

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI L'AQUILA**

composta dai **Signori magistrati:**

Dott. Silvia Rita Fabrizio, Presidente
Dott. Giancarlo De Filippis, Consigliere
Dott. Letizia Cimini, Consigliere rel.

riunito in Camera di Consiglio ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello iscritta al n. omissis/2009 R.G., posta in deliberazione all'udienza collegiale del 22/03/2016 e vertente

TRA

BANCA

-appellante-

CONTRO

INVESTITORE

-appellato-

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Con atto di citazione in appello notificato in data 18/11/2009, BANCA impugnava la sentenza n. omissis/08 emessa dal Tribunale di Sulmona in data 09/10/2008 o non notificata, per sentir accogliere le seguenti conclusioni: "in integrale riforma della sentenza (impugnata) a) nel merito rigettare le domande tutte proposte da INVESTITORE con l'atto di citazione notificato alla BANCA in data 23/11/07 perché infondate in fatto ed in diritto ed altresì, per quanto reiteratamente eccepito con riferimento alle domande di annullamento per errore o per dolo e di risarcimento ex art. 2043 c.c., perché prescritte; b) poiché l'azione è stata promossa con dolo o colpa grave dell'attore, condannare INVESTITORE al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., nella misura che lo stesso Tribunale vorrà liquidare anche d'ufficio e che da parte della convenuta si indica in € 30.000,00 (per i costi e i disagi connessi all'istruzione interna del contenzioso, alla ricerca della documentazione d'archivio, all'impegno del personale, per il pregiudizio all'immagine etc.); c) condannare INVESTITORE al pagamento delle spese e competenze di ambo i gradi del giudizio, con accessori tutti di tariffa e di legge.

L'appellante chiedeva inoltre ammettersi prova per testi sui capitoli articolati nella nota di precisazione delle conclusioni.

Regolarmente costituitosi, l'appellato, nel proporre appello incidentale, chiedeva *"dichiarare la improponibilità dell'appello per avvenuta acquiescenza e subordinatamente ritenerlo del tutto infondato; in via subordinata ex art. 346 c.p.c. accogliere le domande di nullità dell'operazione per mancato adeguamento del contratto di negoziazione al TUF del 98 o quanto meno perché l'operazione si è svolta in grey market; in via ancor più subordinata pronunciare la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. o quanto meno accogliere la domanda di risarcimento danni ed in conseguenza tenere ferma la sentenza impugnata a diverso titolo; in accoglimento dell'appello incidentale né condizionato né subordinato dichiarare la malafede della banca nell'operazione de qua e per l'effetto aumentare la condanna per le cedole compensate (€ 41.921,48 oltre interessi dalla domanda) e per gli interessi sulla sorte capitale (€ 216.467,19) a partire dal 18/10/1999 (giorno dell'acquisto) al 26/11/2007 (giorno della domanda) e se del caso e necessario dichiarare la nullità virtuale dell'operazione per la violazione dell'obbligo di astensione"*.

OGGETTO: appello avverso la sentenza n. omissis emessa del Tribunale di Sulmona pubblicata in data 11/11/2008.

RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

INVESTITORE, il 26 novembre del 2007, citava la BANCA presso cui aveva acceso un dossier titoli nel quale erano stati depositati 259.000 titoli obbligazionari della Repubblica Argentina emessi il 9/11/99 e pagati € 258.388,67. Sosteneva parte attrice che sia nella fase precontrattuale che di esecuzione del contratto di compravendita dei titoli sopra richiamati la BANCA convenuta non avesse tenuto un comportamento secondo "correttezza e buona fede", ex art 1337 e 1175 c.c., avendo venduto all'attore, privato risparmiatore, senza rendere adeguate informazioni, titoli detenuti nel proprio portafoglio ed emessi da una nazione già in grave crisi economica e finanziaria, quindi prossima al *default*. Sosteneva, in particolare, che l'ordine di acquisto dei predetti titoli fosse annullabile per errore essenziale e scusabile sulla qualità dell'oggetto della prestazione o, comunque, risolvibile in quanto i titoli acquistati erano privi delle qualità promesse (*aliud pro alio*); che l'oggetto dello stesso era indeterminabile in quanto i titoli erano stati venduti in regime di grey market, ex art. 1346 c.c.; che in ogni caso il grave inadempimento della BANCA comportava la risoluzione del contratto, ex art. 1453 c.c., e conseguente condanna al risarcimento danni. L'attore affermava, inoltre, facendo espresso riferimento all'art. 23 T.U.F., che *"l'acquisto delle obbligazioni argentine di cui è causa è avvenuto senza che vi sia stato alcun valido contratto di intermediazione e di cui quindi si revoca il consenso. La mancanza di un documento scritto provoca, per espressa previsione normativa, la nullità del contratto."* Sosteneva, poi, riguardo sempre al contratto di compravendita impugnato, che in realtà si trattava di offerta al pubblico di acquisto ex artt. 94 e 100 TUF, senza osservanza della relativa procedura e del controllo della CONSOB; e che comunque la BANCA versava in una posizione di conflitto di interessi avendo agito "nelle operazioni di compravendita in contestazione" in violazione degli artt. 1394 c.c. , dell'art. 21 T.U.F. lett. C) e dell'art. 27 regolamento Consob 11522/98.

Chiedeva pertanto che venisse dichiarata *"la nullità dell'acquisto dei bond descritto in premessa ex art. 1418 e 1325 n.4 CC e 23 TUF (vizio di firma ed assenza di sottoscrizione richiesta ad*

substantiam) sia per il contratto di negoziazione che eventualmente ex art. 1352 per l'ordine di acquisto con restituzione ex art. 2033 di € 258.388,67 tenendo presente la malafede della BANCA". Si costituiva in giudizio la BANCA la quale, nel contestare la ricostruzione dei fatti effettuata da parte attrice, esponeva che INVESTITORE intratteneva rapporti con l'Istituto sin dai primi anni novanta avendo stipulato con lo stesso un contratto per la negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta ordini concernenti valori mobiliari il 19 gennaio 1994. Affermava poi che il 28 settembre del 1999 l'attore aveva disposto il riscatto di quote del fondo comune di investimento ARCA per € 291.378,01, reimpiegando tale somma oltre che in azioni anche nell'acquisto di bond argentini, nonostante il contrario avviso dei dipendenti della BANCA.

Nell'evidenziare, poi, che l'attore aveva percepito in data 21/10/2000 due cedole per l'importo complessivo di € 41.921,48, eccepiva l'avvenuta prescrizione dell'azione di annullamento, contestava l'esistenza di qualsiasi responsabilità professionale da parte della BANCA, nonché la sussistenza di un'ipotesi di nullità virtuale espressamente esclusa dalla Cassazione con la nota sentenza a Sezioni Unite n.26725/07, ed evidenziava che, avendo la Repubblica Argentina avanzato una proposta di ristrutturazione del proprio debito, attraverso una Offerta Pubblica di Scambio, i titoli bond non avevano perso il loro intero valore. Nel rilevare, infine, che era comunque opportuno accertare se l'attore dopo il trasferimento dei titoli presso la Banca omissis avesse aderito o meno alla O.P.S, concludeva per il rigetto di tutte le domande proposte da parte attrice, ed in subordine chiedeva che, in caso di accoglimento delle medesime, dall'ammontare determinato dal Tribunale venisse detratto l'importo di € 41.921,48 versato dalla BANCA a fronte delle cedole restituite nell'ottobre del 2000, con restituzione dei titoli argentini rimanenti in favore di essa convenuta.

Con la prima memoria di replica ex art. 6 comma 2 D.Lgs 5/03, l'attore introduceva una ulteriore contestazione relativa alla nullità del contratto-quadro in quanto sottoscritto sotto la vigenza della L.1/91 e non adeguato al D.Lgs 58/98, sostenendo che tale domanda fosse la conseguenza delle difese proposte dall'istituto di credito convenuto.

Contro tale domanda la difesa della BANCA convenuta ne eccepiva innanzitutto l'inammissibilità in quanto tardivamente proposta, nonché l'infondatezza poichè, come documentalmente provato, anche il contratto quadro richiamato era stato consegnato alla difesa dell'attore ben prima dell'instaurazione della presente causa.

Dopo aver ammesso - ma non assunto - la sola prova testi e rigettate tutte le ulteriori istanze probatorie, il Giudice *a quo*, revocata l'ordinanza istruttoria, invitava le parti a concludere in relazione alla pretesa nullità del contratto per vizio di forma, alla possibilità di esecuzione del contratto ex art. 1327 c.c. ed alla applicabilità o meno della normativa sulla sollecitazione all'investimento di cui agli artt. 94 e 100 R.U.F.

Con sentenza omissis/2008 il Tribunale di Sulmona, ritenuta fondata la pregiudiziale di nullità sollevata dall'attore, accoglieva la medesima e per l'effetto dichiarava la nullità del contratto per la negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini concernenti valori immobiliari stipulato tra le parti in causa in data 19 gennaio 1994, nonché l'ordine di acquisto di titoli obbligazionari argentini 9,25% 10/02 Eur per un controvalore di € 258.388,67 del 18 ottobre 1999.

Condannava pertanto la BANCA a restituire all'attore la somma di € 213.467,19, oltre agli interessi legali dalla data di notificazione dell'atto introduttivo al saldo; condannava altresì INVESTITORE a

restituire alla BANCA convenuta le obbligazioni argentine acquistate il 18/10/99; condannava, infine, la BANCA convenuta alla refusione all'attore delle spese di giudizio liquidate in complessivi € 12.508,00, oltre rimborso forfetario, cap ed iva.

Il Giudice di prime cure rilevava che:

- l'attore il 19 gennaio del 1994 ebbe a sottoscrivere il contratto quadro, ma tale documento non risultava sottoscritto dalla BANCA;
- la BANCA ha prodotto in giudizio tale documento con la comparsa di costituzione e risposta, e dunque in un momento successivo a quello in cui l'attore, mediante la notifica dell'atto di citazione, aveva chiesto la dichiarazione di nullità del contratto per vizio di forma e così revocato il consenso in precedenza prestato;
- l'art. 23 comma 1 D.Lgs 24/02/1998 commina la nullità relativa (in quanto eccezionale dal solo Cliente) in caso di inosservanza della forma prescritta, sia per il contratto quadro che per tutti i conseguenti contratti nei quali si sostanzia la prestazione di servizi di investimento oggetto del contratto quadro;
- la BANCA dal 1994 ha sempre dato esecuzione al contratto ritenendo dunque, in buona fede, che il contratto fosse assolutamente valido.

Tenuto conto di quanto sopra, il Tribunale dichiarava la nullità del contratto quadro sottoscritto il 19/01/1994 e dell'ordine di acquisto dei titoli obbligazionari Argentina 9,25% del 18/10/2000.

Rilevato, inoltre, che la pronuncia di nullità di un contratto produce la caducazione dell'atto fin dall'origine, mentre la prescrizione della domanda di restituzione di quanto pagato in esecuzione dell'atto dichiarato nullo - essendo un'azione di ripetizione di indebito oggettivo - inizia a decorrere dal momento dell'effettuazione del pagamento, il Tribunale ha ritenuto che gli interessi sulla somma indebitamente versata iniziano a decorrere dalla data della proposizione in giudizio della relativa domanda, se l'*accipiens* è in buona fede. Poiché la buona fede dell'*accipiens* si presume, e visto che la BANCA, dal 1994, aveva sempre dato esecuzione al contratto, la stessa veniva condannata a restituire a INVESTITORE la somma di € 216.467,19 (pari alla somma inizialmente investita di € 258.388,67 detratta la somma di € 41.921,48 relativa alle cedole maturate nel corso dell'investimento) oltre interessi legali dalla data di notificazione dell'atto di citazione al saldo.

Con l'atto di appello la BANCA, nel riproporre integralmente le domande avanzate con la comparsa di costituzione e risposta in primo grado, censura l'impugnata sentenza per i seguenti motivi:

- 1) erronea interpretazione della normativa di settore, laddove la medesima, all'art. 23 TUF prevede come unica e tassativa causa di nullità del contratto quadro la mancanza della forma scritta da intendersi come mancanza fisica del documento e non mancanza della sottoscrizione di una delle parti contraenti;
- 2) conseguenziale erronea interpretazione della normativa generale, in quanto la mancata sottoscrizione del contratto da parte di uno dei contraenti può essere sostituita da inequivocabile manifestazione di volontà di avvalersi del negozio da parte di chi non l'ha firmato, purchè tale manifestazione di volontà in forma scritta giunga prima dell'eventuale revoca del consenso dalla controparte;
- 3) poiché il contratto esiste ed INVESTITORE per circa 6 anni se ne è avvalso, e poiché la nullità creata dall'art. 23 TUF è una nullità di protezione che presenta una forte affinità con l'azione di annullamento di cui all'art. 1441 c.c. - in quanto al suo pari conferisce il diritto potestativo di servirsene soltanto a colui nel cui interesse è prevista - , è errata la sentenza in quanto non si sarebbe di fronte ad una vera e propria nullità, bensì ad una forma speciale di annullabilità

rafforzata con possibilità quindi di convalida del negozio viziato ex art. 1444 c.c., negozio convalidato da INVESTITORE che per anni ha acquistato e venduto titoli tramite l'intermediazione della BANCA, nonché - grazie sempre all'intermediazione della stessa - incassato rilevanti importi anche in relazione all'investimento per cui è causa (€ 41.921,48);

4) poiché il contratto quadro del 1991 ha la forma di una missiva, rientra nello schema del mandato; dunque allo stesso non può applicarsi il ragionamento, seguito dal Tribunale, secondo cui la produzione in giudizio del documento da parte di colui che non l'ha sottoscritto equivale ad accettazione "sanante", purché il contraente che aveva prestato il consenso non lo abbia revocato prima dell'intervenuta accettazione;

5) errata dichiarazione di nullità dell'ordine di acquisto dei titoli Argentina in quanto la nullità prevista dall'art. 23 TUF riguarda unicamente il contratto quadro e non gli ordini di acquisto che sono atti unilaterali e rappresentano i momenti esecutivi del mandato (contratto-quadro).

INVESTITORE, costituitosi in appello, preliminarmente, eccepisce l'improponibilità del gravame per intervenuta acquiescenza alla sentenza da parte della BANCA per aver preteso la restituzione dei titoli come se il relativo capo della sentenza fosse immediatamente esecutivo, chiedendo il rigetto dell'impugnativa in quanto infondata e avanzando, in via subordinata, richiesta di :

- dichiarare la nullità del contratto quadro "del 1994 perché per riferirsi ad azioni del 99 avrebbe dovuto adeguarsi al T.U.F. del 1998 ed al regolamento Consob 11522/93";

- dichiarare la nullità dell'operazione in grey market per indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 c.c.;

- dichiarare la risoluzione del contratto ex art 1453 c.c. e il risarcimento danni a seguito della violazione degli obblighi informativi (Art. 21 TUF e artt.26, 27, 28 e 29 Reg. Consob 11522/98).

INVESTITORE propone, inoltre, appello incidentale censurando la sentenza impugnata per aver ritenuto sussistente la buona fede dell'istituto bancario nelle operazioni relative all'acquisto dei Bond Argentina. Chiede dunque che la Corte, dichiarata la malafede della BANCA nella suddetta operazione "aumenti la condanna per le cedole compensate (€ 41.921,48 oltre interessi dalla domanda) e per interessi sulla sorte capitale (€ 216.467,19) a partire dal giorno dell'acquisto dei titoli avvenuto in data 18/10/99 e sino al 26/11/07 giorno della domanda, con richiesta "se del caso di pronuncia di nullità virtuale per violazione dell'obbligo di astensione"(cfr. comparsa di costituzione con appello incidentale).

All'udienza del 22/03/16, la difesa dell'INVESTITORE ha precisato ulteriormente le proprie conclusioni come segue: "*Considerato che la BANCA appellante in ossequio alla sentenza di primo grado, provvisoriamente esecutiva, ha corrisposto all'appellato con bonifico bancario del 12.11.2008 l'importo di euro 258.388,67 oltre le spese di cui v'è stata condanna, e che nell'atto di appello notificato il 18.11.2009 non ha chiesto in caso di vittoria la restituzione di quanto riscosso, si rileva il difetto di interesse ex art. 100 c.p.c. a proseguire nell'impugnazione in quanto per giurisprudenza unanime e costante la BANCA è decaduta dall'eventuale diritto di restituzione perchè l'appello è stato proposto un anno dopo.*

Si rende necessario esaminare preliminarmente le eccezioni sollevate dall'appellato in ordine all'improponibilità dell'appello e alla ulteriore eccezione di carenza di interesse da parte della BANCA a coltivare la presente impugnazione.

Entrambe le eccezioni sono infondate. La sentenza impugnata contiene, infatti, al punto 3 del dispositivo, la condanna della BANCA alla restituzione delle somme investite da INVESTITORE al netto delle cedole già percepite oltre interessi legali; al punto 4 la condanna dell'attore alla restituzione delle obbligazioni Argentine ancora detenute. Trattandosi pertanto di sentenza condanna e non di mero accertamento, la relativa esecuzione, anche eventualmente senza riserve (e non è questo il caso essendo stata la BANCA sollecitata al pagamento, come risultata dai documenti prodotti in atti), non comporta acquiescenza alla pronuncia (Cass. Civ. 14120/2013), né fa venir meno l'interesse ad ottenere una sentenza definitiva sulla pretesa azionata in giudizio. Infatti, la domanda di restituzione e/o di riduzione in pristino della parte che ha eseguito una prestazione in base ad una sentenza poi riformata può essere proposta, per la sua autonomia e finalità (che è quella di garantire all'interessato la possibilità di ottenere al più presto la restaurazione della situazione patrimoniale anteriore alla decisione poi riformata in appello), con autonomo procedimento a prescindere dal successivo sviluppo del giudizio (Cass. Civ. 28167/2013). Pertanto la BANCA, seppure decaduta dal proporre la domanda nel presente procedimento non avendola avanzata con l'atto di impugnazione, non è comunque decaduta dal diritto ad essa sottostante permanendo il suo interesse alla prosecuzione dell'appello in vista di un'eventuale futura azione restitutoria.

Prima di passare all'esame dei motivi di impugnazione dedotti dall'appellante BANCA, la Corte rileva:

- l'ordine di acquisto di obbligazioni argentine di cui si discute ha avuto luogo nel vigore dell'art. 23 Tuf (D.Lgs. 58/98), sulla base di un "contratto quadro" stipulato in epoca in cui era vigente la L. 2 gennaio 1991, n. 1;
- l'attore ha instaurato la presente causa per contestare la validità degli ordini di acquisto di bond argentini chiedendone l'annullamento per errore essenziale e scusabile sulla qualità dell'oggetto del contratto ed al contempo censurando il comportamento tenuto dalla BANCA siccome non improntato alla correttezza e buona fede in occasione dell'acquisto di tali titoli sia nella fase precontrattuale che contrattuale;
- l'attore ha anche eccepito che *"l'acquisto delle obbligazioni argentine di cui è causa è avvenuto senza che vi sia stato alcun valido contratto di intermediazione e di cui quindi si revoca il consenso. La mancanza di un documento scritto provoca, per espressa previsione normativa, la nullità del contratto."*;
- L'odierna appellante con la comparsa di costituzione in primo grado ha prodotto sia l'ordine di acquisto dei titoli Argentina sottoscritto dall'attore in data 18/10/1999, sia il precedente documento del 19 gennaio 1994, recante il conferimento alla BANCA del mandato di negoziazione, predisposto sotto forma di lettera diretta alla stessa BANCA, mancante della sottoscrizione di quest'ultima;
- l'attore solo con la memoria ex art. 6 c. 2 L.5/03 ha richiesto dichiararsi la nullità del contratto anche per mancato adeguamento alla normativa 5/98(TUF).

I motivi come individuati ai punti da 1 a 5 devono essere trattati congiuntamente anche all'esame delle domande riproposte nel presente grado da INVESTITORE appellante incidentale, vista la loro stretta connessione.

Dalla ricostruzione della vicenda si evince che il contratto quadro, di cui trattasi, risale al 1994, ed è stato, dunque, stipulato sotto la vigenza della legge n.1/91 che, pur prevedendo, all'art. 6, la necessità di forma scritta, non ne sanzionava l'assenza prevedendone la nullità, seppur di protezione, introdotta dai successivi artt. 18 D.Lgs. 415/96 e 23 TUF.

Premesso ciò, occorre evidenziare che sia in dottrina che in giurisprudenza si sono formate distinte correnti di pensiero riguardo alla validità ed al perfezionamento del contratto sottoscritto dal solo investitore, ma depositato in giudizio dalla BANCA, nonché riguardo alle conseguenze del mancato adeguamento dell'originario contratto a quanto richiesto dalla normativa successiva.

Venendo al caso specifico, occorre rilevare che la originaria richiesta di nullità basata sulla mancanza di un contratto quadro - ovvero sulla inesistenza del documento contrattuale - è stata modificata, dopo che la BANCA convenuta ha provveduto a produrre in causa il contratto di intermediazione, con la deduzione di nullità per assenza della sottoscrizione della BANCA in calce ad esso.

E proprio a causa dell'assenza di tale sottoscrizione il Giudice di primo grado ha dichiarato nullo il contratto di intermediazione del 19/01/1994 e conseguentemente l'ordine di acquisto dei bond argentini selettivamente impugnato.

Questa Corte prende atto delle pronunce richiamate negli atti conclusivi dall'appellato in ordine alla nullità per carenza di sottoscrizione da parte della BANCA del contratto quadro dalla stessa prodotto in causa (Cass. Civ. 5919/16 Casa. Civ. 7068/2016) e delle ulteriori pronunce susseguitesi sul punto, ma ritiene necessario comunque un approfondimento.

Con la pronuncia 5919/16 la Suprema Corte, inaugurando sostanzialmente un nuovo filone interpretativo, ha ritenuto che il contratto quadro, recante la sottoscrizione del cliente, ma non quella della banca, sia affetto da una specifica nullità, c.d. di protezione a legittimazione riservata.

Il requisito della forma scritta del contratto quadro, che ha una funzione solo informativa, si traduce, dunque, sul piano processuale, nella legittimazione dell'unico soggetto cui è riconosciuto un interesse a dedurre in giudizio la nullità negoziale, in ragione della sua posizione squilibrata rispetto all'intermediario finanziario.

Il fatto che questa particolare nullità, ex art. 23 TUF, contrariamente a quanto accade nell'ipotesi di nullità ex art. 1421 c.c. (in relazione al quale esiste una legittimazione generale a far valere la nullità, intesa nel senso di una radicale invalidità del negozio denunciabile da qualunque interessato senza limiti di tempo), sia azionabile dal solo investitore, porta a ritenere che la sottoscrizione del contratto contestuale o su identici documenti oggetto di scambio, non sia --come rilevato anche dalla Corte di Appello di Venezia con la recentissima sentenza 1377/2016 - "un requisito indefettibile della manifestazione della volontà contrattuale dettato da preminenti esigenze di indole pubblicitaria, in quanto in assenza dell'iniziativa del soggetto legittimato, quella manifestazione di volontà, pur non tradottasi nella forma stabilita dal legislatore, è comunque idonea a produrre ogni effetto come se quella mancanza non esistesse e non espone il contratto all'azione di qualsiasi terzo interessato alla sua caducazione né alle consuete conseguenze del rilievo officioso da parte del giudice".

D'altro canto è pacificamente riconosciuto che il legislatore abbia voluto prevedere tale speciale nullità per assicurare al cliente una adeguata informazione, garantendogli che, attraverso la formalizzazione scritta degli obblighi della banca e dei diritti dell'investitore, venga meno quello squilibrio informativo che connota siffatti rapporti contrattuali.

Nel caso specifico, ove si è data rilevanza non alla verifica dell'esternazione, nelle forme prescritte dalla legge, della volontà contrattuale dell'INVESTITORE, ma a quella della BANCA, non può essere ravvisata la sussistenza di alcuna nullità di protezione.

D'altra parte l'attore non si doluto del fatto che dal 1994 il rapporto non si sia svolto regolarmente né che, negli anni, la BANCA non abbia dato corso all'esecuzione del medesimo, avvalendosi, in modo selettivo, della legittimazione riconosciutagli dal terzo comma dell'art. 23 TUF per eccepire la mancanza della sottoscrizione della BANCA in calce al contratto--quadro, solo in occasione dell'investimento non andato a buon fine, così trasformando uno strumento posto a tutela della informata e consapevole partecipazione dei clienti in un formalistico strumento per conseguire risultati del tutto al di fuori delle previsioni e dello scopo della norma.

Ciò anche tenuto conto che, con riferimento all'investimento oggetto di contestazione, l'obbligo di informazione appare essere stato dalla banca adempiuto (cfr. doc. 5 prodotto dalla banca appellante).

Dunque, ritiene la Corte che non sussistano ragioni per discostarsi dal suo precedente orientamento, (in linea sostanzialmente con quello espresso dalla Suprema Corte con sentenza 4564/2012) e che la invocata nullità del contratto quadro, in quanto in aperto contrasto con la ratio della norma, non può che ritenersi infondata, ragione per la quale il motivo di appello sul punto viene accolto.

Devono ora essere affrontate le domande tutte reiterate dall'appellato ed in primo luogo quella relativa alla richiesta declaratoria di nullità del contratto quadro del 1994 per mancato adeguamento alle norme successivamente entrate in vigore e specificatamente al TUF, domanda introdotta con la memoria di replica ex art. 6 D.Lgs 5/2003 e di cui l'appellante ne ha tempestivamente contestato la tardività.

Esaminati gli atti di causa emerge che l'appellato, con la memoria ex art. 6 D.Lgs 5/03, lungi dall'aver semplicemente operato un'emendano libelli — consistente nella precisazione della domanda di nullità avanzata con l'atto introduttivo del giudizio ("*vizio di forma .. ed assenza di sottoscrizione richiesta ad substantantiam*") - ha in realtà posto in essere una vera e propria *mutatio* della domanda.

Infatti, nell'atto introduttivo della presente causa l'appellato dopo aver evocato la violazione da parte dell'intermediario finanziario degli obblighi informativi e delle norme regolamentari previsti dalla normativa di settore, si era limitato a chiedere che venisse dichiarata:

- 1) la nullità dell'acquisto sopra descritto ex art. 1418 comma 1 CC e 1325 n.2 CC e 23 Tuf (vizi di forma ed assenza di sottoscrizione) sia per il contratto di negoziazione che eventualmente ex art 1352 C.C. per l'ordine di acquisto con la restituzione ex art 2033 C.C di € 258.388,67 tenendo presente la malafede della BANCA;
- 2) subordinatamente la nullità degli acquisti sopra descritti ai sensi dell'art. 1418 comma I CC per la violazione delle norme imperative elencate e commentate sotto il paragrafo B (D.Lgs 58/98 e regolamenti TUF 11522/98 e 11971/99) e comunque ex art. 1418 II e ed art. 1325 relativo al n. 3 (oggetto impossibile per essere la cessione dei titoli argentini destinata agli investitori istituzionali). Con la restituzione di cui al punto I e comunque nullità ex art. 1346 CC (oggetto indeterminato) in quanto l'operazione è avvenuta in grey market.

Con la domanda subordinata introdotta con la citazione, INVESTITORE chiedeva la declaratoria di nullità, per violazione delle norme imperative richiamate, dei soli ordini di acquisto, mentre con la memoria ex art. 6 n. 1 L. 5/03 ne estendeva la richiesta anche al contratto quadro, ponendo in essere una vera e propria *mutatio libelli* ed incorrendo quindi nella sanzione della inammissibilità della domanda tempestivamente eccepita dalla difesa dell'istituto di credito — perché tardivamente proposta rispetto al regime delle preclusioni processuali, in quanto con tale domanda l'appellato ebbe ad introdurre un tema di indagine di fatto e diritto completamente nuovo, con evidente alterazione dell'originario tema del contendere.

Infatti, *"il principio della rilevabilità di ufficio della nullità dell'atto va necessariamente coordinato con il principio dispositivo e con quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato... Qualora sia la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dall'interessato e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati configurandosi in questa ipotesi, la nullità come elemento costitutivo della domanda dell'attore, la quale si pone come limite assoluto alla pronuncia giurisdizionale"* (Cass. Civ. 10498/01).

Si rileva, comunque, che eventuali divergenze fra il testo di un contratto sottoscritto sotto la precedente disciplina e le nuove prescrizioni concernono profili attinenti unicamente ad ulteriori doveri degli intermediari, come tali non incidenti sul momento genetico di formazione del contratto, secondo la dicotomia regole di validità/regole di comportamento (così in tema di invalidità C.C. U.U. n. 26725/07).

Dunque, ferma la validità del contratto-quadro alla luce della disciplina vigente al momento della sua stipulazione, ed essendo questo un contratto di durata destinato a produrre i suoi effetti nel tempo, le eventuali clausole contrattuali incompatibili con il nuovo testo normativo dovranno considerarsi inoperanti e sostituite automaticamente dalle nuove norme di legge (Cass. Civ. 8900/2016: *"Secondo il consolidato orientamento di questa Corte l'emanazione di norme che prevedano invalidità, per l'innanzi inesistenti, di clausole contenute in contratti di durata, non incide sulla validità delle clausole inserite in contratti già conclusi, ma impedisce che queste possano produrre per l'avvenire ulteriori effetti nei rapporti ancora in corso (ex multis, Sez. I, Sentenza n. 2871 del 09/02/2007, in tema di nullità sopravvenuta della clausola "omnibus" nelle fideiussioni; Sez. I, Sentenza n. 13739 del 18/09/2003, in tema di nullità della clausole di fissazione del saggio di interessi ultralegali mediante rinvio agli usi; Sez. 3, Sentenza n. 9447, del 08/11/1996, in tema di indennità per la perdita dell'avviamento commerciale dovuta al conduttore di immobili; cfr. altresì Sez. I, Sentenza n. 3725 del 29/03/1995, in tema di nullità della vendita di azioni di società editrice attributiva all'acquirente di una posizione dominante nel settore della stampa quotidiana"*); di conseguenza anche gli ordini impartiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 58/98 detto T.U.F., non potranno essere considerati nulli o invalidi solo perché posti in essere sulla base di un contratto di durata sottoscritto sotto la vigenza della precedente normativa.

Peraltro, l'attore/appellato ha omesso di indicare, come osservato dalla difesa della BANCA, gli elementi specifici ritenuti contrari alle norme imperative introdotte dallo *jus novorum*, che avrebbero colpito il contratto quadro, nonché gli ordini di acquisto dei bond argentini effettuati da INVESTITORE nel 1999.

"In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art.6, l. n.1/1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, lo violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso."(Cass. Sez. Unite 26725/2007).

Quanto all'ulteriore domanda riproposta dall'appellato di richiesta di dichiarazione di nullità dell'operazione compiuta in grey market per indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 si osserva quanto segue:

INVESTITORE il 19 gennaio del 1994 sottoscrisse presso la filiale di omissis della BANCA un contratto per la negoziazione, la sottoscrizione, il collocamento e la raccolta di ordini concernenti valori mobiliari.

Come risulta dal doc. n. 1 prodotto in primo grado dalla BANCA, l'attore si avvalse della facoltà di non fornire all'istituto di credito informazioni relative alla propria situazione finanziaria ed ai propri obiettivi di investimento.

Pertanto, in data 7 febbraio 1997, l'appellato sottoscrisse contratto per il deposito titoli in custodia ed amministrazione n. 2352 (anch'esso depositato in atti dalla BANCA come doc. 2) e così in data 16/06/1998 gli venne consegnato (con tanto di firma per presa consegna doc. 3 fascicolo di primo grado della BANCA) il documento sui rischi in generale degli investimenti in strumenti finanziari.

Dalla ricostruzione in atti effettuata dalla convenuta appellante e non smentita da INVESTITORE, emerge poi, che costui, tra il novembre del 1998 ed il febbraio del 1999, ebbe ad acquistare un considerevole numero di quote del fondo comune di investimento denominato Arca che provvide a smobilizzare in data 28/09/99 ricavandone € 281.378,01, somma che nel successivo mese di ottobre, in parte riutilizzò per acquistare titoli azionari della stessa BANCA, nonché i bond argentini di cui si tratta nella presente causa.

A pochi mesi dell'acquisto, poi, l'appellante rivendette tutte le azioni della BANCA ottenendone una discreta plusvalenza, nonché incassò due cedole relative ai bond argentini ricavandone € 41.921,48.

Vista la velocità di investimento e disinvestimento, nonché l'ammontare delle somme investite è ragionevole ritenere che l'appellato si dedicava al mercato di borsa con una certa consapevolezza e dimestichezza, circostanza confermata dal fatto che lo stesso aveva rifiutato di fornire alla BANCA le informazioni necessarie per tracciare il suo profilo di rischio.

Premesso ciò si rileva:

- la vendita dei titoli Argentina da parte della BANCA costituisce esercizio di una attività di negoziazione su base individuale, consentita dalla legge che non vieta, ai cd. investitori istituzionali, di rivendere tali titoli, dopo averli acquistati in regime di esenzione della disciplina in materia di sollecitazione (e, quindi, in assenza di prospetto informativo), alla cd. clientela retail;

- non sussiste, nel caso specifico, nullità del contratto di compravendita dei titoli per la mancanza di un requisito essenziale (l'oggetto), in considerazione del fatto che l'ordine di acquisto da parte dell'attore appellato, rientrando nella cd. clientela retail, è stato impartito prima della data di emissione dei titoli (cd. fase di grey market), e ciò sulla base della considerazione in diritto dell'ammissibilità di una vendita di cosa futura, e per il fatto che non può parlarsi di indeterminatezza dell'oggetto le cui indicazioni (natura, periodo di scadenza, tasso di rendimento, emittente, codice identificativo) sono ricavabili dall'ordine di acquisto. Sul punto, con la recentissima sentenza 17292/2016, la Suprema Corte ha affermato:

"non si può pervenire alla conclusione, che non è affatto accoglibile, di nullità della vendita di strumenti finanziari di ogni sorta solo perché non è stato eseguito il loro collocamento direttamente presso il pubblico dei risparmiatori, con la conseguente procedura di sollecitazione all'investimento ai sensi dell'art. 1, lett. t), del TUF di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998 (cd. "offerta al pubblico di prodotti finanziari"), consentendolo espressamente l'art. 100-bis del predetto TUF, che riguarda proprio la successiva rivendita di prodotti finanziari che hanno costituito oggetto di collocamento ai sensi del richiamato art. 1, lett. t).

Il collocamento di tali strumenti finanziari presso gli operatori qualificati comporta, ovviamente, il radicarsi di obblighi informativi specifici da parte di costoro nei confronti della propria clientela, ma non certo la illegittimità di tale collocamento successivo, sia pure svolto nella fase del ed mercato grigio, ossia prima ancora che il titolo sia stato emesso, venendo in rilievo i principi della vendita di cosa futura.

5.3.4. Del resto questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 8733 del 2016) ha già avuto modo di chiarire che "quando la diffusione di strumenti finanziari presso il pubblico avvenga mediante la prestazione di "servizi di investimento" (art. 1, comma 5, t.u.f), cioè attività di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, a condizioni diverse a seconda dell'acquirente e del momento in cui l'operazione è eseguita, la tutela del cliente è affidata all'adempimento, da parte dell'intermediario, di obblighi informativi specifici e personalizzati, ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21 e art. 26 ss. del reg. Consob n. 11522 del 1998, anche nel caso in cui la negoziazione individuale avvenga nel periodo del cd. "grey market"; cioè prima che i titoli siano emessi ufficialmente."

In merito, infine all'ultima domanda riproposta da INVESTITORE di dichiarare la risoluzione del contratto (di acquisto dei Bond) ex art 1453 c.c. o di risarcimento danni a seguito della violazione degli obblighi informativi (Art. 21 TUF e artt.26, 27, 28 e 29 Reg. Consob 11522/98B) si rileva che dalla documentazione prodotta in primo grado dalla BANCA appellante risulta, comunque, che l'istituto di credito informò INVESTITORE della eccessiva rischiosità e della inadeguatezza dell'operazione Bond Argentini, ma che, nonostante ciò, l'attore volle insistere nell'ordine (v. doc. 5 nel fascicolo di parte appellante di primo grado: *"si dà atto che il presente ordine viene da noi impartito, intendendo dar corso all'operazione, pur essendo stati da voi informati che la ritenete*

inadeguata e eccessivamente per noi rischiosa e delle ragioni per le quali, a vostro giudizio, non sarebbe opportuno procedere alla sua esecuzione”).

Avvertenza che, sebbene non corredata per iscritto dai motivi specifici della segnalazione, è senz'altro idonea, a parere di questa Corte, a dimostrare l'adempimento della BANCA ai propri obblighi informativi, anche considerando l'assai significativa esperienza dell'investitore ed il fatto che la dichiarazione liberatoria in calce all'ordine lascia intendere che l'obbligo informativo sia stato assolto dalla BANCA nell'ambito di un confronto diretto tra le parti, nel corso del quale, ragionevolmente vennero trattate le ragioni che sconsigliavano l'investimento.

Premesso ciò, vale osservare che l'art. 29 del Regolamento Consob numero 11522/98 stabilisce quanto segue: *"1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. 2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. 3. 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”.*

Dunque, si ribadisce che nel caso specifico tale disposizione, che sostanzialmente impedisce agli intermediari di porre in essere operazioni inadeguate al profilo di rischio dell'investitore (cd. suitability rule), è stata, quanto meno formalmente, rispettata, essendo stato impartito l'ordine per iscritto, ordine contenente il riferimento alle avvertenze ricevute, le quali, pertanto, dovrebbero essere state in precedenza somministrate.

Per quanto concerne infine le domande proposte da INVESTITORE con l'appello incidentale dichiarato "né subordinato, né condizionato" le stesse vanno entrambe rigettate: quanto alla richiesta di dichiarazione di nullità virtuale dell'operazione per la violazione dell'obbligo di astensione ci si riporta a quanto motivato in tema di operazioni in grey market; quanto invece all'ulteriore domanda di dichiarare la malafede della banca nelle operazioni *de quo*, poiché, come giustamente osservato dal Giudice di prime cure la buona fede dell'*accipiens* si presume e visto che la BANCA dal 1994 ha sempre dato esecuzione al contratto quadro senza che mai le fosse stata mossa alcuna contestazione, né essendo stata offerta prova dimostrativa della invocata mala fede, si ritiene, che anche tale motivo di appello incidentale debba essere respinto.

Quanto, infine, alla domanda di condanna dell'appellato ex art. 96 c.p.c., proposta dalla BANCA appellante, la Corte ritiene che, tenuto conto dell'estrema complessità del quadro normativo in materia e delle discordanti interpretazioni giurisprudenziali non si possa pervenire ad un giudizio di mala fede o colpa grave dell'appellato medesimo e pertanto la stessa vada rigettata.

Quanto al regime delle spese, stante il ridotto contrasto di giurisprudenza sussistono i presupposti per disporre l'integrale compensazione tra le parti, risalendo la causa ad epoca anteriore al 2009.

PQM

La Corte di Appello di L'Aquila, definitivamente pronunciando sull'appello come sopra proposto avverso la sentenza del Tribunale di Sulmona n. omissis, pubblicata in data 11/11/2008, così decide nel contraddittorio delle parti:

- 1) accoglie l'appello principale e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, respinge la domanda dell'appellato;
- 2) respinge l'appello incidentale;
- 3) compensa integralmente tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in L'Aquila il 27/09/2016, su relazione del consigliere Cimini, estensore.

IL CONSIGLIERE REL. EST.

(G. A. Dott.ssa Letizia Cimini)

IL PRESIDENTE

(Dott.ssa Silvia Rita Fabrizio)

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*