

Tribunale di Parma, Sez. I° Civ. – Pres. Dr. Bruno Stellario, Relatore Dr. Nicola Sinisi – Sentenza del giorno 16 giugno 2005.

Intermediazione finanziaria - Acquisto di obbligazioni Parmalat Finance B.V. – Obbligo di specifica indicazione del titolo sull'ordine di acquisto – Sussistenza.

L'indicazione del titolo con la dicitura "C/V TITOLI ESTERI" non è sufficiente a rendere edotto il risparmiatore del fatto che oggetto di negoziazione è un titolo emesso da una "società veicolo" con sede all'estero, posto che anche la società italiana quotata a Piazza Affari, Parmalat Finanziaria S.p.A., ha emesso titoli esteri; a ciò si aggiunga il fatto che l'emissione del titolo all'estero nulla dice circa la identità della società emittente né fornisce le doverose informazioni all'investitore.

Intermediazione finanziaria – Normativa a tutela del risparmiatore e del mercato – Natura di ordine pubblico ed imperativa – Violazione – Nullità e inadempimento – Distinzione.

Deve essere condivisa la soluzione delineata da parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale le norme preposte al collocamento di strumenti finanziari contenute nel TUF e nei regolamenti attuativi non possano che definirsi di ordine pubblico in virtù della 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 mobiliare.

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.

E' quindi possibile affermare 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 per iscritto di averli rispettati. Ciò a condizione 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.

Si deve quindi ritenere che alla violazione di specifiche regole cui l'intermediario è tenuto può conseguire la nullità del contratto, mentre alla violazione di regole generali di prudenza e diligenza professionale, non meglio specificate o codificate in sede regolamentare o attuativa segue, in virtù dei principi generali d'inadempimento dell'obbligazione ed in forza dell'art. 23, co. VI° del TUF, l'azione per il risarcimento del danno.

Intermediazione finanziaria – Giudizio di nullità e risarcimento del danno - Testimonianza del dipendente dell'intermediario - Ammissibilità.

E' ammissibile la testimonianza dei dipendenti dell'intermediario in quanto nell'ambito del giudizio promosso dagli investitori per la nullità ed il risarcimento del danno subito per effetto di violazioni agli obblighi di comportamento previsti dal TUF e ciò in quanto detti dipendenti avrebbero un interesse solo riflesso e di mero fatto alla soluzione della causa, interesse che, come tale, non li legittimerebbe alla partecipazione al giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, notificato in data 12 luglio 2004, E. R. ed altre due, evocavano in giudizio la CASSA DI RISPARMIO di PR&PC s.p.a. e la PARMALAT FINANCE B.V., in Amministrazione Straordinaria, con le forme previste dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n° 5, per l'accertamento e la declaratoria della nullità e/o dell'inefficacia ovvero dell'annullamento, nei confronti di entrambe le convenute, degli ordini di acquisto, datati fra il 21 marzo ed il 29 ottobre 2003, di Obbligazioni Parmalat Finance Corporation B.V., codici ISIN XS0106583577, scadenze febbraio 2005, XS0118359688, scadenze ottobre 2007, XS0106583477, scadenza febbraio 2005, e la condanna della Banca convenuta alla restituzione, in loro favore, di tutte le somme impiegate per l'acquisto, nonché al risarcimento dei danni tutti (anche esistenziali e morali) e da occasioni di investimento perdute, da liquidare equitativamente, ed al rimborso di tutte le spese sostenute.

I profili di nullità erano ricondotti alla violazione di norme imperative, per simulazione al fine di eludere l'art.1410 c.c., e plurima violazione del T.U. delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria, adottato con D.Lgs 58/98 (in prosieguo TUF) nonché di numerosi articoli del Regolamento Consob n.11522 del 1998 (in prosieguo REG) – attuativo del primo -, deducendosi in particolare che la banca aveva violato gli artt.94 e 101 TUF, per mancanza del prospetto informativo, e 129 T.U. bancario (D.lgs.385/93), per mancata comunicazione alla Banca d'Italia, non ottemperando ai doveri di diligenza, correttezza e trasparenza, di cui all'art. 21 TUF, posto che né il documento generale sui rischi di investimento finanziari, né il questionario sul profilo dell'investitore, entrambi sottoscritti tempo prima dell'acquisto, potevano ritenersi prova del rispetto dei suddetti doveri, all'uopo richiamando l'art.21 lett. a) e b) (informazioni) TUF, e gli artt. 27 (conflitto d'interesse, rilevante anche dalla violazione degli artt. 1394 e 1395 c.c.), 28 (informazioni sull'investitore e documentazioni), 32 (c.d.best execution rule) REG.

Viceversa dalla sollecitazione ricevuta dalla banca ad investire in titoli privi di rating, di prospetto informativo e di corrispondenza al proprio profilo d'investitore, elementi assertivamente idonei a trarre in errore il cliente, errore percepibile come essenziale e riconoscibile, derivava l'annullabilità del contratto medesimo alla luce degli artt. 1427, 1428 e 1429 c.c..

Evidenziavano, quindi, a fini risarcitori, profili di responsabilità precontrattuale, da prospetto per informazioni false, sulla provenienza olandese dei titoli, ed incomplete – art.1337 c.c. -, ovvero extracontrattuale, ex art.2043 c.c., secondo un indirizzo della S.C..

Ulteriore profilo, di risoluzione contrattuale e risarcimento danno, veniva fatto discendere dall'art.1411 c.c., atteso che le Offering Circulars impegnavano le parti contraenti (emittente e garante e banche collocatrici), nonché i loro aventi causa, a non far circolare in Italia quei titoli fra i piccoli risparmiatori.

In data 15 settembre 2004, la convenuta CASSA s.p.a. notificava agli attori comparsa di costituzione e risposta, con la quale respingeva in via immediata ogni addebito; in particolare

contestava specificamente i singoli profili di nullità ed annullabilità dedotti ex adverso, concludendo per l'integrale rigetto delle domande ed assegnando ulteriore termine alla parte attorea per il deposito di una memoria.

Per parte sua, PARMALAT FINANCE B.V. in Amministrazione Straordinaria, notificava, in data 21 settembre 2004, la comparsa evidenziando una difficoltà a comprendere la ragione della sua evocazione in giudizio e, quindi, la nullità della citazione; sosteneva, comunque, la improcedibilità dell'azione nei confronti della procedura, posto che qualsiasi pretesa andava accertata nelle sedi proprie, in ossequio al combinato disposto degli artt.4 ter D.L. 347/03 (come da ult. modificato dal D.L.119/04), in relazione all'art.53 D.lgs.270/1999, tanto più che gli attori si erano insinuati al passivo della amministrazione straordinaria.

Seguivano le memorie di replica, ex art.6 D.lgs.5 cit..

Gli attori evidenziavano come il fatto che su uno solo dei tre ordini di acquisto del 31.03.03 (doc. 10 Banca) ci fosse scritto "C/V TITOLI ESTERI" non bastava a rendere edotto il risparmiatore che la vendita avrebbe riguardato una società veicolo, e di non aver mai ammesso l'esistenza del requisito formale costituito dalla forma scritta dei contratti, posto che alla pagina 2 della citazione si menzionavano solo dei fissati bollati, non costituenti contratto.

Anzi, gli attori non avrebbero mai avuto in mano un contratto e neppure la banca convenuta lo aveva prodotto, limitandosi a produrre degli ordini di negoziazione, cioè atti unilaterali, predisposti al computer, che non consentono di identificare l'oggetto acquistato (mancando il nome della società emittente ed il numero di codice Isin dei titoli), né contenenti la pattuizione delle commissioni di negoziazione.

Relativamente alla PARMALAT FIN., sostenevano che le emissioni di bond fatte a cura della società olandese, erano nulle per elusione di norme imperative, avendo avuto, la sua costituzione, il solo scopo di indebitare la società italiana Parmalat SpA oltre il limite di cui all'art. 2410 c.c.

La società emittente era stata convenuta in giudizio quale litisconsorte necessaria, in una causa promossa per ottenere l'accertamento giudiziale della radicale nullità dell'emissione dei titoli, difetto genetico che si ripercuote a valle, producendo altresì la nullità dei collocamenti e delle negoziazioni.

Respingevano l'eccezione di nullità della citazione, in quanto la stessa soddisfaceva tutti i requisiti di cui all'art.163 c.p.c.; riguardo, poi, all'inammissibilità o improcedibilità della domanda, la pretesa azionata non si risolveva in un credito da ammettere al passivo, essendo stato chiesto il mero accertamento della nullità delle emissioni, non finalizzato ad ottenere il risarcimento dei danni dalla società emittente, bensì a far valere la nullità nei confronti delle banche negoziatrici.

L'ammissione al passivo della procedura dei crediti corrispondenti al valore dei bond ritenuti nulli, era stata chiesta in via subordinata e tuzioristica "con riserva di far valere in ogni sede la nullità della negoziazione dei bond".

L'istanza di fissazione d'udienza veniva depositata il 14 ottobre 2004, dalla CASSA, previa notifica alle altre parti, le quali provvedevano a depositare le note ex art. 10 d.lgs. n. 5/03.

Con decreto datato 11-14 dicembre 2004, il Giudice relatore fissava l'udienza di discussione dinanzi al Collegio, introducendo, per quanto di ragione, l'attività istruttoria richiesta, ed invitando le parti a depositare, almeno cinque giorni prima, memorie conclusionali contenenti anche l'eventuale indicazione delle questioni bisognose di trattazione.

All'udienza del 2 marzo 2005, il Collegio confermava il decreto, delegando il giudice relatore all'assunzione delle prove orali, avvenuta il successivo 21 aprile.

Depositata dalle parti memorie conclusive, all'odierna udienza, dopo la discussione orale, il Tribunale, avvalendosi del disposto dell'art.16, comma quinto, D.lgs.5 cit., ha trattenuto la causa per la sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In fatto la famiglia E., composta da R., titolare di una pensione di Euro 1.100 al mese, dalla moglie casalinga e dalla figlia studentessa, entrambe senza reddito, lamenta che, in particolare R., è stato sollecitato dalla Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza (filiale di San Secondo parmense) ad investire tutti (rectius gran parte de)i risparmi della famiglia, provenienti da una successione e dal TFR del medesimo, in titoli rivelatisi "notes" ossia cambiali finanziarie, emesse dalla Parmalat Finance Corporation BV.

L'investimento è specificate nel prospetto seguente secondo la data di acquisto (complessivo valore nominale di € 171.000,00, pagamento € 177.083,29):

a) codice ISIN
b) codice banca
Emittente e Capofila

Tasso
%
Scadenza
Valore
nominale
Data di
acquisto
Prezzo
di acquisto
Spese
Totale

a) XS0106583577
b) 2502607/00
Parmalat FC BV-
IMI SpA

6,25

07.02..05

43.000

31.03..03

43..985,47

66,78

43.951,01

- a) XS0106583577
- b) 000002502607/00

Idem

6,25

07.02..05

26.000

28.04.03

27.065,31

49,18

27.020,99

- a) XS0118659688
- b) 000002503444/00

Idem

7

23.10..07

15.000

29.10..03

15.609,52

18,76

15.619,98

- a) XS0106583577
- b) 000002502607/00

Idem

6,25

7.02.05

74.000

28.04..03

77.032,04

152,67

76.918,61

a) XS0118659688
b)000002503444/0

Idem

7

23.10.07

13.000

29.10.03

13.561,93

16,09

13.572,70

TOTALE

171.000

177.083,29

Risulta, infatti, dall'allegata documentazione che, in data 31.3.03, con ordine di negoziazione sottoscritto da E. R. (doc.10 CASSA), sono state acquistate obbligazioni Parfin 7.2.05 – 6,25%, per un controvalore di nominali € 43.000,00, presso l'Agenzia di San Secondo Parmense (PR); il modulo d'ordine evidenzia, in carattere stampatello, alla voce "tipologia ordine", subito dopo la denominazione del titolo, trattarsi di "TITOLI ESTERI".

Successivamente, in data 28.4.03, con ordine sottoscritto ancora una volta da E. R. (doc.11), sono state acquistate altre obbligazioni "Parfin" aventi la medesima scadenza ed interesse (7.2.05 – 6,25%) per un controvalore di nominali € 100.000,00, presso la stessa Agenzia.

In data 29.10.03, con ordine di negoziazione sottoscritto sempre da E. R. (doc.12) presso la stessa Agenzia, sono state acquistate obbligazioni "Parfin" 23.10.07 – 7%, per un controvalore di nominali € 15.000,00.

Le obbligazioni sono state immesse sul dossier n.429-2234175, cointestato con la moglie B. B., aperto con contratto di deposito titoli a custodia e amministrazione in data 3.11.98, sottoscritto dagli attori B. B. e E. R. (doc.13), i quali, in precedenza, avevano ricevuto dalla

Banca, e sottoscritto in data 27.8.98, il documento informativo sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (doc.14).

L'operazione e' avvenuta nell'ambito del contratto per servizi di negoziazione, ricezione e trasmissione ordini su strumenti finanziari stipulato con la Banca convenuta in data 25.3.92, e sottoscritto dai coniugi B. - E. (doc.15).

Sempre in data 29.10.03, è, altresì, prodotto ordine di negoziazione a nome dall'altra attrice E. A. (doc.16), per l'acquisto di obbligazioni Parfin 23.10.07 - 7%, per un controvalore di nominali € 13.000,00, immesse sul dossier n.429-4621102, cointestato con la madre, aperto con contratto di deposito titoli a custodia e amministrazione in data 13.1.99, sottoscritto da E. A. e B. B. (doc.17), dopo aver ricevuto dalla Banca, e sottoscritto in pari data, il documento informativo sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (doc.18).

L'operazione e' avvenuta nell'ambito del contratto per servizi di negoziazione, ricezione e trasmissione ordini su strumenti finanziari stipulato con la Banca convenuta, sempre in data 13.1.99, sottoscritto da E. A. e B. B. (doc.19).

Tutte le operazioni sono state registrate negli estratti conto inviati ai clienti (docc.23-27).

Chiarito lo svolgersi del rapporto come riscontrato nella documentazione, si può passare alla disamina delle numerose questioni dedotte dalla difesa E., a sostegno delle gradate domande di nullità, annullamento o risoluzione dei contratti.

In primo luogo, la nullità del collocamento dei titoli viene fatta discendere dalla simulazione, finalizzata alla elusione dell'art.2410 c.c., nel testo vigente all'epoca.

In proposito viene richiamata la sentenza di questo Tribunale (n.11, pronunciata in data 4 febbraio 2004), la quale, condividendo alcuni brani della relazione depositata dal commissario straordinario, evidenzia come PARMALAT FINANCE BV fosse solo formalmente domiciliata in Olanda, priva di dipendenti e sede, creata per appoggiare le operazioni finanziarie della Parmalat e delle società del gruppo, nel corso degli anni '90, al precipuo fine di reperire, gestire ed emettere finanziamenti, anche attraverso l'emissione di prestiti obbligazionari.

Quanto precede offrirebbe riscontro alla dedotta simulazione della costituzione della Parmalat Finance BV, ovvero quanto meno, della emissione di prestiti obbligazionari, i quali devono considerarsi in realtà come prestiti emessi dalle società Parmalat Spa e Parmalat Finanziaria SpA, ma oltre i limiti consentiti dalla legge (art. 2410 cit). Il contratto dissimulato sarebbe, quindi, nullo per violazione di una norma imperativa.

Siffatto capo di domanda, compiutamente esplicito già in citazione, rendeva legittimata passivamente la società olandese - attualmente in A.S. -, società emittente convenuta in giudizio quale litisconsorte necessaria, in una causa promossa per ottenere l'accertamento giudiziale della radicale nullità dell'emissione dei titoli.

La società ha eccepito l'inammissibilità della domanda, in quanto tutte le pretese che la riguardano dovrebbero essere accertate con le modalità dell'ammissione al passivo, di cui all'art. 4-ter del DL 347/03, che richiama le modalità dell'art. 93 LF.

La pretesa azionata, però, non si risolve in un credito da ammettere al passivo, posto che è stato chiesto il mero accertamento della nullità delle emissioni, non finalizzata ad ottenere il

risarcimento dei danni dalla società emittente, ma finalizzata a far valere la nullità nei confronti delle banche negoziatrici.

E' vero che gli attori hanno chiesto l'ammissione al passivo della procedura dei crediti corrispondenti al valore dei bond ritenuti nulli, ma è pure vero che l'ammissione è stata chiesta in via subordinata e tuzioristica "con riserva di far valere in ogni sede la nullità della negoziazione dei bond".

Occorre, del resto, considerare anche la concorrente vis attrattiva del rito societario, di cui all' 1 del art 1 Dlgs 5/03, in forza del quale "si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31,32,33,34,35 e 36 del codice di procedura civile relative a : ... d) contratti di investimento".

Ciò posto, la domanda, a parere del Collegio, è infondata.

Il Commissario Straordinario, nella sua relazione, ed il Tribunale, nella sentenza dichiarativa di insolvenza, hanno unicamente spiegato le ragioni – appunto - della insolvenza della società per la quale, siccome appartenente al Gruppo Parmalat, il Commissario Straordinario aveva richiesto al Ministro delle Attività Produttive l'ammissione alla stessa procedura Amministrazione Straordinaria ex art.3 comma 3 D.L.347/03.

La competenza dei Giudici di uno Stato membro della Comunità Europea alla dichiarazione di apertura di una procedura di insolvenza "secondaria" successivamente a quella di apertura della procedura "principale" è, poi, disciplinata dal Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo appunto alle procedura di insolvenza.

I titoli in questione erano, come si ricava dalle Offering Circular, tutti espressamente garantiti da Parmalat S.p.a., non sostenibile, dunque, invocare la simulazione relativa (che, peraltro non originerebbe una nullità) per interposizione fittizia (di Parmalat Finance Corporation B.V. in luogo di Parmalat S.p.a.) o addirittura arrivare ad ipotizzare la (peraltro giuridicamente altrettanto insostenibile) simulazione nella costituzione della società Parmalat Finance Corporation B.V..

L'operazione, se pure poteva avere quale risultato l'elusione del previgente art.2410 c.c., era consentita.

L'ordinamento comunitario ed italiano (e basterà, all'uopo, leggere il preambolo del TUF, laddove è indicata la circostanza che esso è adottato in esecuzione della delega del Parlamento e precisamente "visti gli articoli 1, 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996 n. 52 recanti delega al Governo per l'attuazione della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio '93 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari) riconosce la libertà di emettere un prestito obbligazionario in Lussemburgo, Stato dotato di disciplina armonizzata con quella italiana; i titoli in questione erano, comunque, riferibili a Parmalat S.p.A. ed a Parmalat Finanziaria S.p.A. in quanto da queste garantiti.

Quanto alla usualità delle cosiddette "euroemissioni" appaiono eloquenti le tabelle a pag. 7 e 9 dello studio pubblicato sul bollettino economico Bankitalia n. 41/03 (doc. 9) che elencano le 44 imprese italiane le quali hanno effettuato emissioni obbligazionarie in altri paesi comunitari, appunto il Lussemburgo, nonché i nuovi emittenti del settore pubblico che hanno fruito

anch'essi del mercato lussemburghese: tra questi, la stessa Repubblica Italiana.

Tutte le euroobbligazioni, poi, seguono la medesima struttura che prevede l'emissione del titolo da parte di una società veicolo (Special purpose vehicle) i cui impegni sono garantiti mediante fideiussione solidale dalla società interessata.

Ciò posto, vanno esaminate le molteplici violazioni addebitate alla Banca convenuta.

A) Mancanza del prospetto informativo (art. 101 TUF approvato con Dlgs 58/98).

Lamentano gli attori di essere stati sollecitati - sollecitazione di tipo pubblicitario - ad acquistare allo sportello bancario titoli che, secondo la legislazione italiana, non potevano circolare fra i piccoli risparmiatori, essendo riservati agli investitori istituzionali.

La loro difesa distingue tre specie di sollecitazione all'investimento: offerta al pubblico (OPA), invito ad offrire (OPV) e messaggio promozionale, ciascuna con propri elementi qualificanti, ed invita a non confondere il genus "sollecitazione all'investimento" con le species offerta pubblica di acquisto (OPA) o di vendita OPV), al fine di attribuire al "genere" i requisiti caratterizzanti delle specie.

Secondo l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, i caratteri comuni di tutte le forme di sollecitazione all'investimento sono: a) l'intenzione di far acquistare o far sottoscrivere prodotti finanziari; b) la natura in incertam personam.

In relazione al punto a), l'intenzione delle banche collocatrici e negoziatrici di vendere i titoli ai propri clienti, risulterebbe dai suggerimenti a tutti i risparmiatori italiani dati presso gli sportelli, dall'inserimento dei titoli nei propri "panieri", ovvero nelle piattaforme Internet (es. Tradinglab), dalla pubblicità sui giornali e dalla stessa conclusione dei contratti, che presupponeva, appunto, la volontà di vendere.

Riguardo al punto b), si richiede che il messaggio promozionale sia rivolto al pubblico, cioè ad un numero non predeterminato di soggetti.

Il requisito della pubblicità della sollecitazione sarebbe, dunque, soddisfatto quando, come nel caso di specie, l'istituto di credito convenuto, come molti altri, ha proposto l'acquisto di bond Parmalat a tutti quei clienti che chiedevano di effettuare un investimento a basso rischio e certezza del rimborso del capitale investito.

La sollecitazione all'investimento deve essere preceduta dall'autorizzazione della Consob e dalla redazione del prospetto informativo, ex art. 101 Dlgs 58/98, con due eccezioni:

- quando la sollecitazione è rivolta agli investitori istituzionali (come definiti dall'art. 1 del Dlgs 58/98: le banche, le imprese di assicurazione, le imprese di investimento, i fondi pensione, gli organismi di investimento collettivi - OIC);
- per emissioni estere non superiori a cento miliardi di lire.

Nel caso di specie, i piccoli risparmiatori non sono investitori istituzionali e, come si evince dal frontespizio dei regolamenti di emissione, denominati "Offering Circular", i titoli de quibus sono stati emessi per tranches di almeno 150 ML di Euro.

L'assunto è infondato.

La banca convenuta era autorizzata all'esercizio della sollecitazione, l'assenza del prospetto informativo (circostanza incontestata) non configura nel caso in esame, a parere del Collegio,

la dedotta violazione dell'art.101 cit..

Com'è noto "si intende per "sollecitazione all'investimento": ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari; non costituisce sollecitazione all'investimento la raccolta di depositi bancari o postali realizzata senza emissione di strumenti finanziari" (art. 1 lett. t) del cit.testo unico sulla intermediazione finanziaria).

Siffatta forma di collocamento di strumenti finanziari, in genere è destinata ad una moltitudine indistinta di soggetti, e la sua disciplina è collocata nella parte quarta al titolo secondo, capo primo agli artt. 94 e segg. TUF.

Distinta da essa, 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, rubricato appunto <<Negoziazione>> ed inserito nella sezione I- Negoziazione, del capo II - Norme per la prestazione dei singoli servizi, al quale fa da pendant, nella normativa primaria, l'art. 1, 5^a comma, TUF, in forza del quale "Per <<servizi di investimento>> s'intendono le seguenti attività, quando hanno per oggetto strumenti finanziari; a) negoziazione per conto proprio; b) negoziazione per conto terzi;....." .

Il regolamento riprende questa suddivisione, in negoziazione per conto proprio o per conto terzi, prescrivendo che vanno eseguite alle migliori condizioni possibili, tenendo conto della natura delle operazioni ed ai prezzi, ed indicando luoghi (mercati regolamentati o sistema scambi organizzati) e tempi.

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, 5° co., REG "...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 un compenso per tale attività di sostanziale mediazione (cfr. art.32, 6° co., : "ferma restando l'applicazione delle commissioni e delle spese, il prezzo praticato all'investitore è esclusivamente quello ricevuto o pagato dall'intermediario").

La negoziazione di strumenti finanziari, in entrambe le ipotesi, non può essere equiparata alla sollecitazione all'investimento, differenti essendone i destinatari, un pubblico indiscriminato di soggetti, nel primo caso, il singolo cliente o risparmiatore, nel secondo.

Tale conclusione è conforme all'intenzione del legislatore, laddove ha inteso circondare d'opportune cautele, a tutela dell'investitore, l'appello al pubblico risparmio, al fine di evitare che la collettività dei risparmiatori sia tratta in inganno da pubblicità, e da altre forme di sollecitazione all'investimento, in prodotti finanziari di dubbia o scarsa solidità, imponendo all'art. 94 TUF un preventivo controllo della CONSOB sulla veridicità delle informazioni diffuse, prevedendo appunto l'obbligo del prospetto informativo, mentre analoga tutela non è affatto prevista, perché all'evidenza non necessaria, nel caso del singolo risparmiatore il quale intenda

investire su quel particolare prodotto finanziario circolante sul mercato c.d. secondario, ossia che intenda acquistare quel prodotto finanziario nella fase successiva al suo collocamento vero e proprio.

In proposito deve osservarsi, in sostanziale linea con la tesi difensiva dell'istituto, che la Banca d'Italia, nel bollettino economico numero 41 del novembre 2003, ha reputato legittima la prassi delle banche di vendere i titoli anche del proprio portafoglio ai clienti che ne facciano richiesta, nell'ambito di un'attività di negoziazione in conto proprio, precisando (cfr. pag. 16) che "in relazione alla possibile vendita di euroobbligazioni a investitori privati, in Italia l'assenza del prospetto previsto per le offerte pubbliche impedisce alle banche, sia a quelle che sottoscrivono inizialmente i titoli sia a quelle che li acquistano dalle banche collocatrici, di sollecitare il pubblico a comprare valori mobiliari. Le banche possono tuttavia vendere i titoli del proprio portafoglio ai clienti che ne facciano richiesta, nell'ambito di un'attività di negoziazione in conto proprio. La sequenza "assunzione a fermo [ndr: ovvero, l'acquisto da parte della banca di titoli obbligazionari quotati su un mercato europeo e collocati presso gli. investitori professionali, in esenzione alla procedura di appello al pubblico risparmio, esenzione espressamente prevista dall'art. 100, lettera a) TUF] - negoziazione sul mercato secondario" non implica violazione dell'obbligo di prospetto", con la conseguenza che "non sono messi in discussione né la liceità della vendita di titoli sul mercato secondario... né la presenza di attività in qualche modo 'propositive' da parte degli intermediari, a meno che non si ricada nella fattispecie della violazione della normativa sulla sollecitazione all'investimento" (cfr. pag. 16 Bollettino n. 41 cit).

In altri termini, pure secondo l'autorevole opinione dell'organo tecnico di vigilanza, la negoziazione alla clientela è sempre lecita e possibile e come tale non necessita di alcun prospetto, anche in presenza di attività propositiva da parte degli intermediari (in tal senso si è già espresso questo Tribunale – pronuncia del 21 febbraio 2005, Fazza c. Banca Monte).

Del tutto inconferente rispetto alla fattispecie è, pertanto, la sentenza di Cassazione n. 10976 del 10/12/96, non fosse altro per la ragione che il TUF (d.Lgs 58/98) è successivo alla stessa sentenza e, più in particolare, l'art. 101 ha sostituito l'art. 18 dello L. 7/6/74 n. 216 richiamata in sentenza.

B) Mancata comunicazione alla Banca d'Italia (art.129 TU bancario approvato con Dlgs 385/93).

Secondo l'art. 129 Dlgs n.385 cit.: "le offerte in Italia di valori mobiliari esteri non liberamente effettuabili ai sensi del comma 1 sono comunicate alla Banca d'Italia a cura degli interessati", in quanto "al fine di assicurare la stabilità e l'efficienza del mercato dei valori mobiliari, la Banca d'Italia ... può ... vietare le operazioni".

La difesa convenuta - in verità senza ricevere contestazioni - ha sul punto evidenziato che, per tutti i prestiti obbligazionari emessi da società del Gruppo Parmalat, gli adempimenti previsti da tale disposizione sono stati interamente e regolarmente posti in essere da parte dei soggetti a ciò tenuti, come confermato dalla stessa Banca d'Italia (cfr. Bollettino Economico Bankitalia

n. 41, nov. 2003), la quale tra l'altro, a sua volta, non ha affatto ritenuto di vietare l'offerta in Italia dei suddetti valori mobiliari.

C) Violazione degli artt. 21 TUF e 27,28 e 32 Reg. Consob n. 11522/98 norme relative alla intermediazione finanziaria.

C1) Obbligo di informazione di cui alla lettera b) del citato art. 21 TUF in relazione all'obbligo da parte della banca di informare il cliente in tutte le fasi contrattuali.

In attuazione di tale norma, l'art. 28 Regolamento Consob citato dispone: "gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore ove il patrimonio affidato nell'ambito di una gestione si sia ridotto per effetto di perdite, effettive o potenziali, in misura pari o superiore al 30% del controvalore totale del patrimonio a disposizione ... Analoga informativa dovrà essere effettuata in occasione di ogni ulteriore riduzione pari o superiore al 10% di tale controvalore".

Nel caso de quo, la parte attrice ha appreso la notizia della riduzione nominale dei titoli Parmalat grazie ai mass-media e di aver acquistato titoli della Parmalat Finance Corporation BV dal proprio legale.

Tale dovere di fornire adeguate informazioni "in ogni tempo" è considerato un'applicazione del generico dovere di comportarsi secondo buona fede, in quanto chi instaura una trattativa è tenuto a dare notizia all'altra parte di ogni dato e circostanza rilevante che la controparte non possa già conoscere adoperando la comune diligenza.

La norma è inapplicabile nella fattispecie.

La regolamentazione specifica della trasparenza nei servizi di investimento, risulta meno articolata della trasparenza bancaria e si concreta sostanzialmente nell'obbligo di forma scritta per i contratti e nel divieto di rinvio agli usi per il corrispettivo dovuto dal cliente (art. 23 TUF). Ulteriori regole applicative del principio della trasparenza in senso forte, vengono specificati dai criteri dell'art. 21 c. 1 lett. b) TUF, relativi agli specifici obblighi informativi nei rapporti contrattuali intrattenuti con i singoli investitori.

La formula della lettera b) contempla, da un lato, l'obbligo degli intermediari di acquisire le informazioni "necessarie" dai clienti, e dall'altro di operare in modo che essi siano "adeguatamente" informati.

Ebbene, nei casi in questione, inconferente si palesa il richiamo all'art. 28 Regolamento Consob, avente ad oggetto l'avvertenza all'investitore "del verificarsi di perdite in misura pari o superiore al 30% del controvalore del patrimonio dell'investitore".

Trattasi, infatti, di norma relativa esclusivamente alla "gestione di portafogli di investimento" disciplinata dall'art. 24 TUF con la previsione di norme di comportamento specifiche in considerazione della sua peculiarità.

Nella fattispecie, invece, non siamo in presenza di un servizio di gestione su base discrezionale della Banca ma, al contrario, come si vedrà, di un servizio di raccolta e trasmissione di ordini collegato ad un contratto di amministrazione c.d. statica, avente ad oggetto la mera custodia degli strumenti finanziari dei clienti.

Nell'ambito di tale ultimo rapporto, la banca è abilitata a porre in essere esclusivamente le operazioni specificamente disposte dal cliente ed, in presenza di uno specifico ordine scritto, non avrebbe né dovuto né potuto esimersi dal dare esecuzione alle operazioni volute dai clienti, perché la mancata esecuzione di tali disposizioni l'avrebbe esposta a sicura responsabilità per i mancati guadagni che l'eventuale apprezzamento dei titoli stessi avrebbe comportato per i clienti.

C2) Violazione del divieto di operare in conflitto di interessi (lett.c) art.21 TUF, art.27 Regolamento).

La Banca ha l'obbligo (variamente sanzionato) di "organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento".

L'art. 27 REG al riguardo prescrive agli intermediari autorizzati di vigilare per l'individuazione dei conflitti di interesse e prosegue: "gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto... a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e sull'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione...".

Secondo la difesa attrice la CASSA convenuta non solo ha agito in conflitto di interessi, ma avrebbe pure omesso di darne avviso al cliente, essendo il conflitto desumibile "da un linguaggio gergale e crittografico, non comprensibile dai non addetti ai lavori".

Nella documentazione a loro mani il conflitto di interessi dovrebbe risultare dalle seguenti espressioni: in relazione al fissato bollato n. 8556692 dalle parole "La Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza vende a..."; negli altri quattro fissati bollati dalle parole "operazione eseguita fuori mercato" e dalla indicazione della parte venditrice come " Caboto Holding Sim S.p.A", che è la Sim della banca convenuta.

L'assunto non è nell'ipotesi concreta condivisibile.

Fermo restando – come anche la stessa Consob ha già avuto modo di riconoscere – il fatto che l'esistenza di una esposizione creditoria della banca nei confronti dello stesso emittente non determina di per sé la sussistenza del conflitto di interesse, poiché altrimenti e per assurdo le maggiori banche italiane dovrebbero sempre segnalare il conflitto in occasione della negoziazione di obbligazioni societarie, "con il possibile risultato di far perdere selettività e quindi effettività alla segnalazione medesima", rileva il Collegio che, a maggior ragione, deve escludersi anche la astratta possibilità di un conflitto di interesse nel caso, come il presente, in cui la convenuta non era creditrice, in particolare, della società emittente il prestito obbligazionario (Parmalat Finance Corporation BV) di cui è causa, bensì di altra società del gruppo.

Del resto, e fermi restando gli oneri probatori gravanti in riguardo sugli attori, tutte le operazioni di negoziazione in questione erano completamente indifferenti per la banca convenuta poiché, quale che fosse l'obbligazione venduta, il suo guadagno era rappresentato

unicamente dalle commissioni per l'operazione.

I titoli di cui è causa non costituivano, infatti, una obbligazione emessa dalla banca o da società del suo gruppo e, per lo più, neppure si trattava di titoli detenuti nel portafoglio di sua proprietà, provvedendo essa ad acquistare via via, i titoli che negoziava su base individuale con la propria clientela, tramite Caboto la quale provvedeva via via a rifornirsi a sua volta sul mercato.

In ogni caso, la situazione di conflitto di interessi rilevante agli effetti della contestazione di violazioni comportamentali è solo quella attuale, ossia una situazione in cui l'intermediario non solo potenzialmente, ma anche effettivamente, realizzi un suo interesse in conflitto con quello del cliente.

Il conflitto neppure esiste nel caso in cui nell'operazione di negoziazione la banca si ponga in contropartita diretta (cfr., in arg., Trib.Mantova 5 aprile 2005, G.M. c.Cassa Carpi). Tale caso non costituisce affatto una situazione di conflitto di interessi ma più semplicemente quella forma di negoziazione che il TUF riconosce come legittima e disciplina all'art. 1 comma 5 lett.a), denominandola "negoziazione in conto proprio". La stessa Consob è stata assolutamente esplicita nel senso che la negoziazione in conto proprio non determina, di per sé, una situazione di conflitto di interessi, che va valutato in concreto e si ha solo quando l'intermediario persegua - contemporaneamente alla operazione - un interesse diverso ed ulteriore rispetto a quello tipico del contratto di investimento.

C3) Violazione della best execution rule (art. 32, comma 3 regolamento Consob).

La norma stabilisce che "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".

Nella fattispecie in esame, la Banca non avrebbe operato nell'interesse dei clienti, avendo eseguito l'operazione in conflitto di interessi e con palese danno per la parte ricorrente, per realizzare negoziazioni che - indipendentemente da profili di legittimità e dal divieto di vendere i bond ai piccoli risparmiatori - possono trovare giustificazione solo in interessi contrapposti a quello dei clienti.

L'assunto si è rivelato infondato.

Per i servizi di negoziazione, l'art.32 del Regolamento richiamato si limita a prevedere che gli ordini vengano eseguiti rispettando la priorità temporale e che siano eseguiti alle migliori condizioni possibili con riferimento al momento, alle dimensioni ed alla natura delle obbligazioni stesse.

Ebbene, nella fattispecie la banca ha rispettato le predette prescrizioni ed in particolare i prezzi dei titoli in questione (Parfin 02.05 - 6,25% e Parfin 10.07 - 7%) non si sono mai discostati da quelli di tutti gli altri intermediari finanziari, come risulta dalle tabelle dei prezzi di acquisto e di vendita rilevati da Bloomberg, rappresentanti, com'è noto, l'ultimo prezzo medio

del giorno in cui sono avvenuti gli acquisti da parte degli attori (docc. 35-36-37-38-39-40).

C4) Violazione delle regole di comportamento ed informazione (artt.21 TUF lett.a) e b) e 28, primo e secondo comma, REG).

Si tratta del passaggio più delicato.

Com'è noto, l'art.21 cit. dispone che nella prestazione dei servizi di investimento ed accessori, i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati.

S'intendono per "servizi di investimento" le seguenti attività, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) negoziazione per conto terzi; c) collocamento, con o senza preventiva sottoscrizione o acquisto a fermo, ovvero assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; e) ricezione e trasmissione di ordini nonché mediazione.

Per "servizi accessori" si intendono, tra gli altri:

a) la custodia e amministrazione di strumenti finanziari ..

c) la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento;

e) i servizi connessi all'emissione o al collocamento di strumenti finanziari, ivi compresa l'organizzazione e la costituzione di consorzi di garanzia e collocamento;

f) la consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari;

g) l'intermediazione in cambi, quando collegata alla prestazione di servizi d'investimento" (così l'art.1 TUF richiamato dall'art.25 REG).

Sostiene la difesa degli attori che nella documentazione di vendita la Banca avrebbe nascosto la vera denominazione della società emittente indicando PARFIN, benchè non si trattasse di obbligazioni emesse in Italia dalla Parmalat Finanziaria (PAR-FIN) con un tetto costituito dal capitale sociale ex art.2410 c.c., bensì di "notes", cioè cambiali finanziarie senza alcun limite di indebitamento, emesse dalla Parmalat Finance BV (PAR-FIN), società olandese appartenente al settore finanziario e indebitata per circa 4.000 volte il capitale sociale. La confusione ingenerata a danno della famiglia acquirente sarebbe stata, altresì, determinata dalla mancanza del codice Isin relativo all'obbligazione (che identifica i titoli), sostituito con il codice interno della Banca.

Quest'ultimo argomento, presupponendo nozioni di tecnica bancaria non esigibili da un comune investitore, a parere del Collegio non può essere addotto a riscontro della cattiva informazione, tanto più che se il codice Isin non compare nei fogli d'ordine né negli "eseguiti", non compare per intero neppure nelle stampe delle inquiry (docc. banca da 22 a 24) ma solo sull'estratto conto titoli, la mancata contestazione di quest'ultimo, nei termini, implica ratifica dell'operazione.

Più conferente, per valutare il rispetto delle delineate regole di comportamento, la indicazione PARFIN, quale soggetto giuridico emittente. Com'è noto, nel disciplinare le "Informazioni tra gli

intermediari e gli investitori", l'art.28 REG prevede che "1. 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.

2. 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."

Nella fattispecie entrambi gli adempimenti di cui al primo comma risultano soddisfatti.

Sottoscrivendo le lettere contratto per servizi di negoziazione (docc.15 e 19 convenuta), tutti gli attori - ai quali erano stati consegnati i documenti sui rischi generali (docc.14 e 18) - hanno dichiarato che erano state raccolte le informazioni di cui alla lett.a).

A parere del Tribunale carenza si rinviene, invece, nelle informazioni 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, rivelatesi non adeguate.

Trattandosi di soggetto tenuto ad agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato - ex artt. 21 lett. a) TUF e 1176 2° comma c.c. - nell'ambito di un rapporto in cui gli è imposto di tutelare l'interesse dei clienti - art. 21 cit., nonché art. 47 Cost. che tutela il risparmio -, il dovere di informazione comprendeva, nella fattispecie, stante l'epoca degli investimenti (marzo ed ottobre 2003) l'indicazione della loro natura altamente rischiosa.

Tale diligenza, con riferimento allo svolgimento dei servizi di investimento, si risolve nella professionalità: la prestazione cui l'intermediario è tenuto consiste nell'esecuzione di attività qualificate da esperienza e da cognizioni tecniche che, ben al di là della generica diligenza, integrano il requisito della professionalità.

Il fatto che su uno solo dei tre ordini di acquisto del 31.03.03 (doc. 10 Banca) ci sia scritto "C/V TITOLI ESTERI", non basta a rendere edotto il risparmiatore che la vendita avrebbe riguardato una società veicolo, avente sede all'estero, posto che anche la società italiana, quotata a Piazza Affari, Parmalat Finanziaria SpA ha emesso titoli esteri; inoltre, l'emissione del titolo all'estero nulla dice circa la identità della società emittente né fornisce le doverose informazioni al risparmiatore.

Il fatto che il foglio d'ordine relativo alle altre tranches non menzioni più "Titoli esteri", ma "Negoziazione" dovrebbe coerentemente lasciar intendere che si tratta di titoli di una diversa società emittente, mentre confonde ancora di più le idee, posto che in tutti i casi sono stati

venduti alla famiglia E. titoli della stessa società Parmalat Finance Corporation BV.

Non può minimizzarsi la differenza fra i titoli della Parmalat Finanziaria Spa ed i titoli della Parmalat Finance Corporation BV, sostenendo che, essendo i titoli olandesi garantiti da Parmalat Spa e da Parmalat Finanziaria Spa, è come se fossero stati emessi dalle società garanti.

Per la precisione, occorre notare che la garanzia risulta accordata dalla sola società industriale, priva di rating, Parmalat SpA, non quotata in borsa e non anche dalla holding finanziaria, avente il rating tripla B meno. La perizia Chiaruttini (doc. 6 convenuta) riferisce il rating ai soli titoli quotati in borsa e cioè alla holding, ribattezzata Parfin, tanto che tutte le notizie che hanno influenzato il rating sono relative a generazione di cassa, acquisizioni ed altre circostanze estranee sia alla Parmalat Finance Corporation BV, che alla garante Parmalat SpA. Ebbene, le offering circulars evidenziano dei rapporti delle società Deloitte & Touche e Grant Thornton S.p.A.; le banche del consorzio di collocamento avevano gli strumenti per verificare se i rapporti hanno avallato dei falsi in bilancio, e comunque rispondono in qualità di committenti dei rapporti; altrimenti, non si capisce quali attività e quali rischi sarebbero remunerati dalle commissioni di emissione dei bond.

Le conseguenze della eventuale falsità dei rapporti non possono ricadere sugli incolpevoli risparmiatori, ai quali era perfino vietato prendere visione delle offering circulars.

La Cassa convenuta, in quanto appartenente al gruppo IntesaBCI, non poteva non essere informata sulle notizie apprese da Caboto Holding SIM S.p.A (gruppo Intesa BCI), che ha partecipato a molti collocamenti.

Rilevata, quindi, la violazione dei doveri di diligenza ed informazione, andrebbe affrontata la questione della sanzione da essa discendente, in particolare la nullità invocata dalla difesa attrice.

In argomento questo Collegio condivide, al momento, una delle soluzioni delineate dalla giurisprudenza di merito, in virtù della quale 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 mobiliare.

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 (così già Trib.Monza 16 dicembre 2004, Brugolà+1 c.Banca Intesa; conforme Trib.Parma, 14 marzo 2005, Galani c.Cassa R. Firenze).

Applicando il principio alla fattispecie in esame, essendosi evidenziata solo la violazione del generico dovere di informazione, dovrebbe escludersi la nullità del contratto.

Si tratta di questione probabilmente meritevole di ulteriore approfondimento, tenuto conto che, sempre fra i giudici di merito, si sono delineate posizioni più estreme (che fanno discendere da qualsiasi violazione la nullità – cfr., ad es., Trib.Mantova 30 aprile 2005, NN c.Antonveneta - ovvero escludono sempre la nullità, salvo che ricorra il difetto di forma di cui al cit.art.23 – cfr. Trib.Roma 11 marzo 2005, G.A. c.Banca Intesa), come andrebbe, altresì, approfondita la stessa questione della conoscibilità, quantomeno, della reale situazione Parmalat in capo alla Banca, all'epoca dell'operazione, ma può rimandarsi ad altra vertenza, atteso che, nella presente, dalla svolta istruttoria orale sono emersi inequivocabili profili di annullabilità dei contratti.

La difesa attrice, in verità, si è opposta alla utilizzabilità delle deposizioni rese, all'udienza del 21 aprile scorso, da Faccini Aldo e Riva Antonio, entrambi dipendenti della convenuta con le mansioni di gestore.

Va premesso che non sussiste controversia sulla tempestività della svolta eccezione d'incapacità dei testi.

Ciò posto, evidenzia la difesa attrice che la Cassa ha indicato come testimoni i due impiegati che hanno venduto i titoli agli attori, cioè i principali (benché non esclusivi) responsabili dei vizi di negoziazione dei titoli, sotto il profilo della disinformazione, non coinvolti nel giudizio per mera opportunità.

Interpretando l'art.246 c.p.c., la S.C. identifica "l'interesse a partecipare al giudizio, previsto come causa d'incapacità a testimoniare .. con l'interesse a proporre la domanda e a contraddirvi previsto dall'articolo 100 cpc., sicché deve ritenersi colpito da detta incapacità chiunque si presenti legittimato all'intervento in giudizio, senza che possa distinguersi tra legittimazione attiva e legittimazione passiva, tra legittimazione primaria e secondaria (intervento adesivo dipendente), tra intervento volontario e intervento su istanza di parte. In particolare, è incapace di testimoniare chi potrebbe, o avrebbe potuto, essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe, o avrebbe potuto, pretendere di essere garantito" (cfr.CASS.Sez.lav. 23 ottobre 2002 n.14963).

Nella fattispecie, i giudici di legittimità hanno più volte escluso l'incapacità dei dipendenti della banca che, in ipotesi, potrebbero essere responsabili verso la stessa di quelle operazioni, in base alle quali essa è stata evocata in giudizio (Cass., 28.1.1983 n. 771).

Alla stregua dell'indicato orientamento non importa incapacità a testimoniare in capo ai dipendenti della banca, la circostanza che questa avrebbe potuto convenirli in garanzia nello stesso giudizio.

Le due cause, difatti, si fondano su un rapporto diverso (e sarebbe irrilevante, al fine, che esse siano proposte nello stesso giudizio o in giudizio separato) e quindi i dipendenti avrebbero un interesse solo riflesso, e cioè di mero fatto, ad una determinata soluzione della causa principale, e un interesse siffatto non li legittimerebbe a partecipare al giudizio, in quanto l'esito dello stesso, di per sè, non sarebbe idoneo ad arrecare pregiudizio ad essi (così

CASS.Sez.I, 4 marzo 1993 n.2641; Sez.III, 27 gennaio 1979 n.623, nello stesso senso, più di recente Trib.Mantova 18 marzo 2004).

Il Tribunale di Genova, con sentenza in data 15 marzo 2005 ha diversamente argomentato: "... in particolare, è incapace di testimoniare chi potrebbe, o sarebbe potuto, essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario .. la presente fattispecie rientra, pertanto, nella suddetta previsione in quanto ai sensi dell'art 2049 cod. civ. il committente è responsabile in solido con il dipendente nei confronti del danneggiato (v. Cass. 11/05/1973 n. 1267) per cui l'investitore avrebbe potuto convenire quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario anche il funzionario della banca che ha curato l'operazione finanziaria. Ne consegue che quest'ultimo è incapace a testimoniare secondo il disposto dell'art. 246 cod. proc. civ."

Il Faccini ed il Riva, secondo la difesa attrice, avrebbero potuto essere convenuti anche dagli attori, in via principale a titolo di responsabilità propria ed in concorso con la responsabilità della banca, per fatto altrui, ex art. 2049 cc.

La domanda degli attori E., però, come abbondantemente visto, poggia sulla violazione delle norme disciplinanti l'intermediazione finanziaria, in alcun modo viene richiamata la responsabilità da illecito prevista dal cit.art.2049 c.c., a sostegno delle richieste di restituzione del capitale investito ovvero per i danni morali ed esistenziali.

Ne discende che alcun interesse diretto ed attuale poteva configurarsi in capo ai testi, non potendo essere evocati in questo giudizio dagli attori.

Ciò posto, al Collegio appare opportuno chiarire che, imposto all'istituto di credito, intermediario, l'onere di provare la profusione della dovuta diligenza nel gestire l'operazione di investimento (art.23 ult.comma TUF), concretizzatasi, in particolare, nel diretto rapporto fra l'investitore retail ed il dipendente, l'incapacità a deporre della persona che intrattenne il rapporto, produce una limitazione del diritto di difesa, mentre il cliente non avrebbe preclusioni nell'indicare testimoni; in caso di coinvolgimento dei dipendenti diventerebbe necessario per garantire parità di condizioni, il ricorso all'art.117 c.p.c., le cui risultanze possono essere utilizzate ai sensi del secondo comma dell'art.116, stesso codice.

Orbene, i testi sono stati escussi sulla consapevolezza di E. R. circa le caratteristiche degli strumenti finanziari circa il carattere personale della scelta delle obbligazioni e le informazioni ricevute sulla loro natura e caratteristiche.

In risposta, Faccini Aldo ha precisato di non avere mai intrattenuto rapporti con E. A. e B. B. ("i rapporti li ho tenuti soltanto con E. R., che conoscevo da tanto tempo"); analogamente Riva Antonio ha detto di conoscere solo il E..

Si deve, dunque, escludere che la sicura consapevolezza degli strumenti finanziari riguardasse gli altri membri della famiglia, essendo stata riferita solo a E. R., 69enne ex operaio della Bormioli SpA in pensione, munito di licenza elementare, come risulta dal libretto di lavoro prodotto in copia.

Il Faccini ha proseguito: "... ritengo che il E. avesse consapevolezza delle caratteristiche degli

strumenti finanziari in quanto era stata mia cura più volte spiegare a lui le modalità di funzionamento".

Più significativo è che cosa il Faccini possa avere spiegato: "... circa la puntualizzazione al E. che poteva anche trattarsi di obbligazioni provenienti da società non italiana, non sono sicuro di averla fatta anche se è mio costume farla ... sapevo che l'investimento sarebbe stato fatto in obbligazioni "Parmalat finanziaria" o "Parmalat finance" che per me sono la stessa cosa trattandosi dello stesso debitore".

Se ne ricava che il teste era solito dire che i titoli erano emessi all'estero, ma comunque la società estera e quella italiana sono la stessa cosa, poi il Faccini spiega: "non avevo conoscenza della situazione Parmalat".

Riva Antonio rammenta: "...nella primavera del 2003 il cliente aveva investito € 140.000 in obbligazioni Parmalat emesse, se non sbaglio, in Olanda." (ma i titoli sono stati messi in Lussemburgo, come risulta dal codice Isin che comincia per XS), e ancora "... misi al corrente il E. che il titolo era stato emesso in Olanda e l'interessato mi replicò che Parmalat si riforniva anche di latte in quel paese", infine riguardo all'indicazione "Parfin" sulla nota informativa conclude affermando "io la intendo come Parmalat Finanziaria pur sapendo trattarsi di società olandese".

Entrambi i gestori, dunque, hanno mostrato di non sapere quale società abbia emesso i titoli acquistati dalla famiglia E.; di conseguenza mai essi avrebbero potuto dare al E. le informazioni circa gli specifici strumenti finanziari utilizzati; di conseguenza mai R. E. può avere acquisito una consapevolezza circa le caratteristiche di quei titoli; di conseguenza mai il E. può avere trasferito quelle informazioni alla moglie e alla figlia, che non frequentavano l'agenzia bancaria.

Circa la scelta dei titoli, il Faccini non dice che E. ha scelto autonomamente i titoli Parmalat, ma ha chiesto di "investire in strumenti che avessero una durata di circa due anni e un rendimento di circa 4%. Risposi che con queste caratteristiche potevo proporre titoli Ford, General Motors, Parmalat, che peraltro non erano dotati di sicurezza (erano tripla B). L'attenzione del E. si era centrata su Parmalat". Riva aggiunge: "Se i tassi erano in genere sul 2%, un rendimento oltre il 4% comportava sicuramente un rischio perché nessuno regala i soldi".

Quanto precede è sufficiente ad integrare gli estremi dell'errore incidente sulla stessa genesi del contratto, errore essenziale perché ricadente sul suo oggetto.

"L'errore, quale vizio della volontà, assume rilevanza quando incida sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, a cagione della quale la parte si sia indotta a manifestare la propria volontà. Pertanto, l'effetto invalidante dell'errore è subordinato, prima ancora che alla sua essenzialità o riconoscibilità, alla circostanza (della cui prova è onerata la parte che deduce il vizio del consenso) che la volontà sia stata manifestata in presenza di tale falsa rappresentazione ..." (cfr. CASS. Sez. lav., 24 agosto 2004 n.16679).

Nella fattispecie, l'errore fu comune ad entrambe le parti.

"Nell'ipotesi di errore bilaterale .. il contratto è annullabile a prescindere dall'esistenza del requisito della riconoscibilità, poiché, in tal caso, non è applicabile il principio dell'affidamento, avendo, ciascuno dei contraenti, dato causa all'invalidità del negozio .." (così CASS.Sez.II, 12 novembre 1979 n.5829).

A fronte di un errore del genere, perdono rilevanza le dichiarazioni sulla consapevolezza della inadeguatezza dell'operazione, sottoscritte, anche per A., da E. R. (docc.31-34).

Dall'annullamento delle operazioni discende l'obbligo della restituzione dell'intero capitale investito, oltre interessi al saggio legale, trattandosi di debito di valuta, nulla avendo dimostrato la convenuta circa cedole incassate nel periodo dagli attori; non osta l'avvenuta insinuazione al passivo, atteso che, allo stato, non risultano rimborsati i titoli e, la restituzione dell'importo comporterà la retrocessione di quanto dedotto per titoli.

Difetta, del tutto, la prova di un danno esistenziale patito, mentre non si sono evidenziati profili di reato, per cui va escluso un danno morale soggettivo, risarcibile ex art.2059 c.c..

L'esito del giudizio, considerato che numerose questioni si sono rivelate infondate e l'accoglimento della domanda poggia su un argomento scarsamente coltivato dalla difesa, induce a compensare per due terzi le spese, fra attori e banca, ponendo a carico di quest'ultima solo un terzo, nella misura in dispositivo; la soccombenza sulla questione della legittimazione comporta la compensazione, per la metà di quelle relative al rapporto processuale con PARMALAT FINANCE.

P. Q. M.

definitivamente pronunciando ogni diversa od ulteriore istanza eccezione o deduzione disattesa, così provvede:

a)annulla gli ordini di negoziazione sottoscritti da E. R.:

- acquisto obbligazioni Parfin 7.2.05 – 6,25%, per un controvalore di nominali € 43.000,00, in data 31 marzo 2003;
- acquisto obbligazioni "Parfin" aventi scadenza al 7.2.05 ed interesse al 6,25%) per un controvalore di nominali € 100.000,00, in data 28 aprile 2003;
- acquisto obbligazioni "Parfin" 23.10.07 – 7%, per un controvalore di nominali € 15,000,00, in data 29 ottobre 2003;
- acquisto obbligazioni "Parfin" 23.10.07 – 7%, per un controvalore di nominali € 13,000,00, in data 29 ottobre 2003;

autorizzando la Banca convenuta a riprendersi i relativi titoli;

b) dichiara tenuta e condanna la Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza con sede legale a Parma, Via Università n. 1, in persona del suo legale rappresentante, a restituire agli attori la sorte capitale investita (con le spese sostenute) per complessivi € 177.083,29, oltre interessi al saggio legale, dalla domanda al soddisfo;

c)dichiara tenuti E. R., B. B. e E. A. alla retrocessione di quanto dedotto per titoli in capo alla Banca contraente come oggetto di ammissione per massa all'interno dell'Amministrazione Straordinaria di PARMALAT FINANCE BV;

d)dichiara compensate per due terzi, le spese di causa fra gli attori e la Banca e condanna

quest'ultima al pagamento del restante terzo che liquida, in favore degli attori, in complessivi € 3.282,60, di cui € 4,00 per eborsi imp., € 28,60, per esenti, € 1.050,00, per diritti ed € 2.200,00 per onorario di avvocato, oltre rimb.forf., i.v.a. e c.p.a. come per legge, con distrazione in favore dell'avv.Campili dichiaratasi anticipataria;

e)dichiara compensate, per la metà, le spese nel rapporto fra gli attori e PARMALAT FINANCE BV e condanna gli attori, in solido, al pagamento della restante metà che liquida in favore della PARMALAT FINANCE BV in complessivi € 3.016,00, di cui € 3.000,00 per diritti ed onorario di avvocato, oltre rimb.forf., i.v.a. e c.p.a. come per legge.