



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NAPOLI

Quarta Sezione Civile

Il Collegio della Quarta sezione civile del Tribunale di Napoli

Dott. Margherita d'Amore
Don. Efisia Gaviano
Doli. Ettore Pastore Alinante
ha pronunciato la seguente

Presidente
Giudice est.
Giudice

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 37278 del ruolo gen. degli affari contenziosi per l'anno 2004, avente ad oggetto: pagamento somme

*****, in proprio e nella qualità di erede della signora *****, ***** ***** in proprio e nella Qualità di erede della signora *****, *****, nella qualità di eredi della signora *****, rappresentati e difesi - come da procura a margine dell'atto di citazione - dall'avvocato Luigi Imperlino, ed elettivamente domiciliate presso lo studio del predetto ih Napoli alla via San Carlo n.26;

BANCA (...), in persona del proprio Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante (...), quale incorporante della società BANCA (...), rappresentata e difesa - come da procura in calce alla comparsa di costituzione - dagli avvocati (...) ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, alla Via (...)

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Le parti hanno concluso come in atti ed in particolare come dalle memorie depositate, che in questa sede si intendono per integralmente trascritte

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con atto di citazione ritualmente notificato, *****, in proprio e nella qualità di erede della signora *****, ***** in proprio e nella qualità di erede della signora *****, *****, nella qualità di eredi della signora *****, avevano convenuto in giudizio Banca *****

Avevano evidenziato gli attori nel suddetto atto introduttivo:

- che nel giugno del 2000 i coniugi *****, già clienti di Banca *****, avevano manifestato l'intenzione di effettuare investimenti coerenti con le loro caratteristiche di piccoli risparmiatori, che, non mettessero a repentaglio il capitale e che dessero un rendimento costante nel tempo;

-che invece era risultato che i predetti, su consiglio di un promotore finanziario Banca *****, avevano effettuato un investimento su titoli obbligazionari acquistati fuori dai mercati internazionali e, in particolare, nel mese di settembre del 2000, risultavano acquistati titoli obbligazionari Viatel 99/09 all' 11.50%, con scadenza 15.3.2009, nella misura di euro 39.394,65;

-che analogamente era accaduto all'attrice Rossella Santoro la quale, pur avendo manifestato le stesse intenzioni dei genitori in quanto piccola risparmiatrice, si era trovata ad avere investito nei suddetti titoli obbligazionari Viatel 99/09, che aveva acquistato nella misura di euro 4.170,26, sempre su consiglio del medesimo promotore;

- che nel settembre 2003 decedeva la signora *****, cui succedevano il coniuge, sig. *****e le figlie, *****;

-che successivamente all'acquisto di cui si è detto, i titoli obbligazionari Viatel avevano iniziato ad accusare perdite di rendimento e che, nel gennaio del 2001, la Standard e Poor, primaria società mondiale di revisione, aveva abbassato di ben quattro tacche il *rating* dei titoli Viatel da B3 a CAA2, parlando di rischi di insolvenza della società;

- che nel mese di aprile del 2001, a seguito del mancato pagamento da parte della Viatel della cedola del 15.4.2001 relativa alle obbligazioni al 12,75%, con scadenza il 2008, si era avuto il *default* del detto titolo;

-che la dichiarazione di insolvenza, che costituiva un evento di *default*, dava agli obbligazionisti il diritto di chiedere il rimborso immediato;

- che nel mese di febbraio del 2001 la Viatel aveva ufficializzato il proprio stato di insolvenza;

-che, a seguito della dichiarazione di *default*, Banca *****, in persona del suo Presidente, aveva dichiarato in vari articoli di stampa, di voler rimborsare i propri clienti titolari di *bonds* Viatel;

-che nel mese di maggio del 2002 la Viatel aveva annunciato un piano di ristrutturazione dei debiti, in forza del quale gli obbligazionisti avrebbero ricevuto, in cambio delle obbligazioni, delle azioni di nuova emissione della Viatel Holdings (Bermuda) Limited, che lo stesso liquidatore aveva stimato valere circa il 2-3% del nominale originario;

-che gli istanti, a seguito dei *default* non avevano ricevuto più alcuna cedola di interesse;

- che vane erano state le richieste di chiarimenti rivolte al promotore finanziario;

- che gli istanti avevano diritto all'immediato rimborso dei titoli acquistati;

-che i coniugi Santoro, così come la signora Rossella Santoro, non erano mai stati informati del tipo di investimento ad altissimo rischio che si andava ad effettuare, né del conflitto di interessi esistente, né tali informazioni potevano essere desunte altrove, in mancanza di un prospetto informativo sulla società emittente;

-che, se avessero ricevuto le dette, informazioni, gli attori mai avrebbero effettuato tale tipo di investimento, inadeguato alla loro inesperienza nel campo ed agli obiettivi di piccoli risparmiatori;

-che i contratti conclusi dagli esponenti erano nulli, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt.23 TUF e 30 del regolamento Consob n.11522/98;

-che difatti nella fattispecie in esame non era dato sapere se fosse mai stato redatto alcun contratto per iscritto, dato che la convenuta Banca ***** non aveva mai adempiuto all'obbligo di consegna del contratto concluso con gli attori;

-che gli unici documenti relativi all'acquisto di cui trattasi da parte degli attori erano gli ordini di acquisto inviati da Banca ***** agli istanti ed allegati in atti;

-che la nullità dei contratti in questione discendeva anche dalla loro contrarietà all'esigenza di trasparenza dei servizi finanziari, che era esigenza di ordine pubblico;

-che gli attori, in violazione del disposto di cui all'art. 21 T.U.F., non erano mai stati informati correttamente sull'andamento dell'investimento, così come non lo erano stati al momento della proposizione dell'investimento stesso. Ancora, gli attori non erano stati messi in grado di valutare l'opportunità di effettuare interventi durante l'investimento, né di valutare correttamente la situazione, la natura dell'investimento, la confacenza dello stesso ed il grado di rischio;

- che al momento in cui erano stati effettuati gli acquisti di *bonds* Viatel, la situazione dell'emittente era già di grave difficoltà e, per tale motivo Banca ***** che pur conoscendo l'andamento del mercato aveva preferito imporre tali titoli, aveva violato il rapporto fiduciario con propri clienti;

- che Banca ***** avrebbe dovuto comunque segnalare l'inadeguatezza della operazione, ai sensi dell'art.29 del regolamento Consob n.11529;
- che nell'anno 2000 Banca ***** (all'epoca controllata da ***** per il 15%) aveva acquistato obbligazioni Viatel per 90 miliardi di lire da un collocamento guidato - tra gli altri- dalla ***** , che di Viatel era socia). Successivamente Banca ***** aveva inserito nel proprio portafoglio titoli le obbligazioni Viatel, sollecitandone la vendita direttamente e/o tramite i propri promotori finanziari;
- che l'intermediario, in quanto titolare di un proprio interesse, doveva attenersi alle disposizioni previste per l'ipotesi di conflitto di interessi, ponendo particolare attenzione all'obbligo di informare l'investitore sulla natura e l'estensione del suo interesse;
- che, nel caso in esame, Banca ***** non aveva informato gli investitori sulla la natura e l'estensione del suo interesse, data la connaturale conflittualità dell'operazione posta in essere; il tutto, in violazione dei disposto di cui all'art.27 del regolamento Consob n. 11522/98;
- che la convenuta aveva violato le disposizioni emanate dal regolamento Consob n.11522/98 in materia di operazioni su mercati non regolamentati;
- che, ex art. 23 u.c. del TUF, nei giudizi di risarcimento dei danni derivanti dallo svolgimento di servizi di investimento promossi dagli investitori, spettava all'intermediario provare di avere agito con la specifica diligenza richiesta;
- che la promessa di rimborso da parte del Presidente di Banca ***** , effettuata a mezza stampa ed integrante i presupposti della promessa al pubblico vincolante, di cui all'art.1989 c.c, non era stata mantenuta.

In forza di quanto sopra, gli attori avevano chiesto in via principale che, accertata e dichiarata la nullità dei contratti in questione, Banca *****venisse condannata al pagamento, a titolo di indebito oggettivo, in favore di ***** in proprio e nella qualità di erede di ***** e delle signore ***** , sempre nella detta qualità, della somma di euro 39.394,65, o di quella somma maggiore o minore accertata in corso di causa, nonché della somma di euro 4.170,26, ovvero di quella maggiore o minore risultata di giustizia, in favore di ***** in proprio. Il tutto, oltre al risarcimento del maggior danno, interessi legali e rivalutazione.

In via subordinata gli attori chiedevano che la convenuta venisse condannata al pagamento in favore degli attori delle somme come sopra indicate e dei relativi accessori, a causa dell'inadempimento da parte sua degli obblighi scaturenti dal disposto di cui agli art. 21 - 27 TUF, nonché di ogni altra disposizione prevista in materia di denuncia di conflitto di interessi, correttezza, diligenza e professionalità, a tutela degli investitori. In via ancor più subordinata la richiesta condanna doveva fondarsi sul disposto di cui all'art. 1989 c.c.

Si costituiva la Banca X ***** , quale incorporante della società Banca ***** e nella propria comparsa di costituzione anzitutto precisava che l'attività svolta da Banca ***** non era stata una attività di collocamento, ma solo ed esclusivamente di ricezione e trasmissione di ordini impartiti del tutto autonomamente dai clienti odierni attori. In forza di ciò ci si doveva rifare solamente alla disciplina di tale attività, al di là dei richiami impropri effettuati da controparte.

Tanto rilevato, la convenuta eccepiva l'incompetenza territoriale del giudice adito in favore di quello del Tribunale di Milano, in considerazione del fatto che nel contratto di conto corrente stipulato da ***** , così come nel contratto stipulato da ***** , entrambi ricollegati in rapporto di inscindibile strumentalità con i contratti di ricezione e trasmissione ordini dai predetti sottoscritti, al punto g) dell'art.8 era previsto che, per ogni controversia che fosse insorta tra il Correntista e la Banca, in dipendenza dei rapporti di conto corrente e di ogni altro rapporto di qualunque natura, il Foro competente era esclusivamente quello nella cui giurisdizione si trovava la dipendenza/sede centrale della Banca presso la quale si era costituito il rapporto, nella specie quindi, il Tribunale di Milano.

Con riferimento al merito la convenuta, in relazione alla doglianza formulata da parte attrice avente ad oggetto la nullità dei contratti ex art.23 del TUF e 30 del Regolamento Consob, eccepiva che la stessa era del tutto infondata in quanto proprio controparte aveva prodotto copia dei contratti per la

ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari stipulati da Banca ***** con gli attori e contenenti tutti i requisiti previsti dalla normativa regolamentare.

Ancora la convenuta rilevava che gli ordini d'acquisto di cui trattasi erano avvenuti mediante il sistema *phone banking* ed era per tale motivo che non vi era alcun modulo cartaceo che attestasse la sottoscrizione di cui trattasi. A tali ordini erano seguite le c.d. note informative, inviate al domicilio degli investitori entro i successivi sette giorni lavorativi successivi a quello di esecuzione dell'ordine.

In ordine al preteso conflitto di interessi, la convenuta rilevava che tale tesi era del tutto infondata. Invero, *****possedeva il 15% di ***** (società controllante Banca *****), per cui uno dei presupposti su cui si fondava l'assunto attoreo, relativamente al fatto che *****fosse presente nella compagine sociale di Banca ***** , si rivelava non rispondente al vero.

A ciò doveva aggiungersi che Banca *****non aveva acquistato in blocco le obbligazioni in questione, ma aveva trasmesso gli ordini di cui trattasi ad una pluralità di intermediari ed aveva acquistato i titoli da coloro i quali di volta in volta offrivano il miglior prezzo sul mercato.

Inoltre, non vi era stata alcuna induzione degli attori all'acquisto dei titoli in questione da parte di Banca ***** , in quanto l'esponente aveva ricevuto dai predetti determinati e specifici ordini di acquisto di obblighazioni Viatel, formulati in via del tutto autonoma, a mezzo del sistema "*phone banking*".

A ciò doveva aggiungersi che successivamente era stata inviata al domicilio dei clienti la nota informativa e che la stessa, in mancanza di specifico reclamo scritto da trasmettersi tempestivamente, doveva ritenersi approvata.

Ancora doveva tenersi presente che, solo a far data dalla fine del mese di gennaio del 2001, quindi dopo circa quattro mesi dall'acquisto delle obbligazioni da parte degli attori, vi era stata una semplice segnalazione di una possibile revisione in negativo e non un abbassamento del *rating* da parte della agenzia Standard & Poor's, come erroneamente assunto da controparte. In forza di ciò doveva evidenziarsi che, quando gli attori avevano acquistato le obbligazioni Viatel (settembre-ottobre 2000), non esisteva il benché minimo elemento che potesse far presagire la successiva crisi dell'emittente.

In ordine poi alle ulteriori doglianze formulate da parte attrice, relative alla asserita violazione delle disposizioni di cui agli artt.21 del TUF e 26,28 e 29 del Regolamento Consob, la Banca evidenziava che gli attori (***** , nonché ***** dall'altro avevano dichiarato nelle rispettive schede anagrafiche di e di cui in atti di non voler fornire informazioni circa la propria situazione finanziaria di propri obiettivi di investimento. Ancora, nel contratto di ricezione e trasmissione ordini su strumenti finanziari avevano dichiarato di non avere informazioni da fornire in merito alla loro esperienza circa gli investimenti su strumenti finanziari e, in particolare ***** , avevano precisato di voler dar corso comunque alle operazioni in strumenti finanziari richieste sulla base del detto contratto, anche se le stesse potevano essere considerate non adeguate.

Altra considerazione da fare era che l'acquisto era avvenuto con il sistema "*phone banking*" e che le liquidità necessarie per l'acquisto delle dette obbligazioni erano state reperite attraverso la vendita di altre obbligazioni ad elevata rischiosità (a testimonianza della alta propensione al rischio degli attori). Inoltre i clienti avevano ricevuto regolarmente la nota informativa e l'acquisto delle obbligazioni era avvenuto presso il migliore offerente sul mercato.

In particolare poi per quanto riguardava specificamente la posizione di Rossella Santoro si doveva aggiungere che la stessa, nel contratto di negoziazione, raccolta di ordini e collocamento di valori mobiliari, aveva espressamente autorizzato Banca ***** ad effettuare operazioni in conflitto di interessi.

Rilevava ancora la convenuta che Banca ***** non aveva effettuato alcun riconoscimento di debito né aveva assunto alcun impegno nei confronti dei propri clienti in relazione alle perdite verificatesi sui titoli Viatel e che la tesi di controparte sul punto era priva di riscontro e quindi infondata.

Rilevava ancora la convenuta che Banca ***** non aveva effettuato alcun riconoscimento di debito né aveva assunto alcun impegno nei confronti dei propri clienti in relazione alle perdite verificatesi; sui titoli Viatel e che la tesi di

controparte sul punto era priva di riscontro e quindi infondata. L'unico dato reale di tutta la vicenda era semplicemente che la società Nuova Era SA (soggetto distinto da Banca *****) aveva sottoscritto con i promotori finanziari (soggetti terzi e distinti dai clienti) dei semplici patti di fedeltà.

Un ultimo aspetto preso in esame dalla convenuta ineriva alla inversione dell'onere probatorio prevista dall'art.23 u.c. del TUF e dedotta dalla controparte. Ebbene, Banca ***** deduceva di aver assolto all'onere di provare di aver agito con la specifica diligenza richiesta, ma tutto ciò non esonerava parte attrice dall'onere di provare il nesso di causalità tra l'asserito inadempimento ed il danno.

All'esito dello scambio delle memorie di rito, stante la richiesta di fissazione dell'udienza di comparizione formulata da parte attrice con apposita istanza ex art.8 d.lgs. n.5/2003, il giudice delegato provvedeva in tal senso.

Le parti depositavano le memorie conclusionali - che qui si intendono per richiamate - come previsto dal rito, ed all'udienza camerale del 23.11.2005 il Collegio, sentiti gli attori presenti: **** e *****, revocava il decreto depositato dal giudice delegato in data 4.7.2005 con riferimento alle determinazioni istruttorie ivi preannunziate e riservava la causa per la decisione, disponendo che la relativa sentenza fosse depositata entro i trenta giorni successivi. La causa veniva tuttavia rimessa sul ruolo in quanto questo Collegio aveva ritenuto di dover procedere con l'ausilio di un tecnico, formulando i seguenti quesiti: *-riferisca se sia possibile affermare che il signor **** abbia disposto l'acquisto delle obbligazioni Viatel con ordine inoltrato tramite il sistema "phone banking" (cfr. in particolare sul punto l'ordine riportato nell'allegato 7 della produzione di parte convenuta ed il disposto di cui all'art.63 Reg.to. Consob n.11522/98); - accerti, previa verifica dell'andamento e delle condizioni effettive del titolo obbligazionario di cui trattasi all'atto degli acquisti da parte degli attori; se le operazioni in questione potessero ritenersi "adeguate" ai sensi del disposto di cui all'art.29 commi 1 e 2 del richiamato Regolamento e se il promotore finanziario abbia agito nel rispetto della richiamata normativa ed in specie in osservanza delle regole comportamentali e di diligenza, proprie della sua professione; verifichi se, successivamente agli acquisti delle obbligazioni Viatel da parte degli attori, un opportuno, tempestivo e diligente esame dell'andamento delle stesse da parte del promotore, avrebbe potuto ragionevolmente indurre gli attori a disinvestire e con quali risultati economici concreti; - riferisca infine se, con riferimento alle operazioni in esame, ricorresse una ipotesi di conflitto di interesse da parte di Banca ***** spa e, in caso di esito positivo, se quest'ultima abbia agito nel rispetto di quanto disposto dall'art.21 c.1 lett.c) del T.U.F. e dell'art.27 del Reg.to Consob n.11 522/98.*

Conferito l'incarico al ctu, questi depositava la propria relazione e la stessa veniva esaminata dalle parti, le quali depositavano delle note che qui si intendono per riportate. All'udienza camerale del 21.2.2007 le parti si riportavano ai rispettivi atti ed alle richieste formulate, e questo Collegio si riservava per la decisione, con termine di giorni 30 per il deposito della relazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE. —Anzitutto, ritiene questo Collegio di dover esaminare l'eccezione di incompetenza territoriale formulata da parte convenuta, a fondamento della quale la predetta ha rilevato che nel contratto di conto corrente stipulato da *****, così come nel contratto stipulato da *****, entrambi ricollegati, in rapporto di inscindibile strumentatiti con i contratti di ricezione e trasmissione ordini dai predetti sottoscritti, era previsto che, per ogni controversia che fosse insorta tra il Correntista e la Banca, in dipendenza dei rapporti di conto corrente e di ogni altro rapporto di qualunque natura, il Foro competente sarebbe stato esclusivamente quello nella cui giurisdizione si trovava la dipendenza/sede centrale della Banca presso la quale si era costituito il rapporto, nella specie quindi, il Tribunale di Milano.

Orbene, ritiene questo Collegio che l'eccezione in esame debba essere disattesa, stante la natura vessatoria della clausola richiamata dalla Banca Bipielle, da ritenersi tale in quanto rientrante nella previsione di cui all'art.19 dell'art.1469 bis c.c.- applicabile al caso di specie in ragione della qualità delle parti, rispondente alla definizione di cui all'art. 1469 bis c.2 c.c. - che prevede proprio l'ipotesi in cui venga stabilita come sede del foro competente sulle controversie, una località diversa da quella di residenza o del domicilio elettivo del consumatore. A quanto sopra consegue quindi, da un lato

l'inefficacia della stessa clausola in base alla specifica previsione normativa di cui all'art.1469 *quinquies* c.c. e, dall'altro lato, l'applicabilità degli ordinari criteri di cui agli artt.18 e ssgg c.p.c.

Tanto premesso, si deve a questo punto rilevare che, come si evince dalla documentazione allegata in atti, in data 7.1.1997, ***** aveva sottoscritto con Banca ***** un "contratto di negoziazione, raccolta d'ordini e collocamento di valori immobiliari" ed analogamente, in data 6.3.2000, ***** avevano stipulato con la medesima Banca ***** un "contratto per la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari".

Il tutto, in ottemperanza al disposto di cui all'art.23 del d.lgs.n.58/98 che prevede a pena di nullità la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento ed accessori.

Ancora si deve rilevare che i suddetti contratti, in ragione del loro contenuto, risultano sostanzialmente conformi al disposto di cui all'art. 30 del Regolamento Consob n. 11522/98, il quale ribadisce che i servizi degli intermediari devono essere prestati solo sulla base di un apposito contratto scritto, del quale individua specificamente il contenuto.

Tanto rilevato in ordine a quelli che possono definirsi quali contratti cd. "quadro", si deve ora evidenziare che è pacifica tra le parti -ed è documentata da entrambe con la produzione delle note informative aventi ad oggetto la conferma dei rispettivi ordini - la circostanza che gli attori abbiano acquistato i titoli Viatel 99/09 rispettivamente *****e ***** in data 18.9.2000 per l'ammontare di euro 39.394,65 e ***** in data 11.10.2000 per l'ammontare di euro 4.170,26.

Ciò posto, si deve esaminare la doglianza sollevata da parte attrice ed avente ad oggetto la nullità dei singoli ordini in quanto non redatti in forma scritta. Il tutto, tenendo presente che, con riferimento a tale questione, la Banca si è difesa evidenziando che in entrambi i casi gli ordini erano stati impartiti telefonicamente e, quindi, con il sistema del cd. *phone banking*.

Orbene, in ordine a tale questione si deve anzitutto rilevare che per gli ordini di cui trattasi non è prevista necessariamente la forma scritta ed infatti, in forza di quanto previsto dall'art.30 c.2 lett.c) del Regolamento Consob n.11522/98, i contratti con gli investitori debbono indicare le modalità attraverso le quali l'investitore può impartire ordini ed istruzioni.

Tornando ai casi che ci riguardano, si deve a questo punto rilevare che, per quanto riguarda ***** , nella sezione A, art. a.1 n.2 era espressamente previsto in via generale che gli ordini dovessero di norma essere conferiti mediante l'utilizzo dei servizi bancari telematici; per quanto riguarda ***** , una previsione del tutto analoga era riportata all'art.1 c.3 del relativo contratto, con la precisazione di cui al comma 4 in forza della quale la Banca avrebbe altresì accettato ordini per iscritto, anche consegnati per il tramite di promotori finanziari a tal fine autorizzati, cui doveva seguire il rilascio di apposita attestazione cartacea.

Stabilito pertanto - in via generale e fatte salve le precisazioni di cui in seguito -che gli ordini in esame potevano essere legittimamente impartiti con il sistema *phone banking*, si deve a questo punto rilevare che l'attrice Santoro Rossella, nel corso dell'interrogatorio libero reso dinanzi a questo Collegio all'udienza camerale del 23.11.2005, ha confermato che il proprio ordine era stato impartito telefonicamente, sia pure se - materialmente - dal promotore- finanziario.

Diversamente ***** ha riferito di aver sottoscritto un modulo che tuttavia non gli era stato mai consegnato.

Orbene, per quanto riguarda quest'ultima posizione, ritiene il Collegio che - a fronte delle doglianze di parte attrice - l'onere di provare le modalità con le quali l'ordine in questione era stato impartito incombeva sulla Banca convenuta.

Ebbene, ritiene questo Collegio che quest'ultima non abbia compiutamente ottemperato al suddetto onere in quanto i codici riportati nella documentazione prodotta ed attestanti secondo l'assunto di Banca ***** la natura telefonica dell'ordine, non si prestano sicuramente ad una interpretazione univoca (come si può del resto desumere anche dalle argomentazioni del ctu sul punto, che qui si intendono per riportate) e, nello stesso tempo, risulta espressamente previsto in entrambi i richiamati contratti che - con riferimento agli ordini impartiti con l'utilizzo dei servizi bancari telematici - le registrazioni della banca, che allo stato non sono più nella disponibilità di quest'ultima, avrebbero fatto piena prova.

Del resto, la circostanza che la banca non sia tenuta per legge alla conservazione delle suddette registrazioni oltre un certo numero di anni, non comporta che la stessa sia sollevata dall'onere probatorio di cui si è detto, stabilito tra l'altro per espressa previsione contrattuale.

Ciò posto, si deve pertanto escludere - quanto meno per quanto debba ritenersi accertato sulla base delle emergenze processuali — che l'ordine di acquisto dei titoli Viatel sia stato impartito da ***** telefonicamente.

A tale affermazione non può che conseguire l'attendibilità di quanto riferito dall'interessato circa la sottoscrizione di un modulo, mai consegnatogli.

A fronte di ciò e della assoluta mancanza di prova contraria da parte della convenuta, fermo restando che non risulta prevista in relazione alla fattispecie in esame una esplicita previsione di nullità, deve ritenersi tuttavia che Banca ***** sia stata inadempiente con riferimento alla disposizione contrattuale di cui all'art. 1 punto 4 (in forza della quale al cliente, all'atto del ricevimento dell'investimento, deve essere rilasciata apposita attestazione cartacea), nonché più in generale ai principi di diligenza, correttezza e trasparenza, di cui all'art.21 d.lgs. n.58/98. Tornando ora alla posizione di ***** si deve rilevare che, se pure come si è avuto modo di rilevare, nella sezione A, art.a.1 n.2 del contratto da essa sottoscritto era espressamente previsto che gli ordini dovessero essere di norma conferiti mediante l'utilizzo dei servizi bancari telematici, si deve tuttavia porre in evidenza che tale criterio aveva solamente carattere generale, non valendo difatti proprio per la specifica ipotesi di cui trattasi.

Invero, l'art.a 2 della medesima sezione A prevedeva espressamente che la negoziazione di valori mobiliari, quotati nei mercati regolamentati, poteva avvenire fuori dai detti mercati soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dal cliente ed a condizione che fosse possibile realizzare un prezzo migliore nell'interesse dello stesso cliente.

Ebbene, nel caso di specie può ritenersi provato che l'ordine era avvenuto telefonicamente ed è evidente che l'operazione avesse riguardato operazioni eseguite fuori dai mercati regolamentati, così come chiaramente indicato nelle note informative aventi ad oggetto la comunicazione della esecuzione degli ordini. Conseguenza di quanto sopra è che l'ordine in questione debba ritenersi invalido (cfr.art.1352c.c.).

Tanto rilevato si deve evidenziare che la convenuta risulta altresì inadempiente con riferimento ad una serie di profili, oggetto di specifiche doglianze attoree.

Si deve a questo punto precisare, con riferimento a queste ultime, che il richiamo di parte attrice al carattere imperativo delle citate disposizioni del t.u.i.f. e del reg. Consob, non è sufficiente ad integrare l'ipotesi della nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. Ciò in quanto si dovrebbe dimostrare che tale causa di nullità riguarda la fase genetica di formazione del contratto di intermediazione, ovvero dei singoli negozi aventi ad oggetto gli ordini di acquisto di strumenti finanziari, e non, come invece sembra preferibile, quella -successiva- della esecuzione degli stessi.

Si deve difatti sottolineare che le disposizioni richiamate dall'attore sono prescrittive o impositive di obblighi di comportamento, consistenti nella informazione attiva e passiva cui la banca è tenuta in forza di un vincolo negoziale già sorto e che di regola non rileva, ai fini della validità del contratto, il carattere più o meno doveroso (ovvero l'esistenza di un interesse pubblico al corretto adempimento) di quegli obblighi, i quali rappresentano una specificazione del generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (v., in generale, Cass. n. 108/1997), la cui violazione, com'è noto, non si traduce in causa di invalidità dello stesso (v., anche di recente, Cass. n. 5974/2005).

Ancora si deve rilevare che il caso di specie nemmeno rientra tra le cosiddette nullità "virtuali" che sono ravvisabili quando sussiste una "difformità tra fattispecie e schema normativo" (cfr. Cass. n. 5114/2001), cioè di contrasto -accertato all'esito di un confronto per così dire "statico" - tra modello negoziale configurato dalla legge in astratto (con riguardo, ad esempio, ai requisiti soggettivi che devono essere posseduti da uno dei contraenti) e fattispecie realizzata dalle parti in concreto.

Nel caso in esame, diversamente, le disposizioni violate prescrivono obblighi comportamentali di cui si deve accertare in concreto l'esatto adempimento da parte della banca, alla luce dei parametri di diligenza stabiliti dalla legge (art. 1176, co. 2, c.c.), nell'ambito di un giudizio di responsabilità da inadempimento (cfr. sull'argomento - tra gli altri - Tribunale Roma, 11/31.3.2005; in causa r.g.n., 3841/2004; Trib. Roma, 8/27.10.2004 n. 29207, in causa r.g.n. n. 10071/2004).

Del resto, lo stesso art 1418 comma I c.c, nel prevedere le ipotesi di nullità virtuali da contrapporre a quelle testuali di cui al II comma, fa espressamente salvi i casi in cui è la stessa legge a prevedere un diverso rimedio a fronte della violazione del precetto imperativo.

Ebbene, come si è detto, nella specie si tratta di violazioni legate a norme di condotta, ossia a comportamenti imposti ex lege ai singoli contraenti e divenuti parte integrante dei relativi contatti, destinata in genere a provocare vizi non genetici - incidenti cioè sulla conclusione del contratto - bensì funzionali, inerenti quindi ad un contratto già perfezionato e strumentali a rimedi diversi dalla nullità, quale la risoluzione del contratto e/o il risarcimento da inadempimento.

E' del resto significativo che l'attore abbia dedotto proprio l'inadempimento della banca, la quale, secondo i principi generali in materia, avrebbe potuto dimostrare di avere agito con la diligenza richiesta dalla legge, ai sensi degli artt. 23, co. 6, del t.u.i.f. e 1218 c.c, cioè di avere acquisito le informazioni sugli strumenti finanziari ed i servizi di finanziamento offerti ai clienti, sulla loro esperienza e propensione al rischio (cd. informazione passiva) e di averli informati sulle caratteristiche e la adeguatezza o non-adequatezza delle singole operazioni finanziarie di investimento (cd. informazione attiva).

Ancora deve aggiungersi che il t.u.i.f. disciplina compiutamente i casi di nullità del contratto di intermediazione mobiliare (per mancanza di forma scritta e per rinvio agli usi) come nullità relative che possono essere fatte valere solo dal cliente (v. art. 23, co. 3, e, per i servizi di gestione di portafogli di investimento, l'art. 24) e, quindi, non dalla banca (né sono rilevabili d'ufficio dal giudice).

Ciò postò, ritenere che invece la violazione degli obblighi di informazione determini la nullità del contratto di intermediazione mobiliare, significherebbe introdurre una nuova ipotesi di nullità che, non solo non è stata prevista dal legislatore ma che, soprattutto, in quanto assoluta e rilevabile di ufficio, si presenterebbe più grave delle nullità che lo stesso t.u.i.f. ha previsto come (nullità) soltanto relative.

Se così fosse, inoltre, desterebbe forti perplessità il fatto che un sistema che, per le ipotesi ben più pregnanti e di certo incidenti sulla formazione dell'accordo, quali quelle legate alla trasparenza delle operazioni di intermediazione sottese al vincolo di forma, prevede, in modo esplicito, una nullità per così dire attenuata, colpisca al contrario delle violazioni inerenti obblighi di condotta con la nullità assoluta del contratto, nemmeno espressamente sancita.

Tanto rilevato, si deve ora passare all'esame delle doglianze attoree di cui trattasi. Orbene, gli attori hanno lamentato il fatto che non avevano ricevuto alcuna informazione circa il tipo di investimento ad altissimo rischio che si andava ad effettuare e che non era stato loro consegnato un prospetto informativo sulla società emittente.

In ordine a tale questione si deve anzitutto sottolineare che l'art. 28 c.2 del regolamento Consob n. 11522/98 prevede espressamente che: "gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento

Ebbene, a fronte della doglianza in esame incombeva su parte convenuta - così come espressamente previsto dall'art. 23 u.c. del d.lgs. n.58/98 - l'onere di provare di aver agito con la specifica diligenza prevista e quindi di aver fornito le informazioni di cui trattasi. Banca ***** tuttavia non ha fornito alcuna prova in tal senso, né può ritenersi in alcun modo utile al fine in questione la consegna

del generico documento informativo che gli attori hanno dichiarato di aver ricevuto all'atto della sottoscrizione del contratto cd."quadro".

A ciò si aggiunga che proprio in ragione dell'appartenenza dei titoli in questione alla categoria con grado di rischio più elevato (cfr. la relazione del ctu alla pg.24), le informazioni in esame avrebbero dovuto particolarmente specifiche ed esaustive.

Ancora, parte attrice ha lamentato l'inadeguatezza delle operazioni in esame in forza del disposto di cui all'art. 29 del richiamato regolamento Consob, il quale prevede che "gli intermediari autorizzati debbono astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione" dovendo, in tali casi, informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito ad "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".

Orbene, ritiene questo giudice che anche detto rilievo debba essere condiviso.

Il ctu ha difatti rilevato - e sul puntosi rimanda per un maggiore approfondimento -alla esaustiva relazione in atti - che la categoria in cui rientravano i titoli acquistata era quella con grado di rischio più elevato, che il rischio stesso richiedeva una attenzione specifica con monitoraggio continuo dei prezzi. La garanzia di capitali ed interessi era bassa sul lungo periodo.

Sulla base di tali elementi, e considerato altresì che la quotazione di titoli Viatel era in costante discesa e che erano molteplici i segnali che preannunciavano l'imminenza della crisi, il tecnico di ufficio ha escluso che l'operazione in esame fosse adeguata per gli attori.

A tal proposito del resto il ctu ha compiutamente rilevato che il possesso di titoli obbligazionari Depfa - come nel caso degli istanti - non significava un'alta propensione al rischio in quanto agli stessi corrispondeva un rischio modesto, corrispondente del resto ad una descrizione dell'emittente che menzionava una buona qualità e liquidità dell'attivo, un buon inserimento di mercato, una buona qualità del management, una solida capacità di copertura del debito ed obbligazioni di alta qualità. Né del resto era possibile affermare che la Banca possedesse dati storici utili al fine di poter definire un'alta propensione al rischio dei propri clienti.

Ciò posto, la convenuta non ha provato di aver informato gli investitori della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non sarebbe stato opportuno procedere alla esecuzione degli ordini di cui trattasi, né di aver provveduto all'acquisto attraverso ordini impartiti conformemente alle specifiche disposizioni di cui al richiamato art.29 (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).

Del resto, non potrebbe sicuramente valere una autorizzazione al compimento, di operazioni non adeguate che sia stata espressa in via generale, senza alcuna cognizione in ordine al caso specifico.

A tali considerazioni, si deve aggiungere che ai sensi dell' art.28 del richiamato Regolamento Consob è altresì previsto che "prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati," gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, circa la sua propensione al rischio".

Né può ritenersi utile al fine di esonerare il promotore dal fornire le informative di cui sopra, ovvero dall'astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate la circostanza che gli investitori, come nel caso di specie, non abbiano inteso fornire informazioni circa la loro situazione finanziaria, l'esperienza in materia e la propensione al rischio. Ciò in quanto l'art. 29 c.2 del Regolamento prevede espressamente che gli intermediari tengano conto non solo delle informazioni di cui all'art 28, ma anche di ogni altra informazione disponibile.

In sostanza il promotore non può trascurare tutta una serie di elementi quali l'età, l'attività lavorativa, i progressi investimenti e le conoscenze della materia effettivamente dimostrate, che -nelle fattispecie in esame- avrebbero dovuto indurre il promotore ad astenersi dall'investimento di cui trattasi.

Ebbene, alla luce delle considerazioni esposte deve ritenersi che la convenuta sia stata inadempiente anche sotto tale profilo.

In ordine infine alla questione del conflitto di interessi, il ctu ha avuto modo di rilevare che i rapporti tra ***** (capofila per il collocamento dei titoli in esame) ed Banca ***** erano consistenti nel senso che non solo il gruppo Morgan Stanley deteneva una partecipazione indiretta in Banca ***** , ma sia nei consigli di amministrazione della Holding che nella stessa Banca, nel periodo degli acquisti dei signori ***** , risultavano componenti appartenenti al gruppo ***** . Ancora, le predette Banche, come si evince dalla nota integrativa al Bilancio chiuso al 31.12.2000 di Banca ***** spa svolgevano affari reciproci ed ancora quest'ultima rappresentava la banca Corrispondente in Italia di ***** .

Ebbene, tali elementi inducono sicuramente a ritenere che le operazioni in esame rientrino nelle previsioni di cui all'art.27 del Regolamento Consob, che vieta del resto qualsiasi operazione con o per conto della clientela - se in conflitto di interesse - includendo quindi anche la ricezione e trasmissione di ordini.

Ciò posto - in mancanza di una qualsiasi prova sul punto - deve quindi escludersi che la convenuta abbia ottemperato agli oneri comportamentali stabiliti dalla richiamata norma, non potendosi del resto ritenere utile ad esonerarla - per quanto riguarda l'attrice ***** , l'aver genericamente e preventivamente autorizzato la Banca - nel contratto "quadro" stipulato - all'espletamento di operazioni in conflitto di interesse.

Tanto rilevato, stante l'accertato inadempimento da parte di Banca ***** spa, quest'ultima deve essere condannata al risarcimento dei danni in favore degli attori, che si ritiene di poter quantificare nell'esborso dagli stessi rispettivamente effettuato per l'acquisto dei detti titoli (euro 39.394,65 per ***** in, proprio e nella qualità ed euro 4.170,26 per *****).

Ritenuto di poter affermare che gli attori avrebbero comunque investito il denaro in questione, essendosi rivolti ad un promotore finanziario, alle suddette somme vanno aggiunti -ritenendo che costituiscano uri congruo risarcimento- gli interessi corrispondenti al tasso di interesse medio ricavabili dai Titoli di Stato acquistabili all'epoca degli ordini effettuati dagli attori.

Le spese di lite, ivi comprese quelle relative alla ctu seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, quarta sezione civile, definitivamente pronunziando nella causa civile avente 37278/04 e pendente tra ***** , in proprio e nella qualità di erede della signora ***** in proprio e nella qualità di erede della signora ***** , ***** , nella qualità di eredi della signora ***** , contro Banca ***** spa, ogni altra domanda ed eccezione disattesa, così provvede:

- accoglie la domanda formulata dagli attori e per l'effetto, accertato l'inadempimento della convenuta, condanna quest'ultima al pagamento della somma di euro 39.394,65 in favore di ***** , in proprio e nella indicata qualità, nonché di euro 4.170,26 in favore di ***** , in entrambi i casi oltre gli interessi corrispondenti al tasso di interesse medio ricavabile dai Titoli di Stato acquistabili all'epoca degli ordini rispettivamente effettuati dagli attori;

-condanna Banca ***** spa al pagamento delle spese di ctu, come liquidate in corso di causa, nonché al pagamento delle spese di lite in favore degli attori e liquida le stesse come segue: euro 460,00 per spese, euro 2.800,00 per diritti ed euro 3.200,00 per onorario. Il tutto oltre IVA, CPA e rimborso spese generali come per legge.

Napoli, 21.2.2007

Così deciso

Il Giudice relatore

Efisio Gaviano

Il Presidente

Margherita D'Amore