori professionali o istituzionali e di successiva negoziazione ai clienti.

Con questo, naturalmente, non si vuol dire che dette negoziazioni fossero in tutti i casi regolari, ma semplicemente che le stesse non possono considerarsi equiparabili in alcun modo alla fattispecie dell'appello al pubblico risparmio, o sollecitazione all'investimento, ferme restando le altre norme di diligenza e prudenza cui la Banca è tenuta, i cui profili sono esaminati nei paragrafi che seguono

Sull'adempimento da parte della Banca degli obblighi di informazione.

L'art. 28 del Regolamento Consob dispone, sotto la rubrica "Informazioni tra gli intermediari e gli investitori" che, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono:

a) 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 di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore;

b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n. 3.

Inoltre, il numero 2) del medesimo articolo dispone che gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.

Ora, dalla documentazione prodotta in atti dalla difesa della Banca, e segnatamente dai docc.ti 16-21 risulta che in occasione della stipulazione di altrettanti contratti di gestione portafogli in titoli mobiliari, le clienti attrici abbiano, per sei volte, reso alla Banca, che richiedeva le notizie previste dalla normativa sopra richiamata, il diniego di informativa, rifiutando di fornire informazioni circa la loro esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la loro situazione finanziaria, i loro obiettivi di investimento, la loro propensione al rischio.

Eguale, dalla documentazione citata, risulta che la Banca abbia, in occasione della stipulazione di altrettanti contratti di gestione portafoglio titoli, consegnato il documento sui rischi generali di investimento, riportato, peraltro, anche, quale allegato, nella copia del contratto consegnato agli investitori.

Egual rifiuto di fornire le informazioni rilevanti per l'individuazione della propensione al rischio dell'investitore è stato sottoscritto in occasione della stipulazione del contratto di negoziazione titoli su base individuale, concluso in data 31.03.1993 tra la Banca ed BBB.

Ritiene il Collegio che la Banca abbia dunque adempiuto integralmente agli obblighi formali imposti dalla normativa di settore per quanto concerne la raccolta di informazioni rilevanti dagli investitori.

Né vale al contrario argomentare, come fa la difesa delle attrici, che manca una espressa dichiarazione di rifiuto alla facoltà di fornire dette informazioni in relazione al contratto di deposito titoli intestato a AAA, dove sono materialmente transitate le operazioni di acquisto contestate, giacché la collocazione degli obblighi nascenti dall'art.28 del Regolamento CONSOB nelle "disposizioni di carattere generale" (Capo I del Titolo I del Regolamento) consente di ritenere adempiuto l'obbligo, in presenza di una pluralità di rapporti, ogniqualvolta la Banca si sia premurata di richiedere le informazioni idonee ad individuare la tipologia del cliente, in rapporto al rischio dell'investimento finanziario proposto, all'inizio del rapporto di gestione generalmente inteso.

Del resto, è lo stesso tenore letterale della norma a implicare tale soluzione, laddove fa espresso riferimento alla fase anteriore alla stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimento, mentre l'obbligo di acquisire le informazioni rilevanti non è espressamente ripetuto o ribadito nella disciplina specifica di ogni singolo servizio, ed, in particolare, con riferimento alla cosiddetta "negoziazione su base individuale", disciplinata dall'art.32 del Regolamento.

Tanto chiarito, resta da definire quali siano le conseguenze del rifiuto del cliente all'onere di declinare le informazioni richieste dall'istituto di credito.

Il Collegio ritiene che da tale omissione non possano discendere conseguenze sfavorevoli al cliente, nel senso che dall'assenza di informazioni, l'intermediario autorizzato non può che desumere 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, con l'unica salvezza dell'eventualità che le informazioni in argomento non siano desumibili aliunde, dalle scelte di investimento ed, in generale, dal comportamento in precedenza tenuto dall'investitore nel rapporto con la Banca.

Orbene, in questa fattispecie appaiono ricadere gli attori, i quali hanno sempre tenuto un comportamento non da piccoli risparmiatori inesperti, ma da soggetti adusi a frequentare il mercato mobiliare e conoscitori delle regole di base che lo governano.

Tanto si evince agevolmente dalle pregresse scelte d'investimento compiute dalle attrici e dall'ammontare medio del patrimonio investito, nonché dall'arco temporale in cui lo stesso è stato investito.

Risulta documentalmente provato, infatti, che le attrici, titolari mediamente di un patrimonio di oltre tre miliardi di vecchie lire, lo hanno investito dal 1986 in avanti in titoli finanziari a rischio medio-alto, quali sei gestioni patrimoniali (alcune delle quali composte in prevalenza di titoli azionari, con livelli di rischio dichiarati di standard medio, medio-alto, alto), titoli in depositi a custodia (tra cui spiccano corporate bond di società quotate in mercati esteri, come Carraro e General Electric), fondi comuni d'investimento azionari ed obbligazionari.

Ma a confermare la correttezza del comportamento della Banca, al di là di facili suggestioni giornalistiche, deve rimarcarsi che il rapporto percentuale tra l'intera massa monetaria consegnata dalle clienti in gestione a BANCA XXX e l'importo (Euro 91.000,00 in totale) dei titoli obbligazionari Telecom Argentina Stet France e Del Monte Finance S.A. sottoscritti è particolarmente limitato, pari a circa il 5%; deve altresì evidenziarsi che le attrici sono rimaste e sono tuttora clienti della Banca ed, infine, circostanza questa particolarmente rilevante, che il valore attuale delle obbligazioni contestate si aggira su percentuali di tutto rispetto, a confronto con il valore medio delle altre tipologie obbligazionarie emesse - rispettivamente - da altre società del Gruppo Cirio o da altre entità di nazionalità argentina (tra i quali lo Stato Argentino, la Provincia di Buenos Aires e simili): le obbligazioni Telecom Argentina Stet France

quotano sul mercato secondario, infatti, circa 0,88, ovvero esprimono l'88% del valore di sottoscrizione iniziale; le obbligazioni Del Monte Finance S.A. quotano 0,78.

Se a ciò si aggiunge che detti strumenti di debito avevano allora un rendimento decisamente più elevato di quello medio di prodotti simili, e notevolmente maggiore di quello dei Titoli di Stato dell'area Europa (ovvero, rispettivamente, il 9,5% annuo per le obbligazioni Telecom Argentina Stet France ed il 6,25% annuo per quelle Del Monte Finance S.A.), anche l'area dell'eventuale danno risarcibile alle attrici si riduce enormemente, al punto che la scelta finanziaria appare, in termini percentuali, probabilmente migliore dell'andamento medio dei principali indici borsistici mondiali dal Marzo 2000 (data della discesa degli indici dopo il rialzo dovuto alla "bolla" tecnologica) alla data odierna.

Sull'adeguatezza soggettiva delle operazioni di negoziazione dei titoli obbligazionari Del Monte Finance S.A. e Telecom Argentina Stet France e sul profilo di rischio delle clienti attrici.

La difesa di parte attrice si duole altresì perché non sarebbe stato rispettato il disposto dell'art.28 del Regolamento, a mente del quale "gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.

Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

Ora, pare al Collegio che l'investimento operato da AAA ed BBB in relazione alle obbligazioni Telecom Argentina Stet France e Del Monte Finance S.A. non possa dirsi inadeguato, in rapporto agli indici previsti normativamente.

Deve, infatti, rilevarsi come l'adeguatezza dell'operazione debba essere valutata alla luce delle informazioni rese dagli investitori ("ai fini del comma 1", recita la norma, ovvero al fine di individuare quali operazioni debbano ritenersi inadeguate con riferimento alla specificità del cliente, gli intermediari tengono conto delle informazioni di cui all'art.28 e "di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati") ed alla luce del complessivo grado di propensione al rischio desumibile dalla "storicità" del cliente: orbene, a fronte di un grado di rischio medio-alto, desumibile dal quadro complessivo dei rapporti intercorsi ed intercorrenti tra le attrici e la Banca, l'acquisto dei titoli obbligazionari in questione non appare inadeguato, né per tipologia o per oggetto (le attrici erano abituate anche ad investire su titoli azionari, che hanno normalmente un grado di rischio più elevato dei titoli di debito; le attrici hanno anche investito - nel medesimo periodo di acquisto delle obbligazioni per cui è causa - in altri corporate bond), né per frequenza (fu acquisito un quantitativo medio in due riprese), né per dimensione (ridotta, in rapporto al totale del patrimonio gestito).

Non vi sono, in conclusione, motivi validi per ritenere applicabile al caso concreto la fattispecie disciplinata dall'art.29 del Regolamento.

Sul conflitto d'interessi della banca in occasione della negoziazione delle obbligazioni Del Monte Finance S.A.

In relazione alle sole obbligazioni Del Monte Finance S.A., le attrici hanno dedotto che la Banca verserebbe in una situazione di conflitto d'interessi, invocando il mancato rispetto degli obblighi imposti alla stessa dal Regolamento.

In particolare, l'art. 27, sotto la rubrica "Conflitti di interessi" recita: "Gli intermediari autorizzati vigilano per l'individuazione di conflitti di interessi.

Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente.

Ove gli intermediari autorizzati, al fine dell'assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi".

Ora, ritiene il Collegio che non sia possibile ravvisare una situazione di conflitto tra BANCA XXX S.p.A. e la società Del Monte Finance S.A., al momento del collocamento delle contestate obbligazioni.

In primo luogo, BANCA XXX S.p.A. non aveva, all'epoca, alcun rapporto di finanziamento in essere con Del Monte Finance S.A., e ciò esclude, già di per sé, che vi fosse nell'azione della banca, un fine diverso ed ulteriore rispetto alla semplice soddisfazione delle aspettative e delle richieste del cliente.

Si deve rammentare che la stessa CONSOB (cfr. comunicazione - risposta a quesito numero DAL 97006042 del 9.07.97 - doc. 32 fasc. convenuta) ha ritenuto insussistente il conflitto d'interessi - nel caso di negoziazione di titoli in contropartita diretta con il cliente - ove la compravendita sia stata perfezionata sulla base di un ordine di acquisto dello strumento finanziario conferito spontaneamente dal cliente, ammettendone, al contrario, l'astratta possibilità nel caso di perfezionamento dell'operazione su suggerimento dell'intermediario, o su sollecitazione di questi, ma solamente se, nel caso concreto, si provi che l'intermediario perseguiva scopi ulteriori e diversi rispetto alla realizzazione dell'interesse del cliente, quale, ad esempio, l'obiettivo dell'istituto di credito di eliminare rapidamente dal portafoglio di proprietà titoli presenti in sovrabbondanza, a seguito di una massiccia sottoscrizione dell'emissione obbligazionaria contestata.

Ora, nella specie, non vi è prova che la negoziazione dei titoli in argomento sia stata preceduta da particolari sollecitazioni o suggerimenti del funzionario bancario incaricato, né che BANCA XXX S.p.A. avesse in portafoglio una quantità di obbligazione Del Monte Finance S.A. esuberanti rispetto alle normali necessità di approvvigionamento per fare fronte alle ricorrenti richieste della clientela.

Manca, infine, la prova di un qualunque interesse della Banca a collocare titoli di un emittente della quale non era in alcun modo creditrice diretta.

Anzi, detta prova è addirittura esclusa dalla circostanza che la Banca, nel periodo compreso tra il 31.05.01 ed il 31.07.01, ha aumentato la propria esposizione creditizia complessiva verso le società facenti parte del Gruppo Cirio, di circa Euro 467.000,00, segnale ulteriore che la stessa BANCA XXX considerava ancora solido finanziariamente e patrimonialmente il Gruppo che avrebbe invece successivamente dichiarato il "default" sui propri titoli obbligazionari

In conclusione, non vi sono elementi per accogliere le domande formulate da parte attrice.

La mancanza di una espressa domanda di risarcimento dei danni legittima l'omesso esame di altri eventuali profili di negligenza della Banca agli obblighi genericamente imposti dall'art.21, lett.a) TUF.

Sussistono giusti motivi, data la novità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

PER QUESTI MOTIVI

il Tribunale di Monza, Sezione I° civile, in sede collegiale, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti sulla causa N. 2310/2004, promossa da AAA ed BBB nei confronti di BANCA XXX S.p.A., ogni altra diversa domanda, eccezione, argomentazione reietta o disattesa, così statuisce:

rigetta le domande proposte dalle attrici nei confronti di BANCA XXX S.p.A.;

dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Monza il 16.12.2004.

Il Presidente

(dr. Gianfranco D'Aietti)

Il Giudice estensore

(dr. Alberto Roda)