

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI VENEZIA
SEZIONE PRIMA CIVILE**

riunitasi in camera di consiglio, nelle persone di

Dott. Paola Di Francesco - Presidente -
Dott. Guido Santoro - Consigliere Rel. –

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa da

INVESTITORI

- appellante –

CONTRO

BANCA

- appellata -

OGGETTO: Bancari (deposito bancario, cassetta di sicurezza, apertura di credito bancario) - appello avverso la sentenza n. omissis/2011 pronunciata dal Tribunale di Venezia in data 20.01.2011 e depositata in cancelleria in data 16.04.2011.

Causa riservata in decisione all'udienza del 16 giugno 2016 sulle seguenti conclusioni delle parti.

PARTE APPELLANTE

"voglia la Corte Ecc. ma:

1. Dichiarare la nullità delle operazioni, degli ordini e dei contratti conclusi tra le parti in data 26-30.09.1997 relativi alla compravendita delle obbligazioni della Repubblica Argentina indicate nelle premesse dell'atto di citazione, denominate Argentina 2004 (9% - 7,50%) step down, e in data 13.06.2001 relativo alla compravendita delle obbligazioni Parmalat ECU FRN EUR, per violazione di norme imperative anch'esse indicate nelle premesse e condannare la Banca convenuta al rimborso a favore degli attori della somma complessiva pagata pari ad euro 56.829,45 (cinquantaseimilaottocentoventinove/45 euro) o comunque di quella diversa somma che risulterà dovuta, al netto delle cedole incassate, con gli interessi legali alla data del pagamento al saldo.

2. In via subordinata: dichiarare risolti per fatto e colpa della convenuta i contratti e gli ordini di cui sopra, in conseguenza della violazione da parte della Banca convenuta degli obblighi comportamentali imposti dalla normativa prevista in materia e richiamata nell'atto di citazione. Per l'effetto condannarla al pagamento, in via risarcitoria, dell'importo pagato dagli attori, somma maggiorata degli interessi legali e delle cedole che sarebbero maturate fino alla scadenza dei titoli - detratte le cedole incassate - ovvero al pagamento di quella diversa somma che sarà ritenuta di giustizia. Con la rivalutazione monetaria.

3. Con la rifusione delle spese e degli onorari del doppio grado di giudizio".

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

PARTE APPELLATA

Precisa le conclusioni riportandosi alle conclusioni rassegnate in comparsa di costituzione e risposta depositata in data 28.12.2011, che di seguito si trascrivono:

“Nel merito, in via principale:

confermarsi la sentenza emessa dal Tribunale di Venezia n. omissis del 16.04.2011 e, comunque, respingersi le domande proposte dagli Appellanti nei confronti di INVESTITORI ed in particolare:

a) rigettarsi, anche per i fatti esposti in narrativa, comunque tutte le domande Attoree in quanto infondate in fatto e diritto;

b) rigettarsi, anche ai sensi dell'art. 1225 c.c., le domande Attoree;

c) rigettarsi, anche ai sensi dell'art. 1227 c.c. II° comma, le domande Attoree o, comunque, limitare il risarcimento ai sensi del I° comma dell'art. 1227 c.c.; Nel merito, in via subordinata:

d) nella denegata ipotesi di accoglimento, anche parziale, della domanda di nullità e/o di risoluzione del contratto quadro e/o dei singoli acquisti condannarsi i signori INVESTITORI in solido tra loro, alla restituzione alla BANCA:

d1) dei titoli Argentina di cui alla presente causa e/o dei titoli Argentina derivanti dall'eventuale vendita volontaria e/o all'adesione all'Offerta Pubblica di Scambio (OPS) e/o all'Offerta Pubblica di Vendita (OPV) nonché del controvalore di tutte le cedole incassate dal 1999 ed in quelle successive anche in corso di incasso nelle more del presente giudizio maggiorate di interessi dai singoli incassi al saldo;

d2) dei titoli Parmalat di cui alla presente causa e/o dei titoli Parmalat derivanti dalla eventuale vendita volontaria e/o all'adesione all'Offerta Pubblica di concambio e/o all'Offerta Pubblica di Vendita nonché il controvalore di tutte le cedole incassate dal 2001 ad oggi ed in corso di incasso nelle more del presente giudizio maggiorate di interessi;

d3) di tutti i titoli compravenduti sui dossier titoli ora contraddistinto al n. omissis intestato ai signori INVESTITORI tramite l'intermediazione della banca convenuta, ovvero del loro valore attuale, dichiarandosi altresì la compensazione parziale tra l'importo che deve essere restituito dalla banca ai sensi dell'art. 2033 c.c. e quello relativo agli utili, plusvalenze, cedole ed ogni altra utilità percepita dagli attori derivante da tutte le operazioni effettuate dall'apertura dei depositi titoli de quo oltre interessi di legge dal momento della percezione sino al saldo;

e) nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande di Parte Appellante relative alla risoluzione e/o al risarcimento del danno accertare il reale danno subito dagli Appellanti tenendo conto delle cedole incassate dai titoli acquistati, del valore dei titoli oggetto di concambio derivante dall'adesione dell'offerte di scambio e/o vendita nonché del valore residuo dei titoli ancora in portafoglio tenendo anche in considerazione le singole cedole incassate maggiorate di interessi e dando ingresso anche eventualmente ad una CTU finalizzata a verificare, accertati i fatti di causa, acquisita ogni ulteriore documentazione o informazione ritenuta opportuna sulla base dei criteri che verranno individuati dal Tribunale, quale sia il valore residuo degli strumenti finanziari acquistati nel corso del rapporto con la banca dagli Attori e nonché l'effettivo lucro conseguito dai medesimi nel corso del rapporto stesso con necessario confronto tra tale risultato e quello che i clienti avrebbero ricavato lasciando le disponibilità nel conto corrente e, comunque, tenendo presente il valore dei titoli originari nonché del valore dei titoli convertiti e delle cedole incassate oltre interessi dai singoli incassi al saldo;

f) accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione degli interessi sulle somme investite ai sensi dell'art. 2948 c.c. n. 4.

g) in ogni caso condannare i signori INVESTITORI a pagare, in solido tra loro, gli onorari, le spese ed i diritti di causa oltre accessori di legge.

Per mero scrupolo defensionale si insiste per le istanze già formulate nel giudizio di primo grado e, quindi,

In via istruttoria:

Si chiede, infine, che la Corte d'Appello voglia - laddove non ritenga già decaduta Controparte non avendo assolto l'ordine ad essa impartito nel giudizio di primo grado - ordinare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 210 c.p.c. ai signori INVESTITORI di voler produrre la copia del contratto quadro in loro possesso sottoscritto dalla banca in data 31.10.1997.

Si insiste nell'assunzione di testi signori INVESTITORI sui seguenti capitoli di prova:

1) "Vero che ho lavorato presso l'agenzia omissis tra il mese di giugno 1997 ed il mese di dicembre 2001";

2)"Vero che in data 26.9.1997 il signor si è recato in filiale per acquistare titoli Argentina";

3)"Vero che, in tale occasione, il signor mi ha chiesto di acquistare titoli argentina per l'importo nominale di lire 50.000.000";

4)"Vero che in tale occasione, ho informato il signor INVESTITORE delle caratteristiche dell'operazione dallo stesso richiesta";

5)"Vero che, in particolare, ho evidenziato al signor INVESTITORE che il tasso di una obbligazione è inversamente proporzionale alla solidità economica del soggetto emittente";

6)"Vero che il signor INVESTITORE ha compreso che le obbligazioni argentine erano differenti rispetto alle obbligazioni di stato italiano";

7)"Vero che il signor INVESTITORE mi ha confermato di voler eseguire l'ordine di acquisto";

8)"Vero che il signor INVESTITORE ha manifestato la propria volontà di conferire l'ordine di acquisto";

9)"Vero che nel corso dell'ottobre 1997 i signori INVESTITORI hanno chiesto di accendere un deposito titoli cointestato";

10)"Vero che i signori hanno sottoscritto il contratto che mi viene mostrato quale documento 4 del fascicolo";

11)"Vero che ho consegnato copia del contratto che mi si mostra in copia quale documento 4 sottoscritto dai funzionari della Banca";

12)"Vero che nel corso dell'ultimo trimestre 1997 il signor INVESTITORE mi ha chiesto di trasferire i titoli ad esso intestati sul dossier omissis sul nuovo dossier omissis intestato anche alla signora OMISSIS";

13)"Vero che ho eseguito il giro dossier richiesto dal signor INVESTITORE,

14)"Vero che nel gennaio 1999 il signor INVESTITORE mi ha chiesto di estinguere il rapporto titoli solo a lui intestato e contraddistinto dal n. OMISSIS";

15)"Vero che nel gennaio 1999 ho estinto il rapporto titoli solo intestato al signor INVESTITORE avente n. OMISSIS ed ho girato i titoli sul dossier cointestato ai signori contraddistinto dai n. OMISSIS";

16)"Vero che in data 13.6.2001 il signor INVESTITORE si è recato in filiale";

17)"Vero che, in tale occasione, il signor INVESTITORE mi ha chiesto di acquistare obbligazioni Parmalat per l'importo nominale di euro 30.000,00 in forza del contratto quadro n. omissis concluso in data 31.10.1997";

18)"Vero che in tale occasione ho informato il signor INVESTITORE delle caratteristiche dell'operazione dallo stesso richiesta";

19)"Vero che in particolare ho evidenziato al signor INVESTITORE che il tasso di una obbligazione è inversamente proporzionale alla solidità economica del soggetto emittente";

20)"Vero che il signor INVESTITORE ha compreso che le obbligazioni Parmalat erano differenti rispetto alle obbligazioni di stato italiano";

21)"Vero che il signor INVESTITORE mi ha confermato - preso atto dell'avvertimento della inadeguatezza dell'operazione - di voler eseguire l'ordine di acquisto";

22)"Vero che il signor INVESTITORE ha manifestato la propria volontà di conferire l'ordine di acquisto".

MOTIVI DELLA DECISIONE

In fatto

La causa ha ad oggetto i due acquisti di strumenti finanziari compiuti dai coniugi INVESTITORI tramite la banca intermediaria Cassa di Risparmio omissis nelle date e per gli importi in appresso indicati:

1) 26-9-1997 n. 50.000 obbligazioni Argentina 2004 (9,25% - 7,00%) *step down*, al prezzo di 101,60 con commissione pari allo 0,40%, per il controvalore di lire 50.800.000, pari ad euro 26.236,00;

2) 13-6-2001 n. 31.000 obbligazioni Parmalat ECU FRN EUR con scadenza 16-4-2005 per l'importo addebitato nel conto di euro 30.593,45.

In ordine al primo acquisto i clienti lamentavano la mancanza della previa sottoscrizione del contratto di intermediazione finanziaria (c.d. contratto-quadro) e chiedevano la declaratoria di nullità dell'operazione con restituzione della provvista versata per l'acquisto "al netto delle cedole incassate".

Con riferimento al secondo acquisto gli attori allegavano la mancanza nel contratto di intermediazione finanziaria della sottoscrizione della banca e chiedevano, in conseguenza, la dichiarazione di nullità anche dell'operazioni in titoli Parmalat, con restituzione degli importi a suo tempo versati.

In via subordinata gli attori chiedevano l'accertamento della responsabilità per inadempimento della banca in ragione della violazione della disciplina normativa in tema di acquisti "inadeguati".

Con la sentenza qui impugnata il tribunale ha disatteso tutte le domande delle parti attrici.

Il primo giudice ha respinto la domanda relativa ai titoli argentini assumendo che era onere dei clienti dare la prova dell'inesistenza del contratto-quadro, prova che era mancata e che non poteva essere posta a carico della banca, anche atteso il decorso del termine quinquennale entro il quale gli istituti di credito hanno l'obbligo di conservare la documentazione inerente ai rapporti di intermediazione finanziaria ai sensi dell'art. 32 regolamento CONSOB.

Con riferimento all'acquisto di titoli Parmalat il tribunale ha ritenuto che la clausola recata dal contratto quadro, nella quale i clienti davano atto di aver ricevuto una copia del contratto debitamente sottoscritta da soggetto abilitato a rappresentare la banca, rappresentava una idonea prova della conclusione in forma scritta del contratto.

Il tribunale ha respinto anche le domande svolte in via subordinata e basate sull'inadempimento della banca, in quanto ha ritenuto che non sussisteva all'epoca dell'acquisto del 1997 l'obbligo di vagliare la "adeguatezza" delle operazioni e constatando in ogni caso la sottoscrizione da parte del **INVESTITORE** della clausola di inadeguatezza.

Del pari con riguardo all'acquisto di titoli Parmalat il tribunale ha osservato che l'ordine recava la clausola di inadeguatezza prevista dall'art. 29 regolamento CONSOB e che, comunque, alla stregua della precedente esperienza finanziaria dell'**INVESTITORE** e del profilo quantitativo degli ordini contestati, si trattava di operazioni del tutto adeguate.

IN DIRITTO

1. Il PRIMO MOTIVO si dirige avverso la statuizione con la quale il tribunale ha respinto la domanda di nullità dell'operazione d'acquisto in titoli argentini del 26.09.1997 per non essere la stessa stata preceduta dalla stipulazione del contratto-quadro.

Il tribunale ha ritenuto che era onere dell'attore fornire la prova dell'inesistenza del contratto o della mancanza di forma scritta di esso, nel mentre nessun onere di produzione del documento contrattuale poteva ravvisarsi in capo alla banca, atteso il decorso del termine quinquennale di cui all'art. 32 regolamento Consob dalla "chiusura del dossier".

Gli appellanti lamentano l'erroneità di una tale motivazione e la doglianza risulta fondata.

Va ricordato che, a mente dell'art. 30 del regolamento CONSOB 11522/98. (*e ratione temporis* della disciplina in allora in vigore: art. 18 D.Lgs 415/1996 e, precedentemente, art. 6 L. 1/1991) gli intermediari possono dar corso a operazioni di intermediazione finanziaria soltanto previa stipulazione del contratto quadro.

E neppure la banca, d'altronde, ha posto in dubbio l'esigenza della previa conclusione del contratto di intermediazione finanziaria per poter legittimamente compiere le operazioni come quelle oggetto di causa.

Ciò posto, è certo che a fronte della deduzione da parte dei clienti che l'operazione del settembre 1997 non era stata preceduta dalla stipulazione nella debita forma del contratto-quadro era onere della banca dare la dimostrazione in causa che quel contratto - contrariamente a quanto allegato dai clienti - era stato stipulato nelle forme di legge e che, dunque, l'operazione era stata posta in essere legittimamente dall'intermediario.

Sentenza, Corte d'Appello Venezia, Pres. Di Francesco- Rel. Santoro , 3 novembre 2016, n. 2477

La banca ha dedotto che L'INVESTITORE era originariamente titolare del dossier titoli contrassegnato dal n. omissis e che, "nel gennaio 1999 il dossier è stato estinto" (comparsa conclusionale, pag. 23) con apertura di un nuovo dossier (n. omissis) intestato congiuntamente al INVESTITORE e al coniuge, ove i titoli argentini vennero caricati.

Da tali circostanze la banca crede di poter far discendere lo spostamento dell'onere della prova circa la inesistenza del contratto-quadro in capo ai clienti.

In senso contrario va decisamente ritenuto che, al di là delle varie vicende a diverso titolo rievocate dalla banca, restano insuperati, in primo luogo, il dato, oggettivo e inequivoco, della mancanza della produzione in giudizio del contratto quadro e, in secondo luogo, il rilievo che la banca non ha neppure allegato di aver concluso in forma scritta il contratto quadro prima dell'operazione, dall'altra e di averlo successivamente smarrito.

Invero va constatato che non solo non è stato prodotto il contratto quadro antecedente all'effettuazione dell'operazione, ma - a veder bene - la banca non ha neppure espressamente allegato la precedente conclusione di esso, tanto che le istanze di prova articolate non mirano neppure a dare la dimostrazione della previa sottoscrizione del contratto quadro.

Alla luce di tale atteggiamento processuale risulta del tutto irrilevante l'invocato decorso del termine quinquennale stabilito dal regolamento Consob per la conservazione dei documenti bancari (oggetto del terzo motivo di appello, da ritenersi pertanto assorbito), in quanto: - non è stato neppure dedotto che il contratto fosse *illo tempore* esistente; - non sono stati nemmeno articolati mezzi istruttori diretti a dare in ogni caso la dimostrazione della previa sottoscrizione di quel negozio; - il rapporto con il cliente non era affatto "chiuso" in quanto, come allegato dalla stessa banca, era proseguito, sia pure con diversa numerazione e con l'aggiunta del coniuge del ; - in ogni caso il decorso del termine stabilito dal regolamento Consob non vale ad esimere la banca dalle conseguenze della mancata conservazione della documentazione bancaria in controversie nelle quali essa sia parte.

In definitiva, in assenza della prova della conclusione del contratto quadro è giocoforza ravvisare la nullità dell'operazione in titoli argentini a nulla rilevando le varie circostanze di fatto che la banca si è affannata ad invocare (iniziativa da parte del cliente, consegna del documento informativo, mancata contestazione da parte dei clienti di aver impartito l'ordine di acquisto, ecc.).

La sentenza va dunque sul punto riformata, con accoglimento della domanda in proposito formulata dalla parte qui appellante.

2. Con il SECONDO MOTIVO di appello si censura la sentenza gravata nella parte in cui ha respinto la domanda di nullità della operazione del 13-6-2001 di acquisto di obbligazioni Parmalat, sull'assunto che il contratto quadro, sebbene recante nel documento prodotto in causa la sottoscrizione esclusivamente dai clienti (e non dunque dalla banca), dovesse ritenersi sottoscritto anche dalla banca, in ragione della clausola presente nel documento versato in atti ("*prendiamo atto che un esemplare del presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto dai soggetti abilitati a rappresentarvi*").

Gli appellanti sostengono che, secondo la giurisprudenza, tale dichiarazione è inidonea a surrogare la mancanza di prova scritta richiesta *ad substantiam* non rivestendo neppure efficacia confessarla, avendo ad oggetto non un fatto, ma una qualificazione giuridica, ossia la sussistenza in capo al sottoscrittore del potere di rappresentanza.

2.1. Pur prendendo atto della pronunce richiamate in comparsa conclusionale dall'appellante in ordine alla nullità per carenza di sottoscrizione da parte della banca del contratto-quadro dalla stessa prodotto in causa (si tratta di Cass, 5919/16 e 7068/16) e delle altre decisioni pure assunte dal giudice di legittimità in materia (Cass.10331/2016; 8396/2016; 8395/2016), pare alla corte che la questione meriti un approfondimento.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012, registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

E' la stessa S. Corte, del resto, nella sua più recente decisione (Cass. 10331/2016), nonostante dichiararsi di voler aderire all'interpretazione accreditata da Cass. 5919/2016, a sottolineare che *"la predisposizione del contratto ad opera dell'intermediario e la teorica delle c.d. formalità di protezione possano indurre ad ulteriori riflessioni sul punto"*.

Non si tratta qui di riesumare le argomentazioni svolte dalla sentenza della S. Corte (Cass. 4564/2012) che il filone interpretativo inaugurato con la decisione n. omissis/16 ha ritenuto dichiaratamente non condivisibili, ma di apprezzare la specificità della nullità c.d. di protezione a legittimazione riservata rispetto alla figura generale di nullità del codice civile.

L'eccezione di nullità viene dedotta sulla scorta della previsione del primo comma dell'art. 23 t.u.f. (*1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo"*.) e si basa sulla legittimazione circoscritta al solo cliente stabilita dal terzo comma del medesimo articolo (*"3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente"*).

Come detto, tale concreta fattispecie sottoposta al giudizio della corte (contratto-quadro recante la sottoscrizione del cliente, ma non quella della banca) sollecita un approfondimento sulla deducibilità della nullità c.d. di protezione nel caso concreto e una verifica della assimilabilità di tali ipotesi di nullità a quelle per le quali la invalidità per difetto di forma è stabilita la legittimazione generale di qualunque interessato.

Occorre muovere dal rilievo - di natura sostanziale - che la funzione solo informativa del requisito della forma scritta del contratto quadro si traduce, sul piano processuale, nella legittimazione dell'unico soggetto al quale è riconosciuto un interesse a dedurre in giudizio la nullità negoziale, in ragione della asimmetria della sua posizione, rispetto all'intermediario finanziario. E a riprova di ciò, si consideri che la previsione del rilievo officioso della nullità trova un limite anche nell'accertamento del giudice, che non può dichiararla, ancorché l'abbia rilevata (Cass. s.u. 12-12-2014, n. 26242), segno evidente che la legittimazione *ex uno latere* si traduce nel processo in un limite anche per il giudice.

La legittimazione generale all'azione di nullità (art. 1421 c.c.) vale, infatti, a connotare la previsione di una determinata forma ai fini della validità del contratto in termini di indispensabilità che la manifestazione della volontà negoziale si estrinsechi nella forma stabilita dalla legge, pena la radicale invalidità del negozio da qualunque interessato denunciabile senza limiti di tempo (art. 1422 c.c.).

In tali ipotesi, dunque, il legislatore richiede che, al fine di porre in essere un atto di autonomia contrattuale in grado di essere tutelato dall'ordinamento giuridico, la volontà delle parti, per evidenti esigenze superindividuali di certezza dei traffici e connesse anche al sistema pubblicitario pure in tali ambiti previsto, sia espressa nella forma scritta e soltanto in questa.

Nelle ipotesi, come quella che ne occupa, nelle quali la legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità del negozio è circoscritta a una parte soltanto deve conseguentemente ritenersi che la forma prevista non sia un requisito indefettibile della manifestazione della volontà contrattuale dettato da preminenti esigenze di indole pubblicistica, 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 alla azione di qualsiasi terzo interessato alla sua caducazione né alle consuete conseguenze del rilievo officioso da parte del giudice.

Tale rilevante differenza sta ad evidenziare che la imposizione della forma stabilita dall'art. 23 cit. (come nelle altre ipotesi di nullità di protezione: art. 127 t.u.b., art. 36 codice consumo) trova la propria ragion d'essere e, ad un tempo, il proprio limite di operatività nella protezione di una parte, ritenuta dal legislatore bisognosa di tutela in ragione della sua posizione di soggetto non qualificato, non professionista, non dotato di particolari cognizioni tecniche, a fronte di una controparte professionalmente dedita allo svolgimento di attività tecniche che necessitano di peculiari conoscenze e informazioni.

L'interesse generale e superindividuale pure certamente presente anche in tali fattispecie e alla base della previsione della nullità viene peraltro tutelato solo in via indiretta attraverso la valutazione della parte legittimata ed è per tale ragione che in siffatte ipotesi la officiosità prevista dall'art. 1421 c.c. , come insegnato nel più recente orientamento delle sezioni unite della S. Corte, non può che limitarsi al rilievo della nullità, rimettendo poi la relativa pronuncia *"al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela"*.

Ciò conforta la tesi, ormai accreditata, che la funzione della previsione di tale nullità vada principalmente rinvenuta nella esigenza di assicurare al cliente una adeguata informazione, garantendogli che, attraverso la formalizzazione scritta degli obblighi della banca e dei diritti dell'investitore, costui sia posto in grado di avere un termine chiaro e indiscutibile di riferimento idoneo a colmare quella asimmetria informativa che connota siffatti rapporti contrattuali.

Se questa è, dunque, la funzione che la previsione di forma stabilita dall'art. 23 t.u.f. mira ad assicurare, pare agevole individuarne anche il concreto ambito di operatività.

In altri termini, la deduzione della nullità da parte del cliente nella concreta fattispecie sottoposta alla corte si poggia su di una indispensabilità che la volontà contrattuale di entrambi i contraenti sia estrinsecata per iscritto non ricavabile dalla funzione essenziale della disciplina normativa, tutta imperniata sulla tutela che la forma scritta è in grado di assicurare ad una sola delle parti (alla quale riserva la esclusiva legittimazione ad agire).

Ne viene pure che la trasposizione quasi meccanica operata dalla S. Corte nelle richiamate sentenze dei principi declinati dalla giurisprudenza in tema di previsioni di forma scritta *ad substantiam* non risulta condivisibile,

Certamente poi una tale nullità non può ravvisarsi nel caso in esame, nel quale la posizione del cliente si è incentrata sul mero dato della mancanza di sottoscrizione da parte della banca al contratto, limitando così la rilevanza della questione alla verifica della esternazione nelle forme prescritte dalla legge della volontà contrattuale non propria, ma della Banca.

Va rimarcato tale aspetto: il cliente non si è doluto di non aver prestato un consenso informato alla conclusione del contratto, né ha addotto che sia carente un documento contrattuale che rappresenti puntualmente le sua volontà negoziale e neppure ha potuto sostenere che il rapporto non si sia svolto regolarmente e che la banca non abbia dato corso all'esecuzione di esso, ma si è unicamente avvalso della legittimazione di cui al terzo comma dell'art. 23 t.u.f. per dedurre ed eccepire la mancanza della sottoscrizione in calce a quel contratto da parte della Banca.

Ponendosi nella prospettiva della funzione che alla previsione di forma è stata assegnata dal legislatore l'eccezione del cliente circa la mancanza di sottoscrizione della banca non può che risultare del tutto priva di fondamento, siccome non pertinente all'esigenza che quella prescrizione formale è volta ad assicurare, finendo per trasformare un presidio 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.

Se dunque questo è il tratto caratterizzante la disciplina normativa non pare che la motivazione, pur così autorevolmente espressa nelle sentenze del S. Collegio innanzi richiamate, abbia affrontato la questione della differenza specifica fra la nullità di ordine generale e quella speciale prevista nell'art. 23 cit., operando una poco condivisibile assimilazione di questa a quella.

Il collegio ritiene pertanto che non sussistano sufficienti ragioni per discostarsi dal suo precedente orientamento e che la invocata nullità del contratto quadro, in quanto in aperto contrasto con la ratio di essa, non può che risultare del tutto infondata, onde il motivo di appello sul punto non merita accoglimento.

2.2. Contrariamente a quanto assumono gli appellanti nella loro scrittura difensiva conclusionale, vieppiù l'orientamento di questa corte risulta applicabile al caso in disamina, volta che si consideri come la copia prodotta in causa è quella recante la sottoscrizione dei clienti e gli attori qui appellanti abbiano pure in quel documento dato atto "che un esemplare del presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto dai soggetti abilitati a rappresentarvi" (doc. 5 allegato all'atto di citazione) e che i clienti ebbero a riscuotere le cedole dell'importo di oltre 16.000 euro maturate dai titoli per circa sette anni prima di promuovere la presente controversia giudiziaria.

2.3. La domanda degli attori diretta alla declaratoria di nullità dell'operazione in titoli Parmalat per assenza del contratto quadro va dunque respinta e la sentenza sul punto merita conferma.

3. Gli appellanti hanno inoltre censurato la sentenza del tribunale anche per quanto riguarda il rigetto della domanda risarcitoria per inadempimento della banca agli obblighi di informazione.

Segnatamente il motivo di appello censura la sentenza di primo grado per aver:

- (a) ritenuto l'insussistenza all'epoca dei fatti dell'obbligo per la banca di vagliare la "adeguatezza" dell'operazione;
- (b) giudicato in ogni caso sufficiente la dichiarazione scritta dell'INVESTITORE di aver ricevuto informazioni sui rischi dell'operazione (doc. 1);
- (c) valutato come idonea la clausola, in assenza della specificazione dei motivi della ritenuta inadeguatezza e in presenza della "o" disgiuntiva nella formula "l'operazione non adeguata per tipologia, oggetto, dimensione o frequenza".

Va premesso che l'ordine di acquisto *de quo* reca la seguente dicitura: "Operazione non adeguata per tipologia, oggetto, dimensione o frequenza. Prendo atto delle avvertenze, intendo comunque eseguire l'operazione" (doc. 7 Banca).

Ciò posto, mette conto ricordare che, secondo la più recente giurisprudenza della S. Corte in tema di "clausola di inadeguatezza" (Cass. 6/6/2016, n. 11578): non sia obbligatoria l'integrale esplicitazione scritta dell'avvenuto assolvimento degli obblighi di segnalazione dell'inadeguatezza, "essendo sufficiente il riferimento alla circostanza dell'aver l'intermediario rivolto le avvertenze al cliente, ottenendone l'ulteriore richiesta di eseguire comunque l'operazione".

Soggiungono i giudici di legittimità che «occorre considerare che l'ordine scritto di eseguire l'operazione in strumenti finanziari necessariamente li identifica, onde appare sufficiente che il cliente, sottoscrivendolo, attesti pure di esserne stato dissuaso: l'indicazione dell'adempimento dell'obbligo della banca circa l'aver essa reso le "avvertenze" soddisfa l'esigenza probatoria, quale modalità tipica - produzione in giudizio dell'ordine stesso - predisposta ad integrare la prova (presuntiva) dell'esistenza dell'avvertimento di inadeguatezza».

E la S. Corte conclude sul punto osservando che «la norma impone di rendere note le avvertenze in qualsiasi forma, posto che solo l'an delle medesime va attestato per iscritto. A questo punto,

Sentenza, Corte d'Appello Venezia, Pres. Di Francesco- Rel. Santoro , 3 novembre 2016, n. 2477

tuttavia, ove il cliente allegghi l'inadempimento rispetto agli obblighi informativi da rendere oralmente, contestando che le avvertenze ricevute fossero adeguate ad assolvere agli obblighi sub a) e sub b) [a) valutare l'operazione richiesta sotto i profili ivi indicati (tipologia, oggetto, frequenza, dimensione; b) fornire al cliente dettagliate spiegazione e ragioni che, sotto gli stessi profili, sconsigliano l'operazione] allora la banca resta onerata dal dimostrare che, viceversa, ad essi sia stata adempiente.

Al riguardo questa Corte ha, invero, già chiarito come l'onere probatorio gravante sull'intermediario finanziario in ordine alle informazioni da somministrare all'investitore è commisurato alla deduzione di inadempimento formulata da quest'ultimo, in sede di contestazione della lite e di successiva precisazione-modificazione del thema decidendum e probandum, onde è onere dell'investitore indicare le informazioni che assuma di non aver ricevuto ed onere della banca provare di averle, invece, fornite » (Cass. 21 marzo 2016, n. 5514).

Le motivazioni espresse dal giudice di legittimità sono pienamente condivise da questa corte che le fa proprie,

Alla luce di tale insegnamento e facendone concreta applicazione nella fattispecie a giudizio, occorre ritenere, dunque, che:

-la clausola utilizzata è di per sé sufficiente a far presumere l'adempimento da parte della banca all'obbligo sulla stessa gravante di segnalazione dell'inadeguatezza,
-è onere del cliente individuare le informazioni che si duole non aver ricevuto, in modo che la banca possa fornire la prova di averle invece somministrate.

Senonché è inevitabile constatare che i qui appellanti non hanno indicato di quali informazioni relativamente all'inadeguatezza dell'operazione non sono stati messi al corrente e che, se avessero ricevuto, avrebbero diversamente assunto la sua decisione di dare corso all'operazione.

Il motivo contenuto nell'atto di appello è incentrato sulla dizione letterale della clausola di inadeguatezza, quasi che da essa soltanto dipendesse l'assolvimento degli obblighi stabiliti dall'art. 29 regolamento CONSOB a carico della banca, nel mentre - per quanto innanzi ritenuto sulla scorta dell'insegnamento della s. corte - è "sufficiente il riferimento alla circostanza che dell'avere l'intermediario rivolto le avvertenze al cliente".

In assenza di una minimamente puntuale e specifica deduzione da parte degli attori qui appellanti, circa le informazioni che assumano di non aver ricevuto occorre ritenere l'infondatezza del motivo di appello in disamina che deve, pertanto, essere respinto (con conseguente assorbimento della censura relativa alla ritenuta insussistenza dell'obbligo di vagliare la adeguatezza dell'investimento).

4. Mentre vanno dunque respinte le richieste sia di nullità che risarcitorie relative ai titoli Parmalat, essendo infondati i motivi in proposito formulati con l'impugnazione, in accoglimento del primo motivo di appello va dichiarata la nullità dell'operazione dell'operazione in titoli argentini per carenza di un preesistente contratto di intermediazione finanziaria.

5. A fronte della conseguente domanda di "rimborso a favore degli attori della somma complessiva pagata pari ad euro 56.829,45 o comunque di quella diversa somma che risulterà dovuta al netto delle cedole incassate", la banca ha contrapposto due domande restitutorie.

5.1. La prima ha ad oggetto la condanna dei clienti "alla restituzione alla Cassa di Risparmio omissis di) dei titoli Argentina di cui alla presente causa e/o dei titoli Argentina derivanti dall'eventuale vendita volontaria e/o all'adesione all'Offerta Pubblica di Scambio (OPS) e/o all'Offerta Pubblica di Vendita (OPV) nonché del controvalore di tutte le cedole incassate dal 1999 in quelle successive anche in corso di incasso nelle more del presente giudizio maggiorate di interessi dai singoli incassi al saldo.

5.2. La seconda domanda mira alla restituzione *"d3) di tutti i titoli compravenduti sui dossier titoli ora contraddistinto al n. omissis intestato ai signori INVESTITORI tramite l'intermediazione della banca convenuta, ovvero del loro valore attuale, dichiarandosi altresì la compensazione parziale tra l'importo che deve essere restituito dalla banca ai sensi dell'art. 2033 c.c. e quello relativo agli utili, plusvalenze, cedole ed ogni altra utilità percepita dagli attori derivante da tutte le operazioni effettuate, dall'apertura dei depositi titoli de quo oltre interessi di legge dal momento della percezione sino al saldo"*.

5.3. Con riferimento a tale seconda domanda, essa si basa sul presupposto che, venuto meno il rapporto di intermediazione finanziaria a seguito della dichiarazione di nullità del contratto quadro, tutte le somme versate dai clienti, i titoli acquistati per loro conto (ovvero il loro controvalore), le utilità da questi e prodotte devono essere retrocesse con elisione delle partite debitorie e creditorie contrapposte.

Senonché, va tenuto presente che è stata dichiarata esclusivamente la nullità dell'operazione in titoli argentini che, per espressa deduzione della banca, era stata compiuta nel precedente dossier titoli (n. omissis) e che i titoli in questione vennero poi trasferiti su di un altro dossier (n. omissis). Orbene la richiesta di retrocessione di tutti i titoli sul dossier titoli *"ora contraddistinto al n. omissis"* non può trovare accoglimento, in quanto varrebbe quanto porre nel o nulla ed integralmente un rapporto del quale non è stata ravvisata la carenza documentale (come detto concernente unicamente l'acquisto titoli argentini compiuto sui dossier omissis).

La domanda, in altri termini, non tiene conto della validità del rapporto instauratosi con il contratto quadro a partire dalla data dello stesso, ossia 31-10-1997 e avrebbe dovuto essere conformata in funzione del periodo antecedente a tale negozio, ma mirando a ottenere indiscriminatamente la restituzione di ogni posta relativa al rapporto omissis va respinta.

5.4. Con riferimento alla prima domanda, la stessa parte appellante ha chiesto la deduzione dell'importo delle cedole maturate rispetto alla somma che la banca è tenuta a restituire, così riconoscendo che i frutti della cosa oggetto di ripetizione d'indebito spettano alla banca (in tal senso dovendosi intendere quella richiesta della parte appellante di condanna della banca alla restituzione della somma versata per l'acquisto dei titoli *"al netto delle cedole incassate"*).

Quanto all'importo che la banca ha allegato essere stato ricavato dai clienti a seguito della vendita dei titoli argentini nel corso del 2013, come allegato e documentalmente dimostrato all'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni, gli appellanti hanno replicato assumendo che si tratta di fatto irrilevante, in quanto *"tali incassi non riguardano il merito di questa causa, ma semmai l'esecuzione dell'emananda sentenza"*.

E, dunque, in riferimento all'importo che la banca ha dedotto (e pure documentato) essere stato ritratto dagli attori qui appellanti a seguito della alienazione dei titoli argentini (ovvero del loro scambio con le offerte pubbliche dello Stato argentino) non può ritenersi sussistente una effettiva contestazione da parte dei clienti, in quanto costoro si sono limitati a una contestazione in ordine alla *"rilevanza"* di tali introiti, ma ne hanno sostanzialmente riconosciuto l'effettiva sussistenza.

D'altronde, che non si tratti di circostanze prive di rilievo in questo processo è evidente, sol che si consideri la domanda della banca di restituzione dei titoli argentini (ovvero se alienati del loro controvalore) e la previsione dell'art. 2038 c.c. con riferimento alle ripetizioni conseguenti al venir meno del titolo giustificativo dell'attribuzione in ipotesi di alienazione della cosa da restituire.

Ne viene che, ritenuti non contestati gli importi per le cedole maturate e per i corrispettivi della alienazione dei titoli argentini, per complessivi € 16.648,51, la condanna a carico della banca va pronunciata per la somma di € 9.587,49 corrispondente alla differenza fra la somma versata dai clienti per l'acquisto dei titoli argentini (€ 26.236,00) e l'importo delle cedole maturate e del

Sentenza, Corte d'Appello Venezia, Pres. Di Francesco- Rel. Santoro , 3 novembre 2016, n. 2477

controvalore ritratto dagli appellanti a seguito dell'alienazione dei titoli che sono tenuti a restituire, oltre agli interessi al saggio legale dalla data del pagamento al saldo. In proposito non può ritenersi in buona fede l'intermediario, atteso che è stata la violazione da parte sua della disciplina che ne regola l'attività a causare la nullità dell'operazione e così il venir meno del titolo attributivo.

6. Tutte le residue domande le parti non possono trovare accoglimento e vanno disattese, così come le istanze istruttorie formulate, del tutto irrilevanti ai fini del decidere.

7. Le spese processuali, liquidate sulla base del criterio del c.d. *decisum*, seguono la soccombenza della banca appellata.

PER QUESTI MOTIVI

in accoglimento per quanto di ragione dell'appello proposto dall'INVESTITORE avverso la sentenza n. omissis/2011 del tribunale di Venezia e in parziale riforma di tale sentenza,

condanna la banca appellata a pagare agli appellanti la somma di € 9.587,49 oltre agli interessi al saggio legale dalla data della pagamento al saldo;

condanna la appellata a rifondere alla parte appellante le spese processuali di entrambi i gradi di giudizio da questa sostenute e che liquida in € 3.000,00 per compenso quanto al primo grado e in € 1300,00 per compenso quanto al presente grado d'appello, oltre al rimborso forfettario delle spese generali pari al 15% ai sensi dell'art. 2, co. 2, D.M. 55/2014 e degli oneri fiscali e previdenziali se e come per legge dovuti;
Venezia, 18 ottobre 2016.

Il consigliere est.

Guido Santoro

Il presidente

Paola Di Francesco

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